

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

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

НАГНИБІДА ВОЛОДИМИР ІВАНОВИЧ

Прим. № ____
УДК 341.63

ДИСЕРТАЦІЯ

**ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ
У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ**

Спеціальність 12.00.04 – господарське право;
господарське процесуальне право

Подається на здобуття наукового ступеня
доктора юридичних наук

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей,
результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело
_____ В. І. Нагнибіда

Науковий консультант:
КРУПЧАН Олександр Дмитрович,
доктор юридичних наук, професор,
дійсний член (академік) НАПрН України,
заслужений юрист України

Київ 2021

АНОТАЦІЯ

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.

Дисертаційне дослідження є кваліфікаційною науковою працею, у якій вперше в українській доктрині міжнародного приватного права досліджено питання правозастосування та правозастосовного механізму при вирішенні спорів у порядку міжнародного комерційного арбітражу. Дисертація характеризується комплексністю та звертається до аналізу різних систем права і підходів до правозастосування, що встановлюються та використовуються складом арбітражу при розгляді й вирішенні міжнародних комерційних спорів. Увагу приділено теоретичним і прикладним проблемам правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі, питанням встановлення й застосування матеріального і процесуального права, впливу на арбітражний процес класичних категорій публічного порядку та надімперативних норм.

У роботі визначено, що принцип автономії волі в матеріальному аспекті реалізується сторонами міжнародних комерційних відносин на етапі укладення контракту та підписання арбітражного застереження шляхом надання їм права: 1) обрати (погодити) будь-які істотні та інші умови договору (ціну, валюту платежу, умови виконання договору (наприклад, поставки товару, порядок підтвердження наданих послуг, строки виконання робіт та ін.), заходи відповідальності, визначити

інформацію, що становить комерційну таємницю тощо; 2) обрати право, яке буде застосовуватись до змісту зобов'язань за контрактом (це може бути як право, яке застосовується до усього контракту, так і до окремих його частин; право, яке пов'язане як з національністю сторін, так і право, яке не пов'язане з жодною зі сторін, або ж позанаціональний регулятор, наприклад, Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА тощо); 3) обрати право, за яким вирішуватиметься спір у разі його виникнення або будь-які інші розбіжності чи вимоги сторін, у т. ч. право, за яким здійснюється тлумачення договору; 4) обрати арбітраж як інструмент для вирішення всіх спорів, розбіжностей та вимог за контрактом та погодити: а) вид арбітражу (ad hoc чи інституційний); б) регламент, на підставі якого вирішуватиметься спір; в) кількість арбітрів; г) застосовуване арбітражем право (якщо в контракті відсутні положення про таке право); д) мову арбітражного розгляду; е) місце арбітражу (seat of arbitration) та місце арбітражного розгляду (venue of arbitration); 5) погодити порядок підписання та набрання чинності контрактом, його припинення та розірвання, а також порядок внесення змін до нього, пріоритетність дії тієї чи іншої редакції договору, залежно від мови договору, чинність сканкопій договору в часі, або застосування між Сторонами системи електронного документообігу (СЕД) порядок повідомлення про всі зміни у Сторін, у тому числі їхніх контактних даних тощо.

Також дисертант пропонує авторське розуміння правомочності особи на звернення в арбітраж як персоніфікованого або суб'єктивного права, тобто забезпеченої нормами права правомочності суб'єкта конкретних приватноправових комерційних відносин, ускладнених іноземним елементом, який є стороною арбітражної угоди, звернутись до арбітражу, погодженого сторонами в арбітражній угоді, з приводу захисту своїх порушених, невизнаних чи оспорених прав і законних інтересів.

Встановлено, що мета арбітражного розгляду пов'язана з рішенням арбітражу та можливістю його примусового виконання з метою реального поновлення порушених, невизнаних та/або оспорюваних прав. При цьому таке рішення повинно відповідати вимогам, встановленим правом країни місця арбітражу (*lex arbitri*) та регламентом, який застосовується до вирішення спору. А саме вимогам щодо: 1) змісту рішення (мотивованість); 2) форми рішення (письмова форма, наявність підписів арбітрів, а також вказівки на дату і місце арбітражу); 3) порядку (процедури) постановлення рішення (постановлення більшістю, направлення сторонам). У зв'язку з цим, сформульовано дефініцію терміна «мета арбітражного розгляду», яку слід розглядати як справедливий та ефективний розгляд і вирішення міжнародного комерційного спору арбітражем з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів сторін арбітражної угоди шляхом винесення вмотивованого та дійсного арбітражного рішення, яке відповідно до вимог застосовуваного права може бути пред'явлене до виконання.

Також автором обґрунтовано, що за характером впливу на процедуру правозастосування в арбітражі усі передумови поділяються на: 1) ті, які є передумовою арбітражу загалом і без яких арбітражний процес не може бути розпочато (наприклад, питання наявності арбітражної угоди, питання арбітрабільності спору, формування складу арбітражу тощо); 2) ті, які є передумовою розгляду справи арбітражем по суті і без з'ясування яких не може бути розпочато арбітражний розгляд справи (наприклад, неповідомлення відповідача, несплата арбітражного збору, необхідність подання додаткових доказів чи пояснень до початку арбітражного розгляду, якщо це було визначено складом арбітражу обов'язковим тощо). У світлі цього, визначено, що термін «передумови правозастосування» в міжнародному комерційному арбітражі вказує на наявність необхідних

складових елементів юридичного та фактичного складу, встановлення яких є обов'язковим для вирішення справи конкретним складом арбітражу з урахуванням права, що застосовується, та *lex arbitri*. До таких передумов (правозастосування) належать обставини, які зазвичай з'ясовуються на початку арбітражного розгляду і які переважно є перешкодою для розгляду й вирішення справи. До них варто віднести: 1) встановлення факту належного повідомлення учасників справи та відсутність мотивованих заперечень від таких учасників щодо розгляду справи по суті; 2) сплата арбітражного збору або вирішення питання щодо порядку сплати арбітражних витрат відповідно до регламенту в інший спосіб; 3) подання усіх встановлених арбітражем чи застосовуваним регламентом доказів, письмових пояснень до початку арбітражного розгляду справи по суті тощо); 4) виконання інших процесуальних та процедурних формальностей, передбачених застосовуваним регламентом або вимогами *lex arbitri*.

У роботі розкрито сутність механізму правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі як сукупності правових засобів, що використовуються складом арбітражу як суб'єктом правозастосування в межах визначеної стадійної процедури, спираючись на встановлені фактичні обставини та обране застосовуване право в арбітражі, що дає змогу складу арбітражу здійснити кваліфікацію спірних відносин та постановити арбітражне рішення по суті спору, яке має обов'язковий характер для сторін. Доведено, що серед принципових підходів щодо встановлення складом арбітражу застосовного до суті спору права слід виділяти: 1) застосування арбітрами принципу найбільш тісного зв'язку; 2) звернення до колізійних норм, які склад арбітражу вважає застосовними (непрямий підхід, *voie in directe*, *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*).

Обґрунтовано застосування концепції процесуально-правових рамок (*procedural legal frame work*) арбітражного розгляду, які у тісному взаємозв'язку із регулюванням всіх елементів арбітражного процесу, формуються приписами *lex arbitri*, прив'язуючи арбітраж до певної юрисдикції, що безпосередньо впливатиме на форму і дійсність арбітражного рішення, вказуючи на обумовлене в Нью-Йоркській конвенції 1958 р. місце винесення рішення. Розглянуто проблемні питання застосування окремих джерел національного та позанаціонального (транснаціонального) права до суті спору в міжнародному комерційному арбітражі, що дозволило наочно проілюструвати варіативність, наявну у сторін, та пов'язані з нею потенційні труднощі при правозастосуванні, що здійснюється складом арбітражу. Складність встановлення застосовного матеріального права при арбітражному розгляді у визначених випадках на пряму корелює із забезпеченням застосування найбільш відповідних норм права щодо конкретних правовідносин та спору, що виникає на їхній основі, а отже, гарантує дотримання інтересів сторін не лише у світлі вирішення суперечки, але й подальшого здійснення комерційної діяльності.

Встановлено, що публічний порядок є останнім інструментом, що дозволяє обмежити або не допустити впливу визнання та приведення до виконання іноземного арбітражного рішення на внутрішній правопорядок країни місця виконання, виконуючи функції контролю за впливом іноземного елементу на національну правову систему та захисту публічних інтересів, базових суспільних цінностей. У зв'язку з цим, застосовним до вирішення цього питання правом завжди буде *lex fori*, що відображає єдність суспільної мети і

правових засобів її досягнення. Оскільки принципи публічного порядку інтегровано у право місця виконання арбітражного рішення, як зважаючи на національне законодавство, так і крізь призму сформованої правозастосовної практики.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, механізм правозастосування, застосовне право, публічний порядок, надімперативні норми, міжнародне приватне право.

SUMMARY

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 of private international law 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 its parts, 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.

The dissertation also offers the author's understanding of the authority of a person to apply to arbitration as a personal or subjective right, i.e. secured by the law of the subject of specific private commercial relations complicated by a foreign element that is a party to the arbitration agreement, authority to apply to arbitration agreed in the arbitration

agreement to protect their violated, unrecognized or disputed rights and legitimate interests.

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, there are 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 author also substantiates that by the nature of the impact on the procedure of law enforcement in arbitration, all preconditions are divided into: 1) those that are a prerequisite for arbitration in general and without which the arbitration process cannot be initiated (for example, the question of the existence of an arbitration agreement, the question of the arbitrability of the dispute, the formation of the arbitration tribunal, etc.); 2) those that are a precondition for consideration of the case by the arbitral tribunal on the merits and without clarification of which the arbitration proceedings cannot be initiated (for example, failure to notify the defendant, non-payment of arbitration fees, need to provide additional evidence or explanations before arbitration, if it was determined by the arbitration tribunals mandatory, etc.). In this context, the term “preconditions for

enforcement” in international commercial arbitration indicates the necessary elements of legal and factual composition, the establishment of which is mandatory for the resolution of a particular case by arbitral tribunal, taking into account the applicable law and *lex arbitri*. Such preconditions (of law enforcement) involve circumstances that are usually clarified at the beginning of the arbitration proceedings and which are primarily an obstacle to the consideration and resolution of the case. These include: 1) establishing the fact of proper notification of the parties to the case and the lack of reasoned objections from such participants to the consideration of the case on the merits; 2) payment of the arbitration fee or resolving the issue of the procedure for payment of arbitration costs in accordance with the regulations in another way; 3) submission of all evidence, written explanations established by the arbitration or the applicable regulations before the beginning of the arbitral proceedings on the merits, etc.); 4) fulfillment of other procedural formalities provided by the applicable regulations or requirements of the *lex arbitri*.

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 laws 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).

Substantiated the application of the concept of procedural legal framework of arbitration, which, in close connection with the regulation of all elements of the arbitration process, are formed by the provisions of the *lex arbitri*, linking arbitration to a particular jurisdiction that will directly affect the form and validity of arbitral award, indicating the place of award stipulated in the 1958 New York Convention. The problematic issues of application of separate sources of national and non-national (transnational) law to the essence of the dispute in international commercial arbitration are considered, which allowed to clearly illustrate the variability available to the parties and related potential difficulties in law enforcement. The difficulty of establishing the applicable substantive law in arbitration in certain cases directly correlates with the application of the most appropriate rules of law to specific legal relations and disputes arising from them, and therefore guarantees compliance with the interests of the parties not only in light of dispute resolution but also further implementation of commercial activity.

It is established that public policy is the last tool that can 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 of its achievement. Thus the principles of public policy are integrated into the law of the place of arbitral awards enforcement, both in accordance with national law and through the prism of established law enforcement practice.

Key words: international commercial arbitration, law enforcement mechanism, applicable law, public policy, mandatory norms, private international law.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА

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.

34. 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.

35. 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.*

36. 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:

37. 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.

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ	20
ВСТУП	23
РОЗДІЛ 1 ПОНЯТТЯ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ ЙОГО ЗДІЙСНЕННЯ ПРИ ВИРІШЕННІ СПОРІВ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ	42
1.1 Поняття, види та структура (стадії) правозастосування	42
1.2 Міжнародний комерційний арбітраж як особливий суб'єкт правозастосування при вирішенні спорів.....	51
1.3 Іноземний елемент та його вплив на механізм правозастосування при вирішенні міжнародних комерційних спорів.....	66
1.4 Диспозитивні засади арбітражного розгляду міжнародних комерційних спорів та їхній вплив на правозастосування.....	82
Висновки до Розділу 1	102
РОЗДІЛ 2 ПЕРЕДУМОВИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ	107
2.1. Мета і завдання арбітражного розгляду	107
2.2 Загальна характеристика передумов арбітражу. Поняття передумов правозастосування в арбітражі.....	131
2.3 Передумови арбітражу.....	142
2.3.1 Наявність арбітражної угоди та вимоги до неї.....	142
2.3.2 Здатність учасників міжнародних комерційних відносин до укладення арбітражних угод (ability to arbitrate)	154
2.3.3 Предмет спору та об'єктивна арбітрабільність	175
2.3.4 Інші передумови арбітражу	197
Висновки до Розділу 2	224
РОЗДІЛ 3 СТРУКТУРНИЙ АНАЛІЗ МЕХАНІЗМУ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ	229
3.1 Поняття і структура механізму правозастосування при вирішенні спорів в порядку арбітражу	229
3.2 Елементи механізму правозастосування при вирішенні спорів в міжнародних комерційних арбітражах	239
3.2.1 Право, застосовуване до встановлення здатності сторін на укладення арбітражної угоди та визначення арбітрабільності	239
3.2.2 Право, застосовуване до сутності спору (law of the substance)	253

3.2.3 Право, застосовуване до процедури арбітражного розгляду (lex arbitri)	281
3.2.4 Право країни місця виконання арбітражного рішення та його вплив на вирішення спору	299
Висновки до Розділу 3	311
РОЗДІЛ 4 ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ ПРИ ВИРІШЕННІ СПОРІВ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ	315
4.1 Застосування національних та позанаціональних правових регуляторів до вирішення спорів в арбітражі	315
4.2 Публічний порядок та його вплив на правозастосування і вирішення спорів в арбітражі.....	346
4.3 Імперативні норми та їх вплив на правозастосування та вирішення спорів в арбітражі.....	360
Висновки до Розділу 4	379
ВИСНОВКИ.....	383
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	391
ДОДАТОК А СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ ТА ВІДОМОСТІ ПРО АПРОБАЦІЮ РЕЗУЛЬТАТІВ ДИСЕРТАЦІЇ.....	458
ДОДАТОК Б ПРОПОЗИЦІЇ ДО УДОСКОНАЛЕННЯ ЧИННОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ ДОСЛІДЖЕННЯ	465
ДОДАТОК В	467
ДОДАТОК Г	468
ДОДАТОК Д	469
ДОДАТОК Е	470
ДОДАТОК Ж.....	471

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

Віденська конвенція 1980 р.	Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р. (м. Відень, Австрія)
ГПК України	Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 р.
Держаудитслужба України	Державна аудиторська служба України
Договір про ЄС	Договір про Європейський Союз від 07.02.1992 р. (м. Маастрихт, Нідерланди)
ДПС України	Державна податкова служба України
Європейська конвенція 1961 р.	Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р. (м. Женева, Швейцарія)
ЄС	Європейський Союз
ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини
Закон України про МПрП	Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р.
ІНКОТЕРМС/INCOTERMS	Міжнародні правила тлумачення торговельних термінів
КАС України	Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р.
КПК України	Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р.
МАЮ	Міжнародна асоціація юристів / <i>International Bar Association</i>
МВФ/IMF	Міжнародний валютний фонд / <i>International Monetary Fund</i>
МКАС при ТПП України	Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України
МПрП	міжнародне приватне право
Нью-Йоркська конвенція 1958 р.	Конвенція ООН про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. (м. Нью-Йорк, США)
ООН	Організація Об'єднаних Націй
Регламент Рим I	Регламент ЕС № 593/2008 від 17 червня 2008 р. про право, що підлягає застосуванню до договірних зобов'язань
Типовий закон ЮНСІТРАЛ	Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж 1985 р. (зі змінами, прийнятими у 2006 р.)
УНІДРУА/UNIDROIT	Міжнародний інститут уніфікації міжнародного права / <i>Institut international pour l'unification du droit privé</i>

ЦК України	Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р.
ЦПК України	Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р.
ЮНСІТРАЛ/UNCITRAL	Комісія ООН з права міжнародної торгівлі, створена Генеральною Асамблеєю ООН у 1969 р.
ЮНКТАД/UNCTAD	Конференція ООН з торгівлі і розвитку / <i>United Nations Conference on Trade and Development</i>
AAA	Американська арбітражна асоціація / <i>American Arbitration Association</i>
CCJE	Консультативна рада європейських суддів / <i>Consultative Council of European Judges</i>
CIArb	Королівський інститут арбітрів / <i>Chartered Institute of Arbitrators</i>
CIETAC	Китайська міжнародна економічна і торговельна комісія / <i>China International Economic and Trade Arbitration Commission</i>
CJEU	Європейський Суд / <i>The Court of Justice of the European Union</i>
DCFR	Принципи, визначення і модельні правила європейського приватного права. Проект загальної довідкової схеми / <i>Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference</i>
EEC	Європейська економічна спільнота / <i>European Economic Community</i>
FIDIC	Міжнародна федерація інженерів-консультантів / <i>Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils</i>
FOSFA	Федерація асоціацій торгівлі маслами, насінням та жирами / <i>Federation of Oils, Seeds and Fats Associations</i>
GAFTA	Асоціація торгівлі зерном та кормами / <i>Grain and Feed Trade Association</i>
HKIAC	Гонконзький міжнародний арбітражний центр / <i>The Hong Kong International Arbitration Centre</i>
ICAC	Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України / <i>International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry</i>
ICC	Міжнародна торгова палата / <i>International Chamber of Commerce</i>
ICSID	Міжнародний центр вирішення інвестиційних

	спорів / <i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>
ILA	Асоціація Міжнародного права / <i>International Law Association</i>
LCIA	Лондонський міжнародний арбітражний суд / <i>The London Court of International Arbitration</i>
PCA	Постійнодіючий арбітражний суд (м. Гаага, Нідерланди) / <i>Permanent Court of Arbitration</i>
SCC	Торгова палата Стокгольма / <i>Stockholm Chamber of Commerce</i>
SIAC	Сінгапурський міжнародний арбітражний центр / <i>Singapore International Arbitration Centre</i>
UNIDROIT Principles	Принципи міжнародних комерційних договорів 2016 / <i>The Principles of International Commercial Contracts 2016</i>
VIAC	Віденський міжнародний арбітражний центр / <i>Vienna International Arbitral Centre</i>
ZPO	Цивільний процесуальний кодекс Австрії від 1 серпня 1985 р. / <i>Zivilprozessordnung, Gesetz vom 1. August 1895</i>
v.	від англ. « <i>versus</i> » – проти

ВСТУП

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 рішенню 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. Беляневич, 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. Джуль, 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. Коссаєв, О. О. Костін, С. О. Кравцов, В. Г. Крохмаль, П. М. Крупко, О. Д. Крупчан, Н. С. Кузнєцова, 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. Белоглавек, 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 передує 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 застосовуваням 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 арбітрабельності 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.

РОЗДІЛ 1

ПОНЯТТЯ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ ЙОГО ЗДІЙСНЕННЯ ПРИ ВИРІШЕННІ СПОРІВ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

1.1 Поняття, види та структура (стадії) правозастосування

Термін «правозастосування» не новий у теорії та практиці права. У найбільш загальному вигляді його прийнято пов'язувати із діяльністю спеціально уповноважених суб'єктів (судів, органів державної влади та їхніх посадових осіб), сутність якої полягає в застосуванні до конкретних обставин справи (відносин) приписів нормативних положень права, які врегульовують такі відносини, що втілюються в актах застосування норм права. Правозастосування є кінцевою стадією реалізації права. Саме через механізм правозастосування зміст норм права реалізується в правозастосовчих актах (рішеннях, постановах, наказах). Наслідком цього є врегулювання та впорядкування відповідних відносин.

У теорії права, правозастосування або застосування норм права прийнято розглядати як спеціальну, особливу форму реалізації права [249, с. 453]. Варто одразу ж зробити застереження, що в науці були спроби розмежувати зміст термінів «правозастосування» та «застосування норм права» [264, с. 8–9; 10, с. 3]. Однак ми все ж дотримуємось позиції щодо їхньої тотожності. Більшість вчених розглядає *реалізацію права* як процес здійснення правових приписів уповноваженими суб'єктами, який виявляється у механізмі реалізації права та його відповідних формах. Щодо поняття *механізму реалізації права* натомість немає однозначного розуміння. Одні вчені розглядають його як єдиний комплекс взаємопов'язаних елементів правового регулювання суспільних відносин, що охоплює узгоджену систему права, взаємозв'язок між нормами, інститутами і галузями права, які встановлюють правила поведінки у певній сфері суспільного життя фізичних і юридичних осіб, органів державної влади, державного

управління і контролю, а також органів судової влади, процес (процедуру) реалізації права з метою створення організаційно-правових, економічних і соціальних умов для безперебійного і впорядкованого функціонування суспільства, його окремих сфер, їхнього всебічного розвитку, поступального руху, вдосконалення [234, с. 10]. Інші вчені тлумачать вказане поняття як безпосередню діяльність відповідного суб'єкта права, зобов'язаної сторони, законодавчого органу, правозастосовчого органу та наявні юридичні норми, які регулюють його діяльність [249, с. 453]. Існує також думка, що механізм правореалізації – це сукупність правових засобів, які повинні забезпечити втілення чинних норм у конкретних правовідносинах [247, с. 167]. Серед таких засобів виділяють методи тлумачення норм права; договори та угоди; правові засоби, які використовуються державою з метою охорони та забезпечення належного виконання зобов'язань учасниками конкретних правовідносин; акти застосування норм права [248, с. 16].

М. Д. Гнатюк розглядає механізм реалізації права як особливу підсистему правового регулювання, що містить відповідні регулятивні та охоронні правові засоби, за допомогою яких об'єктивне й суб'єктивне право втілюється у фактичній поведінці суб'єктів, тобто залежить від їхньої вольової діяльності з метою досягнення відповідного правового результату [31, с. 4]. Як видно з наведених поглядів вчених, на сьогодні дійсно немає єдиного уявлення щодо поняття механізму реалізації права. Водночас ми вважаємо, що найбільш коректним є пов'язування механізму реалізації права, все ж таки, з діяльністю уповноважених суб'єктів, які, застосовуючи відповідні засоби та методи (через відповідну інтелектуальну діяльність – *В. Н.*), здійснюють втілення приписів правових норм (розпоряджень правових норм [238, с. 418]) у правомірній поведінці суб'єктів права, через призму відповідних форм реалізації права. При цьому реалізація права може відбуватись як шляхом втілення в життя загальних приписів правових норм (через дію положень законів на суспільство загалом чи окремі цільові групи), так і через реалізацію останніх поза конкретними правовідносинами (через встановлення правового статусу та/або наділення компетенцією) або ж у межах чітко визначених правовідносин (конкретної справи та/або правового спору). За

складністю і характером дій суб'єкта права реалізація права може здійснюватися безпосередньо учасниками відносин у вигляді дотримання, виконання, використання або з допомогою спеціально уповноважених суб'єктів (опосередковано), тобто через застосування права. Таким чином, застосування права або *правозастосування* є однією з форм реалізації права, яка передбачає втілення приписів правових норм стосовно конкретних осіб – суб'єктів права в рамках правовідносин, учасниками яких вони є.

Правозастосування традиційно пов'язують із діяльністю спеціально уповноважених органів державної влади (суди, органи прокуратури та національної поліції, державної податкової служби, органи контролю та ін.), до компетенції яких віднесено здійснення такої діяльності, або інших суб'єктів правозастосування, яким держава делегувала повноваження щодо здійснення такої діяльності (органи місцевого самоврядування, третейські суди, нотаріуси, міжнародні арбітражі). На практиці склалось кілька видів правозастосування: 1) юрисдикційний (переважно судовий); 2) виконавчо-розпорядничий (здійснюється через діяльність уповноважених органів державної влади та місцевого самоврядування, центри надання адміністративних послуг тощо); 3) контрольно-наглядовий (реалізується через діяльність спеціальних контролюючих органів (ДПС, Держпраці, Держаудитслужба тощо); 4) заохочувальний (конкурсні процедури, тендери тощо) [265, с. 145–147]. Така діяльність зазначених суб'єктів правозастосування має певні ознаки, які виділяють її з-поміж інших видів діяльності таких суб'єктів. До таких ознак в теорії права належать:

1) державно-владний характер правозастосовчої діяльності (акти (рішення), які виносяться за результатами правозастосування, тягнуть за собою юридичні наслідки, а їх невиконання – передбачені законом примусові заходи);

2) така діяльність завжди виявляється в активних діях суб'єктів правозастосування, спрямованих на виникнення, зміну або припинення правовідносин;

3) правозастосування здійснюється у спеціально передбаченому нормами

права порядку на основі закріплених процедур та відповідно до чіткої процесуальної послідовності;

4) результатом правозастосування завжди є винесення правозастосовчого акта (акта застосування норм права, індивідуального акта), в якому фіксуються приписи щодо поведінки суб'єктів правовідносин [249, с. 456];

5) таку діяльність спрямовано щодо визначеного кола суб'єктів – учасників конкретних правовідносин, їхніх прав та обов'язків і вона має персоніфікований характер;

6) у процесі правозастосування здійснюється юридична кваліфікація – інтерпретація правових норм, тлумачення їхнього змісту з метою виявлення прав та обов'язків учасників правовідносин з позиції застосовуваних до них правових норм [157, с. 164–165], а тому правозастосування має інтелектуальний (творчий) характер, так як процес правозастосування завжди пов'язаний із оцінкою відносин та норм права; крім цього, у випадку виявлення прогалин, суб'єкт правозастосування вживає спеціальних юридичних прийомів (аналогії) щодо подолання прогалин [238, с. 390–391].

Слід відзначити, що в сучасних умовах така ознака правозастосування як державно-владний характер поступово втрачає свою точність, оскільки, зважаючи на значне ускладнення суспільних відносин та дедалі більшу кількість спорів, які виникають між учасниками правовідносин, все частіше держава вдається до делегування функцій щодо правозастосування іншим суб'єктам права. Це здійснюється з метою розвантаження державних органів (передусім судів), недопущення малозначних спорів і правових конфліктів до їхнього вирішення в порядку державного правозастосування (судочинства). Як приклад, можна назвати введення підвищених ставок судового збору, спеціальних процесуальних «фільтрів», впровадження адвокатської монополії тощо. Натомість державою ініціюється та стимулюється розвиток нових способів врегулювання спорів шляхом медіації, третейського судочинства та арбітражу. Так, проєкт Закону України «Про медіацію» [207] наразі уже прийнято в першому читанні Верховною Радою України дев'ятого скликання і

ближчим часом очікується його прийняття в цілому як закону. Таким чином, держава делегує функції щодо вирішення спорів визначеним у законі суб'єктам, рішення яких щодо конкретного спору отримують підтримку держави на стадії їхнього примусового виконання.

У цьому контексті рішення третейських судів та міжнародних комерційних арбітражів, які вже давно визнаються державами та отримали широку нормативну підтримку (у тому числі на рівні міжнародних договорів), є класичним та успішним прикладом делегування державою функцій правозастосування та надання сприяння й підтримки з боку органів примусового виконання в разі, коли постановлені за результатами правозастосування акти не виконуються зобов'язаними суб'єктами права.

Не менш актуальним зазначене застереження щодо «державно-владного» характеру правозастосовного процесу є й тоді, коли правозастосування відбувається в силу необхідності фіксації юридичного факту. Наприклад, на сьогодні реєстрація виникнення, переходу чи припинення речових прав та/або їх обтяжень здійснюється спеціально уповноваженими реєстраторами, в т. ч. нотаріусами, які на підставі відповідних положень Закону [202] виконують від імені держави функції державної реєстрації – офіційне визнання й підтвердження *державою* фактів набуття, зміни або припинення речових прав на нерухоме майно, обтяжень таких прав шляхом внесення відповідних відомостей до державного реєстру речових прав на нерухоме майно (п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону).

У зв'язку зі сказаним, вбачається, що існуючий в теорії права погляд щодо державно-владного характеру правозастосування, сформований під впливом наукового доробку вчених радянського періоду [1; 2; 34; 105; 56; 284; 20; 264], повинен би бути уточнений з урахуванням того, що така діяльність на сьогодні має не стільки «державний» характер, скільки «владно-організуючий» [238, с. 388], адже спрямовано її передусім на застосування відповідних заходів, у т. ч. примусових, з метою впорядкування та організації відповідних правовідносин, і держава в цих процесах далеко не завжди виступає суб'єктом правозастосування. Слід відзначити, що така позиція не є новою, оскільки в

літературі вже висловлювались критичні оцінки суто «державного» характеру застосування норм права як форми його реалізації. У свій час професори П. О. Недбайло та Ю. Х. Калмиков, а пізніше – Б. І. Пугінський уже звертали на це увагу [153, с. 137; 68, с. 131–132; 219], з тією лише відмінністю, що вченні обґрунтовували позицію щодо можливості віднесення до суб'єктів правозастосування окремих громадян. І хоча дискусію щодо громадян як суб'єктів правозастосування пізніше було завершено шляхом формування погляду, що громадяни, здійснюючи правозастосування, діють як спеціально уповноважені законом представники держави, все ж їхні застереження стосовно надмірного фокусування уваги на «державному» характері процесу застосування норм права є цілком справедливими, а, беручи до уваги час, коли їхні праці побачили світ (1960 р. та 1976 р. відповідно), навіть сміливими.

Узагальнюючи наведені ознаки, можна зробити висновок, що правозастосування є вельми складним, творчим процесом, спрямованим на реалізацію норм права спеціально уповноваженими на це суб'єктами, діяльність яких завершується прийняттям (винесенням) актів застосування права. Щодо дефініції терміна **«застосування права»**, на наш погляд, найбільш вдало його визначив С. Л. Лисенков – як *спрямовану на реалізацію норм права і здійснювану в спеціально встановлених формах державно-владну, творчо-організаційну діяльність державних органів й уповноважених державою інших суб'єктів з метою вирішення конкретної справи шляхом видання індивідуальних правових приписів (правозастосовчих актів)* [110, с. 213]. Єдине застереження до вказаного визначення стосується недоцільності використання терміна «державно-владна» діяльність та його заміни на «владно-організуюча», про що вже йшлося вище.

Правозастосування як творчо-організаційний процес відповідного суб'єкта пов'язаний із певною продовжуваною в часі, зазвичай складною за змістом діяльністю останнього. Така діяльність не є стихійною, а реалізується в логічно обумовленій послідовності дій суб'єкта правозастосування, кількість та зміст яких визначається правовою природою юридичної справи, яка стала

підставою для правозастосування. І хоча серед представників теорії права щодо кількості таких стадій немає єдності [32; 41; 53, с. 41], більшість з них виділяє такі стадії правозастосування: *перша* (підготовча стадія) – встановлення та аналіз фактичних обставин справи; *друга* (стадія юридичної кваліфікації фактичних обставин справи) – вибір норми права та встановлення автентичності її тексту; *третья* (вирішення) – прийняття рішення у справі та його втілення в правозастосовчому акті [238, с. 391–395].

На першій стадії суб'єкт правозастосування здійснює аналіз фактичних обставин (юридичних фактів та фактичного складу), а також доказів, якими вони підтверджуються. У науці інколи в межах цієї стадії виділяють дві підстадії: 1) встановлення фактичних обставин; 2) встановлення (виявлення) і аналіз відповідних доказів. Попри те, що ця стадія є підготовчою, за своїм значенням вона має визначальний вплив на правильність кваліфікації правовідносин, які склались між їхніми учасниками. Від правильної кваліфікації обставин справи, встановлення усіх доказів, якими підтверджуються ці обставини або ж вимоги й заперечення учасників правовідносин, залежить правильність вирішення справи загалом. Тому процес правозастосування значною мірою залежить саме від того, наскільки ретельно відповідний суб'єкт проаналізував фактичні обставини, юридичні факти, які складають їх основу, в тому числі виявлено та встановлено фактичні склади. Не вдаючись у теорію доказів, зауважимо лише, що використовувані в працях з теорії права вимоги щодо вірогідності, обґрунтованості та повноти доказів лише частково визначають успішність діяльності суб'єкта правозастосування щодо досягнення мети цієї стадії. З позиції верховенства права та законності прийнятого кінцевого рішення у справі надзвичайно важливим є аналіз та оцінка доказів з позиції розроблених наукою процесуального права та закріплених у процесуальних кодексах вимог щодо їх належності, допустимості, достовірності та достатності (ст.ст. 77–80 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) [272], ст.ст. 76–78 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) [36],

ст.ст. 73–76 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) [75], ст.ст. 85–86 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) [95]. Важливе значення при цьому мають також презумпції та факти, які мають преюдиційний характер.

Друга стадія процесу правозастосування пов'язана із юридичною оцінкою фактичних обставин та отриманих у справі доказів і має назву «юридична кваліфікація». Її сутність полягає у зіставленні фактичних обставин (відносин) та норм права, які повинні їх врегулювати. Правозастосовча діяльність на цій стадії розпочинається із встановлення галузі, підгалузі, інституту права і норми права (чи їх сукупності), якими регулюються відносини між учасниками правовідносин, встановлюються їхні права та обов'язки. Далі важливо перевірити автентичність тексту таких норм, адже важливо, щоб застосовувані положення норм права були чинними та відповідали редакції, сформульованій в офіційному виданні з усіма змінами та доповненнями на дату постановлення рішення або ж на дату, коли мали місце фактичні обставини, які стали підставою для виникнення спірних правовідносин. У розвиток цього суб'єкт правозастосування повинен обов'язково надати оцінку обраній нормі права (чи їх сукупності) з урахуванням її дії в часі, просторі та за колом осіб. У разі виникнення колізій чи конкуренції між нормами права потрібно застосувати відповідні правила їх вирішення (подолання) за принципами пріоритетного застосування норм права: принцип пріоритету акта вищої юридичної сили (*lex superior derogat legi inferiori*), норми, прийнятої пізніше в часі (*lex posterior derogat legi priori*), спеціальної норми перед загальною (*lex specialis derogat generalis*) тощо. Кінцевою підстадією процесу юридичної кваліфікації є з'ясування змісту нормативних положень правової норми, встановлення наявності чи відсутності офіційних тлумачень (роз'яснень) щодо її застосування, у низці випадків встановлення й урахування правових висновків, сформульованих у рішеннях Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), які є джерелами права в Україні (ч. 1 ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [197]),

Верховним Судом при вирішенні подібних справ (ч. 4 ст. 263 ЦПК України, ч. 4 ст. 236 ГПК України, ч. 5 ст. 242 КАС України).

Остання стадія правозастосування полягає у формулюванні за результатами попередніх стадій відповідних правових висновків, які втілюються в індивідуальному правозастосовчому акті – рішенні, постанові, наказі, приписі тощо. Характер постановлених актів правозастосування може мати двоякий зміст, оскільки в одних випадках це можуть бути акти, в яких *констатуються або підтверджуються* певні обставини, юридичні факти, права та/або обов'язки учасників правовідносин, а в інших – акти, якими встановлюються нові обов'язки таких учасників. В останньому випадку, зважаючи на зобов'язуючий характер правозастосовчого акта, від осіб, стосовно яких такий обов'язок встановлено, вимагається вчинення відповідних дій або ж утриматись від їх вчинення. У разі порушення обов'язку, зважаючи на те, що будь-який правозастосовчий акт виноситься за участі державного органу або ж спеціально уповноваженим на це суб'єктом, держава надає уповноваженим суб'єктам, в інтересах яких постановлено акт правозастосування, інструменти для примусового виконання зобов'язаною особою своїх обов'язків.

Підбиваючи підсумки, відзначимо, що правозастосування є складним процесом юридичної діяльності, у якому повною мірою виявляється сутність правових положень, втілених у нормах права, та реалізується їх нормативний вплив на суб'єктів правовідносин. Створюючи систему правозастосовчих органів та делегуючи у визначених випадках функції щодо правозастосування іншим суб'єктам, держава створює механізм врегулювання спірних ситуацій, вирішення яких не може бути здійснене самими учасниками, у зв'язку з чим виникає необхідність залучення уповноважених суб'єктів, які здатні фахово та професійно застосувати відповідні норми права з метою впорядкування правовідносин. Метою правозастосування є постановлення законного, обґрунтованого та справедливого правозастосовчого акта – рішення в конкретній справі. Важливо при цьому, щоби процес правозастосування був прогнозованим, визначеним за тривалістю в часі та відповідав основним

складовим засади правової визначеності в судовій практиці та законотворенні, серед яких: 1) ясність, точність та однозначність формулювань нормативних положень; 2) передбачуваність та об'єктивна зумовленість законодавчих змін; 3) єдність та сталість судової практики; 4) стабільність судових рішень, які набрали сили (остаточність).

1.2 Міжнародний комерційний арбітраж як особливий суб'єкт правозастосування при вирішенні спорів

Як було встановлено вище, правозастосування може здійснюватися як державними органами, до повноважень яких це віднесено, так і суб'єктами, які в силу закону наділені державою такими повноваженнями. У сфері вирішення юридичних спорів між учасниками цивільного обороту з боку держави такими органами є, передусім, суди, які на підставі встановленої відповідними процесуальними кодексами юрисдикції та підвідомчості наділені повноваженнями здійснювати правозастосування та вирішувати спори [15; 133]. Так, відповідно до ч. 1 ст. 2 ГПК України *«завданням господарського судочинства є справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, та розгляд інших справ, віднесених до юрисдикції господарського суду, з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави»*. Подібні положення містяться й у ч. 1 ст. 2 ЦПК України та ч. 1 ст. 2 КАС України. Однак врегулювання приватноправових спорів може відбуватись і в позасудовому порядку, шляхом оскарження рішень, дій та/або бездіяльності органів та їхніх посадових осіб до вищого органу. У такому разі прийнято говорити про позасудовий (переважно адміністративний) порядок вирішення спорів, а діяльність такого вищого органу з розгляду і вирішення скарги та постановлення відповідного рішення щодо неї буде правозастосуванням. Прикладом адміністративного порядку оскарження рішення органів державної влади є оспорювання дій або актів

органів державної податкової служби щодо донарахування податків на доходи, отримані в процесі здійснення суб'єктом комерційної діяльності (наприклад, податкових рішень-повідомлень, складених за результатами податкової перевірки). У таких випадках підприємство, щодо якого складено такий акт, у разі незгоди з висновками контролюючого органу має право або ж одразу звернутись до суду з адміністративним позовом про визнання протиправним та скасування відповідного рішення щодо донарахування сум податків, або ж звернутись зі скаргою до вищого органу (управління ДПС відповідної області, ДПС України). Водночас, як свідчить практика, адміністративний порядок врегулювання спорів не завжди є ефективним, тому більшість суб'єктів господарювання одразу звертається за вирішенням спорів до суду, що призводить до збільшення кількості спорів, які передаються на розгляд судів, а це, у свою чергу, впливає на ефективність їхнього вирішення, строки розгляду, якість постановлених рішень. Лише 2019 року судами України на рівні першої інстанції було розглянуто 3 132 563 справи, що при затвердженій Вищою радою правосуддя на 2019 рік чисельності суддівського корпусу в кількості 4903 судді становить в середньому 640 справ на одного суддю на рік [244]. Водночас рекомендована, так звана модельна чисельність справ за даними Ради суддів України та Державної судової адміністрації України повинна становити не більше 183 справ на одного суддю на рік. Однак у деяких судах цей показник перевищено більш ніж у 10 разів [221]. Більше того, за даними Верховного суду, за 2019 рік в господарські суди надійшло на 15 % більше справ, ніж у 2018 році, і на 17 % більше, ніж у 2017 році. Кількість справ, які не нерозглянуті, постійно збільшується [42]. Таким чином, статистика свідчить, що збільшення кількості справ за незмінності суддівського корпусу в будь-якій державі, в тому числі й Україні, спонукає уряди до вжиття заходів у зменшенні навантаження на судову систему. І в цих умовах не обійтись таким інструментом, як фільтри доступу до суду, адже право на їх застосування, наприклад, щодо апеляційного та касаційного оскарження, попри їхній нормативний характер та закріплення у законах, межує із правом особи на доступ до правосуддя та правом на

справедливий суд. А тому процесуальні фільтри як інструменти зменшення навантаження на судову систему є ефективними до певної міри, однак не вирішують питання по суті.

Одним зі способів вирішення цього завдання у світовій практиці є передача частини спорів на розгляд і вирішення медіаторів, третейських судів та міжнародних комерційних арбітражів (далі – арбітражі)¹. У більшості держав світу арбітражі з давніх часів зарекомендували себе як ефективний [135] спосіб альтернативного, позасудового врегулювання комерційних спорів. Практика свідчить, що на сьогодні третейські суди дійсно значно розвантажують національні судові системи. Так, в Україні за період з 2000 року МКАС при ТПП України було вирішено більше 5000 справ. Крім цього, досить багато спорів вирішується внутрішніми арбітражами – третейськими судами, яких в Україні станом на 01.01.2018 р. було зареєстровано близько п'яти сотень [283, с. 7]. Визнаючи та делегуючи арбітражам функції правозастосування, держави приймають спеціальні закони, в яких чітко визначено компетенцію таких органів, підстави та порядок передачі спорів на їх вирішення, процедуру розгляду спорів і прийняття, а також порядок виконання постановлених рішень, у т. ч. заходи примусового характеру у разі відмови від добровільного виконання. Водночас держави не завжди були відкритими до арбітражу, адже з моменту створення першого постійнодіючого арбітражу (за різними даними це був суд рекуператорів (*recuperatores*) у Римі) [192, с. 12; 73, с. 271–272; 506, с. 241; 550, с. 169; 316, с. 135] і аж до початку XX століття рішення арбітражів не прирівнювались до рішень державних судів і їхнє виконання не забезпечувалось примусовими механізмами державного впливу. Лише після прийняття Женевського протоколу про арбітражні застереження 1923 р. [548] та Женевської конвенції про виконання іноземних арбітражних рішень 1927 р. [350] арбітражні рішення у спорах з іноземним елементом поступово почали отримувати підтримку з боку держав та приводитись до виконання із

¹ Тут і далі по тексту за відсутності застереження про інше на позначення термінів «третейський суд» та «міжнародний комерційний арбітраж» використовуватиметься узагальнюючий термін «арбітраж» в однині або множині у відповідному відмінку.

застосуванням примусових заходів на рівні з виконанням рішень державних судів. Хоча заради справедливості потрібно відзначити, що питання примусового виконання рішень міжнародних комерційних арбітражів остаточно було вирішене лише з прийняттям Конвенції ООН про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року (далі за текстом – Нью-Йоркська конвенція 1958 р.) [351], яку на сьогодні ратифікувало більше, ніж 150 держав світу. Однак, з урахуванням того, що станом на 2019 р. членами ООН є більше 190 держав, і ще близько 80 держав не є членами ООН, бачимо, що більше 100 держав все ще не надає рішенням міжнародних комерційних арбітражів статусу рішень національних судів при їх примусовому виконанні.

В Україні у цьому контексті створено фундаментальну нормативну основу для визнання і виконання рішень арбітражів на рівні з рішеннями державних судів. Її складовими є закони України «Про міжнародний комерційний арбітраж» [209], «Про третейські суди» [214], «Про виконавче провадження» [196], «Про міжнародне приватне право» [208] (далі – Закон України про МПрП), відповідні положення ЦПК України та ГПК України. Крім цього, Україна є учасником Нью-Йоркської конвенції 1958 р. та Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р. [374] Інтегруючи у вітчизняну систему вирішення спорів інститут міжнародного комерційного арбітражу, Україна, як і деякі інші країни (Італія, Франція, Швейцарія, Сінгапур, Індія та інші), сприйняла дуалістичну модель організації арбітражів, відповідно до якої третейські суди (внутрішні арбітражі) наділяються компетенцією з вирішення комерційних спорів лише з участю резидентів країни місцезнаходження третейського суду (*«внутрішні» спори*). Натомість, до компетенції міжнародних комерційних арбітражів належать комерційні спори, у яких комерційне підприємство хоча б однієї зі сторін знаходиться за кордоном чи спори підприємств з іноземними інвестиціями (*спори з іноземним елементом*). Водночас у практиці формування арбітражних систем у зарубіжних країнах застосовують й унітарну модель арбітражу, де арбітражі наділені компетенцією вирішувати як *«внутрішні» спори (domestic disputes)*, так і спори з іноземним

елементом (Австралія, США, Німеччина, Швеція, Норвегія, Китай та інші).

Не вдаючись в історію арбітражу, відзначимо, що цінність арбітражу як альтернативного способу вирішення міжнародних комерційних спорів на сьогодні є всесвітньо визнаною [137]. Зазначення цього способу як «альтернативного» вказує на можливість його застосування за домовленістю сторін міжнародного комерційного спору, не вдаючись до процедури вирішення такого спору в національних судах. За своєю правовою природою міжнародний комерційний арбітраж є формою приватного врегулювання спору, яка, на відміну від державних судів, є міжнародно визнаною в силу її більшої ефективності, гнучкості та конфіденційності. При цьому рішення, постановлені міжнародними комерційними арбітражами, є обов'язковими для сторін спору та можуть бути примусово виконані на підставі Нью-Йоркської конвенції 1958 р. Про роль міжнародного комерційного арбітражу у вирішенні спорів свідчить і низка резолюцій Генеральної асамблеї ООН, у яких арбітраж визнається як «ефективний» та «цінний» метод врегулювання спорів, які виникають у міжнародних комерційних відносинах [566; 567].

Таке визнання зумовлено передусім ефективністю арбітражу як способу врегулювання саме міжнародних комерційних спорів, незважаючи на їхню складність та комплексний правовий характер. Арбітраж є також найбільш оптимальним способом вирішення міжнародних інвестиційних спорів з участю держав, які є чи не найскладнішою категорією справ. Це пов'язано з тим, що провідні арбітражні центри, ґрунтуючись на базових засадах арбітражного розгляду, завжди здійснювали пошук найбільш оптимальної моделі вирішення спорів, швидко реагуючи на запити міжнародного бізнесу та адаптуючись до нових реалій і викликів, забезпечуючи при цьому нейтральність, незалежність та конфіденційність процесу. Так, лише в останні роки провідними арбітражними інститутами оновлено регламенти (HKIAC (2018) [402], ICC (2017) [416], SCC (2017) [304], SIAC (2016) [584], VIAC (2018) [620], ICAC (2018) [224], створюються нові правила щодо прискореного арбітражу (*fast track arbitration*), надзвичайного арбітра (*emergency arbitrator*), онлайн-арбітрування, медіації в

арбітражі (*med-arb*, *arb-med-arb*), з розгляду окремих категорій справ (спорів щодо доменних імен, інвестиційних спорів, спорів у сфері будівництва) тощо.

Визнаючи цінність та ефективність міжнародного комерційного арбітражу, сучасні держави, тим не менш, по-різному підходять до визначення юрисдикції арбітражних інститутів, адже саме обсяг (категорії) спорів, що можуть передаватись на розгляд і вирішення арбітражів, свідчить про готовність держави реально розвивати альтернативні державним судам способи вирішення спорів.

У практиці міжнародного комерційного арбітражу, юрисдикцію або компетенцію міжнародного комерційного арбітражу прийнято називати терміном «арбітрабільність», який позначає категорії спорів, які можуть передаватись на розгляд і вирішення міжнародного комерційного арбітражу. Термін «арбітрабільність» походить від англійського «*arbitrability*» і на сьогодні використовується в різних значеннях та стосовно доволі широкого кола підходів. У європейській та американській правових традиціях з цього приводу розроблені доктрини [380], які всебічно та глибоко окреслюють межі, структуру, види арбітрабільності, наслідки її порушення тощо [312; 313; 484; 583; 624]. На понятійному рівні арбітрабільність також визначається в різних контекстах. Відомий вчений Т. Карбоне зазначає, що термін арбітрабільність вказує на точку, в якій виконання свободи договору закінчується і розпочинаються публічні функції судочинства [337, с. 194]. Редферн А. та М. Хантер зазначають, що кожна держава може вирішувати, відповідно до своєї економічної та соціальної політики, які справи можуть бути вирішені арбітражем і які – не можуть [326, с. 124]. Містеліс Л. вказує, що арбітрабільність є одним із аспектів, у якому договірна та юрисдикційна природа арбітражу вступають у конкуренцію. При цьому, як зазначає вчений, виникає просте запитання щодо типів спорів, які можуть і які не можуть передаватись в арбітраж, і чи є окремі види спорів виключеними зі сфери арбітражного розгляду [519, с. 3–4]. Попри різноманітність наявних в юридичній літературі формулювань, більшість вчених однастайні в тому, що

«арбітрабільність» слугує критерієм розмежування спорів, які можуть вирішуватись міжнародними комерційними арбітражами та національними судами [383].

Не вдаючись на цьому етапі дослідження до структурно-функціонального аналізу арбітрабільності, зазначимо лише, що у вітчизняний оборот вказаний термін було введено радянським ученим С. М. Лебєєвим [107, с. 35] як транслітерація англійського «arbitrability». В українській практиці терміновживання його сутність переважно пов'язується з колом спорів, які можуть бути предметом арбітражного розгляду [94, с. 15; 195] або іншими словами, – «здатність спору бути предметом арбітражного розгляду» [241, с. 134]. Зазначена властивість витікає з нормативних положень закону, яким держава наділяє арбітраж повноваженнями щодо вирішення визначених спорів у порядку арбітражного розгляду, тобто наділяє юрисдикційними повноваженнями. І хоча в практиці міжнародного комерційного арбітражу арбітрабільність визначається низкою факторів (об'єктом спору – *ratione materiae*; суб'єктами спору – *ratione personae*; місцем арбітражу – *ratione loci*; часом – *ratione temporis*) [372, с. 319–321; 160, с. 32–33], безспірним є те, що держава, закріплюючи категорії спорів, які можуть розглядатись міжнародним комерційним арбітражем, та/або виключаючи певні категорії спорів з його компетенції, здійснює делегування функцій щодо правозастосування міжнародним комерційним арбітражам. Зважаючи на це, а також беручи до уваги договірні передумови передачі спору на вирішення міжнародних комерційних арбітражів, арбітрабільність спорів дійсно є критерієм, що окреслює сферу правомочностей сторін спору щодо вибору і передачі на вирішення арбітражу певних категорій спорів (визначає межі договірної свободи сторін), а з іншого боку – на етапі виникнення спору – дозволяє складу арбітражу виявити належність конкретного спору до тих, які можуть бути вирішені арбітражем, відмежовуючи таким чином сферу підвідомчості спорів державним судам.

Варто зазначити, що критерій арбітрабільності як основоположний

правовий інструмент при розмежуванні правозастосовчих функцій арбітражів та державних судів тісно пов'язаний із природою міжнародного комерційного арбітражу. У зарубіжній науці склалось кілька теорій, які покликані обґрунтувати правову природу міжнародного комерційного арбітражу: договірна (П. Браше, А. Вейс, Ф. Клейн, Ф. Мерлен), процесуальна (Р. Корто, А. Лене, А. Піле,), змішана (О. Д. Кейлін, Дж. Сюїссе-Холл, К. М. Шміттгофф) та автономна (Ж. Рубелен-Девіші, В. Штейнер) [192, с. 55–64]. З приводу кожної з них у літературі було сформульовано чимало думок [91], однак до сьогодні з цього питання так і не вдалось досягти *communis opinio doctorum*. Зважаючи на те, що дослідження правової природи арбітражу виходить за предмет нашого дослідження, зазначимо лише, що автор є прихильником найбільш поширеної змішаної теорії міжнародного комерційного арбітражу, відповідно до якої на різних етапах арбітражного розгляду виявляються договірні (матеріальні) або процесуальні властивості арбітражу [172]. У контексті нашого дослідження вбачається, що саме ця теорія найбільш точно відображає комплексні складні елементи договірної та юрисдикційної природи арбітражу. Адже, з одного боку, держава як суверен та організація покликана через державні суди здійснювати правосуддя (ст. 124 Конституції України [81]), визначає на нормативному рівні категорії спорів, вирішення яких передається до компетенції арбітражу, що є недержавним судом. З іншого боку – законом встановлюється, що вирішення спорів у порядку арбітражного розгляду можливе лише на підставі письмової угоди, укладеної між сторонами щодо передачі в арбітраж усіх чи певних спорів, які виникли або можуть виникнути в майбутньому у зв'язку з договірними чи іншими правовідносинами (ст. 2(1) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»). Таким чином, делегуючи юрисдикційні правозастосовчі функції арбітражам у сфері вирішення комерційних спорів, держава автоматично не виключає вказані категорії спорів з-під юрисдикції судів. Лише за наявності письмової арбітражної угоди сторін, яка відповідатиме вимогам чинності, дійсності та виконуваності (ст. 2(3) Нью-Йоркської конвенції

1958 р.), дотримання вимог арбітрабільності спору, а також реалізації однією зі сторін наміру вирішити спір саме в порядку арбітражу шляхом подання звернення в арбітраж (позовної заяви), такий спір виключається з юрисдикції державних судів та розглядається арбітражем. У цьому полягає так званий дерогаційний ефект арбітражної угоди [266, с. 37]. Такому стану речей кореспондують положення ст. 2(3) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., відповідно до яких *«суд Договірної Держави, якщо до нього надходить позов з питання, щодо якого сторони уклали (арбітражну) угоду, повинен, за клопотанням однієї зі сторін, направити сторони в арбітраж, якщо не прийде до висновку, що така угода не дійсна, втратила силу чи не може бути виконана»*. Таким чином, ратифікувавши Конвенцію, Україна взяла на себе відповідні зобов'язання щодо приведення національного процесуального законодавства у відповідність до положень Конвенції щодо обмеження юрисдикції державних судів щодо спорів за наявності вказаних у ст. 2(3) обставин.

Механізм реалізації вимог ст. 2(3) Нью-Йоркської конвенції 1958 р. на національному рівні втілено в положеннях господарського процесуального кодексу. Відповідно до ч. 5 ст. 4 ГПК України, *«до міжнародного комерційного арбітражу за угодою сторін може бути переданий будь-який спір, що відповідає вимогам, визначеним законодавством України про міжнародний комерційний арбітраж, крім випадків, визначених законом»*. Пункт 2 ч. 2 ст. 182 ГПК України до завдань підготовчого засідання відносить обов'язок суду щодо з'ясування намірів сторін *«укласти мирову угоду, передати справу на розгляд третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу»*, а в разі встановлення такого наміру господарський суд повинен залишити позов без розгляду, якщо буде встановлено, що *«сторони уклали угоду про передачу даного спору на вирішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу, і від відповідача не пізніше початку розгляду справи по суті, але до подання ним першої заяви щодо суті спору надійшли заперечення проти вирішення спору в господарському суді, якщо тільки суд не визнає, що така угода є недійсною, втратила чинність або не може бути виконана»* (п. 7 ч. 1

ст. 226 ГПК України). Крім цього, якщо *«після відкриття провадження у справі між сторонами укладено угоду про передачу спору на вирішення до міжнародного комерційного арбітражу або третейського суду, якщо тільки суд не визнає, що така угода є недійсною, втратила чинність або не може бути виконана»*, суд повинен закрити провадження у справі за своєю ініціативою (п. 5 ч. 1 ст. 231 ГПК України).

Положення наведених норм свідчать, що на рівні українського законодавства створено відповідний механізм реалізації положень Нью-Йоркської конвенції 1958 р. і учасники, які уклали угоду про передачу спору на вирішення міжнародного комерційного арбітражу, дійсно мають право скористатись саме таким способом альтернативного вирішення спору з його одночасним вилученням з юрисдикції державних судів, що забезпечується положеннями процесуального кодексу про залишення позову без розгляду та закриття провадження у справі.

Останнє питання, яке в цьому контексті потребує з'ясування – це те, наскільки положення угоди про передачу справи на розгляд і вирішення арбітражу узгоджуються з положеннями Конституції України в частині забезпечення конституційного права на захист прав і свобод людини і громадянина судом (ст. 55 Конституції України) та неможливості обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина (ст. 64 Конституції України), а також здійснення правосуддя виключно судами з поширенням юрисдикції судів *на будь-який юридичний спір* та будь-яке кримінальне обвинувачення (ст. 124 Конституції України).

Дійсно, наведеними положеннями Конституції України кожному громадянину гарантується захист його прав та свобод судом. Крім цього, право гарантоване також і ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. [348; 549]. Разом з тим, зважаючи на наведені вище положення Нью-Йоркської конвенції 1958 р. та законодавчих актів (ГПК України, ЦПК України, законів України «Про міжнародний комерційний арбітраж», «Про третейські суди»), логічно зробити висновок, що держава, з одного боку, декларує абсолютне право на судовий захист, а з іншого – виключає спори, щодо яких

укладено третейські або арбітражні угоди з юрисдикції державних судів, тим самим нібито порушуючи або безпідставно обмежуючи конституційні права і свободи людини і громадянина. Саме такими міркуваннями керувались суб'єкти права на конституційне подання, звертаючись до Конституційного Суду України у справі за № 1-3/2008 (справа про завдання третейського суду) [226]. У конституційному поданні суб'єкти звернення до Конституційного Суду України обґрунтовували, що третейські суди в порушення положень ст.ст. 124 та 125 Конституції України фактично наділяються статусом органів правосуддя і водночас частиною судової гілки влади. У своїй позиції Конституційний Суд України відзначив, що, гарантуючи судовий захист з боку держави, Основний закон України водночас визнає право кожного будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (ч. 5 ст. 55). Одним зі способів реалізації права кожного будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань у сфері цивільних та господарських правовідносин є звернення до третейського суду. При цьому Конституційний Суд України вказав, що функціонування третейських судів в Україні базується на засадах не лише національного, а й міжнародного права, зокрема загальні засади арбітражного розгляду цих спорів визначено Європейською конвенцією про зовнішньоторговельний арбітраж від 21 квітня 1961 року та рекомендовано державам Арбітражним регламентом Комісії ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) від 15 червня 1976 року [612]. Більше того, посилаючись на рішення Європейського суду з прав людини у справі «Девір проти Бельгії» від 27 лютого 1980 року (*Deweer v. Belgium*) [456], Конституційний Суд України вказав, що практика ЄСПЛ свідчить, що звернення фізичних та/або юридичних осіб до третейського суду є правомірним, якщо відмова від послуг державного суду відбулася за вільним волевиявленням сторін спору. Також Конституційний Суд України відзначив, що третейський розгляд спорів сторін у сфері цивільних і господарських правовідносин – це вид недержавної юрисдикційної діяльності, яку третейські суди здійснюють на підставі законів України шляхом застосування,

зокрема, методів арбітрування. Здійснення третейськими судами функції захисту, передбаченої в абз. 7 ст. 2, ст. 3 Закону, є здійсненням ними не правосуддя, а третейського розгляду спорів сторін у цивільних і господарських правовідносинах у межах права, визначеного ч. 5 ст. 55 Конституції України, а тому оспорювані положення Закону не порушують приписи ст. 124 Конституції України про здійснення правосуддя винятково судами, оскільки третейський розгляд не є правосуддям, а рішення третейських судів є лише актами недержавної юрисдикційної діяльності з вирішення спорів сторін у сфері цивільних і господарських відносин. Третейські суди не віднесені до системи судів загальної юрисдикції (ст. 125 Конституції України). З аналізу положень Закону випливає, що третейські суди є недержавними незалежними органами захисту майнових і немайнових прав та охоронюваних законом інтересів фізичних та/або юридичних осіб у сфері цивільних і господарських правовідносин. Відповідно до ст. 7 Закону третейський розгляд здійснюють постійно діючі третейські суди та третейські суди для вирішення конкретного спору².

Таким чином, у вказаному рішенні Конституційний Суд України констатував, що в разі, коли особа шляхом вільного волевиявлення вдається до інших способів захисту своїх порушених прав чи свобод (ніж захист у порядку звернення до державних судів), зокрема до застосування способу вирішення спорів шляхом арбітрування, а це право встановлено національними та міжнародними актами, такий вибір цілком узгоджується із правом особи на захист своїх прав та свобод і її права жодним чином не звужуються й не обмежуються. У п. 49 рішення по цитованій справі ЄСПЛ з цього приводу зазначено, що «право на правосуддя» – як один зі складників справедливого судового розгляду, так само не абсолютне в кримінально-правовій, як і в цивільно-правовій сферах. Воно може бути обмежене на основі відповідних інструментів [456]. Аналогічний висновок сформульовано й у іншій справі, яка

² Пункт 3-4 рішення Конституційного Суду України від 10.01.2008 р. № 1-рп/2008 у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців сьомого, одинадцятого статті 2, статті 3, пункту 9 статті 4 та розділу VIII «Третейське самоврядування» Закону України «Про третейські суди» (справа про завдання третейського суду). [226]

розглядалась ЄСПЛ – *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* (2001) [442], де суд відзначив, що право на доступ до правосуддя, яке охороняється п. 1 ст. 6 Конвенції (Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод – *В.Н.*), не є абсолютним і може бути обмежене. Водночас такі обмеження допускаються лише опосередковано (*by implication*), так як право на доступ до правосуддя за своїм характером вимагає державного регулювання. У цьому контексті Договірні держави користуються певними межами вільного розсуду, хоча остаточне рішення щодо дотримання вимог Конвенції приймається Європейським судом. При цьому державою має бути забезпечено, щоб застосовувані вимоги не обмежували і не применшували доступ приватної особи до правосуддя таким чином і в таких межах, що буде порушена сама сутність права. Крім цього, обмеження не відповідає п. 1 ст. 6 Конвенції, якщо воно не спрямоване на досягнення законної цілі і якщо відсутній розумний співрозмірний зв'язок між використовуваними засобами і переслідуваною ціллю. Такі ж висновки було зроблено у справах *Waite and Kennedy v. Germany* (п. 59) [447], *T. P. and K. M. v. The United Kingdom* (§ 98) [440].

З іншого боку, надаючи тлумачення слову «суд» в контексті «Права на справедливий суд», у т. ч. такого аспекту, як «право на доступ до суду» (п. 1 ст. 6 Конвенції), ЄСПЛ неодноразово відзначав, що Конвенція не створює для державних судів монополію на відправлення правосуддя, адже в розумінні п. 1 ст. 6 Конвенції термін «суд» необов'язково слід розуміти як такий, що означає судову установу класичного типу, інтегровану в стандартний судовий механізм держави (*Campbell and Fell v. The United Kingdom* (1984) [459]; *Lithgow and others v. The United Kingdom* (1986) [439]).

Крім того, у справах *Transado-Transportes Fluviais do Sado, S.A. v. Portugal* (2003) [446] та *Regent Company v. Ukraine* (2008) [462] ЄСПЛ зауважив, що ст. 6 Конвенції не виключає створення арбітражних судів з метою вирішення спорів між приватними підприємствами. Насправді, слово «суд» у п. 1 ст. 6 Конвенції необов'язково повинно розумітися як суд класичного виду, інтегрований у стандартну судову систему держави. У справі *Regent Company v. Ukraine* ЄСПЛ

додав, що арбітражний суд був «судом, встановленим законом», який діяв відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», а також внутрішніх процесуальних правил. При цьому провадження в арбітражному суді було таким самим, як і у відповідних державних цивільному чи господарському судах, та існували нормативні положення, відповідно до яких рішення вказаного арбітражного суду могли бути оскаржені до Київського апеляційного суду на підставах, зазначених у Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 1994 року. Арбітражний суд (*МКАС при ТПП України – В. Н.*) залишався єдиним арбітражним органом в Україні, який міг відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 1994 року вирішувати «комерційні спори з іноземним елементом». Відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та ст. 3(1) Закону України «Про виконавче провадження» рішення вказаного суду прирівнюються до інших судових рішень, які підлягають виконанню (п. 54, *Regent Company v. Ukraine*) [462]. На основі цього, ЄСПЛ зробив висновок про те, що арбітражний розгляд справи, так само як і вирішення справи державним судом, дозволяє особі, права якої порушено, невизнано чи оспорено, реалізувати своє право на захист, і рішення таких судів є обов'язковими до виконання. Адже одним з основоположних аспектів верховенства права є принцип правової визначеності, яка передбачає дотримання принципу *res judicata*, тобто принципу остаточності рішення, згідно з яким жодна зі сторін не має права домагатися перегляду остаточного й обов'язкового рішення лише з метою повторного слухання справи і постановлення нового рішення. Відхід від цього принципу можливий лише тоді, коли він зумовлений особливими і непереборними обставинами (п. 46, *Ustimenko v. Ukraine* (2015) [461]).

Підбиваючи підсумки щодо питання про обмеження права на захист та доступ до правосуддя у зв'язку з укладеною арбітражною угодою, зазначимо, що укладенням такої угоди у світлі практики ЄСПЛ, Конституційного Суду України та положень міжнародних договорів України вказані права особи не порушуються. Так само це не можна тлумачити і як безпідставне обмеження права на захист у державному суді. Добровільно укладаючи арбітражну угоду,

особа або компанія за власною волею обмежує можливість вирішення спорів, які виникають з цивільних відносин, у державних судах, однак саме право на захист та доступ до суду при цьому не обмежується, оскільки в такому випадку спір розглядається компетентним (уповноваженим державою на вирішення конкретних спорів відповідно до закону) арбітражним (третейським) судом. При цьому особі забезпечується механізм контролю за постановленим рішенням та можливість примусового приведення рішення такого суду (арбітражу) до виконання із використанням повноважень державних органів виконавчої служби.

Варто відмітити, що крім згаданого конституційного подання та наведеного рішення ЄСПЛ в Україні не було спроб визнання третейських (арбітражних) угод такими, що обмежують конституційні права на захист та доступ до суду. Дані Єдиного державного реєстру судових рішень також не містять таких, які б стосувались розгляду зазначеного питання саме з цього погляду. Щоправда, у двох рішеннях Касаційний цивільний суд Верховного Суду відмовив у юрисдикції третейському суду, посилаючись в одному випадку на непідвідомчість спору третейським судам (рішення у справі № 755/11937/16 ц від 30 січня 2019 р. [181]), а в іншому – що договір, у якому міститься третейська угода, припинив свою дію (рішення у справі № 755/4608/16-ц від 13 червня 2018 р. [182]), проігнорувавши тим самим принцип автономності третейської угоди, передбачений ст. 12 Закону України «Про третейські суди».

У світлі розгляду міжнародного комерційного арбітражу як особливого суб'єкта правозастосування відзначимо, що відповідно до практики ЄСПЛ, міжнародних договорів України, національного законодавства, укладена між сторонами письмова угода про передачу на розгляд арбітражу всіх або певних комерційних спорів є підставою для виключення спорів з відносин, що охоплюються такою угодою, з юрисдикції державних судів. Реалізація стороною права на вирішення вказаних спорів у порядку арбітражу є підставою для закриття відповідного провадження в державному суді, якщо суд на знайде підстав вважати, що арбітражна угода є недійсною, нечинною або невиконуваною. Таким чином,

українське законодавство (як і законодавство більшості зарубіжних країн) наділяє міжнародний комерційний арбітраж спеціальними правозастосовчими функціями, прирівнюючи його рішення до рішень національних судів (п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про виконавче провадження», ч. 1 ст. 35 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»). Зважаючи на те, що в Україні міжнародний комерційний арбітраж створений і діє на підставі Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» і згідно з Додатком 1 до нього є Регламент МКАС при ТПП України як єдиної самостійної постійно діючої установи, а також беручи до уваги висновки ЄСПЛ, зроблені у справі *Regent Company v. Ukraine*, саме МКАС при ТПП України є арбітражним органом, створеним «відповідно до закону», і саме він наділяється повноваженнями щодо здійснення правозастосування – вирішення спорів у порядку, передбаченому чинним законодавством. При цьому передача спору за письмовою арбітражною угодою сторін, добровільно укладеною між ними, не є обмеженням прав учасників цивільного обороту в розумінні Конвенції про захист прав людини та її основоположних свобод, а також Конституції України.

Так само не суперечить Конституції України і можливість передачі спорів у встановленому порядку на розгляд і вирішення арбітражу за домовленістю сторін та виключення такого спору з юрисдикції державних судів. При цьому рішення арбітражу є обов'язковими для сторін спору та їхнє виконання забезпечується механізмом примусового виконання, передбаченим положеннями Нью-Йоркської конвенції 1958 р. та нормами національного процесуального законодавства країн місця виконання такого рішення.

1.3 Іноземний елемент та його вплив на механізм правозастосування при вирішенні міжнародних комерційних спорів

Термін «іноземний елемент» як юридичне поняття остаточно сформувався в українській правозастосовчій практиці відносно нещодавно, тоді як в доктрині міжнародного приватного права це поняття відоме вже досить давно. Вперше його

було введено в науку міжнародного приватного права (далі – МПрП) М. І. Бруном у 1908 році. Вчений, посилаючись на праці А. Дайсі, Ф. Кана, Ф.К. ф. Савінїї, писав, що у світі існують не лише правовідносини, пов'язані з територією одного правопорядку, але й інші, які своїми елементами пов'язані із кількома територіями: іноземний суб'єкт, знаходження об'єкта за кордоном, виникнення права на одній території, а його здійснення – на іншій. На основі цього вчений робив висновок, що назва «іноземний елемент» хоча й не повною мірою є вдалою, однак є цілком придатною для визначення сукупності правил, які визначають, який з двох чи кількох різномісних («разноместных» – *В.Н.*) законів повинен бути застосований під час аналізу правовідношення, яке одним зі своїх фактичних елементів пов'язане з іншою державою чи сферою іншого правопорядку [21, с. 13]. У подальшому зазначений термін отримав цілісне осмислення у працях Л. А. Лунца [115, с. 35].

Серед українських вчених термін «іноземний елемент» частково був проаналізованим В. М. Корецьким [82], однак найбільш повне осмислення отримав у працях Г. К. Матвєєва [122, с. 9], у яких дослідник, розкриваючи зміст поняття «іноземний елемент», вперше в науці подає й критичні оцінки інших авторів [229], які полягали у невідповідності складників «іноземного елементу» складу цивільних правовідносин. Водночас для потреб правозастосовчої практики, як пише вчений, усі доктринальні спори припиняються після пред'явлення цивільного позову в судові або арбітражні органи..., які вирішують їх на основі законів тих держав, до яких відсилають так звані колізійні норми. А тому встановлення специфічних ознак цивільних правовідносин не можна обмежувати одним лише догматичним зіставленням їх з елементами звичайних правовідносин [229, с. 10–11]. Погоджуючись із вченим, відзначимо, що на сьогодні, зважаючи на зростаюче значення прикладного характеру будь-якого наукового вчення, а особливо в галузі права, сформульована Г. К. Матвєєвим теза є ще більш актуальною, адже, саме з погляду міжнародного характеру, полінаціональної правової природи міжнародних приватноправових відносин поняття «іноземний елемент» є

досить вдалим. Більше того, з його закріпленням у Законі України про МПрП 2005 р. термін набув широкого використання також і в судовій та арбітражній практиці [183; 184; 185]. У названому законі це поняття визначене як ознака, яка характеризує приватноправові відносини, що регулюються цим Законом, та виявляється в одній або кількох з таких форм: 1) хоча б один учасник правовідносин є громадянином України, який проживає за межами України, іноземцем, особою без громадянства або іноземною юридичною особою; 2) об'єкт правовідносин знаходиться на території іноземної держави; 3) юридичний факт, який створює, змінює або припиняє правовідносини, мав чи має місце на території іноземної держави (п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України про МПрП). За своїм змістом вказане поняття стосується «міжнародного забарвлення» [125, с. 14] приватноправових відносин. Як правильно зазначає А. С. Довгерт, іноземний елемент у міжнародному приватному праві лише вказує на «міжнародність» правовідносин, на їхній зв'язок з більш ніж одним правопорядком [125, с. 14]. Саме тому, встановивши «міжнародний» характер приватноправового спору, суб'єкт правозастосування – суд чи арбітраж – далі повинен визначитись із тим, чи арбітрабельним є спір, а якщо так, то правопорядок якої держави або ж яка система права загалом підлягає застосуванню до його вирішення.

Водночас слід зробити застереження, що поняття «іноземного елементу» не у всіх країнах пов'язується саме з наведеними трьома складовими [146]. Наприклад, відповідно до тлумачення Верховного Народного Суду Китаю, термін «іноземний елемент» стосується більш широкого кола іноземних або внутрішніх чинників. Так, цивільна справа може бути кваліфікована як ускладнена іноземним елементом, якщо у ній наявний один з таких факторів:

- а) одна або обидві сторони є іноземними громадянами, іноземними юридичними особами чи іншими організаціями, або особами без громадянства;
- б) звичайне місце проживання однієї чи обох сторін знаходиться поза межами території Китаю;
- в) обставини, які стосуються сутності спору, знаходяться поза межами

території Китаю;

г) юридичний факт, який створює, змінює чи припиняє цивільні відносини, стався поза межами території Китаю;

г) будь-яка інша обставина, яка може бути визнана як іноземна [633; 629].

Схожі висновки простежуються також і в судовій практиці та теорії у інших зарубіжних країнах [324; 378, с. 285; 573]. Зважаючи на вищенаведене, слід зробити висновок, що на сьогодні поняття іноземного елемента в практиці вирішення міжнародних комерційних спорів пов'язується з такими критеріями:

1. Суб'єктним 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).

З погляду арбітрабільності спору та можливості його бути віднесеним до компетенції міжнародного комерційного арбітражу, наявність однієї із вказаних ознак може суттєво впливати на перспективу вирішення спору в арбітражі, адже втрата «міжнародного забарвлення» спірних відносин автоматично виключає компетенцію арбітражу в країнах, застосовуючи право яких, міжнародний арбітраж вирішує лише «міжнародні» спори за своєю природою. У світлі українського законодавства, відповідно до ч. 2 ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», до міжнародного комерційного арбітражу можуть за угодою сторін передаватися:

а) спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають при здійсненні *зовнішньоторговельних* та інших видів *міжнародних* економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї зі сторін знаходиться за кордоном;

б) спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їхніми учасниками, а так само їхні спори з іншими суб'єктами права України.

Для цілей пункту 2 статті ст. 1 вказаного Закону, якщо:

- сторона має більше ніж одне комерційне підприємство, комерційним підприємством вважається те, яке має найбільше відношення до арбітражної угоди;
- сторона не має комерційного підприємства, береться до уваги її постійне місце проживання.

У контексті наявності іноземного елемента наведені положення Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» стосуються таких критеріїв як:

- 1) місцезнаходження іноземної юридичної особи – «якщо комерційне підприємство хоча б однієї зі сторін знаходиться за кордоном» (п. «а» ч. 2 ст. 1 Закону);
- 2) статус юридичної особи як іноземної (п. «б» ч. 2 ст. 1 Закону);
- 3) учасників «іноземних юридичних осіб» (п. «б» ч. 2 ст. 1 Закону).

Як бачимо, Закон не стосується фізичних осіб-підприємців та звичайних фізичних осіб, які також можуть бути сторонами міжнародних контрактів та арбітражних угод. Також поза межами регулювання залишається низка випадків в яких певні комерційні утворення не вважаються юридичними особами за законом країни арбітражу. Крім цього, не визначено, за яким критерієм встановлювати «міжнародний» характер спору у випадку, коли його сторони мають кілька місць здійснення комерційної діяльності.

З цього приводу слід відмітити, що положення ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» були дещо видозмінені під час його прийняття. Як відомо, український Закон було прийнято на основі Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж [614], ст. 1 (3) якого пов'язує міжнародний арбітраж та «міжнародний» характер спору з такими факторами:

- 1) якщо сторони арбітражної угоди мали на момент її укладення свої місця ведення бізнесу в різних країнах;
- 2) якщо одне з наступних місць знаходиться поза межами країни, в якій

сторони мають свої місця ведення бізнесу: а) місце арбітражу, якщо його визначено в арбітражній угоді або відповідно до неї; б) будь-яке місце, де повинно бути виконано значну частину зобов'язань, що впливають із комерційних відносин, або місце, з яким найбільш тісно пов'язаний предмет спору;

3) якщо сторони прямо домовились про те, що предмет арбітражної угоди пов'язаний більш ніж з однією країною.

У разі наявності кількох місць ведення бізнесу, береться до уваги те, що найбільш тісно пов'язане з арбітражною угодою. Якщо ж сторона не має місця ведення бізнесу, до уваги повинно братись її звичайне місцезнаходження ст. 1 (4) Типового закону ЮНСІТРАЛ.

Цікаво, що використовувані в англomовній версії Типового закону ЮНСІТРАЛ терміни «*parties*», «*commercial relationship*» були перекладені у російськомовному тексті Типового закону відповідно як «комерційні підприємства» (коммерческие предприятия), «торговельні відносини» (торговые отношения) [252]. Термін «*place of business*» і його значення взагалі було знівельовано терміном «коммерческое предприятие» [252]. Зважаючи на це, український закон під час розробки та затвердження був орієнтований саме на російськомовний переклад, а тому на сьогодні він не відповідає задуму, який вкладався розробниками в Типовий закон ЮНСІТРАЛ і міжнародній арбітражній практиці. Крім цього, варто зауважити, що у 2006 році ст. 1 Типового закону зазнала змін, які все ще не відображено в Законі України 1994 року, однак вони втілюють найкращі міжнародні підходи та практики до врегулювання міжнародного комерційного арбітражу.

З наведеного аналізу можна зробити два висновки: по-перше, редакція ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» порівняно із положеннями Типового закону ЮНСІТРАЛ містить значні обмеження категорій спорів, які б могли передаватись на розгляд і вирішення міжнародного комерційного арбітражу; по-друге, сучасні відносини, з яких виникають міжнародні комерційні спори, є значно багатшими та більш різноманітними,

ніж юрисдикція, яка витікає зі ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». А тому вказана стаття потребує змін та доповнень у частині приведення у відповідність до Типового закону ЮНСІТРАЛ, а також розширення компетенції арбітражу, виходячи з сучасних потреб і реалій. У зв'язку з цим, вбачається за доцільне викласти ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» у редакції такого змісту:

«1. Цей Закон застосовується до міжнародного комерційного арбітражу, якщо місце арбітражу знаходиться на території України. Однак положення, передбачені статтями 8, 9, 35 і 36 цього Закону, застосовуються і в тих випадках, коли місце арбітражу знаходиться за кордоном.

2. До міжнародного комерційного арбітражу можуть за угодою сторін передаватися:

спори з договірних та інших цивільних правовідносин, що виникають з або пов'язані зі здійсненням зовнішньоекономічної та інших видів міжнародної комерційної діяльності між юридичними особами приватного права, юридичними особами публічного права та/або фізичними особами, якщо на момент укладання арбітражної угоди місцезнаходження або місце проживання хоча б однієї зі сторін такої угоди знаходиться за кордоном;

спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їхніми учасниками, а так само їхні спори з іншими суб'єктами права України;

спори з договірних та інших цивільних правовідносин незалежно від суб'єктного складу, якщо одне з наступних місць знаходиться за межами держави, в якій сторони мають свої місцезнаходження або місце проживання:

– будь-яке місце, в якому повинна бути виконана значна частина зобов'язань, що виникають із договірних або інших цивільних правовідносин або у зв'язку з ними;

– місце, з яким найбільш тісно пов'язаний предмет спору».

Пропонована редакція, на наш погляд, вирішує низку проблем, про які йшлося вище, а також спрямована на удосконалення терміновживання таких

понять, як: «цивільно-правові відносини», «зовнішньоторговельні та інші види міжнародних економічних зв'язків» та «комерційне підприємство». Щодо останнього терміна та некоректності його перекладу з англomовного тексту Типового закону ЮНСІТРАЛ ми вже вище зробили застереження. А от стосовно перших двох («цивільно-правові відносини» і «зовнішньоторговельні та інші види міжнародних економічних зв'язків») варто зазначити таке. Наведені терміни використовуються у чинній редакції ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Водночас чинний ЦК України використовує поняття «цивільні відносини», а не «цивільно-правові відносини». Під останніми, відповідно до ч. 1 ст. 1 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), потрібно розуміти «...особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників» [271]. Більше того, в міжнародних актах з питань арбітражу на позначення категорій спорів, які можуть вирішуватись у порядку арбітражу, використовуються терміни «правовідносини» (*legal relationship*). Ст. I (3) Нью-Йоркської конвенції 1958 року містить положення, за яким держави-учасники Конвенції можуть зробити застереження, що вони «будуть застосовувати Конвенцію лише до розбіжностей, які виникають з **договірних чи недоговірних правовідносин**, які визначаються як комерційні відповідно до національного права Країни, яка зробила таке застереження» (переклад автора – В.Н.)³. Той самий термін трапляється і у ст. II (1) Нью-Йоркської конвенції 1958 року при визначенні арбітражної угоди («...*defined legal relationship*...»), ст. 7 Типового закону ЮНСІТРАЛ («...*defined legal relationship whether contractual or not*...»). У зв'язку з цим, вбачається, що більш коректним при визначенні категорій спорів, які можуть передаватись на розгляд міжнародного комерційного арбітражу, буде все ж використання терміна «правовідносини», закріпленого як Нью-Йоркською конвенцією 1958 року, так і Типовим законом ЮНСІТРАЛ.

³ «... it will apply the Convention only to differences arising out of **legal relationships, whether contractual or not**, which are considered as commercial under the national law of the State making such declaration.». Article I (3) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) [351]

Щодо терміна, використовуваного на позначення спорів, які виникають при здійсненні «зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків», зазначимо, що він також є некоректним перекладом англomовних версій міжнародних договорів, передусім, терміна «*commercial*», який слід перекладати буквально як «комерційний». Тоді як в Законі його перекладено як «*commercial*», хоча очевидно, що за змістом слова «комерційний» і «торговельний» у розумінні відповідних правовідносин (*legal relationships*) зіставляються відповідно як родова та видова категорії. Тому значно обмежується коло спорів, які б могли передаватись на розгляд і вирішення арбітражу. Звичайно, використання у ст. 1 Закону формулювань на кшталт «договірних та інших цивільно-правових відносин», а також «інших видів міжнародних економічних зв'язків» дає підстави тлумачити компетенцію арбітражу на вирішення спорів не лише тих, які пов'язані із «торговельними» відносинами. Однак вважаємо, що в питанні нормотворення та терміновживання в цьому випадку все ж повинна бути абсолютна узгодженість норм міжнародних та національних актів.

Крім цього, слід додати, що юридично некоректним є також формулювання «спори ..., які виникають при здійсненні ... міжнародних економічних зв'язків», адже «економічні зв'язки» не можуть «здійснюватись», вони можуть «виникати», «встановлюватись» тощо. Питання виникає також і щодо самого терміна «економічні зв'язки» («*economic connections (relationships)*»), яке є не зовсім традиційним та поширеним для сфери цивільного та міжнародного приватного права. Його нема і в міжнародних договорах. Натомість, термін «економічний» («*economic*») використовується у тексті Резолюції Генеральної Асамблеї ООН № 40/72 1985 року [566], якою було схвалено Типовий закон ЮНСІТРАЛ, на позначення держав з різними «... економічними системами» («...*States with different legal, social and economic systems...*»), а також для позначення процесу розвитку уніфікації міжнародних економічних відносин («*development of harmonious international economic relations*»). Як бачимо, контекст використання терміна «економічний» стосується не «спорів» чи

«договірних правовідносин», а позначає більш глобальні процеси чи явища, такі як: державний устрій, міжнародні економічні відносини тощо. Тому видається, що такий порядок терміновживання у Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» пов'язаний саме з необхідністю, з одного боку, знайти відповідний заміник терміна «комерційний» (*commercial*), а з іншого – з наявними традиціями терміновживання на момент прийняття Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Адже станом на 24 лютого 1994 року, коли приймався Закон, уже був чинним інший Закон (чинний і до сьогодні), який називався Закон Української Радянської Соціалістичної Республіки «Про зовнішньоекономічну діяльність» 1991 року [205], предмет регулювання якого стосувався і стосується зовнішньоекономічних договорів (контрактів)⁴, пов'язаних зі здійсненням зовнішньоекономічної діяльності. Як відомо, за часів Радянського Союзу будь-яка діяльність, яка стосувалась руху товарів, робіт або послуг за кордон чи з-за кордону, називалась зовнішньоекономічною. Очевидно, це також мало своє значення для того, яку термінологію закладати в Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Водночас з позиції сьогодення, беручи до уваги останні тенденції в розвитку міжнародного комерційного арбітражу, міжнародного комерційного обороту, а також зважаючи на арбітражну практику, правильно погодити термінологію із міжнародними договорами України, у яких використовується термін «комерційний» (*commercial*), та сформованими й широко використовуваними міжнародними підходами і практиками.

Більше того, саме щодо терміна «комерційні правовідносини» (*commercial legal relationships*) Нью-Йоркська конвенція 1958 року містить важливе застереження. У вже згадуваній ст. I (3) Конвенції передбачається, що «*при підписанні, ратифікації чи приєднанні до цієї Конвенції чи при повідомленні,*

⁴ На думку автора, використовуване у Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність» поняття зовнішньоекономічний договір (контракт) на сьогодні не відповідає сучасним реаліям та практиці міжнародного ділового обороту, а тому за відсутності застережень про інше в роботі для позначення такого виду договорів буде використовуватись термін «міжнародний контракт» як термін, що стосується будь-якого міжнародного комерційного договору, який через будь-який зі своїх елементів (іноземну сторону, предмет чи певний юридичний факт) має транснаціональний (транскордонний, міжнародний) характер.

передбаченому в статті X цієї Конвенції, будь-яка Держава може на основі взаємності заявити, що вона буде застосовувати цю Конвенцію щодо визнання і приведення до виконання арбітражних рішень, винесених лише на території іншої Договірної держави. Вона також може повідомити, що Конвенція буде застосовуватись лише стосовно розбіжностей (differences – В.Н.), які виникають з договірних чи недоговірних правовідносин, які визначаються як комерційні (commercial – В.Н.) відповідно до національного права Країни, яка робить таке повідомлення».

Таким чином, конвенція «за замовчуванням» стосується не лише розбіжностей (спорів), які виникають із комерційних правовідносин. І лише держави при приєднанні можуть зробити відповідне застереження. Терміни «комерційний спір (розбіжність)», «комерційні правовідносини» не знайшли відображення у самій Конвенції. Навпаки, Конвенція відсилає при вирішенні питання, що слід розуміти під терміном «комерційний» до національного права країни-учасниці Конвенції. За свідченням Л. Містеліса таке застереження було зроблено для того, щоб пристосувати положення Конвенції до права країн, у законодавстві яких на розгляд і вирішення арбітражу можуть передаватись лише «комерційні» спори [520, с. 4–5]. На сьогодні правом на подібні застереження скористалися 46 країн, у тому числі Аргентина, Данія, Індія, Канада, Китай, Корея, Куба, Монако, США, Туреччина, Туніс та інші [588]. Результати аналізу застережень окремих країн в контексті досліджуваного питання дозволили виявити цікаву особливість: низка країн у своїх заявах і застереженнях зазначили, що термін «комерційний» є синонімом до терміна «економічний». Так, Чорногорія, яка раніше перебувала у складі Югославії, зробила застереження, що конвенція застосовується до договірних та недоговірних відносин, які «відповідно до її національного права вважаються як економічні (economic)». Для цих потреб слово «економічні» використовувалось як синонім до слова «комерційні» («...word «economic» had been used therein as a synonym for «commercial»...»). Аналогічні заяви й застереження містяться у праві Сербії, Хорватії, Словенії та Македонії (складові частини колишньої

Югославії) [588]. Таким чином, у цих країнах за допомогою застереження вирішено питання термінологічних розбіжностей.

Україна щодо цього застереження не робила, а тому не пов'язана змістом терміну «комерційний», хоча, з погляду правозастосування встановлення його змісту, тобто вирішення питання, чи є спір комерційним і витікає з комерційних правовідносин, має значення як для питання юрисдикції, так і для подальшого виконання постановленого рішення. Адже на практиці так званий «*commercial test*» або «*commercial reservation*» може породжувати окремі проблеми через те, що держави можуть на свій розсуд визначати зміст терміна «комерційний» та допускати його обмежене тлумачення. А відтак у виконанні рішення, постановленого арбітражем в Україні щодо спору, який вважається комерційним, може бути відмовлено через його некомерційний характер у країні місця виконання на підставі неарбітрабельності чи порушення публічного порядку. Наприклад, у широко цитованій у юридичній літературі справі *BV Bureau Wijsmuller v. United States* окружний суд Сполучених Штатів Америки кваліфікував спір щодо витрат на рятування військового судна як некомерційний і на цій підставі обмежив дію Конвенції [450]. Широке обговорення в літературі та практиці отримали також два рішення національних судів Індії у справі *Kamani Engineering Corp. v. Societe de Traction* [438] та у справі *Indian Organic Chemical Ltd v. Chemtex Fibers Inc.* [465], у яких суди не визнали комерційними за правом Індії відносини, пов'язані із ноу-хау засновані на контракті будівництва «під ключ» та трансфері технологій. Аналогічні випадки обмеженого тлумачення терміна «комерційний» відомі у практиці приведення до виконання арбітражних рішень у Тунісі (справа *Taieb Haddad et al v. Ste' d'Investment Kal.*) [488, с. 33–35], Аргентині (справа *Milantic Trans S.A. v. Ministerio de la Producción (Astilleros Río Santiago y otro)*) [464], Канаді (*Ross v. Christian and Timbers Inc.*) [463] та деяких інших країнах. У всіх наведених випадках наслідком відмови від приведення до виконання іноземного арбітражного рішення на цій підставі є незастосування положень Нью-Йоркської конвенції 1958 року до порядку визнання та виконання іноземного

арбітражного рішення та застосування внутрішнього права – права країни суду (*lex fori*). Водночас подібні випадки обмеженого тлумачення на сьогодні є швидше винятками, ніж правилом, адже в силу високого ступеня уніфікації арбітражного законодавства та широкого кола підписантів Нью-Йоркської конвенції 1958 року, питання щодо обмеження її застосування за такою підставою є правилом поганого тону та свідчить про недружнє ставлення до арбітражу. А це, у свою чергу, підриває довіру інвесторів до держави, в чому жодна держава не зацікавлена. Більше того, у низці рішень національних судів, де однією зі сторін порушувалось питання про обмеження застосування Конвенції через те, що спір має некомерційний характер, суди зайняли проарбітражну позицію та застосували широке тлумачення терміна «комерційний». Це спостерігаємо щодо рішення у справі *Re Carter et al. and McLaughlin et al*, де суд провінції Онтаріо кваліфікував як комерційний спір щодо фізичного стану будинку, придбаного за договором купівлі-продажу, який був укладений з допомогою професійних брокерів між двома фізичними особами [437]; у справі *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, де суд визнав комерційними відносини, які витікали з інвестиційного договору, тоді як Відповідач обґрунтовував, що характер таких відносин не комерційний, а розпорядницький (*regulatory*) [552]; також комерційними суд визнав відносини у справі *M/S Comed Chemical Ltd. v. C. N. Ramchand* [468], які ґрунтувалися на договорі трудового найму, укладеному між компанією та керівником однієї з її дочірніх компаній, де Верховний суд Індії зазначив, що фактично працівник виконував функції не працівника, а керівника компанією і відповідав за всі її економічні та фінансові операції, а тому така діяльність охоплюється поняттям «комерційна діяльність» та укладена з приводу цього арбітражна угода є дійсною і чинною.

Щодо змісту самого терміна «комерційний», базове розуміння сформульовано у примітці 2 до ст. 1 (1) Типового закону ЮНСІТРАЛ, згідно з якою терміну «комерційний» слід надавати широке тлумачення, яке б охоплювало справи, які виникають з усіх відносин, які мають комерційний

характер, незалежно від того, чи засновуються вони на договорі чи ні. Відносини комерційного характеру включають такі угоди, не обмежуючись ними: будь-які торгові угоди про поставку товарів або надання послуг чи обмін товарами або послугами; угоди про розподіл, торгове представництво; факторингові операції; лізинг; інжиніринг; будівництво промислових об'єктів; надання консультативних послуг; купівля-продаж ліцензій; інвестування; фінансування; банківські послуги; страхування; угоди про експлуатацію або концесії; спільні підприємства та інші форми промислового або підприємницького співробітництва; перевезення товарів та пасажирів повітрям, морем, залізничними та автомобільними шляхами» [614]⁵. Наведене «розуміння» терміна *commercial*, як зазначено у літературі, є орієнтовним та описовим [287] і спрямоване, передусім, на окреслення певної формули, яка б дозволяла державам тлумачити вказане поняття в дусі задуму розробників, не втрачаючи при цьому особливостей, встановлених національним правом. Зазначену примітку було майже дослівно відображено в чинному Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (абз. 4 ч. 1 ст. 2). Однак, є певні відмінності, які полягають у такому:

- 1) «arising from all relationships of a commercial nature» відображено в українському Законі формулюванням «впливають з усіх відносин торгового характеру»;
- 2) формулювання «relationships of a commercial nature» перекладено як «відносини торгового характеру»;
- 3) формулювання «commercial representation» перекладено як «торгове представництво».

Звісно, що в усіх випадках термін «комерційний» у всіх відмінках мав би бути перекладений не як «торговельний», а «комерційний», що дійсно дозволяє

⁵ The term “commercial” should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road. Footnote 2 to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (with amendments as adopted in 2006). [614]

його широко тлумачити, адже, виходячи із сутності цього терміна, комерційні відносини – це відносини, які опосередковують рух товарів, робіт та/або послуг на оплатних засадах, тобто пов'язані із обміном останніх на гроші або зустрічним наданням товарів, робіт та/або послуг. Black's Law Dictionary визначає комерційну діяльність (*commercial activity*) як діяльність з управління бізнесом, спрямовану на отримання прибутку. У свою чергу, бізнес (*business*) означає комерційне підприємництво, яке здійснюється для отримання прибутку [327, с. 38]. Таким чином, комерційним відносинам завжди притаманний грошовий еквівалент і вони пов'язані із отриманням прибутку.

Позицію розробників, а саме секретаріату ЮНСІТРАЛ, відображено в Аналітичному коментарі до проєкту Типового закону ЮНСІТРАЛ, зводиться до такого: «зміст терміна «комерційний» охоплює не лише засновані на угоді відносини, такі як, наприклад, поставка електроенергії, транспортування газу через мережу та інші, але й недоговірні відносини, які пов'язані зі спорами щодо відшкодування шкоди, яка виникла з відносин комерційного характеру. Не охоплюються поняттям «комерційні» відносини спори, які виникають щодо захисту прав споживачів, з питань праці та працевлаштування тощо. При цьому неправильно було б тлумачити термін «комерційний» відповідно до суто національного легального визначення, сформульованого у внутрішньому праві або ж у контексті лише тих угод, сторони яких діяли як комерційні суб'єкти чи як підприємці» [292]. На основі сказаного, керівник робочої групи з розробки Типового закону ЮНСІТРАЛ зазначив, що термін «комерційний» не варто визначати як легальний термін, а натомість описати в примітці, що дозволить його широко тлумачити і надасть можливість сформулювати невичерпний перелік комерційних відносин [520, с. 586–587]. Очікування та наміри розробників Типового закону ЮНСІТРАЛ виправдались, оскільки на сьогодні дійсно в більшості країн переважає саме широкий підхід до тлумачення терміна «комерційні відносини» та «комерційний спір» як у законодавстві, так і в правозастосуванні.

Такий підхід дозволяє справді широко тлумачити Конвенцію та її положення, а відтак і компетенцію складу арбітражу, адже для потреб визнання

та виконання арбітражних рішень, постановлених в інших країнах, лише широкий «модельний» або «конвенційний» підхід здатний забезпечити уніфікацію та прогнозованість виконання іноземних арбітражних рішень. Як правильно зазначає відомий фахівець у галузі арбітражу А. Я. ван ден Берг, «з урахуванням існуючих відмінностей, тест на «комерційність» дозволяє виявити, що те, що вважається «некомерційним» у внутрішніх (національних) відносинах, може кваліфікуватись як «комерційне» для мети Конвенції і її застосування» [289, с. 54]. І саме впровадження такого підходу дозволить сформулювати прогнозовані та стійкі практики та забезпечити захист прав учасників арбітражних проваджень по всьому світі. Вбачається, що за таких обставин варто відзначити стійку тенденцію до формування «автономного» тлумачення терміна «комерційний», заснованого та сформованого на підходах, закладених авторами Нью-Йоркської конвенції 1958 року та Типового закону ЮНСІТРАЛ [136].

Слід зауважити, що перші кроки в напрямі удосконалених положень правозастосовної практики в Україні також уже зроблено, адже Регламент МКАС при ТПП України, чинний з 1 січня 2018 року, у ч. 2 п. 1 ст. 3 містить уточнену норму, спрямовану на вирішення зазначених розбіжностей змісту термінів «комерційний» і «торговий». Так, у наведеній статті в ч. 1 зазначені положення Закону України, про які ми згадували вище, а далі у ч. 2 міститься уточнення, за яким «до компетенції МКАС належать, зокрема: спори, які впливають з відносин комерційного характеру...». Таке положення покликане усунути розбіжності у розумінні терміна «комерційний», наведене у Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та запровадити широкий «модельний» і «конвенційний» підходи. Адже на необхідності застосування саме широкого підходу неодноразово відзначалось як розробниками Типового закону ЮНСІТРАЛ [376]⁶, так і вченими та практиками, думки яких наводились вище. І якщо станом на початок 90-х років термін «комерційний» розглядався як невизначений, на сьогодні в українському цивільному законодавстві цей термін

⁶ Див. п. 12 Пояснювальної записки до Типового закону ЮНСІТРАЛ [376], Art. 18 of the Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration: report of the Secretary-General, 18th session of UNCITRAL, June 3-21, 1985, UN Doc. A/CN.9/264 [292].

уже доволі тривалий час використовується насамперед у відносинах, які пов'язані з комерційним представництвом, комерційними найменуваннями, комерційною таємницею, комерційною концесією, комерційним кредитом тощо.

Підбиваючи підсумки, зазначимо, що іноземний елемент і, як наслідок, «міжнародний» характер спору, який виникає саме з «комерційних відносин», мають важливе значення для вирішення спорів у міжнародному комерційному арбітражі. Аналізуючи наявність цих елементів у спірних відносинах, склад арбітражу вже на перших етапах робить попередній висновок про свою компетенцію щодо вирішення такого спору. При цьому, як правильно зазначають М. Хьюлет-Джеймс і Н. Гоулд [408, с. 13], сторони можуть певною мірою впливати на наявність іноземного елементу в арбітражі, адже на етапі укладення контракту у сторін є можливість обирати право, що буде застосовуватись до контракту, арбітраж, який вирішуватиме спори, кількість та кваліфікацію арбітрів, а також місце арбітражу – критерій, за яким визначатиметься право, що врегульовуватиме процедуру арбітражного розгляду, підстави та порядок надання підтримки і сприяння арбітражу з боку державних судів, механізм оспорення постановленого рішення тощо. Усе це також безпосередньо впливає на наявність та склад іноземного елементу, а також – на можливість постановити справедливе та обґрунтоване рішення по суті спору. З іншого боку, відсутність у спорі, що виник між сторонами «міжнародного» чи «комерційного» елементу, може призвести до неможливості звернення до арбітражу або ж до труднощів у виконанні прийнятого арбітражем рішення в країні сторони спору, проти якої таке рішення спрямовано.

1.4 Диспозитивні засади арбітражного розгляду міжнародних комерційних спорів та їхній вплив на правозастосування

Загальновідомо, що визнання та поширення міжнародного комерційного арбітражу як альтернативного способу вирішення спорів значною мірою було пов'язане із гнучкістю арбітражного процесу та можливостями для сторін спору –

учасників міжнародних комерційних відносин на різних етапах впливати на процес їхнього вирішення міжнародних комерційних спорів. Вирішувати спір в арбітражі для конкретного випадку (*ad hoc*) чи в постійнодіючому арбітражному центрі, скількома арбітрами, якої національності та кваліфікації, відповідно до якого права, якою мовою тощо – усі ці питання, звісно, роблять арбітраж більш привабливим для його користувачів у світлі інших способів вирішення комерційних спорів. Водночас реалізація права вибору тих чи інших «опцій» арбітражного розгляду неодмінно призводить до певних процесуальних наслідків, низка яких досить часто прямо пов'язані з механізмом правозастосування. Так, у разі необрання застосовуваного права склад арбітражу керуватиметься положеннями *lex arbitri* щодо вибору застосовуваного права до сутності спору (*substance of the dispute*), а це, у свою чергу, може призвести до застосування колізійних норм і відповідного матеріального права країни, яке, зрештою, буде обом сторонам менш вигідним, ніж право, яке сторони могли б обрати на етапі укладення міжнародного контракту. У цьому контексті доречно згадати відому тезу судді Бюрроу, сформульовану в 1824 році щодо категорії публічного порядку: «... це дуже некерований кінь, одного разу осідлавши якого, ти ніколи не знатимеш куди він тебе домчить» [568]. Наведений вислів, який уже став крилатим, так само є справедливим і для ситуації, коли сторони не здійснили вибору застосовуваного права, наприклад, до контракту. Адже як вибір такого права сторонами, так і відсутність вибору в контракті матимуть відповідні наслідки, в тому числі можуть впливати на обсяг та зміст прав та обов'язків сторін, тобто прямо впливати на механізм правозастосування. Різниця лише в тому, що, здійснивши вибір права, сторони керують ситуацією («конем») і чітко розуміють, у якому правовому полі перебувають їхні відносини. Натомість, за відсутності такого вибору, дійсно подекуди важко передбачити, яке право, зрештою, буде застосоване до відносин між сторонами у випадку виникнення спору, який часто виникає через багато років співпраці між сторонами. Наведений приклад є надто актуальним сьогодні, в часи глобалізації та присутності учасників міжнародних транзакцій і транснаціональних компаній у різних юрисдикціях

одночасно. Більшість компаній протягом 3–4 років часто збільшують свою присутність у кількох країнах. Таким чином, вищенаведений приклад диспозитивного елементу – права сторін на вибір застосовуваного до спору (відносин, зобов'язань) права, є лише одним із низки правомочностей, якими учасники міжнародного комерційного обороту можуть скористатись. Однак подібні наслідки можуть мати й інші прояви диспозитивності. Саме тому слід проаналізувати наведені «правові можливості» сторін арбітражного розгляду.

Аналіз вказаних правомочностей сторін слід розпочати із того, що більшість правових можливостей учасників міжнародного комерційного обороту в межах договірних чи недоговірних відносин у науці МПрП прийнято пов'язувати із автономією волі. Природу автономії волі в міжнародному комерційному обороті зумовлено специфікою наявного іноземного елементу і фактом відмінних (зазвичай протилежних) «колізійних» інтересів 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» [8, с. 9]. Аналізована думка актуальна не лише для вибору сторонами застосовуваного права до зобов'язань, але й для угод про вибір порядку вирішення спорів, зокрема арбітражних угод та всіх їхніх елементів (виду арбітражу, кількості арбітрів, мови тощо). Відомі фахівці в галузі арбітражу А. Редферн та М. Хантер з цього приводу зазначають: «автономія волі є визначальним принципом у визначенні арбітражного процесу в міжнародному комерційному арбітражі. Цей принцип втілено не лише національними законодавствами, але й міжнародними арбітражними центрами й організаціями. Нормотворча історія Типового закону (Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж – *В.Н.*) показує, що цей принцип був прийнятий без будь-якого спротиву...» [554, с. 315]. Доказом виправданості цієї тези ст. 19(1) Типового закону містить положення, відповідно до якого «... сторони можуть на свій розсуд домовитись про процедуру ведення арбітражного розгляду арбітражним судом».

Відповідно аналогічні положення було сприйнято національними законодавствами усіх країн, арбітражне право яких засноване на Типовому законі, а також законодавствами інших країн. Наприклад, в Арбітражному акті Великобританії 1996 року [299] одним із базових принципів арбітражного розгляду є принцип вільного врегулювання сторонами питань щодо того, як вирішується спір між ними, окрім тих питань, які необхідні в публічних інтересах (art. 1(b)). Таким чином, на сьогодні автономія волі є безспірним принципом, який пронизує міжнародні комерційні відносини та сфери вирішення спорів, що з них випливають, за допомогою арбітражу та надає учасникам спорів можливість ефективного їх розв'язання. Більше того, на наше переконання, автономія волі в питаннях щодо арбітражного порядку вирішення спорів є виявом диспозитивності, як правової засади, яка пронизує всі приватноправові відносини. Доречно пише Т. Н. Прохорко, що «диспозитивність слід визначити як внутрішньосформовану, заінтересовану спрямованість діяльності суб'єктів цивільно-правових відносин ініціативно набувати і здійснювати на свій розсуд цивільні права та обов'язки». Її елементами є воля, інтерес, вільне волевиявлення суб'єктів цивільно-правових відносин [216, с. 54].

На наше переконання, зважаючи на сформовану та обґрунтовану в останніх філософсько-правових наукових працях відмінність у поняттях «засада права» та «принцип права» [7, с. 12; 16; 246, с. 235; 104, с. 2; 76; 80, с. 43; 12], *диспозитивність* слід розглядати саме як базову фундаментальну засаду приватноправових відносин, як фундаментальну основу, що пронизує цивільний оборот, втілюючись далі в галузевих та інституційних принципах, які, у свою чергу, безпосередньо врегульовують та/або організовують (координують) механізм правового регулювання приватноправових відносин у межах галузей, інститутів та підінститутів та практику застосування відповідних норм. Одним із таких принципів є автономія волі, яка, зародившись у працях цивілістів, у XVI ст. завдяки роботам відомого французького юриста Ш. Дюмулена (а пізніше – У. Губера, П. Манчіні, Ф. Лорана, Ф. Савіньї та ін.) знайшла обґрунтування і щодо міжнародних приватноправових явищ та своє відповідне

втілення в нормах права [8, с. 21]. На сьогодні автономію волі детально відпрацьовано як у межах доктрини цивільного права, так і в міжнародному приватному праві. Більше того, в останньому випадку автономія волі сформульована не просто як загальноправовий принцип чи принцип законодавства, подібно до того, як це має місце в цивільному праві, а існує як **колізійний принцип**, закріплений у відповідних правових нормах та є регулятором відносин, ускладнених іноземним елементом⁷. Прикладом того є положення законів про міжнародне приватне право більшості країн світу⁸, права ЄС⁹ та України (ч. 1 ст. 32 Закону України про МПрП).

Таким чином, на практиці розпочинаючи підготовку проєкту зовнішньоекономічного контракту, сторони мають можливість реалізувати автономію волі та зробити вибір певних опцій як щодо самого міжнародного контракту, так і форми та порядку врегулювання спору. На етапі укладення контракту сторони мають можливість:

- а) обрати (погодити) будь-які істотні та інші умови договору (ціну, валюту платежу, умови виконання договору, наприклад, поставки товару, порядок підтвердження наданих послуг, строки виконання робіт та ін., заходи відповідальності, визначити інформацію, що становить комерційну таємницю тощо;
- б) обрати право, яке буде застосовуватись до змісту зобов'язань за контрактом (це може бути право, яке застосовується як до усього

⁷ Автор свідомо використовує формулювання «регулятор відносин» щодо колізійних норм, маючи намір підкреслити при цьому нормативний характер втілення положень щодо автономії волі у нормах права. При цьому автор є прихильником погляду, що колізійні норми «безпосередньо» не регулюють відносини, а лише відсилають до відповідних матеріально-правових норм, які підлягають застосуванню.

⁸ Див., наприклад: Art. 42 of Introductory Act to the German Civil Code in the version promulgated on 21 September 1994, last amended by Article 17 of the Act of 20 November 2015. [425]; Art. 104 of Switzerland's Federal Code on Private International Law of December 18, 1987 (Status as at 1 April 2017) [591]; Sec. 21(2) of The Czech Republic Act dated 25th January 2012 Governing Private International Law [594]; Art. 10:10 of Book 10. Private International Law of Dutch Civil Code [546]; Art. 17 of Law of the People's Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations (Adopted at the 17th session of the Standing Committee of the 11th National People's Congress, 28 October 2010) [498]; Art. 7 of Japan's Private International Law: Act on the General Rules of Application of Laws, Law No. 10 of 1898 (as newly titled and amended 21 June 2006) [429]; Art. 15(1) of Turkish International Private and Procedural Law (Act No. 5718) enacted on 27 November 2007 was entered into force on 12 December 2007 [608].

⁹ Art. 3 of the Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). [555]; Art. 14 of the Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) [556].

контракту, так і до окремих його частин; право, пов'язане з національністю сторін, і право, не пов'язане з жодною зі сторін, або ж позанаціональний регулятор, наприклад, Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА тощо);

с) обрати право, за яким вирішуватиметься спір у разі його виникнення або будь-які інші розбіжності чи вимоги сторін, у т. ч. право, за яким здійснюється тлумачення договору;

д) обрати арбітраж як інструмент для вирішення всіх спорів, розбіжностей і вимог за контрактом та погодити при цьому:

- вид арбітражу (*ad hoc* чи інституційний);
- регламент, на підставі якого вирішуватиметься спір;
- кількість арбітрів;
- застосовуване арбітражем право (якщо в контракті немає положень про таке право);
- мову арбітражного розгляду;
- місце арбітражу (*seat of arbitration*) та місце арбітражного розгляду (*venue of arbitration*).

е) погодити порядок підписання та набрання чинності контрактом, його припинення та розірвання, а також порядок внесення змін до нього, пріоритетність дії тієї чи іншої редакції договору, залежно від мови договору, чинність сканкопій договору в часі, порядок повідомлення про всі зміни у Сторін, у тому числі їхніх контактних даних тощо.

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») – права, що застосовується до врегулювання спорів; д) місця арбітражу (у випадках, коли це виправдано). Відповідно до найбільш поширеного способу укладення

міжнародних контрактів – шляхом розробки, укладення та підписання окремих текстів між сторонами, для правозастосування найбільш принципове значення має саме наявність чи відсутність у контракті вказаних елементів автономії волі. Це матиме велике значення передусім для органу правозастосування (суду або арбітражу) при вирішенні питання щодо вибору права, на основі якого буде вирішуватись спір. Наприклад, презумуючи, що сторони обрали арбітраж як спосіб вирішення спорів і така арбітражна угода є чинною, дійсною та виконуваною, наявність у контракті погоджених сторонами положень про право, застосовуване до договірних зобов'язань чи до вирішення спору вносить правову визначеність у відносини спору та одразу дозволяє правозастосовному органу визначитись із правовим полем, у межах якого існують зобов'язання сторін. Зокрема, відповідно до арбітражної угоди, яка містилась у договорі застави корпоративних прав, укладеного між кіпрською компанією і українським банком у липні 2013 року, сторони погодили, що «будь-які спори, які виникають за цим договором чи у зв'язку з ним, підлягають передачі на розгляд і остаточне вирішення в МКАС при ТПП України із застосуванням його Регламенту. Правом, що регулює цей договір, є матеріальне право України. Місце арбітражу – м. Київ. Мова арбітражного розгляду – російська» [225]. Наявність у вказаній угоді права, обраного сторонами до врегулювання договору, одразу дозволяє арбітрам оцінювати з позиції такого права зміст прав та обов'язків сторін, оцінювати докази, якими сторони обґрунтовують свої вимоги та заперечення тощо. У випадку відсутності вибору застосовуваного права склад арбітражу повинен застосувати положення процесуального права, так званого *lex arbitri*, щоб встановити (визначити) таке застосовуване право, наприклад, на основі колізійних норм. Саме за таких умов, сторони (або одна зі сторін) можуть зазнати несприятливого впливу визначеного таким чином права, наприклад, у частині розміру відшкодування договірних санкцій, або ж щодо додаткових вимог, запроваджених для продавців органічних продуктів, запроваджених правом країн-членів ЄС тощо.

У випадку здійснення вибору права сторонами арбітраж фактично приймає

такий вибір та надає йому юридичної сили. Як правильно зазначає О. Кан-Фронд, функцією суду (арбітражу – *В.Н.*) в такому випадку є не видача дозволу на здійснення сторонами колізійного вибору, а визнання (або відмова у визнанні) вже вчиненої угоди сторін як юридичного факту, відповідно до якого повинно бути визначене застосовуване право [480, с. 197]. А тому завданням арбітрів на цьому етапі є не стільки пошук застосовуваного права, скільки оцінка здійсненого вибору сторін на предмет його відповідності положенням *lex arbitri* щодо імперативних норм, обходу закону тощо. Більш детально про це йтиметься далі в роботі.

Правовою основою для здійснення сторонами вибору права, застосовуваного до зобов'язань, є згадувані вище положення національних законів про міжнародне приватне право або ж положення міжнародних актів, які мають колізійний характер. Наприклад, відповідно до п. 11 преамбули до Регламенту ЕС № 593/2008 про право, що застосовується до договірних зобов'язань, зазначено, що свобода сторін обирати застосовуване право повинна бути однею із фундаментальних засад системи колізійних норм у сфері договірних зобов'язань [555]. Відповідно до ст. 3 Регламенту:

«Договір регулюється правом, обраним сторонами. Вибір повинен бути прямо вираженням або чітко впливати з положень договору чи з обставин справи. За допомогою цього вибору Сторони можуть визначити право, яке підлягає застосуванню до їхнього договору в цілому або тільки до окремої його частини. Сторони в будь-який час можуть погодити, що договір буде регулюватися іншим правом, ніж те, яке регулювало його раніше, відповідно до попереднього вибору, зробленого відповідно до цієї статті, або відповідно до інших положень цього Регламенту. Будь-яка зміна у визначенні застосовуваного права, яка відбувається після укладення договору, не зачіпає формальної дійсності договору в значенні статті II і не завдає шкоди правам третіх осіб...» [555].

Подібні норми є також у національних законах про МПрП як країн-членів

ЄС¹⁰, так й інших зарубіжних країн¹¹. У ст. 32 Закону України про МПрП з цього приводу зазначено, що *«зміст правочину може регулюватися правом, яке обрано сторонами, якщо інше не передбачено законом. У разі відсутності вибору права до змісту правочину застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок із правочином. Якщо інше не передбачено або не впливає з умов, суті правочину або сукупності обставин справи, то правочин більш тісно пов'язаний з правом держави, в якій сторона, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту правочину, має своє місце проживання або місцезнаходження»*.

У продовження змісту статті 32, положення ст. 43 Закону деталізують, що *«Сторони договору згідно зі статтями 5 («Автономія волі» – В.Н.) та 10 («Наслідки обходу закону» – В.Н.) цього Закону можуть обрати право, що застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонено законами України»*.

Таким чином, як бачимо, реалізація сторонами автономії волі при виборі права, що застосовується до договірних зобов'язань, прямо впливає на обсяг та характер діяльності правозастосовного органу. Адже при здійсненні такого вибору арбітраж (суд) здійснює оцінку такого вибору в контексті його правильності у світлі положень імперативних норм та обходу закону. У разі ж коли такий вибір не здійснено, правозастосовний орган повинен здійснити визначення такого застосовуваного до договірних зобов'язань права.

Щодо вияву автономії волі сторін у частині вибору арбітражу як способу вирішення спорів зазначимо, що право передавати спори на вирішення міжнародних комерційних арбітражів є суб'єктивним правом кожного учасника цивільного обороту, яке впливає з положень міжнародних договорів та національного законодавства. За своєю природою право на передачу спору на

¹⁰ Див., наприклад: Art. 116 of Switzerland's Federal Code on Private International Law of December 18, 1987 (Status as at 1 April 2017) [591]; Art. 93 of Bulgarian Private International Law Prom. SG. 42/17 May 2005, amend. SG. 59/20 Jul 2007, amend. SG. 47/23 Jun 2009 [334]; Art. 10(5) of Spanish Civil Code [587].

¹¹ Art. 41 of Law of the People's Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations (Adopted at the 17th session of the Standing Committee of the 11th National People's Congress, 28 October 2010). [498]; Art. 24 of Turkish International Private and Procedural Law (Act No. 5718) enacted on 27 November 2007 was entered into force on 12 December 2007. [608].

вирішення арбітражу також засноване на засаді диспозитивності та є складником більш широкого поняття – права на захист та справедливий суд, гарантованого ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини та її основоположних свобод [348]. Крім цього, відповідно до ч. 1 ст. 16 ЦК України кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Наведені статті ґрунтуються на визнанні приватноправового характеру відносин, які виникають з приводу захисту цивільних прав («кожна особа має право...»). Це означає, по-перше, що кожна особа на свій розсуд вирішує питання про захист свого права (чи звертатись за захистом, чи ні, у який спосіб, із застосуванням яких засобів тощо), і, по-друге, жодна особа не має права, за загальним правилом, пред'являти позов в інтересах третіх осіб (за винятком встановлених законом випадків та представництва) або в публічних інтересах (якщо інше не передбачено законом). Те ж саме впливає і з ч. 1 ст. 4 Цивільного процесуального кодексу України та ст. 2, 4 Господарського процесуального кодексу України, де прямо вказана можливість звернення до суду за захистом *своїх* порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів. Крім цього, ст. 21 ЦПК України та ст. 22 ГПК України передбачають, що «сторони мають право передати спір на розгляд третейського суду (міжнародного комерційного арбітражу), крім випадків, встановлених законом». Ч. 4 ст. 4 ЦПК України та ч. 5 ст. 4 ГПК України передбачають можливість укладення сторонами спору угоди про передачу його на розгляд третейського суду (міжнародного комерційного арбітражу). При цьому до міжнародного комерційного арбітражу за угодою сторін може бути переданий будь-який спір, що відповідає вимогам, визначеним законодавством України про міжнародний комерційний арбітраж, крім випадків, визначених законом (абз. 2 ч. 5 ст. 4 ГПК України). Таким чином, право на передачу спору до арбітражу на сьогодні є нормативно закріпленим. Щодо його змісту як суб'єктивного права зазначимо таке.

Згідно з ч. 1 ст. 15 ЦК України кожна особа має право на захист свого цивільного права або законного інтересу в разі їх порушення, невизнання або

оспорювання. Саме з моменту настання вказаних у зазначеній нормі юридичних фактів (порушення, невизнання або оспорювання) в особи виникає право на захист. Хоча в низці випадків особа може звертатись за захистом свого суб'єктивного права і у випадках наявності *реальної* загрози порушення прав у майбутньому внаслідок дій третіх осіб, які неминуче призведуть до такого порушення [227]. Захист майнових і особистих немайнових прав та інтересів як правова категорія має кілька значень. Він може розглядатися як правовий інститут цивільного, а також цивільно-процесуального права. Коли ж застосовується термін «право на захист», то зазвичай йдеться про суб'єктивне право особи вимагати від уповноважених органів примусового застосування засобів реагування до порушників цивільних прав. Захист цивільних прав у юридичній літературі в нормативно-правових актах може застосовуватися в значенні певної системи організаційно-правових заходів, що застосовуються в разі порушення цивільних прав [152, с. 34].

Право особи на захист, складником якого є правомочність особи на звернення в арбітраж, належить до категорії суб'єктивного права особи, адже, по суті, право на захист не може існувати без самого суб'єктивного права, яке захищається [142]. Традиційною вважається концепція, згідно з якою правомочність захисту є складовою частиною будь-якого суб'єктивного права поряд з правом на власні дії, а також правом вимагати певної поведінки від зобов'язаних осіб. На думку В. П. Грібанова, суб'єктивне право, що надане особі, але не забезпечене від його порушення необхідними засобами захисту, є лише декларативним правом, а можливість правоохоронного характеру включається до змісту суб'єктивної матеріальної вимоги як одне з його повноважень [37]. Підтримуючи його, вітчизняні фахівці зазначають, що право на захист суб'єктивного цивільного права є статичним елементом відповідного правовідношення [193].

На сьогодні право на звернення до компетентних органів за захистом порушеного права нерозривно пов'язано із суб'єктивним матеріальним правом принаймні у двох аспектах: по-перше, воно виникає лише з порушенням

(оспоренням або невизнанням) суб'єктивного цивільного права, законного інтересу або свободи іншими особами; по-друге, характер самої вимоги про захист визначається характером порушеного матеріального права або права, що оспорується, зміст і призначення якого, в основному, визначає і спосіб його захисту. Тому з матеріально-правового погляду немає перешкод до того, щоб розглядати право на захист у його матеріально-правовому аспекті як одну з правомочностей самого суб'єктивного цивільного права [235, с. 258].

Однак із думкою, що право на захист (у тому числі і шляхом звернення в арбітраж) є суб'єктивним правом особи, згодні не всі науковці. До прикладу, на думку Г. П. Тимченка, включення до структури суб'єктивного права можливості звернутися до держави в особі її юрисдикційних органів з вимогою захисту порушеного права є спірним. По-перше, не зрозуміло, чому можливість звернення адресовано державі, якщо вона входить до змісту суб'єктивного права, що пов'язує самих заінтересованих осіб. По-друге, можливість звернутися до держави в особі її юрисдикційних органів з вимогою захистити порушене право є не матеріальною, а процесуальною правомочністю [251, с. 12].

Погоджуючись із наведеними аргументами, зазначимо, що правова можливість (правомочність) звернення до юрисдикційного органу, будучи елементом суб'єктивного, матеріального за своєю природою права особи, гарантована положеннями інших актів, Конституції України, процесуальних кодексів. На нашу думку, право на захист у широкому розумінні є елементом правового статусу особи, який становлять права, свободи та обов'язки, що фіксують стандарти поведінки особи, розкривають основні принципи її взаємодії з юрисдикційними органами. У такому значенні право на захист має конституційну природу та існує в рамках відносин держави й особи. Це положення підтверджується чинним законодавством, зокрема Конституцією України (ст. ст. 3, 8, 19, 55) [251, с. 12–13]. Натомість, аналізуючи право на захист у вузькому сенсі як правомочність особи на захист конкретного суб'єктивного цивільного права, в тому числі шляхом звернення в арбітраж, ми

вважаємо, що така правомочність віддзеркалює «стандарти поведінки особи і принципи взаємодії особи з юрисдикційними органами» в разі, коли її право є невизнаним, порушеним чи оспореним. Адже, як влучно зауважив О. В. Дзера, суб'єктивне право на захист включає і засоби процесуально-правового порядку. А сюди входить, перш за все, право на звернення за судовим захистом, і носієм цього права є кожний з учасників цивільних правовідносин чи будь-яка інша заінтересована особа [270, с. 341].

Беручи до уваги положення ст. 2 ГПК України («Завдання та основні засади господарського судочинства»), а також цілі арбітражного розгляду, вважаємо, що матеріальні та процесуальні норми, які регулюють способи, форми та порядок захисту, мають єдину мету — забезпечити нормативну основу справедливого, неупередженого та своєчасного вирішення спорів, пов'язаних зі здійсненням господарської діяльності, та розгляд інших справ, віднесених до юрисдикції суду та/або арбітражу, з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави.

У процесуальній літературі право на звернення в арбітраж наразі не вивчалось детально, однак опираючись на загальнотеоретичні підходи, його можна розглядати у двох аспектах: 1) як право абстрактне або об'єктивне, тобто як потенційну, забезпечену правовими нормами можливість відповідних суб'єктів права (підприємств, установ та організацій, фізичних осіб-підприємців) чи державних органів, а також органів місцевого самоврядування (в передбачених законом випадках) щодо укладення арбітражної угоди (ст. 4 ГПК України та ЦПК України) та звернення у встановленому законом (договором) порядку в юрисдикційний орган у вигляді міжнародного комерційного арбітражного суду за захистом порушеного права чи охоронюваного законом інтересу (ст. 21 ЦПК України та ст. 22 ГПК України); 2) як право персоніфіковане або суб'єктивне, тобто як правомочність конкретного суб'єкта права на захист, якщо останній вважає, що його права порушені й потребують підтвердження і реалізації за допомогою

юрисдикційного органу [5, с. 26]. На наш погляд, такого визначення на сьогодні не достатньо, адже суб'єктивне право на передачу спору в арбітраж може бути реалізоване не в силу положень закону (на відміну від права на звернення до державного суду), а лише коли сторона спору є стороною арбітражної угоди, укладеної з іншим учасником (учасниками спору). А тому видається, що правильно було би розглядати таке суб'єктивне право, як *персоніфіковане або суб'єктивне право, тобто забезпечену нормами права провомочність суб'єкта конкретних приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, який є стороною арбітражної угоди, звернутись до арбітражу, погодженого сторонами в арбітражній угоді, з приводу захисту його порушених, невизнаних чи оспорених прав та законних інтересів.*

Якщо розглядати право на звернення в арбітраж саме як *абстрактне* право, то воно відповідно до ст. 22 ГПК України, ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» належить усім комерційним підприємствам та підприємствам з іноземними інвестиціями і міжнародним об'єднанням, фізичним особам-підприємцям, а також організаціям, створеним на території України. Однак, на відміну від реалізації права на звернення до державного суду, зверненню в арбітраж має передувати не лише факт порушення, невизнання та/або оспорення суб'єктивних прав, але й факт укладення арбітражної угоди, без якої захист в порядку арбітражу є неможливим. До міжнародного комерційного арбітражу за такою угодою сторін можуть передаватися спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї зі сторін знаходиться за кордоном. Для реалізації зазначеного права має значення лише чи є спір, щодо якого сторонами досягнуто домовленість про вирішення в порядку арбітражу, арбітрабельним (належить до компетенції арбітражу) та чи має особа-сторона арбітражної угоди достатній обсяг правосуб'єктності, а саме: чи вправі учасник комерційних відносин від свого імені укладати угоду про передачу спорів на вирішення спорів у порядку

арбітражу, тобто чи є він у цьому відношенні суб'єктом права. Адже з практики вирішення спорів у міжнародних комерційних арбітражах відомо, що не кожен суб'єкт права в матеріальному аспекті автоматично є суб'єктом права щодо реалізації права на захист у порядку арбітражу. Насамперед, ця проблема стосується можливості держав, державних органів, установ і організацій та інших юридичних осіб публічного права і їхніх представників бути стороною (підписантом) арбітражної угоди. Також ця проблема стосується і випадків зміни складу учасників правовідносин з тих чи інших причин, коли дехто з них є пов'язаним арбітражною угодою (є підписантом), а інші – ні.

Право персоніфіковане має більш конкретний зміст, адже, щоб реалізувати абстрактне право на звернення до арбітражу, окрім відповідного обсягу правосуб'єктності та арбітрабільності самого спору, повинні існувати передумови для виникнення права на звернення та вирішення спору в порядку арбітражу. До них належать: 1) наявність чинної, дійсної та виконуваної арбітражної угоди; 2) наявність конкретного арбітрабельного спору про право; 3) реалізація заходів до арбітражного врегулювання спору (якщо такі було передбачено сторонами в арбітражній угоді). Здійснення права на звернення до арбітражу вчиняється шляхом направлення до встановленої арбітражною угодою арбітражної установи позовної заяви (прохання про арбітраж) або ж винесення державним судом на підставі ч. 3 ст. II Нью-йоркської конвенції 1958 року [351], ч. 3 ст. VI Європейської конвенції 1961 року [374], ст. 8 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» ухвали про припинення провадження у справі та направлення сторін в арбітраж. Названі юридичні факти є не просто підставами виникнення відповідних правовідносин. За своєю суттю – це два можливі шляхи звернення в арбітраж і, відповідно, здійснення низки прав (на захист, на подачу позову тощо) і встановлення обов'язків (арбітраж за відсутності перепон, наприклад, таких як неарбітрабільність спору чи недійсність арбітражної угоди, зобов'язаний прийняти позовну заяву до розгляду і винести рішення по суті спору) [15, с. 49].

Щодо наявності спору як передумови реалізації права на звернення в

арбітраж зазначимо, що поняття спору, щодо якого особа звертається за вирішенням, в арбітражній практиці розглядається у вузькому та широкому значенні. У вузькому значенні під спором розуміють заснований на нормах права чи договору конфлікт учасників відповідних правовідносин, щодо якого останні не можуть самотійно дійти консенсусу та вимушені звертатись за захистом своїх порушених, невизнаних чи оспорюваних прав до третіх осіб. У широкому значенні слово «спір» використовується як родова категорія, яка охоплює власне «спори» (*disputes*) як конфлікт між сторонами, «розбіжності» (*controversies*) та «вимоги» (*demands, claims*). В арбітражному застереженні, рекомендованому МКАС при ТПП України, зазначено, що в порядку арбітражу вирішуються саме «спори, розбіжності чи вимоги, які виникають...» [119, с. 103]. На відміну від спору, де позиції сторін є переважно конфронтуючими, «розбіжність» не супроводжується протистоянням, а ймовірніше пов'язана із відмінним баченням, тлумаченням, розумінням тих чи інших аспектів справи або ж прав та обов'язків, що може призвести до різних правових наслідків. Під вимогою розуміється таке звернення однієї зі сторін до іншої щодо захисту своїх порушених, невизнаних чи оспорених прав, яке не знайшло належної реакції або ж не було належним чином задоволено, що залишило простір для непорозуміння в частині обсягу прав та обов'язків. Щодо інших передумов йтиметься далі в роботі.

Окремо слід зупинитись на питанні правомочностей, які мають особи при реалізації права на захист шляхом звернення в арбітраж. Ґрунтуючись на загальнотеоретичних уявленнях про право на захист, які підтримуються більшістю вчених, відзначимо, що до таких правомочностей належать:

– правомочність на власні позитивні дії або право позитивної поведінки правомочного суб'єкта, тобто можливість самого суб'єкта фактично вчиняти юридично значущі дії (наприклад, право подавати позов до суду, продавати або дарувати своє майно та ін.) [273]. У контексті права на звернення в міжнародний комерційний арбітраж у межах цієї активної правомочності, яка ґрунтується на автономії волі сторін, можна виділити низку елементів: 1) правомочність сторін на

укладення арбітражної угоди (застереження) про передачу спору саме на розгляд у порядку арбітражу; 2) правомочність на вибір виду арбітражу; 3) правомочність на звернення до арбітражної установи із позовною заявою за захистом порушених, невизнаних чи оспорюваних прав та законних інтересів самою особою, на думку якої місце має порушення її права або реалізація права на звернення через законного представника; 4) вибір позивачем способу захисту порушеного, невизнаного чи оспорюваного права – матеріально-правової вимоги до арбітражу, наприклад, вимоги про стягнення штрафних санкцій за договором, виконання обов'язку з поставки продукції, повернення сплачених сум, відшкодування збитків тощо; 5) правомочність щодо формування складу арбітражу; 6) правомочність вибору місця арбітражу та місця фактичного проведення слухань; 7) правомочність вибору застосовуваного права; 8) правомочність вибору мови арбітражного розгляду тощо;

– правомочність на чужі дії або право вимоги відповідної поведінки від правозобов'язаної особи, тобто можливість особи вимагати від зобов'язаного суб'єкта виконання покладених на нього обов'язків (наприклад, вимагати сплати боргу, передачі майна, відшкодування податкових недоплат та ін.) [237]. Ця правомочність у праві на звернення та розгляд справи в арбітражі виявляється через можливість вимагати однією зі сторін відповідної поведінки іншої сторони, а у випадку, коли остання ухиляється – вимагати від арбітражу вжиття відповідних заходів. Передусім така правомочність втілюється у праві сторони: 1) вимагати припинення провадження у державному суді в разі наявності чинної, дійсної та виконуваної арбітражної угоди, чим забезпечується так званий дерогаційний ефект арбітражної угоди; 2) вимагати формування складу арбітражу та призначення конкретного обраного стороною арбітра; 3) вимагати призначення справи до розгляду у випадку, коли сторона ухиляється від отримання повідомлень арбітражу тощо;

– правомочність вимоги, або право звертатися за підтримкою і захистом до уповноважених суб'єктів у разі порушення суб'єктивного права з боку зобов'язаної особи. Ця правомочність приводить у дію механізм балансу

арбітражного процесу в разі недобросовісних дій чи бездіяльності однієї зі сторін, наприклад, у випадку, коли сторона ігнорує процес, або ж не вживає своєчасно заходів до призначення арбітра, подання клопотань, доказів. Сюди ж можна віднести можливість особи звернутись за підтримкою до державних судів, наприклад, щодо забезпечення позову, що передбачено ч. 3 ст. 149 ЦПК України, ч. 7 ст. 151 ЦПК України. Тобто йдеться про правомочність на захист від зловживань на всіх етапах реалізації права на захист у міжнародному комерційному арбітражі: 1) на етапі звернення до міжнародного комерційного арбітражу; 2) при здійсненні правомочностей щодо формування складу арбітражу; 3) при розгляді справи арбітражем; 4) на етапі визнання та приведення до виконання рішення, прийнятого міжнародним комерційним арбітражем. Таким чином, із описаного вище випливає, що зміст суб'єктивного права на захист у порядку арбітражу охоплює всі етапи реалізації права на звернення особи в арбітраж, що виявляється через загальні правомочності як складові суб'єктивного права на захист.

Підбиваючи підсумки дослідження права особи на звернення в арбітраж як вияву засади диспозитивності, відзначимо, що залежно від того, як буде реалізовано це право суб'єктом і чи буде загалом реалізовано, залежить порядок розгляду справи арбітражем, застосовуване право, склад арбітражу, місце і мова арбітражного розгляду тощо. Загалом, сторона, реалізуючи право на звернення в арбітраж, отримує цілу низку інструментів, за допомогою яких вона може впливати на процедуру вирішення спорів в арбітражі після прийняття справи до розгляду. Особливо важливе значення це має в арбітражних розглядах *ad hoc*, де саме від сторін значною мірою залежить процедура арбітражного розгляду як у частині швидкості вирішення спору, так і стосовно його ефективності та економічності. До питань, які в силу автономії волі віднесено на розсуд сторін, більшість регламентів провідних арбітражних інститутів світу, у тому числі Регламент МКАС при ТПП України [224], відносять:

- 1) можливість вибору сторонами регламенту (арбітражної процедури), за яким буде проводитись арбітражний розгляд (у звичайному порядку, за

правилами прискореної процедури (ст. 45 Регламенту МКАС при ТПП України), на основі письмових матеріалів справи (ст. 46 Регламенту МКАС при ТПП України) із застосуванням інституту надзвичайного арбітра (ICC [415], SCC [295]) тощо);

- 2) можливість погодження сторонами кількісного складу арбітражу (одного або кількох арбітрів, кількість непарна), який буде вирішувати спір (ст. 30 Регламенту МКАС при ТПП України) та процедури їх призначення (ст. 31 Регламенту МКАС при ТПП України);
- 3) можливість заявлення клопотань про встановлення розміру і форми забезпечення позовних вимог (ст. 25 Регламенту МКАС при ТПП України) та зустрічного забезпечення (ст. 27 Регламенту МКАС при ТПП України);
- 4) можливість вибору місця проведення слухань складом арбітражу поза місцезнаходженням арбітражного інституту (ст. 39 Регламенту МКАС при ТПП України);
- 5) можливість вибору мови арбітражного розгляду (ст. 40 Регламенту МКАС при ТПП України);
- 6) можливість вибору сторонами права, застосовуваного до вирішення спору по суті (ст. 41 Регламенту МКАС при ТПП України);
- 7) можливість сторін домовитись про процедуру розгляду справи складом арбітражу (ст. 42, 43 Регламенту МКАС при ТПП України);
- 8) постановити арбітражне рішення на узгоджених умовах (ст. 61 Регламенту МКАС при ТПП України).

Значно ширшою автономією волі та диспозитивністю володіють учасники міжнародних комерційних відносин, які домовилися щодо вирішення спорів у порядку процедури *ad hoc* арбітражу. Адже якщо для користувачів постійнодіючого арбітражу провідні арбітражні центри мають спеціально розроблені регламенти, то для *ad hoc* арбітражу такі регламенти відсутні, адже за своєю природою це арбітраж, який адмініструється самими сторонами та/або їхніми представниками. Звісно, якщо сторони погодили застосування Типового

регламенту ЮНСІТРАЛ [613], останній значною мірою допоможе учасникам спору врегулювати низку процедурних питань. У протилежному випадку самі сторони повинні домовитись щодо всіх аспектів арбітражного розгляду, але не лише про порядок і строки формування складу арбітражу, порядок і строки подання усіх доказів, заяв та повідомлень, вимоги щодо їх форми та завірення, порядок та строки розгляду доказів складом арбітражу, правила щодо місця, мови, застосовуваного права тощо. Крім цього, вагому підтримку в організації *ad hoc* арбітражу нададуть також розроблені ЮНСІТРАЛ у 1996 році та оновлені у 2016 році коментарі щодо організації арбітражного розгляду [615], які покликані надати допомогу усім, хто займається практичними аспектами арбітражу. Коментарі (*Notes*) це анотований перелік питань, з вирішенням яких арбітраж може зіштовхнутись на тому чи іншому етапі арбітражного розгляду, в тому числі питання щодо процедури арбітражного розгляду, процесуальних нарад, мови арбітражного розгляду, участі перекладачів, місця арбітражного розгляду та місця слухань, функцій секретаріату арбітражного суду, арбітражних витрат, авансування на покриття витрат арбітражу, конфіденційності, забезпечувальних заходів та їхньої доцільності, доказів, їхніх видів та порядку доказування, строків надання сторонами доказів та строків їх розгляду, участі свідків, експертів, у тому числі експертів з питань права, наслідків неявки свідків, експертів, протоколювання слухань, питання постановлення арбітражних рішень, строків винесення рішення та порядку набрання ним чинності, постановлення додаткових рішень, надання роз'яснень тощо.

Наведені напрацювання ЮНСІТРАЛ на сьогодні є цілком достатніми для належної організації арбітражного розгляду за процедурою *ad hoc* арбітражу та дозволяють сторонам і їхнім юридичним радникам правильно вибудувати взаємовідносини щодо швидкого та ефективного вирішення спору. В окремих випадках сторонам також можуть стати в нагоді рекомендації щодо ефективного арбітражного розгляду, розроблені окремими арбітражними установами. Наприклад, звіт комісії МТП з арбітражу та альтернативного вирішення спорів про техніки (прийоми – *В.Н.*) контролю часу і витрат в арбітражі [562],

рекомендації щодо організації арбітражу в більш швидкий та менш витратний спосіб, розроблені Американською арбітражною асоціацією [601], низка рекомендацій, протоколів та путівників з різних питань арбітражу, напрацьованих у межах діяльності Королівського інституту арбітрів (CIArb) [423] та інші.

Таким чином, ґрунтуючись на положеннях наведених актів та рекомендацій, сторони спору мають змогу реалізовувати свої домовленості щодо організації арбітражного розгляду. Результати аналізу регламентів постійнодіючих арбітражних центрів, вказаних актів та путівників дозволяють зробити висновок, що всі питання, які сторони можуть погодити шляхом домовленості (диспозитивності, автономії волі) у процесі організації та розгляду справи постійнодіючим або *ad hoc* арбітражем, можуть мати для процесу правозастосування такі наслідки:

а) прямо впливати на місце арбітражу та, як наслідок, визначати процесуальні правила, обов'язкові для складу арбітражу при здійсненні арбітражного розгляду, а також визначати межі та способи сприяння і контролю за арбітражним процесом з боку державних судів країни місця арбітражу тощо;

б) прямо впливати на вибір права, що застосовуватиметься до сутності спору;

в) впливати на процедуру арбітражного розгляду, в тому числі на вибір засобів доказування, порядок подання доказів та механізм доказування загалом.

Висновки до Розділу 1

На підставі вищенаведеного можна зробити такі висновки.

1. Дослідженням встановлено спільні риси правозастосування, незалежно від того, у якій формі воно здійснюється, зокрема: 1) воно характеризується державно-владним характером; 2) завжди виявляється в активних діях суб'єктів правозастосування, спрямованих на виникнення, зміну або припинення правовідносин; 3) здійснюється у спеціально передбаченому нормами права

порядку на основі закріплених процедур та відповідно до чіткої процесуальної послідовності; 4) результатом правозастосування завжди є винесення правозастосовчого акта (акта застосування норм права, індивідуального акта), в якому фіксуються приписи щодо поведінки суб'єктів правовідносин; 5) таку діяльність спрямовано щодо певного кола суб'єктів – учасників конкретних правовідносин, їхніх прав та обов'язків, вона має персоніфікований характер; 6) у процесі правозастосування здійснюється юридична кваліфікація – інтерпретація правових норм, тлумачення їхнього змісту з метою виявлення прав та обов'язків учасників правовідносин з позиції застосовуваних до них правових норм, а тому правозастосування має інтелектуальний (творчий) характер.

2. Сформульовано дефініцію, за якою *правозастосування* – це спрямована на реалізацію норм права і здійснювана у спеціально встановлених формах владно-організуюча, творчо-організаційна 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.

3. Встановлено, що на практиці «міжнародний» характер спору визначається на основі ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», ст. 1(3) Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж, які пов'язують міжнародний арбітраж та «міжнародний» характер спору з однією з таких обставин: 1) якщо сторони арбітражної угоди мали в момент її укладення свої *місця ведення бізнесу* в різних країнах; 2) якщо одне з наступних місць знаходиться поза межами країни, в якій сторони мають свої місця ведення бізнесу: а) місце арбітражу, якщо його визначено в арбітражній угоді або відповідно до неї; б) будь-яке місце, де повинно бути виконано значну частину зобов'язань, що впливають з *комерційних відносин* або місце, з яким найбільш тісно пов'язаний предмет спору; 3) якщо сторони прямо домовились про те, що предмет арбітражної угоди пов'язаний більш ніж з однією країною.

4. Результати аналізу оригінальних текстів базових міжнародних актів у галузі арбітражу дозволили встановити низку неузгодженостей у застосуванні термінології при встановленні «міжнародного» характеру спору. Зокрема, використовувані у міжнародних актах терміни «*parties*», «*commercial relationship*» були перекладені у російськомовному тексті Типового закону відповідно як «комерційні підприємства» (коммерческие предприятия), «торговельні відносини» (торговые отношения). Так само некоректно застосовується, використовуваний у Нью-Йоркській конвенції 1958 року та Типовому закону ЮНСІТРАЛ термін «правовідносини» (*legal relationship*), який відображено в російськомовних текстах як «цивільно-правові відносини», «*commercial*» – перекладений як «торговельний» у розумінні відповідних правовідносин (*legal relationships*) тощо. Крім цього, юридично некоректним є використання в ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» формулювання «*спори ..., які виникають при здійсненні ... міжнародних економічних зв'язків*», адже «економічні зв'язки» не можуть «здійснюватись», вони можуть «виникати», «встановлюватись» тощо. Виникає питання також і щодо самого терміна «економічні зв'язки» («*economic connections (relationships)*»), яке є не зовсім типовим та характерним для сфери цивільного, господарського та міжнародного приватного права.

5. Встановлено, що для реалізації права особи на захист своїх прав в порядку арбітражу обов'язковими є такі передумови: 1) наявність чинної, дійсної та виконуваної арбітражної угоди; 2) наявність конкретного арбітрабельного спору про право; 3) реалізація заходів доарбітражного врегулювання спору (якщо такі були передбачені сторонами в арбітражній угоді) між Сторонами; 4) наявність факту звернення за захистом такого права в арбітражну установу.

6. Фактичне здійснення права на звернення до арбітражу вчиняється шляхом направлення до встановленої арбітражною угодою арбітражної установи позовної заяви (прохання про арбітраж) або ж винесення державним судом на підставі ч. 3 ст. II Нью-Йоркської конвенції 1958 року, ч. 3 ст. VI Європейської конвенції 1961 року, ст. 8 Закону України «Про міжнародний

комерційний арбітраж» ухвали про припинення провадження у справі та направлення сторін в арбітраж. Названі юридичні факти є не просто підставами виникнення відповідних правовідносин. За своєю суттю – це два можливі шляхи звернення в арбітраж і відповідно здійснення низки прав.

7. Обґрунтовано, що з погляду елементарної структури права на захист в арбітраж як суб'єктивного права воно включає:

1) правомочність на *власні позитивні дії* або право позитивної поведінки правомочного суб'єкта, яка охоплює такі можливості:

а) правомочність сторін на укладення арбітражної угоди (застереження) про передачу спору саме на розгляд у порядку арбітражу;

б) правомочність на вибір виду арбітражу;

в) правомочність на звернення до арбітражної установи із позовною заявою за захистом порушених, невизнаних чи оспорюваних прав та законних інтересів особою, на думку якої відбулося порушення її права або реалізація права на звернення через законного представника;

г) вибір позивачем способу захисту порушеного, невизнаного чи оспорюваного права – матеріально-правової вимоги до арбітражу, наприклад, вимоги про стягнення штрафних санкцій за договором, виконання обов'язку по поставці продукції, повернення сплачених сум, відшкодування збитків тощо;

д) правомочність щодо формування складу арбітражу;

е) правомочність вибору місця арбітражу та місця фактичного проведення слухань;

є) правомочність вибору застосовуваного права;

ж) правомочність вибору мови арбітражного розгляду тощо;

2) правомочність на *чужі дії* або право вимоги відповідної поведінки від правозобов'язаної особи, яка виявляється через можливість вимагати однією зі сторін відповідної поведінки іншої сторони, а у випадку, коли остання ухиляється – вимагати від арбітражу вжиття відповідних заходів. Передусім така правомочність втілюється у праві сторони:

а) вимагати припинення провадження у державному суді в разі наявності

чинної, дійсної та виконуваної арбітражної угоди, чим забезпечується так званий дерогаційний ефект арбітражної угоди;

б) вимагати формування складу арбітражу та призначення конкретного обраного стороною арбітра;

в) вимагати призначення справи до розгляду у випадку, коли сторона ухиляється від отримання повідомлень арбітражу тощо;

г) вимагати винесення рішення по суті спору та вважати сторону, яка ухиляється від отримання повідомлень арбітражу належним чином повідомленою в силу дії положень ч. 1 ст. 3 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»;

3) звертатися за підтримкою і захистом до уповноважених суб'єктів у разі порушення суб'єктивного права на захист з боку зобов'язаної особи.

РОЗДІЛ 2

ПЕРЕДУМОВИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

2.1. Мета і завдання арбітражного розгляду

Дослідження будь-якого правового явища або інституту, мети їх існування, цілей і завдань, які стоять перед ним, неодмінно пов'язане зі з'ясуванням їх сутності та сучасного стану розвитку, передумов, що на них впливають. Адже без встановлення цих передумов будь-які висновки про мету і завдання того чи іншого інституту або правового явища були б передчасними хоча б з тієї причини, що до уваги не взято фактори, які зумовлювали появу цього явища, його розвиток і поширення. Надзвичайно важливими є також чинники, які визначають і задають напрями подальшої їх еволюції.

Сказане стосується не лише правових явищ, які у своїй абсолютній більшості є абстрактними феноменологічними поняттями, але й будь-яких інших фактичних обставин, подій, процесів, об'єктів матеріального світу, які з тих чи інших підстав стали об'єктом наукового дослідження.

У контексті нашого дослідження, аналізуючи арбітраж як інститут права та механізм правозастосування, важливо встановити, яка мета і завдання стоять перед арбітражним розглядом, адже ними одночасно визначатимуться і процесуальні завдання складу арбітражу.

Зазначимо, що в юридичній літературі міжнародний комерційний арбітраж широко відомий як спосіб альтернативного вирішення спорів. Зазначення цього способу як «альтернативного» вказує на можливість його застосування за домовленістю сторін міжнародного комерційного спору, не вдаючись до процедури вирішення такого спору в національних судах. За своєю правовою природою міжнародний комерційний арбітраж є формою приватного врегулювання спору, яка, на відміну від державних судів, є міжнародно визнаною завдяки її більшій ефективності, гнучкості та конфіденційності. При

цьому рішення, постановлені міжнародними комерційними арбітражами, є обов'язковими для сторін спору та можуть бути примусово виконані на підставі Нью-Йоркської конвенції 1958 року [351]. Про визнання міжнародного комерційного арбітражу як способу вирішення спорів свідчить низка резолюцій Генеральної асамблеї ООН, у яких арбітраж визнається як «ефективний» та «цінний» метод врегулювання спорів, що виникають у міжнародних комерційних відносинах [566]. Арбітраж на сьогодні є також найбільш оптимальним способом вирішення міжнародних інвестиційних спорів за участю держав, які є чи не найскладнішою категорією справ. Таке визнання та зростаючу поширеність арбітражу зумовлено передусім відомою ефективністю арбітражу як способу врегулювання саме міжнародних комерційних спорів, незважаючи на їхню складність і комплексний правовий характер. Таким чином, мету і завдання арбітражного розгляду в теорії і практиці арбітражу переважно оцінюють через призму потреби у вирішенні спору, який в арбітражному порядку може бути вирішено більш ефективно, аніж такий спір вирішувався б в інший спосіб, зокрема в державному суді.

Що ж означає «ефективність» арбітражу і чим вона зумовлюється, чи стосується вказана ефективність, яка останнім часом є широко обговорюваною в юридичній літературі [57; 84; 236; 344; 483, с. 691–692; 526], мети й завдань арбітражного розгляду конкретного спору?

Передусім, зауважимо, що оскільки суб'єктом або споживачем арбітражних послуг є бізнес-учасники міжнародного комерційного обороту, то саме вони і їхнє ставлення до інституту арбітражу є визначальним чинником, який свідчить про те, чи задоволений бізнес арбітражем як інструментом вирішення спорів чи ні, а якщо так, то досягнення якої мети і вирішення яких завдань робить арбітраж успішним і дійсно ефективним. Адже очевидно, що згадка про арбітраж у резолюції Генеральної асамблеї ООН ще не свідчить про ефективність і дієвість арбітражу, а лише сигналізує про значення й увагу, яка надається цьому способу вирішення міжнародних комерційних спорів з боку найбільш авторитетних світових міжурядових організацій. Однак, беручи до

уваги, що передумовою арбітражного розгляду є арбітражна угода, укладена між двома учасниками міжнародного комерційного обороту, саме кількість випадків, коли такі угоди укладаються учасниками міжнародного комерційного обороту і, як наслідок, кількість спорів, що вирішуються арбітражами, свідчить про те, що бізнес обирає саме арбітраж як інструмент вирішення спорів, якому властиві необхідні риси, на котрі очікують сторони міжнародних комерційних угод від процедури вирішення спорів.

З позиції представників міжнародного бізнесу ситуація виглядає таким чином. Якщо з тих чи інших причин відповідний міжнародний контракт невиконано чи виконано неналежним чином, що порушило права компанії «Х» і власник цієї компанії не отримав дохід, на який розраховував, або зазнав збитків, які не охоплювалися його планами, при цьому всі комунікаційні ресурси й інструменти врегулювання такого спору добровільно між сторонами вичерпано, і компанія в такій ситуації має лише один кінцевий варіант – вдатись до примусових правових заходів захисту своїх порушених прав, її власника будуть цікавити лише такі питання: (1) як швидко він зможе повернути свої кошти або отримати відшкодування за завдані збитки і чи зможе реально їх отримати; (2) скільки коштів слід ще додатково витратити на юридичну процедуру захисту (поновлення) своїх прав (арбітражні чи судові витрати, витрати на юридичних радників, накладні витрати тощо) і чи будуть вони повернуті; (3) конфіденційність спору, незалежність і неупередженість форуму; (4) якщо компанія, яка допустила порушення, відмовлятиметься від сплати коштів чи збитків, чи є інструменти примусового виконання рішення.

Не вдаючись у деталі та статистику, відзначимо, що з усіх названих питань арбітраж як інструмент вирішення спорів має беззаперечні переваги перед іншими способами вирішення спорів [390, с. 231]. Саме цим і зумовлюється факт зростання кількості спорів, які вирішуються арбітражними центрами світу і довіри до них з боку бізнесу як інструменту захисту порушених прав, що одночасно свідчить про їхню вищу ефективність. Основу цієї ефективності та довіри складають виправдані очікування бізнесу щодо: а) швидкості вирішення спору;

б) економічності вирішення спору (тобто вартості); в) конфіденційності; г) незалежності й неупередженості арбітрів; д) наявності механізму виконання рішення (у т. ч. примусово)¹². І хоча здебільшого зазначені очікування (*expectations, achievements*) зводяться, передусім, до швидкості вирішення спору та розміру арбітражних витрат, усе ж інші фактори часто відіграють важливу, а інколи – й визначальну роль при прийнятті рішення на користь арбітражу як форми вирішення спорів або ж при обранні тієї чи іншої арбітражної установи як місця арбітражу¹³. І якщо швидкість, конфіденційність, незалежність та інші показники зазвичай є беззаперечними перевагами арбітражу, таку рису як вартість або економічність арбітражного розгляду часто оспорюють і вона є предметом дискусій. Чи дійсно арбітраж більш «дешевий», ніж вирішення спорів у державних судах, так як саме з цією юрисдикційною формою вирішення спорів його найбільш коректно порівнювати?

Аргументи тих юристів і вчених, які стверджують, що арбітраж є дорожчим способом вирішення спорів, як правило, зводяться до порівняння ставок судового та арбітражного зборів. Для прикладу наведемо спір між двома компаніями з сумою позовних вимог 50 000 доларів США, у якому вирішення такого спору господарським судом України передбачає сплату судового збору 20 400 грн (з розрахунку курсу 27,20 грн/дол США) [213] у першій інстанції. Тоді як розмір арбітражних витрат із вирішення такого спору в МКАС при ТПП України становитиме 4 200 доларів США у разі його вирішення трьома арбітрами і 3 360 доларів США, якщо спір вирішуватиметься одним арбітром [69]. Значно дорожчим буде арбітражний розгляд такого спору відомими арбітражними центрами: Арбітражним інститутом Торгової палати Стокгольму (SCC) – 31 670 доларів США (три арбітри) і 17 130 доларів США (один арбітр)

¹² В одній зі справ суд зазначив, що «виконуючи угоду про арбітраж чи конструюючи арбітражну угоду суди і арбітри повинні реалізувати договірні права та очікування сторін. У цьому починанні, як і в будь-якому іншому контракті, наміри сторін є визначальними. Це пояснюється тим, що арбітр отримує свої повноваження з угоди сторін щодо відмови від судового процесу і передачу своїх спорів до приватного вирішення спорів» [532].

¹³ Крім цього, до таких чинників також можуть належати досвід арбітра, що постановляє рішення, спеціалізація арбітражної установи, наявність персоналізованого сервісу з вирішення спорів, зручність розташування та наявність елементів сервісу, уникнення упередженості місцевого суду, можливості виконання арбітражного рішення з допомогою Нью-Йоркської конвенції 1958 року тощо [57; 390]

[304]; Віденським міжнародним арбітражним центром (VIAC) – від 10 350 до 13 600 доларів США (три арбітри) і від 5 450 до 6 750 доларів США (один арбітр) [620]; Міжнародним арбітражним судом Міжнародної торговельної палати (ICC) – 23 000 доларів США (три арбітри) і 11 000 доларів США (один арбітр) [416].

За такого підходу очевидно, що арбітражний розгляд – більш витратна процедура вирішення спорів, ніж судова. І навіть якщо допустити, що спір буде вирішуватись у європейській країні, де судовий збір буде вищим, ніж в Україні, все одно наведені цифри свідчать не на користь арбітражу. Водночас за такого буквального порівняння ставок збору залишаються поза увагою кілька важливих аспектів, які в низці випадків мають вирішальне значення для відповіді на поставлене вище запитання.

Перший аспект стосується вартості подальшого апеляційного та касаційного оскарження постановленого рішення суду, яка з урахуванням наведеного прикладу в Україні становитиме відповідно 30 600 грн і 40 800 грн судового збору за подання апеляційної та касаційної скарг. Таким чином, до моменту, коли рішення господарського суду набуде остаточного й обов'язкового характеру за результатами касаційного перегляду, сторона повинна бути готова понести судові витрати у розмірі 91 800 грн, що становить 3 375 доларів США за курсом 27,20 грн/дол США і дорівнює вартості арбітражного розгляду спору одним арбітром. При цьому слід мати на увазі, що для арбітражних рішень в Україні, як і в інших країнах, не існує процедури їх апеляційного та касаційного оскарження по суті, а лише процедура оспорювання рішень арбітражу за виключним переліком підстав суто процесуального характеру (ст. 459 ЦПК України [272, с. 1088], ст. 34 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» [209]), яка не зупиняє чинності постановленого арбітражного рішення і вартість якої в Україні становить 1 013,50 грн.

Другий аспект стосується часу, необхідного для отримання стороною рішення, яке набуло остаточного й обов'язкового характеру. Так, за даними Єдиного державного реєстру судових рішень, тривалість вирішення десяти довільно обраних справ з участю сторони-нерезидента, які розглядались

господарськими судами України та в яких Касаційний господарський суд Верховного Суду постановив остаточні рішення протягом 2019–2020 років, становила відповідно від 7 до 63 місяців. Таким чином, тривалість судового розгляду становила в середньому – 28 місяців.

Натомість статистика тривалості розгляду справ у 2019 році у МКАС при ТПП України свідчить, що 90,6 % справ було розглянуто у строк до 6 місяців [52]. Середня тривалість арбітражного розгляду спорів у провідних світових арбітражних центрах (SCC, ICC, AAA) складає 13–14 місяців [604].

І останній, третій аспект економічності арбітражного розгляду стосується моменту, з якого компанія зможе реально розпоряджатись стягнутими коштами. Практика свідчить: чим швидше цей момент настане і чим вища вірогідність, що він настане, тим більші кошти бізнес готовий витратити на «повернення» втраченого або ж неотриманого. Тобто в ситуації, коли необхідно зробити вибір на користь судової чи арбітражної форми з метою стягнення 50 000,00 доларів США і при цьому через суд витрати становитимуть 20 400,00 грн (близько 750 доларів США), однак рішення буде реалізовано не раніше як через 30–32 місяці, а в арбітражі витрати складатимуть 4 200,00 доларів США, але рішення буде виконано уже через 10–12 місяців (з урахуванням часу, необхідного на визнання і приведення до виконання), абсолютна більшість компаній обиратиме дорожчу та швидшу процедуру з визначеною перспективою, яка дозволить бізнесу якомога швидше повернути кошти (компенсувати збитки) й одразу ж пустити їх далі в комерційний оборот. Насправді цей аспект є чи не найбільш визначальним при обранні арбітражу як способу вирішення спорів, адже економія витрат на судовому зборі перетворюється в подальшому на часові витрати і знецінення коштів, що зумовлює втрати від знецінення та неможливість використання коштів протягом більш тривалого періоду. Такі втрати значно перевищують різницю між судовим та арбітражними зборами, не кажучи вже про супутні витрати, які в судовому розгляді можуть бути в рази більшими з урахуванням необхідності залучення перекладачів, перекладу документів на мову країни суду тощо.

Таким чином, підбиваючи підсумки проведеного аналізу економічності арбітражу, можна зробити висновок, що арбітражна процедура розгляду й вирішення спору з погляду прямих і непрямих витрат, а також втрат від знецінення коштів, яких вдається уникнути у зв'язку з більш швидшими термінами вирішення таких спорів арбітражем, зрештою, є більш вигідною з економічного погляду, ніж судова, що також є одним із елементів ефективності арбітражу [143].

На практиці більшість постійнодіючих провідних арбітражних центрів світу намагаються запроваджувати у своїх регламентах такі процедури і механізми, щоб вони були оптимальними й ефективними з погляду витрат часу та коштів [472; 474; 516]. В окремих арбітражах та в професійних арбітражних спілнотах з цього приводу розроблено навіть рекомендації сторонам щодо можливостей регламенту в частині вибору сторонами таких процесуальних дій, які дозволять оптимізувати витрати часу та коштів і забезпечити ефективний процес (*Time and Costs Consuming*) [562; 615; 571]. Наприклад, домовитись щодо одного арбітра, а не трьох, застосувати процедуру *document only*, обмежити можливість подання доказів чи інших матеріалів, застосувати чи, навпаки, обмежити застосування електронних доказів та онлайн-слухань, обмежити кількість свідків, мов арбітражного розгляду тощо. У світлі цього низка арбітражних центрів розробляє спеціальні регламенти щодо прискореного арбітражу [288; 427], застосування швидких заходів забезпечення позову чи доказів через інститут надзвичайного арбітра [293], щодо розгляду спорів із застосуванням онлайн-технологій і в режимі відеоконференцій [343; 581] тощо. Зазначені регламенти є надто актуальними у світлі останніх подій, пов'язаних із поширенням у світі коронавірусної інфекції SARS-CoV-2 (COVID-19) та застосуванням більшістю країн світу низки обмежувальних заходів, серед яких – соціальна ізоляція, обмеження проведення заходів із кількістю осіб більше 2–3 (в окремих випадках 10), переведення всіх можливих соціальних процесів (навчання, робота, консалтинг тощо) у дистанційний режим із застосуванням онлайн-платформ, мобільних додатків, програмного

забезпечення через мережу «Інтернет». Вбачається, що у світлі останніх процесів, а також беручи до уваги потребу бізнесу в пошуку швидких та економних способів вирішення спорів, застосування саме онлайн-технологій при вирішенні спорів в арбітражі найближчим часом буде вагомим чинником при обрані арбітражу як способу вирішення спору.

Таким чином, встановивши сутність і зміст арбітражу з позиції очікувань учасників міжнародного комерційного обороту, сучасного стану його розвитку і останніх викликів, що постали перед цим інститутом альтернативного вирішення спорів, вважаємо, що в найбільш загальному вигляді його мета і завдання полягають у тому, щоб ефективно вирішити спір і на основі *постановленого арбітражем рішення* захистити порушені права (сторони) сторін спору. Зі сказаного можна виділити два елементи, які з погляду користувачів його послугами повинні охоплюватись метою і завданнями арбітражу й арбітражного розгляду: *перший* стосується ефективності арбітражного розгляду, а *другий* – можливості реального виконання постановленого арбітражного рішення з метою захисту прав учасників спору. За наявності обох елементів відбуватиметься ефективний захист (або поновлення) порушених прав сторони спору. Подібний зміст впливає також і зі ст. 2 ЦПК України та ст. 2 ГПК України, у яких завданнями цивільного та господарського судочинства визначено справедливий, неупереджений та своєчасний *розгляд і вирішення спорів* з метою *ефективного захисту* порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав і законних інтересів юридичних осіб, держави. Зважаючи на те, що мета і завдання судового й арбітражного способу вирішення спорів є подібними, питання *ефективного захисту* порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів учасників міжнародного комерційного обороту є також актуальним для арбітражного порядку розгляду спорів. Адже, зрештою, обидва механізми вирішення спорів хоча і є різними формами вирішення спорів, але як судовий захист, так і арбітражний розгляд спрямовані на захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів сторін спорів. У зв'язку з цим, для

визначення мети арбітражного розгляду слід визначитись з питанням, що становить зміст поняття «ефективний захист».

Говорячи про ефективний захист, зазначимо, що у сфері арбітражу різні автори пов'язуєть його або з ефективною процедурою, або з якістю рішення, що повинно стати обов'язковим для сторін (бути правильним і відповідати встановленим вимогам) і бути виконуваним (*be executable or enforceable*) [483]. Водночас у теорії арбітражного процесу наразі немає детальних положень щодо ефективного захисту в арбітражі, що може бути предметом подальших наукових досліджень. Наразі зауважимо, що на сьогодні найбільш фундаментально це поняття сформульовано в теорії і практиці захисту прав людини, де «ефективний захист» пов'язується, передусім, зі змістом ст. 13 Європейської конвенції про захист прав людини та її основоположних свобод [348], за якою *«кожен, чий права та свободи, визнані в цій Конвенції, було порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі...»*. Ефективність засобу юридичного захисту в практиці Європейського суду з прав людини пов'язується з такими його характеристиками як доступність (*availability*), достатність (*sufficiency*), визначеність (*certainty*). При цьому під час оцінки ефективності беруться до уваги не лише формальні засоби захисту (та їх доступність, достатність і визначеність – *В.Н.*), але й загальний, правовий і політичний контексти, в яких вони функціонують, та конкретні обставини справи заявника, незалежність таких заходів захисту від дій держави тощо. При цьому ефективність не залежить від визначеності бажаного для заявника результату [392; 393].

Зважаючи на вказані критерії, а також беручи до уваги концепцію ефективного правового засобу захисту, наявного в європейському праві [540; 420], вбачається, що ефективним вважатиметься такий засіб юридичного захисту, який є доступним і забезпечує особі реальний (а не ілюзорний) захист її порушених прав [469; 445], може бути практично реалізованим [441; 449], визначеним у національній правовій системі [467], реально застосовуваним і можливість його використання не може бути невиправдано ускладнена діями

або бездіяльністю органів влади [454; 457], застосованим протягом розумного часу (*reasonable time*), тобто своєчасним [470]. Як бачимо, вказана концепція опирається на базові елементи: 1) доступність засобу; 2) реальність захисту (неілюзорність, правова визначеність і дієвість); 3) розумність витрат часу. Зазначені елементи, зважаючи на спільність мети судового й арбітражного захисту, є базовими для формування концепції ефективного захисту в арбітражі, а також визначення мети і завдань арбітражного розгляду. Крім цього, можливість застосування положень ст. 13 Конвенції у світлі формування концепції ефективного захисту в арбітражі впливає і з низки інших висновків, що містяться в рішеннях ЄСПЛ. Так, Суд вказує на відсутність встановлення ст. 13 Конвенції конкретних вимог для держав-учасниць щодо визначення певних форм для способів захисту – держави користуються свободою визначати такі способи захисту на власний розсуд [466; 443]. Крім цього, згаданим у ст. 13 «органом» обов'язково повинен бути державний суд [455]. Тому можна стверджувати, що закріплені на нормативному рівні та інтегровані в національну правову систему альтернативні способи вирішення спорів слід розглядати як способи захисту в розумінні ст. 13 Конвенції. Звідси – і вимоги до забезпечення їх ефективності, що досягається дотриманням сукупності встановлених вище елементів.

Зважаючи на зазначене вище, міжнародний арбітраж якраз і є тим засобом правового захисту, до якого звертаються сторони, підписуючи арбітражну угоду. Його ефективність як способу вирішення комерційних спорів і захисту прав учасників міжнародних відносин залежить не лише від «ефективності» арбітражного розгляду, який зазвичай врегульовується Регламентом. Тим більше, що в такому разі слід говорити не стільки про ефективність арбітражного розгляду конкретного спору, скільки про збалансованість і ефективність використовуваного сторонами Регламенту і про те, наскільки передбачені ним процедури та процесуальні дії є розумними (*reasonable and fair*) з позиції їхньої доступності сторонам, достатності для потреб захисту порушених прав, визначеності, а також ефективними з погляду

витрат часу і коштів сторін (*time and cost efficient*). Значною мірою ефективність арбітражу залежить від поведінки самих сторін спору та їхніх юридичних радників, складу арбітражу, а також характеру і складності самої справи та положень права, застосовуваного до арбітражного розгляду (*lex arbitri*), адже які б ефективні процедури не були закладені у регламенти, незнання їх сторонами спору та їхніми представниками чи небажання їх використовувати з метою затягування процесу або ж з метою формування доказів для подальших юрисдикційних заперечень у судах місця арбітражу, так само як і оцінка складом арбітражу наданих доказів, юрисдикційних заперечень тощо, можуть суттєво впливати як на швидкість арбітражного розгляду, так і на ефективність захисту стороною своїх прав.

Беручи до уваги вищенаведене під час формулювання мети арбітражного розгляду, варто відштовхуватись від мети, з якою арбітраж як засіб юридичного захисту обирався сторонами – захист порушених, невизнаних чи оспорюваних прав та інтересів сторони. Звісно, такий захист повинен бути ефективним у найбільш широкому розумінні з урахуванням усіх згадуваних вище складових елементів концепції ефективного засобу захисту. За такого підходу забезпечення ефективного арбітражного розгляду буде лише одним із елементів ефективного захисту, однак не єдиним, оскільки для забезпечення реальності правового захисту в арбітражі важливе значення має якість рішення, постановленого за результатами арбітражного розгляду та його виконуваність.

Постановлення рішення складом арбітражу є останньою стадією правозастосування, і від його якості значною мірою залежить можливість виконання та, зрештою, можливість захисту прав та інтересів сторін спору. Згадувана «якість» арбітражного рішення, за загальним правилом, оцінюється з точки зору його відповідності вимогам, встановленим правом країни місця арбітражу (*lex arbitri*) та регламентом, який застосовується до вирішення спору. Такі вимоги стосуються трьох аспектів:

- 1) змісту рішення (мотивованість);
- 2) форми рішення (письмова форма, наявність підписів арбітрів, а також

вказівки на дату і місце арбітражу);

3) порядку (процедури) постановлення рішення (постановлення більшістю, направлення сторонам).

Міжнародними актами, як і законодавствами більшості країн, питання вимог щодо **змісту** арбітражних рішень врегульовано в найбільш загальних формулюваннях. Це пов'язано з тим, що арбітраж як гнучка форма альтернативного вирішення спорів не повинен бути «зарегульованим», подібно до вимог, які встановлено щодо рішень державних судів у національних законодавствах. Крім цього, через наявність іноземного елемента застосування різних систем права (які врегульовують сутність спору, арбітражний розгляд, здатність сторін до укладення арбітражної угоди тощо), а також беручи до уваги відмінності юрисдикцій, підходів до юридичної техніки, внутрішні вимоги національного права та регламенти постійнодіючих арбітражних інститутів і правил, за якими відбувається процедура *ad hoc* арбітражу, досягнути єдності у вимогах до змісту арбітражних рішень досить складно. Встановлення вимог до арбітражних рішень на рівні міжнародних актів могло би бути сприйнято державами як «нав'язування» та створити додаткові підстави для невідповідності та суперечності постановлюваних арбітражами рішень, вимогам міжнародних актів.

У зв'язку з цим, у частині вимог до змісту арбітражних рішень міжнародні акти містять лише вимогу, що такі рішення повинні бути *вмотивованими*, якщо сторонами не передбачено інше (ст. VIII Європейської конвенції 1961 року [374], ст. 31 (2) Типового закону ЮНСІТРАЛ [614], ст. 31 (2). Вимогу щодо обов'язковості постановлення вмотивованого рішення сформульовано у вказаних актах у формі презумпції [398].

Тому постановлення невмотивованого рішення допускається лише у двох випадках: 1) коли сторони *погодили постановлення такого рішення* («у справах, які вимагають постановлення швидкого рішення, або з питань встановлення відповідності якості товарів, послуг певним вимогам, стандартам, постановлення рішення «на узгоджених умовах» тощо» [406, с. 642]); 2) коли

сторони *обрали арбітражну процедуру*, яка передбачає, що рішення може бути невмотивованим і при цьому жодна зі сторін не вимагала, щоб таке рішення було вмотивованим (ст. VIII (b) Європейської конвенції 1961 року). В останньому випадку Європейська конвенція 1961 року також передбачає, що право сторони вимагати постановлення вмотивованого рішення може бути реалізованим до закінчення усного розгляду справи, а у випадку, коли такий розгляд не проводився – до моменту складання арбітражного рішення. Зважаючи на те, що і перший, і другий випадки можуть бути реалізовані лише на основі погодження (домовленості) сторін, за яким сторони добровільно погоджують прийняття невмотивованого рішення або обирають відповідну арбітражну процедуру, якою передбачається постановлення такого рішення, на практиці така домовленість між сторонами допускається як у прямій, так і в опосередкованій формі (*explicitly or implicitly*) [292; 398, с. 534]. Опосередкований характер матиме також згода сторін на застосування арбітражної процедури в порядку ст. VIII (b) Європейської конвенції 1961 року, адже сторони, погоджуючись на таку процедуру, не дають прямої згоди на постановлення невмотивованого арбітражного рішення. Судова практика виходить з того, що згода на застосування такого регламенту або правил арбітражного розгляду передбачає і згоду (*implicit consent*) на постановлення немотивованого арбітражного рішення [362].

Водночас слід зробити окреме застереження щодо питання реалізації права сторони вимагати постановлення вмотивованого рішення в межах регламенту чи процедур, які були погоджені сторонами та за якими рішення може бути невмотивованим і сторона (сторони) до закінчення усного розгляду справи, а у випадку, коли такий розгляд не проводився, – до моменту складання арбітражного рішення у порядку, передбаченому ст. VIII (b) Європейської конвенції 1961 року, може клопотати про постановлення вмотивованого рішення. В англійському та французькому текстах цієї частини статті міститься одна невелика, але досить важлива розбіжність. Французький текст передбачає, що вимога сторони (чи сторін) про постановлення вмотивованого рішення

повинна бути зроблена прямо, явно (*expressément*), тоді як англійський текст такої вимоги не містить. Цікаво, що російський текст, який поряд із французьким та англійським є автентичним, використовує формулювання «...если при этом ни одна из сторон не потребовала особо...», що за контекстом варто тлумачити як пряму, явну вимогу щодо постановлення мотивованого арбітражного рішення [374]. Таким чином, виходячи з офіційних текстів Конвенції французькою та російською мовами, останні передбачають пряме, явне звернення сторін або сторони із вимогою про постановлення вмотивованого рішення. Відповідно до англійського тексту, таке звернення може бути і неявним, тобто сформульованим непрямо (*implicitly*).

Щодо самого поняття *вмотивованості* арбітражного рішення, то його наразі досить глибоко розроблено в теорії процесуального права. Більшість учених пов'язують умотивованість із фактичною стороною судового рішення, а саме з вимогами щодо відповідності висновків суду, які містяться в рішенні, фактичним обставинам справи і наявним у справі доказам [512; 543; 230; 67], а також обґрунтованості встановлених фактів [173, с. 6; 159, с. 6; 27].

На практиці «вмотивованість» судових рішень часто пов'язують з такою його ознакою як «обґрунтованість» [14]. Доречно зазначає Я. Берназюк, що вмотивованим (умотивованим) є судові рішення, в якому належним чином зазначено підстави, на яких воно ґрунтується. При цьому під умотивованістю розуміється повне і всебічне відображення в рішенні суду мотивів, якими суд керувався під час ухвалення свого рішення, оцінювання доказів для встановлення наявності або відсутності обставин, на які сторони посилалися як на підґрунтя своїх вимог і заперечень, із зазначенням, чому певні докази було взято до уваги або відхилено, й відображенням мотивів щодо позиції суду при застосуванні норм матеріального і процесуального права. Таким чином, автор робить висновок, що мотивованість є обов'язковою вимогою, відмінною від вимоги щодо обґрунтованості судового рішення... і оскільки мотивованість судового рішення – це відображення всіх мотивів та обґрунтувань судового рішення в його змісті, то фактично «мотивованість» й «обґрунтованість»

судового рішення є двома взаємопов'язаними вимогами, які зіставляються як форма (спосіб зовнішнього відображення) та зміст [14].

У Висновку Консультативної ради європейських суддів (CCJE – *Consultative Council of European Judges*) про якість судових рішень [530] з цього приводу зазначено, що всі судові рішення повинні бути зрозумілими, викладеними чіткою і простою мовою, що є необхідною передумовою розуміння рішення сторонами та громадськістю; для цього потрібно логічно структурувати рішення і викладати його зрозумілим стилем, доступним для кожного. Також зазначається, що судові рішення повинні бути обґрунтованими ¹⁴ і під час формулювання підстав для прийняття рішення необхідно надавати відповіді на аргументи сторін та доречні доводи, що можуть вплинути на вирішення спору. При цьому виклад підстав для прийняття рішення необов'язково повинен бути довгим, адже завданням судді є пошук належного балансу між стислістю та правильним розумінням ухваленого рішення. Обов'язок суддів наводити підстави для своїх рішень не означає необхідність давати відповідь на кожен аргумент заявника на підтримку кожної підстави захисту. Водночас обсяг цього обов'язку суду може змінюватися залежно від характеру рішення та сутності спору (пп. 32–40 Висновку). У зазначеному Висновку також звертається увага на те, що згідно з практикою Європейського суду з прав людини очікуваний обсяг обґрунтування залежить від різних доводів, що їх може наводити кожна зі сторін, а також від різних правових положень, звичаїв та доктринальних принципів, а крім того, ще й від різних практик підготовки та представлення рішень у різних країнах (п. 41 Висновку) [530].

Щодо обґрунтованості або вмотивованості арбітражних рішень, то в науці вмотивованим прийнято вважати арбітражне рішення, яке містить обґрунтування висновків, до яких прийшов склад арбітражу, що безпосередньо лягли в основу арбітражного рішення, постановленого на користь однієї зі

¹⁴ Щодо «обґрунтованості» судових рішень більш детально див. пп. 56–61 Висновку № 7 (2005) про судочинство і суспільство – Opinion No. 7 (2005) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on «Justice and Society», adopted by the CCJE at its 6th meeting (Strasbourg, 23-25 November 2005) [531].

сторін [609, с. 340], а також закріплює позиції складу арбітражу не лише щодо питань права, але й містить аналіз фактичних обставин конкретної справи, що мають значення для її вирішення [545, с. 671]. Як бачимо, питання вмотивованості арбітражного рішення також пов'язуються із вимогами до змісту арбітражного рішення (оскільки презюмується, що вмотивованим є рішення, яке відповідає також цим вимогам). Дослідники виділяють такі властивості тексту вмотивованого арбітражного рішення:

- а) наявність у ньому вказівки на процесуальні передумови арбітражу, позиції сторін і докази, якими вони підтверджують свої вимоги;
- б) опис підґрунтя юрисдикції складу арбітражу (зазвичай ним є арбітражна угода);
- в) опис фактичних обставин арбітражного розгляду, включно з описом взаємовідносин сторін, ключових позицій їхніх домовленостей;
- г) аналіз природи спору й аргументів сторін;
- д) приведення переліку питань, які повинні бути розглянуті та вирішені складом арбітражу;
- ж) зазначення способів захисту прав, які сторони просять застосувати;
- з) здійснений складом арбітражу аналіз і висновки щодо всіх зазначених питань [503, с. 644] та ін.

Ван ден Берг А. Я. зазначає, що вимога вмотивованості арбітражного рішення, яка висувається багатьма арбітражними законами розвинених юрисдикцій, повинна розглядатись не як пережиток права державного суду на перегляд справи по суті, а як гарантія забезпечення права сторін знати, яким чином арбітр дійшов того чи іншого висновку в їхній справі [289, с. 381]. Також у літературі підкреслюється, що в межах теоретичної дискусії під час відповіді на запитання щодо екстенсивності обґрунтування висновків, яких дійшли арбітри (вмотивованості арбітражного рішення), відповідь залежить від кожної конкретної справи та її обставин [491, с. 57], а отже – не може обмежуватись якимись критеріями чи детальними вимогами.

Погоджуючись із наведеними думками вчених і практиків у сфері

міжнародного арбітражу, зауважимо, що з урахуванням природи арбітражу як договірної інструменту вирішення міжнародних комерційних спорів, і міжнародні акти, і національні законодавства не повинні містити детальних вимог до змісту таких рішень, адже подібна зарегульованість дозволить сторонам зловживати своїми процесуальними правами та міститиме загрозу оспорування рішень з таких підстав. А тому наявність загальної вказівки на вмотивованість рішення цілком достатньо для того, аби встановити складу арбітражу відповідні критерії для змісту рішення.

Тим не менш, попри відсутність вимог до змісту арбітражного рішення у міжнародних актах, окрім вимоги щодо його вмотивованості, у праві окремих країн та арбітражних регламентах з цього приводу в низці випадків містяться більш детальні положення. Так, в окремих національних законодавствах існують вимоги щодо зазначення:

- 1) імен та адрес арбітра (арбітрів) і сторін (ст. 1057(4) (a), (b) ЦПК Нідерландів [370], ст. 1701(5) Судового кодексу Бельгії [318]);
- 2) предмета спору (ст. 1701(5) Судового кодексу Бельгії);
- 3) дати і місця постановлення арбітражного рішення (ст. 1701(5) Судового кодексу Бельгії, ст. 52(5) Арбітражного закону Англії та Вельсу [299], ст. 1472 ЦПК Франції [384], ст. 1054(3) Арбітражного закону Німеччини [298], ст. 606(3) ЦПК Австрії [632], ст. 745(5) ЦПК Естонії [373], ст. 31 Арбітражного акта Швеції [600]);
- 4) посилання на арбітражну угоду, на основі якої було винесено рішення (ст. 1197(3) ЦПК Польщі [542], ст. 823 ЦПК Італії [426]);
- 5) імен адвокатів або інших представників сторін (ст. 1472 ЦПК Франції).

Вказані вимоги повинні бути обов'язково враховані складом арбітражу під час постановлення арбітражних рішень, оскільки їх порушення може бути підставою для їхнього скасування за правом країни місця арбітражу, що може ускладнити й затягнути (або ж взагалі унеможливити) процедуру їх виконання.

Питання *форми* арбітражних рішень не має детального регулювання в міжнародних актах, окрім ст. 31 Типового закону ЮНСІТРАЛ, якою

передбачено, що арбітражне рішення повинно бути винесене в *письмовій формі* та *підписане* арбітром чи арбітрами. В арбітражних розглядах із більше ніж одним арбітром достатньо підписів більшості всіх членів складу арбітражу із зазначенням причини відсутності підпису (ст. 31(1) Типового закону ЮНСІТРАЛ). Крім цього, в арбітражному рішенні слід зазначати його *дату і місце арбітражу* (ст. 31(3) Типового закону ЮНСІТРАЛ), як місце, погоджене відповідно до ст. 20(1) Типового закону ЮНСІТРАЛ самими сторонами або ж визначене складом арбітражу з урахуванням обставин справи, в тому числі з урахуванням його зручності для сторін. Будь-яких інших вимог до формальних аспектів арбітражного рішення Типовий закон ЮНСІТРАЛ не містить ¹⁵. Письмова форма, дата і місце арбітражу є очевидними вимогами щодо арбітражного рішення. Щодо обов'язковості зазначення місця арбітражу зауважимо, що під «місцем арбітражу» (*place or seat of arbitration*) тут мається на увазі вказівка на країну, відповідно до процесуального права якої здійснювалась арбітражна процедура і за правом якої оцінюватиметься чинність арбітражного рішення та в подальшому можливість його виконання у світлі вимог Нью-Йоркської конвенції 1958 року [619, с. 867–868; 578]. В арбітражному середовищі це право відоме також як *lex arbitri*. Зважаючи на це, наявність в арбітражному рішенні вказівки на місце арбітражу як юридичного критерію прив'язки арбітражного рішення до процесуального права певної країни є надзвичайно важливим елементом, за яким оцінюється чинність арбітражного рішення та можливість його виконання.

Попри відсутність вимог до форми арбітражного рішення в міжнародних актах, окрім вказаних вимог щодо письмової форми, підписів арбітрів, дати і місця арбітражу, у праві окремих країн та арбітражних регламентах з цього

¹⁵ Слід зазначити, що результати роботи першої робочої групи із розробки проекту Типового закону ЮНСІТРАЛ містили додатково ще одну вимогу щодо необхідності реєстрації арбітражних рішень у державному або іншому реєстрі з метою надання йому чинності, в тому числі на вимогу однієї зі сторін. Більш детально, див.: Paragraph 108 of the Report of the Working Group on International Contract Practices on the Work of its Third Session A/CN.9/216 (New York, 16-26 February 1982) [564]. Не було відображено в остаточному тексті Типового закону ЮНСІТРАЛ і жваво обговорюваних у робочих групах положень щодо окремої думки арбітра (*dissenting opinion*), порядку її підписання арбітром і наявності в такому випадку підпису на тексті самого арбітражного рішення. див.: Art. 31 para. 2 of the Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration: report of the Secretary-General, 18th session of UNCITRAL, June 3-21, 1985, UN Doc. A/CN.9/264 [292].

приводу часто містяться більш детальні положення. Так, у низці законодавств є вимоги щодо:

- 1) обов'язкової передачі остаточного або часткового арбітражного рішення на зберігання в секретаріат районного суду, в якому знаходиться місце арбітражу (ст. 1058(1) (b) ЦПК Нідерландів [370], ст. 1702(2) Судового кодексу Бельгії [318], ст. 1204(1) ЦПК Польщі [542]) або передачі копії рішення та арбітражної угоди одним із арбітрів чи відповідною стороною для примусового виконання в секретаріат суду, в межах юрисдикції якого було постановлено арбітражне рішення (ст. 1477 ЦПК Франції [384]);
- 2) обов'язковості вручення складом арбітражу, окрім самого рішення та за потреби його завірених копій, стенограми рішення сторонам у робочий день, наступний за днем прийняття рішення (ст. 745(6) ЦПК Естонії [373]).

Наведені вимоги стосуються, як бачимо, суто процедурних питань і загалом не впливають на дійсність арбітражних рішень. А тому в цій частині вимоги щодо письмової форми та підписів арбітрів є визначальними для забезпечення юридичної дійсності й достовірності такого арбітражного рішення.

Порядок (процедура) постановлення рішення передбачає, що в разі, коли арбітражний розгляд здійснюється більше ніж одним арбітром, тобто колегіально, рішення постановлюється більшістю складу арбітражу, крім випадків, коли сторони не домовились про інше. Вказане правило міститься в Типовому законі ЮНСІТРАЛ (ст. 29) і було імplementовано у внутрішньому арбітражному законодавстві багатьох країн, які імplementували положення Типового закону ЮНСІТРАЛ. Крім цього, в частині процедури також передбачено обов'язковість направлення сторонам арбітражного рішення, підписаного арбітрами (ст. 31(4) Типового закону ЮНСІТРАЛ).

Не вдаючись до питання вимог до різних видів арбітражних рішень, зазначимо, що наведені вимоги щодо змісту, форми та процедури постановлення арбітражних рішень стосуються, передусім, остаточних рішень у

справі. Водночас окремо слід підкреслити, що аналогічні вимоги повинні виконуватись і під час постановлення рішень на узгоджених умовах. Попри те, що такі рішення на практиці постановлюються зазвичай напередодні або ж у процесі арбітражного розгляду [64, с. 31], за своїм змістом і формою вони, за відсутності застережень про інше (або спеціальних положень), також повинні відповідати вимогам, встановленим щодо арбітражних рішень у *lex arbitri*. У юридичній практиці є випадки, коли постановлені арбітражні рішення на узгоджених умовах скасовувались на тій підставі, що вони не відповідали умовам, встановленим до арбітражних рішень, застосовуваним правом країни місця арбітражу [528]. Водночас у праві зарубіжних країн щодо обов'язковості закріплення рішень на узгоджених умовах у формі арбітражних рішень зазвичай передбачено, що таке рішення повинно прийматись із дотриманням вимог, встановлених до арбітражних рішень з обов'язковою наявністю підписів сторін і зазначенням, що таке рішення наділене тією ж юридичною силою, що й остаточне арбітражне рішення (ст. 1069 ЦПК Нідерландів [370], ст. 1712 Судового кодексу Бельгії [318], ст. 51 Арбітражного закону Англії та Вельсу [299], ст. 1053 Арбітражного закону Німеччини [298], ст. 605 ЦПК Австрії [632], ст. 744 ЦПК Естонії [373], ст. 1196 ЦПК Польщі [542] тощо).

Підбиваючи підсумки щодо якості постановлених арбітражних рішень, зазначимо, що з погляду мети арбітражу як способу вирішення спорів саме від цього залежить, чи можуть бути права та інтереси сторони захищені (поновлені), оскільки звертаючись до арбітражу, заявник розраховує як на швидку, конфіденційну та справедливу процедуру, так і на результат такої процедури – мотивоване рішення, що відповідає всім вимогам, встановленим до нього застосовуваним правом та яке може бути пред'явлене до виконання. Вмотивованість арбітражного рішення та належна форма його закріплення дозволяють здійснити фіксацію його змісту й відповідно «забезпечують його юридичну визначеність і достовірність» [63, с. 32].

Насамкінець, підсумовуючи дослідження мети і завдань арбітражного розгляду, не можна обійти увагою питання стосовно того, чи є постановлення

виконуваного рішення обов'язком складу арбітражу? Це питання жваво обговорюють у західній юридичній літературі [559; 366; 551; 315; 291; 504]. Водночас від відповіді на нього залежить, чи охоплюється «виконуваність» арбітражного рішення метою арбітражного розгляду. З цього приводу існує два погляди. Прихильники першого з них вважають, що склад арбітражу зобов'язаний постановити рішення, яке буде виконуваним. Відомий авторитетний учений, арбітр, професор Дж. Д.М. Лью з цього приводу зазначає, що «визначальна мета складу арбітражу – постановлення рішення, яке можливо виконати (*enforceable award*)» [421]. Послідовники цього погляду зазвичай також посиляються на положення ст. 42 Арбітражного регламенту ІСС, згідно з якою встановлено загальне правило: «З усіх питань, прямо не врегульованих цим Регламентом, Суд і склад арбітражного суду діють відповідно до духу цього Регламенту й докладають усіх можливих зусиль задля того, щоб арбітражне рішення мало виконавчу силу відповідно до закону (*is enforceable at law*)». Схожі положення містяться і в Арбітражному регламенті LCIA, з тією лише відмінністю, що всіх учасників арбітражного розгляду спонукають «діяти добросовісно, поважаючи дух арбітражної угоди, докладати всіх розумних зусиль, щоби будь-яке рішення було юридично визнаним та виконуваним у місці арбітражу» (ст. 32.2)¹⁶.

З іншого боку, існують думки [365], які також не позбавлені логіки, що прагнення складу арбітражу до постановлення виконуваного рішення не може бути визначальним пріоритетом арбітражного розгляду, оскільки при розгляді й вирішенні спору до уваги повинні братись, передусім, критерії арбітрабільності, наявності дійсної, чинної та виконуваної арбітражної угоди тощо. У такому разі постановлення за будь-яку ціну виконуваного рішення як мета арбітражного розгляду часто може заважати й не узгоджуватись із завданнями здійснення арбітражного розгляду в найбільш ефективний

¹⁶ For all matters not expressly provided in the Arbitration Agreement, the LCIA Court, the LCIA, the Registrar, the Arbitral Tribunal and each of the parties shall act at all times in good faith, respecting the spirit of the Arbitration Agreement, and shall make every reasonable effort to ensure that any award is legally recognised and enforceable at the arbitral seat. LCIA Arbitration Rules (2014), effective 1 October 2014 [499].

спосіб [328]. Крім цього, зазначено, що «обов'язку» у юридичному розумінні не існує, оскільки навіть положення тих арбітражних регламентів, якими встановлено «заохочення» до постановлення «юридично виконуваних рішень» (ICC, LCIA), переважно не містять зобов'язуючих формулювань.

Щодо ставлення автора до досліджуваного питання зауважимо, що попри широку цитованість положень наведених регламентів щодо обґрунтування обов'язку складу арбітражу постановити юридично виконуване рішення із суто юридичного погляду, все ж важко погодитись із тим, що в цьому випадку йдеться саме про «обов'язок». По-перше, юридичний обов'язок завжди передбачає відповідальність за його невиконання та несприятливі наслідки, пов'язані із цим. Натомість абсолютною більшістю регламентів закріплено обмеження відповідальності арбітрів (ст. 41 Регламенту ICC, ст. 31 Регламенту LCIA [499], ст. 52 Регламенту SCC [304], ст. 46 Регламенту VIAC [620], ст. 46 Регламенту НКІАС [402], ст. R-52 Регламенту ААА [286], ст. 45 Швейцарських правил міжнародного арбітражу [592], ст. 38 Регламенту SIAC [584] та інші). Несприятливі ж наслідки для арбітра, складу арбітражу та/або арбітражної установи, які не дбають про виконуваність рішення або якщо постановлені ними рішення скасовуватимуться чи не будуть приводитись до виконання, матимуть репутаційний характер, адже сторони в такому випадку не будуть обирати арбітра (арбітражну установу) для вирішення спорів. По-друге, навіть якщо аналізувати наведені положення регламентів ICC та LCIA, в них дійсно використовуються формулювання на основі мовної конструкції «*shall*», яка перекладається як «слід», «варто було б» і передає прагнення, спонукання до чогось, проте не накладає юридичного обов'язку. По-третє, покладення обов'язку на склад арбітражу суперечить сучасним реаліям міжнародного комерційного обороту, оскільки часто арбітри не можуть (і не повинні) передбачити місце (юрисдикцію), де рішення буде виконуватись. Зважаючи на наявність активів компаній у багатьох країнах, навряд чи склад арбітражу (та й самі сторони) завжди наперед знають, у якій країні буде виконуватись рішення. І ще один аргумент стосується того, що накладення обов'язку постановлення

виконуваного рішення дійсно може паралізувати склад арбітражу. В обговорюваній у свій час арбітражною спільнотою справі двох сербських компаній склад арбітражу, розглядаючи справу, передбачав, що рішення може бути невиконаним, однак, незважаючи на це, виніс рішення. Одна зі сторін оскаржила це рішення в суді. За результатами розгляду скарги сторони Верховний Суд Швейцарії зазначив, що склад арбітражу діяв відповідно до закону та застосовуваного права і, незважаючи на усвідомлення складом арбітражу можливості постановлення рішення, яке може бути невиконуваним, з урахуванням принципів арбітражного розгляду виконав усі обов'язки щодо постановлення юридично чинного (хоча й невиконуваного – *В.Н.*) рішення [329]. Таким чином, ми вважаємо, що постановлення виконуваного рішення слід розглядати не як юридичний обов'язок складу арбітражу¹⁷, а як завдання та мету арбітражного розгляду, до якої повинен прагнути (*intent*) склад арбітражу. Постановлене рішення повинно бути передусім дійсним з погляду *lex arbitri*, тобто права місця арбітражу, і відповідати встановленим таким правом вимогам до його змісту, форми та процедури постановлення, а це, у свою чергу, і робить таке рішення виконуваним, тобто таким, що може бути пред'явлене до виконання стороною, на користь якої воно постановлене [150].

Підбиваючи підсумки щодо мети і завдань арбітражного розгляду, зазначимо, що його **метою** є *справедливий та ефективний розгляд вирішення міжнародного комерційного спору арбітражем з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів сторін арбітражної угоди шляхом винесення вмотивованого та дійсного арбітражного рішення, яке відповідно до вимог застосовуваного права може бути пред'явлене до виконання*.

Щодо **завдань** арбітражного розгляду, то вони підпорядковані вказаній меті й зумовлені необхідністю забезпечення окремих процесуальних аспектів: 1) справедливого арбітражного розгляду, тобто розгляду, який ґрунтується на основі зрозумілих і передбачуваних процедур із забезпеченням рівного

¹⁷ Слід зазначити, що в одній з останніх вітчизняних праць з питань правового статусу арбітрів міжнародного комерційного арбітражу постановлення виконуваного рішення також не виділяється як обов'язок арбітрів [25].

ставлення до сторін; 2) ефективного арбітражного розгляду (швидкого, економічного, конфіденційного арбітражного розгляду незалежними та неупередженими арбітрами, з можливим наступним примусовим виконанням постановленого арбітражного рішення); 3) забезпечення не лише розгляду, але й вирішення спору шляхом постановлення мотивованого рішення щодо прав та обов'язків сторін на основі фактичних обставин справи; 4) забезпечення дійсності постановленого арбітражного рішення відповідно до вимог застосовуваного права.

Виділені завдання впливають із правової природи міжнародного комерційного арбітражу та намірів і очікувань учасників міжнародного комерційного обороту, з якими вони обирають арбітраж як спосіб вирішення спорів. Так само вони цілком узгоджуються з метою прийняття базових міжнародних актів у сфері арбітражу: Конвенції ООН про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року, Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року, Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж 1985 року.

Аналіз діяльності провідних постійнодіючих арбітражів світу протягом останніх років свідчить, що на сьогодні ці інституції, ґрунтуючись на базових засадах арбітражного розгляду, здійснюють пошук найбільш оптимальних моделей арбітражного розгляду, швидко реагуючи на запити міжнародного бізнесу та адаптуючись до нових реалій і викликів, залишаючись при цьому відповідними меті та завданням арбітражного розгляду. Вбачається, що прагнучи до швидкості та ефективності вирішення спорів, арбітражі повинні бути, з одного боку, чутливі до змін, які відбуваються в реальному міжнародному бізнес-середовищі, та бути спроможними оперативно реагувати на них, а з іншого – бути готовими до зовнішніх викликів, одним з яких наразі є пандемія коронавірусної інфекції.

2.2 Загальна характеристика передумов арбітражу. Поняття передумов правозастосування в арбітражі

Після визначення мети й завдань арбітражного розгляду, наступний аспект досліджуваної теми, який потребує всебічного вивчення – це умови та обставини, за наявності (відсутності) яких учасники міжнародного комерційного обороту можуть реалізувати своє право на звернення в арбітраж.

Як зазначено вище в роботі, 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 із 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 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 повинно бути вирішено низку питань, які слугують передумовою розгляду справи по суті та правозастосування. До таких питань належать:

- наявність арбітражної угоди між сторонами спору, яка б у розумінні ст. II Нью-Йоркської конвенції 1958 року могла бути підставою для арбітражного розгляду;
- дійсність, чинність і виконуваність такої арбітражної угоди;
- арбітрабільність предмета спору за суб'єктним та об'єктним критеріями;
- провосуб'єктність сторін арбітражної угоди на етапі укладення такої угоди й на етапі звернення до арбітражу;
- сплата арбітражних зборів;

- формування складу арбітражу;
- прийняття арбітрами призначення в якості арбітрів;
- відкриття провадження у справі;
- повідомлення сторін про арбітражний розгляд;
- з'ясування ставлення сторін до позовних вимог;
- вирішення питання про застосовуване право;
- вирішення питання про мову арбітражного розгляду;
- вирішення питання про місце арбітражу;
- вирішення питання щодо подання додаткових доказів, необхідних для розгляду й вирішення спору;
- вирішення питання щодо необхідності застосування забезпечувальних заходів;
- встановлення порядку вирішення спору й узгодження та затвердження процесуального графіку (в разі необхідності);
- вирішення питання щодо проведення процесуальних нарад зі сторонами;
- інші.

Усі названі питання слугують передумовами арбітражного розгляду, адже вони повинні бути вирішені до початку розгляду справи по суті, подібно до того, як це відбувається в судовому процесі, коли суддя в рамках підготовчого провадження встановлює низку обставин. До прикладу, завданнями підготовчого провадження відповідно до ст. 189 ЦПК України є: 1) остаточне визначення предмета спору й характеру спірних правовідносин, позовних вимог і складу учасників судового процесу; 2) з'ясування заперечень проти позовних вимог; 3) визначення обставин справи, які підлягають встановленню, та зібрання відповідних доказів; 4) вирішення відводів; 5) визначення порядку розгляду справи; 6) вчинення інших дій з метою забезпечення правильного, своєчасного й безперешкодного розгляду справи по суті. Крім цього, ч. 2 ст. 197 ЦПК України передбачено, що в підготовчому засіданні суд:

- 1) оголошує склад суду, а також прізвища, імена та по батькові секретаря

судового засідання, перекладача, спеціаліста, з'ясовує наявність підстав для відводів;

2) з'ясовує, чи бажають сторони укласти мирову угоду, передати справу на розгляд третейського суду або звернутися до суду для проведення врегулювання спору за участю судді;

3) в разі необхідності заслуховує уточнення позовних вимог та заперечень проти них та розглядає відповідні заяви;

4) вирішує питання про вступ у справу інших осіб, заміну неналежного відповідача, залучення співвідповідача, об'єднання справ і роз'єднання позовних вимог, прийняття зустрічного позову, якщо ці питання не були вирішено раніше;

5) може роз'яснювати учасникам справи, які обставини входять до предмета доказування, які докази повинні бути подані тим чи іншим учасником справи;

6) з'ясовує, чи повідомили сторони про всі обставини справи, які їм відомі;

7) з'ясовує, чи надали сторони докази, на які вони посилаються в позові і відзиві, а також докази, витребувані судом, чи причини їх неподання; вирішує питання про проведення огляду письмових, речових і електронних доказів у місці їх знаходження; вирішує питання про витребування додаткових доказів та визначає строки їх подання, вирішує питання про забезпечення доказів, якщо ці питання не було вирішено раніше;

8) вирішує питання про призначення експертизи, виклик у судові засідання експертів, свідків, залучення перекладача, спеціаліста;

9) за клопотанням учасників справи вирішує питання про забезпечення позову, про зустрічне забезпечення;

10) вирішує заяви та клопотання учасників справи;

11) направляє судові доручення;

12) встановлює строки для подання відповіді на відзив та заперечення;

13) встановлює строк для подання пояснень третіми особами та відповіді

учасників справи на такі пояснення;

14) встановлює строки та порядок врегулювання спору за участю судді за наявності згоди сторін на його проведення;

15) призначає справу до розгляду по суті, визначає дату, час і місце проведення судового засідання (декількох судових засідань – у разі складності справи) для розгляду справи по суті;

16) встановлює порядок з'ясування обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, та порядок дослідження доказів, якими вони обґрунтовуються під час розгляду справи по суті, про що зазначається в протоколі судового засідання;

17) з'ясовує розмір заявлених сторонами судових витрат;

18) вирішує питання про колегіальний розгляд справи;

19) здійснює інші дії, необхідні для забезпечення правильного і своєчасного розгляду справи по суті.

Підготовчий етап також існує і в арбітражі. Так, відповідно до ч. 1 ст. 37 Регламенту МКАС при ТПП України склад Арбітражного суду перевіряє стан підготовки справи до арбітражного розгляду і, якщо визнає за необхідне для забезпечення ефективної організації арбітражного розгляду у справі, може вжити додаткових заходів з підготовки справи до розгляду, зокрема: 1) витребувати від сторін письмові пояснення, докази та інші додаткові документи та інформацію; 2) провести організаційну нараду, під час якої вирішуються питання, в тому числі пов'язані з проведенням розгляду, необхідністю встановлення процесуального графіка, проведенням усних слухань та/або прийняттям процесуальних заходів, уточненням окремих підстав і вимог тощо. Організаційні наради можуть бути проведені шляхом особистої зустрічі, в режимі відео- або телефонної конференції або в будь-який інший спосіб. Склад Арбітражного суду може запропонувати сторонам надати пропозиції щодо організації розгляду у справі перед організаційною нарадою та може запросити сторони або їхніх представників узяти участь в організаційній нараді. Склад Арбітражного суду може уповноважити голову складу

Арбітражного суду провести організаційну нараду у справі. У разі вжиття додаткових заходів з підготовки справи до розгляду склад Арбітражного суду або за його розпорядженням Генеральний секретар МКАС встановлюють строки, протягом яких ці додаткові заходи повинні бути здійснені. Сторони та їхні представники зобов'язані дотримуватися будь-якого процесуального заходу, вжитого складом Арбітражного суду.

Аналізуючи всі названі питання, що вирішуються арбітражем до розгляду справи по суті, вбачається, що їх можна поділити на два блоки: 1) питання, які є передумовою арбітражу загалом і без яких арбітражний процес не може бути розпочато (наприклад, питання наявності арбітражної угоди, питання арбітрабільності спору, формування складу арбітражу тощо); 2) питання, які є передумовою розгляду справи арбітражем по суті і без з'ясування яких не може бути розпочато арбітражний розгляд справи (наприклад, неповідомлення відповідача, несплата арбітражного збору, необхідність подання додаткових доказів чи пояснень до початку арбітражного розгляду тощо).

Перший блок питань, які потребують перевірки й вирішення, дозволяє отримати розуміння щодо того, чи може загалом спір вирішуватись у порядку арбітражу конкретно визначеною арбітражною установою чи арбітражем *ad hoc*. За своїм змістом це фундаментальні базові питання, які складають правову основу подальшого арбітражного розгляду, є його передумовами. «Передумова», відповідно до тлумачення наданого сучасним академічним словником української мови, – це слово, що вказує на попередню умову існування, виникнення, діяння або чого-небудь [243, с. 432]. Тобто вказане слово позначає попередньо наявні умови, що визначають певний процес, стан речей, обставини. З погляду причинно-наслідкових зв'язків, передумови завжди передують у часі обставинам, які вони визначають. Більше того, з погляду змісту передумов, вони не просто виявляються в настанні чи ненастанні певних обставин, а є їхніми необхідними причинами. При цьому, з погляду вчення про юридичні факти, можна стверджувати, що передумови як елементи фактичного складу, що визначає настання чи ненастання певних правових наслідків у

вигляді арбітражного розгляду, можуть загалом мати послідовний накопичувальний характер або ж не мати такого [86, с. 368]. Вважаємо, що для передумов арбітражного розгляду все ж не є характерним накопичувальний характер. Сама по собі наявність чи відсутність певних обставин у їхній сукупності, незалежно від часу їх виникнення, є достатньою для існування арбітражного розгляду. Беручи до уваги, що арбітражний розгляд у більшості випадків в інституційних арбітражах розпочинається постановою про прийняття справи до провадження, відповідно – встановлення наявності арбітражної угоди, арбітрабільності спору й дотримання процесуальних передумов, необхідних для відкриття провадження у справі (подання позову, доказів, які обґрунтовують позовні вимоги, сплата арбітражного збору, певні дії щодо формування складу арбітражу тощо), є достатнім для відкриття провадження. Передумови арбітражу визначаються правом, на підставі якого врегульовується процедура вирішення спору (*lex arbitri*). Зазвичай ними є як положення арбітражного законодавства країни місця арбітражу, так і положення відповідного регламенту інституційного арбітражу чи регламенту *ad hoc* арбітражу.

Таким чином, **передумовами арбітражу (арбітражного розгляду)** є визначені процесуальним правом країни місця арбітражу (*lex arbitri*) обставини, які в сукупності визначають, чи може спір, щодо якого ініціюється арбітражний розгляд, бути вирішеним у порядку міжнародного комерційного арбітражу.

Поняття «передумови арбітражу» слід відрізняти від іншого терміна – «**засади арбітражного розгляду**» як базових вихідних начал, принципів, на яких ґрунтується вирішення спорів у порядку міжнародного комерційного арбітражу. У чинному законодавстві, як і в доктрині, наразі обидва терміни недостатньо розроблено, їх немає в широкому вжитку. Дещо схожим терміном оперує Закон України «Про третейські суди» [214], у ст. 4 якого «Принципи організації і діяльності третейського суду» міститься перелік принципів, серед яких: 1) принцип законності; 2) незалежності третейських суддів та підкорення їх тільки законам; 3) рівності всіх учасників третейського розгляду перед

законом і третейським судом; 4) змагальності сторін, свободи в наданні ними третейському суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості; 5) обов'язковості для сторін рішень третейського суду; 6) добровільності утворення третейського суду; 7) добровільної згоди третейських суддів на їхнє призначення чи обрання в конкретній справі; 8) арбітрування; 9) самоврядування третейських суддів; 10) всебічності, повноти та об'єктивності вирішення спорів; 11) сприяння сторонам у досягненні ними мирової угоди на будь-якій стадії третейського розгляду.

Аналіз вказаних принципів дозволяє зробити висновок, що частина з них стосується не стільки правозастосовних аспектів вирішення спорів у третейських судах, скільки організаційних засад функціонування третейських судів загалом. Наприклад, такі принципи як незалежність третейських суддів, самоврядування третейських суддів, наявність добровільної згоди третейських суддів на їх призначення (обрання) по справі є суто організаційними принципами організації третейського суду загалом або складу арбітрів для вирішення конкретного спору зокрема. Водночас низка принципів дійсно стосується саме третейського розгляду спору. Серед них, на наш погляд, слід назвати законність; підкорення третейських суддів тільки законові; рівність усіх учасників третейського розгляду перед законом і третейським судом; змагальність сторін, свобода в наданні останніми третейському суду своїх доказів і в доведенні перед судом їхньої переконливості; обов'язковість для сторін рішень третейського суду; добровільності утворення третейського суду; арбітрування; всебічності, повноти та об'єктивності вирішення спорів; сприяння сторонам у досягненні ними мирової угоди на будь-якій стадії третейського розгляду. Зі змісту наведених принципів вбачається, що не всі вони можуть бути беззастережно сприйняті як принципи для розгляду й вирішення спорів в арбітражах.

Так, принцип законності є досить комплексним, широким принципом і його традиційно пов'язують з тим, щоби певна діяльність, у тому числі і юрисдикційна, здійснювалась відповідно до положень закону. Наприклад,

відповідно до ст. 19 Конституції України «...ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їхні посадові особи зобов'язані діяти на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачений Конституцією та законами України» [81]. Стаття 129 Конституції України визначає, що «Основними засадами судочинства є: ... рівність учасників перед *законом*», а ч. 1 ст. 68 Конституції України передбачає, що «громадяни зобов'язані неухильно дотримуватися Конституції та законів України...». Схожі положення містяться і в ч. 2 ст. 10 ЦПК України: «Суд розглядає справи відповідно до Конституції України, законів України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

Слід зауважити, що незважаючи на доктрину верховенства права, принцип законності станом на сьогодні вже не вважається тим абсолютом, яким він ще донедавна визначався в законодавстві та науковій літературі. І, зважаючи на комплексний характер цього принципу, на сьогодні цілком справедливо застосовувати законність щодо питань організації і діяльності третейських суддів, однак навряд чи виправдано абсолютизувати законність у питаннях розгляду і вирішення спорів, адже тут на перший план виходить саме принцип верховенства права. Очевидно, такими міркуваннями керувались автори судової реформи 2017 року, у ході якої низку процесуальних кодексів було викладено в новій редакції законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» [198] і відповідно в цій частині процесуальні закони було викладено на принципово нових засадах верховенства права. Так само й у проєкті Закону України «Про внесення змін до деяких законів України (щодо вдосконалення порядку діяльності третейських судів та підвищення відповідальності третейських суддів з метою відновлення довіри до третейського розгляду)» [199] автори пропонують змінити чинну редакцію ст. 4 Закону України «Про третейські суди» та доповнити її ще одним принципом –

«верховенства права», щоправда, залишивши при цьому й наявний на сьогодні принцип законності.

Зазначимо, що принцип законності в практиці вирішення спорів у міжнародному комерційному арбітражі навряд чи може розглядатись як принцип арбітражного розгляду з кількох причин: по-перше, тому що при застосуванні матеріальних норм при вирішенні спорів застосовується передусім положення застосовного права як матеріального права певної країни з урахуванням практики його застосовування та тлумачення, прийнятій у відповідній країні; по-друге сторони часто виключають застосування національного права країн-учасників міжнародних комерційних угод і підпорядковують контракт дії позанаціональних регуляторів, таких як: принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (UNIDROIT Principles [602]) чи міжнародним торговельним звичаям тощо; по-третє, на практиці більшість арбітражних законодавств країн світу та регламентів дозволяють сторонам домовитись про вирішення спорів на засадах *et aequo et bono* або в якості дружнього посередника (*amiable compositeur*), що виключає застосування будь-якого «закону» в розумінні закону як акта законодавчої влади.

Таким чином, уже перше дослідження засад або принципів третейського судочинства показує їхню неспроможність у питаннях розгляду і вирішення спорів у міжнародному комерційному арбітражі. Більше того, на прикладі принципу законності видно, що з метою забезпечення стабільності нормативних приписів та їхньої правової визначеності, кожний принцип повинен мати визначений зміст, який дозволить на практиці чітко оперувати правозастосовцю у випадках необхідності його застосування в разі порушення. А тому, на наш погляд, слід чітко розмежовувати принаймні принципи організації та діяльності системи третейських судів та принципи, якими послуговуються третейські судді при вирішенні спорів. Аналогічно в арбітражному процесі, зважаючи на відсутність організаційної системи таких судів, можна виділити принципи або *основні засади арбітражу* як інституту з розгляду і вирішення міжнародних комерційних спорів та принципи (засади)

арбітражного розгляду, тобто керівні начала, на яких ґрунтується діяльність складу арбітражу з розгляду і вирішення спорів.

До основних засад арбітражу як інституту можна віднести: 1) добровільність передачі спорів на розгляд і вирішення міжнародного комерційного арбітражу, що втілюється в укладенні сторонами арбітражної угоди [609]; 2) автономію волі сторін арбітражного розгляду та їхню здатність визначати та впливати на процедуру розгляду і вирішення спору арбітражем (формувати склад арбітражу, обирати матеріальне та процесуальне право, застосовувати різні процесуальні засоби, передбачені регламентом тощо) [380]; 3) обов'язковий для сторін характер рішень арбітражу [534]; 4) забезпечення права на скасування рішення арбітражу за визначеними процесуальними підставами [388] (наприклад, у разі, якщо ним порушуються фундаментальні процесуальні засади щодо формування арбітражу, порушене право бути почутим або представити свою позицію в арбітражі, публічний порядок тощо).

До основних принципів арбітражного розгляду належать: 1) принцип автономії волі сторін, що є не лише однією із загальних засад міжнародного комерційного арбітражу як інституту, але й конкретним інструментом при вирішенні спорів, що виявляється на різних етапах та стадіях арбітражного розгляду – від вибору застосовного матеріального права до окреслення правил процедури і загалом взаємодії між сторонами і арбітрами; 2) рівність учасників арбітражного розгляду [325]; 3) ефективність арбітражного розгляду (розгляд з мінімальними витратами часу, в найбільш ефективний спосіб та максимально зручно для обох сторін); 4) автономність арбітражного застереження [332, с. 357; 545, с. 152; 380, с. 198]; 5) принцип *kompetenz-kompetenz* [522, с. 88]; 6) конфіденційність арбітражного розгляду [310]; 7) принцип тісної взаємодії (кооперації, співпраці) сторін зі складом арбітражу, спрямованість дій усіх учасників процесу та арбітрів на досягнення спільного результату, зокрема щодо встановлення всіх обставин справи, визначення змісту застосовного права і його правильного застосування, постановлення справедливого і виконуваного арбітражного рішення. Безумовно, реалізація останнього з наведених принципів

значною мірою залежить від добросовісності сторін та їхніх представників, прагнення досягнути означеного результату, на противагу дотриманню власних комерційних інтересів. Проте провідна міжнародна практика арбітрування та кращі приклади бізнесової діяльності вказують на пропагування цього принципу і необхідності його реалізації в арбітражному процесі для збереження комерційних відносин між сторонами, зменшення потенційних збитків і досягнення взаємовигідних умов подальшої співпраці.

Аналіз вказаних принципів дозволяє визначити, що **основними засадами арбітражу** як інституту альтернативного вирішення спорів є такі фундаментальні начала, які складають основу арбітражного розгляду вирішення спорів, незалежно від того, чи вирішується спір інституційним арбітражем чи в порядку *ad hoc* арбітражу, незалежно від місця арбітражу.

Основними засадами арбітражного розгляду є такі фундаментальні начала, які визначають основи процедури розгляду і вирішення спорів у порядку міжнародного комерційного арбітражу *конкретним складом арбітражу* з урахуванням специфіки регламенту, що застосовується до вирішення такого спору.

Подібно до того, як виділяють принципи (засади) арбітражу та засади арбітражного розгляду, передумови арбітражу також не варто ототожнювати з передумовами правозастосування. Якщо передумови арбітражу – це обставини, які в сукупності визначають, чи може спір, щодо якого ініціюється арбітражний розгляд, бути вирішеним у порядку міжнародного комерційного арбітражу, то **передумови правозастосування** в міжнародному комерційному арбітражі вказує на *наявність необхідних складових елементів юридичного та фактичного складу, встановлення яких є обов'язковим для вирішення справи конкретним складом арбітражу з урахуванням права, що застосовується та lex arbitri*. Вище в роботі зазначалось, що правозастосування полягає у встановленні та аналізі фактичних обставин справи (перша, підготовча стадія), юридичної кваліфікації фактичних обставин справи та виборі норми права із встановленням автентичності її тексту (друга стадія) та прийняття рішення у

справі та його втілення в правозастосовчому акті (третя стадія).

До таких передумов (правозастосування) належать обставини, які зазвичай з'ясовуються на початку арбітражного розгляду і які переважно є перешкодою для розгляду і вирішення справи. До них варто віднести: 1) встановлення факту належного повідомлення учасників справи та відсутність мотивованих заперечень від таких учасників щодо розгляду справи по суті; 2) сплата арбітражного збору або вирішення питання щодо порядку сплати арбітражних витрат відповідно до регламенту в інший спосіб; 3) подання усіх встановлених арбітражем чи застосовуваним регламентом доказів, письмових пояснень до початку арбітражного розгляду справи по суті тощо); 4) виконання інших процесуальних та процедурних формальностей, передбачених застосовуваним регламентом або вимогами *lex arbitri*.

Сутність та зміст приведених підстав свідчить, що **передумовами правозастосування** є такі обставини, наявність яких дозволяє здійснити складу арбітражу розгляд справи по суті та/або розпочати такий розгляд та постановити рішення, обов'язкове для сторін спору [141].

2.3 Передумови арбітражу

2.3.1 Наявність арбітражної угоди та вимоги до неї

Для використання такого альтернативного способу вирішення спору як розгляд справи в міжнародному комерційному арбітражі, необхідним є поєднання відповідних підстав та передумов арбітражного розгляду. Безпосередньо підставами виникнення права на вирішення спору в міжнародному комерційному арбітражі є факт порушення, невизнання або оспорування прав та/або законних інтересів юридичних, фізичних осіб або ж факт, який дає особі підстави вважати, що її права та/або законні інтереси порушені, невизнані або ж оспоруються іншими особами й відносини, щодо яких виникає спір (чи може виникнути) містять іноземний елемент. Однак для реалізації такого права необхідною умовою також є пред'явлення одним із

контрагентів, між якими виник матеріально-правовий спір: 1) позовної заяви в міжнародний комерційний арбітраж (на підставі ст. 8 Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж 1985 року [614], ст. 23 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» [209], ст. ст. 13–14 Регламенту МКАС при ТПП України [224]); 2) повідомлення про арбітраж та подання позовної заяви (ст. 3, ст. 18 Швейцарських правил міжнародного арбітражу [592]); 3) запиту на проведення арбітражу (відповідно до ст. 4 Арбітражного регламенту Міжнародної торгової палати) або винесення державним судом на підставі ст. II (3) Нью-Йоркської конвенції 1958 року [351], ч. 3 ст. VI Європейської конвенції 1961 року [374], ст. 8 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» ухвали про припинення провадження по справі й направлення сторін у міжнародний комерційний арбітраж. Проте такі юридичні факти є не просто підставою виникнення процесуальних правовідносин в арбітражі, а є фактично можливими варіантами звернення в міжнародний комерційний арбітраж та реалізації права на захист в арбітражі. Водночас, як відомо, така реалізація права є можливою лише за наявності арбітражної угоди, що є передумовою виникнення права на захист у міжнародному комерційному арбітражі та важливим правовим інструментом, який водночас є як підставою виникнення повноважень (компетенції) для вирішення спорів у складі арбітражу, так і передумовою правозастосування при вирішенні спорів в арбітражі.

Для повного розуміння, в чому ж полягає така важливість та обов'язковість арбітражної угоди та її значення для правозастосування, необхідно дослідити її правову природу та проаналізувати основні вимоги до такої угоди.

На сьогодні серед науковців не існує єдиного погляду щодо правової природи арбітражних угод. З цього приводу в теорії арбітражу склались такі основні концепції правової природи арбітражних угод:

1. *Договірна теорія* (матеріально-правова, консенсуальна), прихильниками якої є П. Браше, А. Вейс, Ф. Клейн, Ф. Марлен, В. Хагер. Ця теорія базується на

автономії волі сторін, за якої арбітражна угода розглядається як цивільно-правовий договір. Прихильники вказаної теорії [4, с. 333; 222, с. 40; 590; 485] вважають, що арбітражна угода є різновидом цивільно-правового договору, має риси цивільно-правового характеру та з моменту набрання нею законної сили тягне за собою процесуальні наслідки. Арбітражна угода породжує для сторін конкретні цивільно-правові зобов'язання, в тому числі й зобов'язання, що стосуються обов'язковості рішення міжнародного комерційного арбітражу. На наш погляд, така теорія не повною мірою враховує матеріально-процесуальні аспекти арбітражної угоди, що відіграють важливу роль як при зверненні в міжнародний комерційний арбітраж, так і безпосередньо при самому вирішенні спорів в арбітражі. Крім цього, за такого підходу не охоплюються процесуально-правові наслідки такої арбітражної угоди.

2. *Процесуальна теорія* правової природи арбітражної угоди, представниками якої є А. Дайсі, Г. Корто, А. Лене, Ф. Манн, А. Пілле та інші, визначає, що арбітражна угода має процесуальний предмет та є домовленістю сторін суто процесуального характеру [510; 527]. Основною метою арбітражної угоди, на думку прихильників такої теорії, є передання спору на вирішення в міжнародний комерційний арбітраж та виключення можливості розгляду спору в державному суді, тобто фактично – наділення міжнародного комерційного арбітражу компетенцією для розгляду спору. При цьому прихильники цієї теорії виокремлюють стадії (процес) виконання такої угоди – власне арбітражний процес, процес ухвалення рішення та виконання такого рішення. Зважаючи на теорію і практику арбітражного розгляду вважаємо, що така угода все ж таки містить не лише процесуальні елементи, але й матеріально-правові, наявність яких прямо впливає на дійсність, чинність та виконуваність арбітражної угоди. Як свідчить практика оспорення таких угод, останні часто оцінюються судами саме з позиції загальних умов дійсності матеріально-правових правочинів [179; 187].

3. *Змішана теорія* правової природи арбітражної угоди, сформована в 1952 році швейцарським професором Дж. Сассе-Холлом [577] та яку підтримує більшість вчених, у т. ч. В. М. Ануров, Е. Гайлард, С. М. Лебедєв, Л. А. Лунц,

Дж. Лью, Ю. Д. Притика, Ф. Сурвіль, Г. А. Цірат та ін., розглядає арбітражну угоду як складне явище, що поєднує як матеріально-правові, так і процесуально-правові властивості (доктрина *sui generis*). Ми погоджуємося з думкою професора Ю. Д. Притики, що арбітражна угода має саме змішаний характер (тобто за її кваліфікації можливе застосування норм матеріального і процесуального права), при цьому до арбітражної угоди в зовнішньоекономічному контракті можуть застосовуватися колізійні норми у разі, коли йдеться про дійсність арбітражної угоди [3, с. 226]. Такої ж думки дотримується і М. М. Мальський, який вважає, що арбітражна угода не є ані класичним цивільно-правовим договором, ані угодою у сфері лише процесу [119, с. 39].

4. *Автономна теорія* правової природи арбітражної угоди, прихильники якої вважають, що арбітражна угода не є цивільно-правовим договором та не є угодою в сфері процесу. Засновником вказаної теорії у 60-х роках ХХ ст. став французький учений Ж. Рюбеллен-Девічі, який вважав, що арбітраж є наднаціональним та повинен розглядатись у контексті інституту *per se* («сам по собі, по суті») [569]. Водночас вказана теорія не отримала широкої підтримки в науці та практиці через її відірваність від реалій нормативного регулювання міжнародного комерційного арбітражу як на міжнародному, так і на національному рівнях. Забезпечення ефективності арбітражного розгляду та виконуваності арбітражного рішення досі значною мірою пов'язані з правовими системами відповідних юрисдикцій, що свідчить лише про гіпотетичну можливість існування арбітражу, незалежного від приписів національного права.

Що ж стосується визначення поняття «арбітражної угоди», то в національному законодавстві таке визначення міститься в ч. 1 ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», відповідно до якої під арбітражною угодою слід розуміти угоду сторін про передачу до арбітражу всіх або певних спорів, які виникли або можуть виникнути між ними у зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами, незалежно від того, чи мають вони договірний характер, чи ні. Таке поняття арбітражної угоди є дослівним перекладом норми ч. 1 ст. 7 Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний

комерційний арбітраж 1985 року. У ст. I (2) (а) Європейської конвенції 1961 року вказано, що арбітражна угода означає арбітражне застереження в письмовому договорі (угоді) або окрему арбітражну угоду, підписану сторонами або міститься в обміні листами, телеграмами або в повідомленнях телетайпом, а у відносинах між державами, в яких жоден із законів не потребує письмової форми для арбітражної угоди, – будь-яка домовленість, укладена у формі, дозволеній цими законами.

Натомість Нью-Йоркська конвенція 1958 року не містить чіткого поняття арбітражної угоди, хоча із аналізу ст. II (1) можна дійти висновку, що під арбітражною угодою слід розуміти письмову угоду, відповідно до якої сторони зобов'язуються передати в арбітраж усі чи певні спори, які виникли або можуть виникнути між ними у зв'язку з будь-якими конкретними договірними чи іншими правовідносинами, об'єкт яких може бути предметом арбітражного процесу.

Доктринальне визначення арбітражної угоди дають і науковці. До прикладу, Л. Хойман під арбітражною угодою розуміє домовленість між двома чи більше сторонами щодо передачі майбутніх чи вже наявних спорів, розбіжностей на вирішення в арбітраж для остаточного та обов'язкового вирішення [401, с. 27]. Подібним чином Ендрю та Керен Твідейл розглядають арбітражну угоду як договір між двома або більше сторонами, згідно з умовами якого сторони домовились передавати спори, що одночасно мають комерційний характер і містять іноземний елемент, на розгляд в арбітраж [609, с. 97]. Е. Гайлард, Б. Голдман, Дж. Саваж та П. Фучард у своєму визначенні вказують на міжнародний характер спору та передбачення в арбітражній угоді одного або кількох арбітрів, що розглядатимуть відповідну справу [380, с. 198].

Відомий вітчизняний фахівець у галузі арбітражу М. М. Мальський зазначає, що арбітражна угода – це домовленість сторін про передачу спору, який виникнув чи може виникнути між ними в майбутньому, на розгляд до міжнародного комерційного арбітражу з можливістю визначення сторонами кількості та процедури призначення арбітрів, права, що застосовуватиметься, місця арбітражу та інших умов арбітражного розгляду [119, с. 25]. На думку

професорів, арбітрів МКАС при ТПП України М. Васильєвіча й О. Чирича, під арбітражною угодою необхідно розуміти волевиявлення сторін про передачу в арбітраж всіх чи окремо визначених спорів, які виникли або можуть виникнути між ними, у зв'язку з конкретними комерційними відносинами [124, с. 58].

На думку С. А. Курочкина, під арбітражною угодою необхідно розуміти самостійну угоду сторін матеріальних правовідносин щодо реалізації ними права на захист шляхом передачі в арбітраж всіх чи визначеної категорії спорів, які виникли чи можуть виникнути між ними у зв'язку із конкретними правовідносинами, незалежно від того, мали такі правовідносини договірний характер, чи ні [102, с. 76].

Беручи до уваги наведені думки, а також положення міжнародних договорів, як бачимо, під арбітражною угодою варто, перш за все, розуміти *домовленість* сторін про передачу спору, що вже виник або може виникнути в майбутньому на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж, яку потрібно вчинити в письмовій формі. Питання форми арбітражної угоди регулюється як міжнародними договорами, так і на рівні національного законодавства [148]. До прикладу, Нью-Йоркська конвенція 1958 року в ст. II (2) містить вказівку, що арбітражна угода повинна бути письмовою. Таке ж положення міститься і в ч. 2 ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», де зазначено, що арбітражна угода укладається в письмовій формі.

Арбітражна угода вважається укладеною в письмовій формі, якщо вона:

- міститься в документі, підписаному сторонами;
- укладена шляхом обміну листами, повідомленнями телетайпом, телеграфом або з використанням інших засобів електрозв'язку, що дозволяє зафіксувати угоду;
- укладена шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов, з якого випливає, що одна сторона підтверджує існування угоди про передачу спору на розгляд міжнародного комерційного арбітражу, а інша – проти цього не заперечує;
- міститься в договорі у формі посилання на документ, у якому міститься

арбітражне застереження, за умови, що цей договір укладено у письмовій формі й умова є частиною договору [128, с. 78].

При цьому додамо, що в разі укладення арбітражної угоди шляхом обміну листами з використанням різних засобів електронного зв'язку волевиявлення сторін щодо передання спору на вирішення в міжнародний комерційний арбітраж повинно бути чітким і зрозумілим [138].

Отже, із аналізу вищенаведеного, а також ст. II (2) Нью-Йоркської конвенції, ч. 1 ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» можна дійти висновку і щодо видів арбітражної угоди, зокрема: 1) арбітражна угода – як самостійний документ, підписаний сторонами та 2) арбітражне застереження, яке, як правило, міститься в основному договорі, підписаному сторонами. Для потреб цього дослідження ми не маємо на меті вдаватись до різного роду класифікацій арбітражних угод. Більш детально з цього приводу варто звернути увагу на праці Т. В. Сліпачук [129, с. 126–138], С. А. Курочкіна [102, с. 78–79], С. В. Ніколюкіна [154], де автори досить детально аналізують наявні види та класифікаційні критерії існуючих видів арбітражних угод. Серед зарубіжних авторів розгорнутий аналіз арбітражних угод можна знайти у працях А. Редферна [553], Е. Гайларда [380], Г. Борна [330], Фрідланда П. [386], Ж. Паульссона [595, с. 104].

Без прив'язки до виду арбітражних угод, посилання в арбітражній угоді на документ, що містить арбітражне застереження, є арбітражною угодою за умови, що угоду укладено в письмовій формі й це посилання є таким, що робить згадане застереження частиною угоди (ч. 2 ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»).

Також, якщо враховувати момент виникнення спору між сторонами, можна виокремити:

1) арбітражну угоду, яку укладають до моменту виникнення спору «*ex ante agreement*». Як правило, таку угоду укладають у вигляді арбітражного застереження разом із підписанням контракту між сторонами;

2) арбітражну угоду, яка укладають після виникнення спору

«*ex post agreement*», – така арбітражна угода можлива шляхом обміну листами, повідомленнями за допомогою електронних засобів зв'язку або у формі окремої арбітражної угоди, підписаної сторонами.

Вітчизняний вчений та практикуючий арбітр Ю. Д. Притика пропонує також виділяти:

- *широкі* арбітражні угоди – арбітражні угоди, що виключають підсудність державного суду щодо всіх дозволених категорій спорів з конкретних правовідносин;
- *вузькі* арбітражні угоди – обмежують компетенцію арбітражу конкретними категоріями спорів із визначених правовідносин, що уможлиблює неповне виключення підсудності державних судів. На практиці укладати «вузькі» арбітражні угоди не завжди є доречним, адже в разі виникнення спорів одна зі сторін може навмисне намагатися тактично інтерпретувати на власну користь певне обмеження виключення підсудності [192, с. 183].

З практичного дослідження автора роботи варто зауважити, що найчастіше арбітражні угоди містяться саме в договорі, укладеному між контрагентами, у формі арбітражного застереження в договорі між сторонами. Зважаючи на це, ми погоджуємось із Б. Р. Карабельниковим, що така закономірність має важливі наслідки, які виявляються в такому:

- 1) арбітражна угода (арбітражне застереження) є автономною, тобто її дійсність здебільшого не залежить від дійсності основного договору; і вона, як правило, регулюється іншими нормами права, ніж основний договір;
- 2) арбітражне рішення, винесене складом арбітражу на основі арбітражної угоди, є остаточним та обов'язковим для сторін такої арбітражної угоди;
- 3) включення в договір арбітражної угоди перешкоджає розгляду зовнішньоекономічного спору, який виник на підставі такого договору, в державних судах [72, с. 68].

Однак необхідно зазначити, що арбітражне застереження, включене в умови договору, слід тлумачити як арбітражну угоду, підписану сторонами, яка є самостійною передумовою вирішення спорів в арбітражі та, незважаючи на свою форму, має однакову юридичну силу для обох сторін. До того ж, арбітражна угода у формі арбітражного застереження також є самостійною і з огляду на положення ч. 1 ст. 16 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», відповідно до положень якої арбітражне застереження, що є частиною договору, повинно трактуватися як угода, що не залежить від інших умов договору. Отже, саме цією нормою на законодавчому рівні закріплено і принцип автономності (самостійності) арбітражного застереження, тобто при визнанні одним із контрагентів договору (або його окремої частини) недійсним (у зв'язку з недотриманням письмової форми договору; відсутністю в підписанта повноважень на підписання договору, введення в оману та ін.) питання дійсності арбітражного застереження буде вирішуватись арбітрами (суддями у випадку оспорування дійсності арбітражної угоди) окремо. Це також закріплено й на основі доктрини *competence-competence*, на підставі якої арбітрів наділено правом самостійно вирішувати питання щодо власної компетенції, враховуючи дійсність, чинність і виконуваність арбітражної угоди [330, с. 34; 379, с. 410].

Додамо, що доктрина *competence-competence*, залежно від певної юрисдикції, може мати таке значення:

- а) коли застосовується так званий позитивний ефект принципу *competence-competence*, за якого арбітри самі вирішують свою юрисдикцію, незважаючи на те що їх юрисдикція оскаржується;
- б) коли застосовується так званий негативний ефект принципу *competence-competence*, за якого арбітрам надають повноваження бути першими, хто вирішує питання їхньої юрисдикції, та означає, що будь-який судовий контроль з цього питання може бути лише наступним;
- с) коли арбітрам надаються виняткові (остаточні) повноваження приймати рішення щодо їхньої юрисдикції [479, с. 91].

В Україні арбітражний суд може сам прийняти постанову про свою компетенцію, в тому числі стосовно будь-яких заперечень щодо наявності або дійсності арбітражної угоди (ч. 1 ст. 16 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»). Отже, на практиці наведений принцип реалізується таким чином, що сам арбітражний суд повинен тлумачити зміст арбітражної угоди з метою визначення наявності чи відсутності в нього (суду) компетенції на розгляд конкретної справи [175].

У контексті розгляду цього питання додамо, що, незважаючи на вид арбітражної угоди (арбітражного застереження), необхідним є дотримання обов'язкових умов щодо змісту арбітражної угоди. Насамперед, з арбітражної угоди має чітко випливати волевиявлення сторін щодо передачі розгляду спору саме в арбітраж (постійно діючий міжнародний комерційний арбітражний суд чи *ad hoc* арбітраж). Зауважимо, що в умовах сьогодення за існування пандемії коронавірусної інфекції (COVID-19) неабиякої актуальності набирає розвиток онлайн-арбітражу [581]. Також потреба в онлайн-арбітражі виникає і в результаті розвитку так званої електронної комерції.

Важливою умовою арбітражної угоди є коло спорів, які можуть бути передані на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж, зокрема найкращим варіантом є прописування широкого кола спорів, розбіжностей та вимог, які можуть передаватись на розгляд арбітражу, до прикладу, виникають із договору чи у зв'язку з ним, щодо його укладення, тлумачення, виконання, порушення, припинення чи недійсності.

За певних обставин сторони мають обґрунтовані причини для виключення деяких спорів зі сфери дії арбітражного застереження. Наприклад, може бути прийнятною передача спорів, що стосуються цінових чи технічних питань за певним договором, на експертний розгляд, а не до арбітражу. Або, як інший приклад, ліцензіари правомірно можуть виявити бажання зберегти за собою право безпосередньо звернутися до державного суду з вимогою видати накази спеціального виконання та здійснити інші заходи судового захисту в разі порушення прав інтелектуальної власності або передати на судовий розгляд

спори про належність або дійсність таких прав [394].

Під час складання арбітражної угоди вважаємо за доцільне використовувати типові арбітражні застереження, які містять необхідні елементи арбітражної угоди, а також користуватись Рекомендаціями Міжнародної асоціації юристів (МАЮ) зі складання міжнародних арбітражних застережень, затвердженими рішенням Ради МАЮ 07 жовтня 2019 року [411].

Як нами вже було зазначено в роботі вище, арбітражна угода є важливою передумовою арбітражного розгляду, що означає: без арбітражної угоди виникнення арбітражного процесу є неможливим. Обов'язковість арбітражної угоди стосується перш за все сторін, які таку арбітражну угоду підписали (або в договорі у формі арбітражного застереження, або ж шляхом підписання окремої угоди, обміну листами), тому такі сторони повинні дотримуватись положень підписаної арбітражної угоди. Однак на практиці досить часто трапляються випадки, коли сторона, яка підписала арбітражну угоду, звертається за захистом свого порушеного, невизнаного чи оспорюваного права не в міжнародний комерційний арбітраж на підставі арбітражної угоди, а в державний суд. Натомість, відповідно до положень п. 7 ч. 1 ст. 227 Господарського процесуального кодексу України, суд залишає позов без розгляду, якщо сторони уклали угоду про передачу такого спору на вирішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу, і від відповідача не пізніше початку розгляду справи по суті, але до подання ним першої заяви щодо суті спору надійшли заперечення проти вирішення спору в господарському суді, якщо тільки суд не визнає, що така угода є недійсною, втратила чинність або не може бути виконана [36]. Вказане підтверджується і судовою практикою. До прикладу, Господарський суд міста Києва ухвалою суду у справі № 910/4796/20 від 10 червня 2020 року позовну заяву Публічного акціонерного товариства «Аграрний фонд» до ОСОБА_1 про визнання договору недійсним залишив без розгляду на підставі п. 7 ч. 1 ст. 226 Господарського процесуального кодексу України [256].

В ухвалі Господарського суду Сумської області у справі № 920/551/20 від

25 червня 2020 року при відмові у відкритті провадження у справі суд також дійшов висновків: «уклавши арбітражне застереження, позивач реалізував своє волевиявлення на звернення до міжнародного комерційного арбітражу й повинен виконувати обов'язки, які випливають з арбітражного застереження. Реалізація сторонами права на укладення арбітражної угоди щодо передачі спорів, які виникнуть з укладеного ними правочину чи у зв'язку з ним, на розгляд арбітражу не є відмовою від права на звернення до господарського суду, оскільки є вибором сторонами такого правочину одного зі способів реалізації права на звернення за захистом своїх прав» [257].

Така відмова державного суду в розгляді спорів виникає у зв'язку із дерогаційним ефектом арбітражної угоди. Як відомо, в теорії виокремлюють дерогаційний і пророгаційний ефекти арбітражної угоди. Зокрема:

1. Якщо сторони в арбітражній угоді погодили, що спір є підсудним конкретному міжнародному комерційному арбітражу, – це автоматично виключає процедуру розгляду справи в державному суді (дерогаційний ефект) і відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 226 ГПК України суд залишає позов без розгляду, якщо сторони уклали угоду про передачу такого спору на вирішення міжнародного комерційного арбітражу;

2. Водночас підписання арбітражної угоди сторонами й досягнення домовленості щодо арбітражної установи та кола спорів, які передаються на розгляд арбітражу в разі виникнення спору, наділяють відповідну погоджену сторонами арбітражну установу компетенцією щодо розгляду спору, що складає сутність пророгаційного ефекту арбітражної угоди [281].

Отже, одним із процесуально-правових наслідків укладення арбітражної угоди (арбітражного застереження) є договірне виключення юрисдикції державних судів щодо спору між сторонами такої арбітражної угоди, яка також повинна відповідати низці матеріальних та формальних вимог. Натомість для реалізації права на захист у державному суді, на відміну від захисту прав в міжнародному комерційному арбітражі, достатньо наявності самої норми права, яка є підставою для звернення за захистом прав (до прикладу, відповідно до ч. 1

ст. 16 ЦК України кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу [271] та ч. 2 ст. 20 ГК України – кожний суб'єкт господарювання має право на захист своїх прав і законних інтересів [35]) та факту порушення, оспорення або невизнання права або інтересу. Отже, юрисдикція державного суду фактично не залежить від волі обох сторін, а тому звернення до державного суду відбувається з урахуванням, перш за все, правил підвідомчості й підсудності справи конкретному державному суду.

Оскільки арбітражна угода є передумовою виникнення права на розгляд справи в арбітражі, то арбітражний процес розпочинається і триває, якщо жодна зі сторін не надала докази, що арбітражна угода (арбітражне застереження) є недійсною, нечинною або невиконуваною. Відповідно до ч. 3 ст. 22 ГПК України будь-які неточності в тексті угоди про передачу спору на вирішення до міжнародного комерційного арбітражу та (або) сумніви щодо її дійсності, чинності та виконуваності повинні тлумачитися судом на користь її дійсності, чинності та виконуваності. Однак, так як недійсність, нечинність та невиконуваність арбітражної угоди мають для сторін правові наслідки у вигляді неможливості розгляду справи в арбітражі, необхідно чітко розуміти, що ж означають ці терміни.

2.3.2 Здатність учасників міжнародних комерційних відносин до укладення арбітражних угод (ability to arbitrate)

Як зазначено вище, основною передумовою розгляду і вирішення спору в порядку міжнародного комерційного арбітражу є наявність дійсної, чинної та виконуваної арбітражної угоди. Відповідно до ст. II Нью-Йоркської конвенції 1958 р., держави-учасниці цієї Конвенції визнають письмові угоди, укладені як у формі арбітражного застереження в договорі, так і у формі арбітражної угоди окремо від основного договору чи шляхом обміну листами щодо передачі спорів, які вже виникли між ними чи майбутніх спорів у зв'язку з договірними чи іншими відносинами. Наявність арбітражної угоди є підставою для передачі

спору на вирішення арбітражу, щодо якого сторони домовились у такій угоді. Суд держави-учасниці конвенції в разі, коли до нього надходить позов у спорі, щодо якого сторони уклали арбітражне застереження, повинен на прохання однієї зі сторін направити сторони в арбітраж, якщо не встановить, що таке арбітражне застереження є нікчемним, втратило силу чи не може бути виконане (ст. II (3) Конвенції). Таким чином, від дійсності, чинності та виконуваності арбітражної угоди залежить можливість реалізації її положень, формування компетенції міжнародного комерційного арбітражу щодо вирішення спору та, зрештою, виконання прийнятого рішення.

У цьому контексті, одне із питань, яке також належить до передумов арбітражу та на практиці виникає у процесі правозастосування, є необхідність встановлення складом арбітражу здатності учасників міжнародних комерційних відносин до укладення арбітражних угод. Значущість цього питання визначено положеннями ст. V (1) (a) 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 разі встановлення вказаних обставин у визнанні та виконанні арбітражного рішення може бути відмовлено на прохання сторони, проти якої таке рішення постановлене. Водночас питання щодо обсягу правосуб'єктності учасників спору, сторін арбітражної угоди виникає не лише на стадії виконання арбітражних рішень, але й на більш ранніх етапах: підписання арбітражної угоди, перевірки дійсності арбітражної угоди складом арбітражу чи її оскарження в суді, оскарження компетенції складу арбітражу на розгляд спору або оспорення арбітражного рішення в країні місця арбітражу. У всіх приведених випадках питання здатності учасників міжнародних комерційних відносин до укладення арбітражних угод матиме надзвичайно важливе значення.

На практиці встановлення згаданої «здатності» зазвичай пов'язується з випадками, коли має місце відсутність або обмеженість (недостатність) повноважень підписанта арбітражної угоди на її підписання (*lack of capacity to enter into arbitration agreement*). Така ситуація отримала назву «дефект

правоздатності». Розглядаючи **дефект правоздатності** сторін арбітражної угоди відповідно до застосовуваного до них права як підставу для відмови у визнанні та виконанні іноземного арбітражного рішення, слід відзначити, що здатність сторін до укладення арбітражних угод (*capacity to arbitrate*) є важливою умовою дійсності арбітражних угод. Зазначена дійсність арбітражної угоди, у свою чергу, є однією з умов дійсності арбітражного рішення, постановленого на основі такої угоди та можливості приведення його у подальшому до виконання [139]. Тому встановлення сутності дефекту правоздатності та механізму визначення права, на підставі якого встановлюється або визначається згаданий дефект, є важливою передумовою правозастосування.

Термін «дефект правоздатності» (англ. — «*incapacity*») уперше з'явився в арбітражному праві в Женевській конвенції про виконання іноземних арбітражних рішень 1927 р. [350]. Так, її ст. 2 (1) (b) передбачала, що у визнанні та виконанні арбітражного рішення повинно бути відмовлено, якщо Суд встановить, що сторона (проти якої спрямоване рішення — *B. H.*), будучи неправоздатною (*being under legal incapacity*), не була належним чином представлена. Вказане положення, як доречно зазначає Г. Борн, було спрямоване на обмеження неналежного представника в арбітражному процесі [331, с. 231]. Водночас майже в незмінній редакції це формулювання було відображено в усіх проєктах Нью-Йоркської конвенції 1958 р., і лише під час останнього обговорення було вирішено розширити зміст цього положення. Таке рішення було ініційоване норвезьким делегатом, який відзначив, що вказана редакція Женевської конвенції 1927 р. розрахована на випадки, які на практиці дуже рідко трапляються [593], а тому її недоречно залишати в такому вигляді. За пропозицією представника з Данії було запропоновано розширити захист, заснований на неправоздатності сторони (*party incapacity*) [289, с. 275–276]. Таким чином, положення Нью-Йоркської конвенції 1958 р., а саме ст. V (1) (a) було доповнено положеннями, які на сьогодні складають правову основу захисту сторони, проти якої спрямоване рішення. Відповідно до вказаної норми, «у визнанні та виконанні арбітражного рішення може бути відмовлено на

прохання сторони, проти якої воно спрямоване, тільки якщо така сторона надасть компетентному органу в місці, де запитується визнання і приведення до виконання, докази того, що: (а) сторони угоди, вказаної у статті II, **були відповідно до застосовуваного до них права тією чи іншою мірою неправоздатні** або ця угода недійсна, відповідно до права, якому сторони цю угоду підпорядкували, а за відсутності такої вказівки, відповідно до права країни, де рішення було винесене ...» (переклад автора — В. Н.).

Фактично, вказане положення, в частині «дефекту правоздатності», доповнює та розширює зміст принципів дійсності, чинності та виконуваності арбітражної угоди, передбачених ст. II Нью-Йоркської конвенції 1958 р. Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р. (ст. IX (1) (а)) та Типовий закон ЮНСІТРАЛ 1985 р. (ст. 34 (2) (а) (і) і ст. 36 (1) (а) (і)), який, як відомо, покладено в основу національного арбітражного законодавства в більш ніж 50 країнах, також сприйняли вказані положення як підставу для скасування арбітражних рішень та/або відмови у їх визнанні та приведенні до виконання. Не винятком у цьому аспекті є Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж», зокрема абз. 1 п. 1 ч. 2 ст. 34 та абз. 1 п. 1 ч. 1 ст. 36, які містять положення, аналогічні до тих, що передбачені відповідними статтями Типового закону ЮНСІТРАЛ 1985 р.

Знаходимо концепцію «*incapacity*» сторони арбітражної угоди також і в законодавстві країн, арбітражне право яких не ґрунтується на Типовому законі ЮНСІТРАЛ 1985 р.: в арбітражному акті Англії та Вельсу (ст. 103 (2)(а) [299], Цивільному процесуальному кодексі Італії (ст. ст. 809, 840) [426], арбітражному акті Швеції (ст. 54 (1)) [600] тощо.

Термін «*incapacity*» або «*lack of capacity*» в теорії права розуміється як «нестача фізичних (*physical capabilities*) чи розумових (*mental capabilities*) здібностей, а також брак здатності створювати певні правові наслідки за результатами дій або просто як неспроможність особи (*disability*)» [327, с. 828]. Сама Нью-Йоркська конвенція 1958 р. та підготовчі матеріали, на жаль, не містять визначення цього терміна. У спеціалізованих працях з арбітражу

«*incapacity*» визначається як термін з протилежним змістом до терміна «*capacity*» (англ. — можливість, здатність, правоздатність). Автори однієї з найбільш відомих та фундаментальних праць з міжнародного комерційного арбітражу визначають «*capacity*» як юридичну здатність особи діяти і вступати у правочини від свого власного імені та у своїх інтересах [380, с. 242]. Відповідно «*incapacity*» означає неспроможність особи вступати у правовідносини та створювати юридично значимі наслідки, в тому числі бути стороною арбітражної угоди і виступати від свого власного імені та у своїх інтересах [294, с. 615, 621].

Переклад терміна «*incapacity*» в офіційному тексті Нью-Йоркської конвенції 1958 р. російською мовою здійснено як «мера недееспособности» [79]. У літературі неодноразово відзначалось, що такий переклад є не зовсім точним, оскільки дещо обмежено відтворює значення англійського «*incapacity*», особливо коли йдеться про юридичних осіб, стосовно яких у західній юридичній літературі, зазвичай, використовується термін правоздатність [71, с. 231]. Беручи до уваги, що «*incapacity*» охоплює як фізичну та/або ментальну (розумову) неспроможність особи, так і юридичну неспроможність, вбачається, що така критика не позбавлена сенсу. Слід відмітити, що російський переклад Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р., буквально дослівно відтворюючи у ст. IX (1) (a) зміст ст. V (1) (a) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., а також російський переклад Типового закону ЮНСІТРАЛ 1985 р., також оперують терміном «недієздатність». Водночас ст. VI (2) Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р. в англomовному тексті оперує терміном «*capacity of the parties*», який у російськомовному тексті перекладено як «правоздатність», що, на наш погляд, є більш точним та відповідає природі відносин, учасниками яких можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, в т. ч. держава та інші утворення, які можуть самостійно набувати прав та обов'язків, здійснювати та виконувати їх від свого імені та нести відповідальність за порушення.

Таким чином, для потреб правозастосування, термін «*incapacity*», що використовується у вищеназваних актах, слід тлумачити як такий, що позначає ***фактичну та юридичну неспроможність особи від свого імені вступати у правові відносини, своїми діями створювати юридичні наслідки й у встановлених законом (договором) випадках нести тягар відповідальності.***

У контексті арбітражного процесу така здатність означає можливість особи бути стороною арбітражної угоди, виконувати її та бути позивачем і відповідачем при розгляді і вирішенні справи арбітражем (*capacity to arbitrate*). Відзначена здатність походить від загальної цивільної правочиноздатності особи. За загальним правилом, особа, здатна до вчинення цивільно-правових правочинів, здатна й до укладення арбітражних угод. При цьому, здатність до укладення арбітражної угоди означає можливість особи легально бути стороною арбітражної угоди, яка є обов'язковою для неї, і таким чином передавати спори до арбітражу [341, с. 143]. У низці країн такі положення закріплені в окремих нормах арбітражного законодавства. Наприклад, ст. 1676 (2) Судового кодексу Бельгії [318] передбачає, що «*будь-хто, хто має здатність чи уповноважений на врегулювання спору, має право на укладення арбітражної угоди*». Відповідно до ст. 809 (3) ЦПК Італії [426], «*здатність бути стороною контракту включає здатність укласти арбітражну угоду*». Стаття 17 (2) Арбітражного закону КНР [303] містить положення, що арбітражна угода є нікчемною («*null and void*»), якщо «*одна сторона, яка уклала арбітражну угоду, не мала цивільної дієздатності або така дієздатність була обмежена*». Таким чином, наведені положення демонструють, що, за загальним правилом, здатність суб'єкта бути стороною арбітражної угоди впливає із загальної цивільної правосуб'єктності такої особи і не потребує спеціальних повноважень.

Арбітражна угода, будучи одним із видів правочинів, підпорядкована загальним умовам дійсності правочинів, а тому, як і під час вчинення будь-якого іншого правочину, дефект правочиноздатності особи загалом тягне за собою відповідні правові наслідки для вчинених такою особою правочинів — їхню

недійсність (*invalidity*) або нікчемність (*null and void*), що в контексті укладеної арбітражної угоди може бути підставою для її оспорення та/або скасування арбітражного рішення, постановленого на її основі чи для відмови у визнанні та приведенні до виконання такого рішення. Вказані наслідки кореспондуються із положеннями ст. II (3) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., а також ст. 8 (1) Типового закону ЮНСІТРАЛ та більшості національних арбітражних законів країн світу.

Здатність особи до укладення арбітражної угоди (*capacity to arbitrate*) охоплює можливість укладення будь-яких видів таких 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*). При цьому така здатність може реалізовуватись стороною угоди самостійно або через належним чином уповноваженого представника. Як правильно відзначається в літературі, здатність до укладення арбітражної угоди означає право сторони укладати арбітражну угоду або безпосередньо, або через посередництво третьої особи, незалежно від того, чи це фізична особа, чи юридична [575, с. 235]. В обох випадках як сама особа, так і представник повинні володіти здатністю до вчинення правочинів, у тому числі укладення арбітражних угод.

Окремо слід зазначити, що, зважаючи на змішану природу арбітражної угоди як матеріально-правової угоди з процесуальними наслідками, окремого уточнення потребує запитання: чи охоплює здатність до укладення арбітражної угоди (*ability to enter into a valid agreement*) здатність особи бути позивачем та відповідачем у арбітражі, а також мати весь комплекс процесуальних прав у арбітражі, в тому числі збільшувати та зменшувати позовні вимоги, укладати мирову угоду, визнавати позовні вимоги тощо?

З цього приводу відзначимо: зважаючи на те, що здатність особи на укладення арбітражної угоди (*capacity to arbitrate*) впливає із загальної цивільної правосуб'єктності, за відсутності в нормах застосовуваного до такої особи права положень про інше, така здатність охоплює всі можливі матеріальні

та процесуальні правомочності, які необхідні для того, щоб: (1) укласти таку угоду й вона була чинною 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*). Зазвичай, у літературі увага звертається лише на перший елемент, у зв'язку з чим на практиці часто виникають складнощі, коли суб'єкт, який уклав арбітражну угоду, після виникнення спору посиляється на неможливість за такою угодою бути позивачем та відповідачем в арбітражі. Особливо актуальним це є у спорах, де стороною спору є держава, державні органи та/або державні підприємства, або ж органи місцевого самоврядування, їхні органи та утворені ними юридичні особи, які, посиляючись на публічні функції чи імунітети, намагаються уникнути правових наслідків укладених арбітражних угод та постановлених проти них арбітражних рішень.

Концепція здатності особи на укладення арбітражної угоди (*capacity to arbitrate*) охоплює обидва складники, адже повноваження або правомочності особи на укладення арбітражної угоди не можуть тлумачитись вузько, адже впливають із загальної правосуб'єктності особи, яка передбачає, що оскільки законом, договором або рішенням суду не встановлено інше, будь-яка особа здатна до укладення цивільних правочинів, одночасно здатна до укладення арбітражних угод. Укладення ж арбітражної угоди означає, що в разі, коли порядок та форма її укладення відповідає вимогам, встановленим правом, застосовуваним до угоди, така угода є обов'язковою для її сторін і створює в разі виникнення спору передбачені нею правові наслідки, які за своєю природою мають процесуальний характер. А тому сторона-підписант арбітражної угоди не може посилятись на неможливість бути стороною арбітражного розгляду (позивачем чи відповідачем) через відсутність необхідних для цього повноважень чи правосуб'єктності.

Крім цього, слід зауважити, що *ability to be binded by such an agreement* включає цілу низку процесуальних правомочностей:

- здатність бути стороною арбітражного розгляду або третьою особою;
- здатність мати та здійснювати процесуальні права відповідного

учасника справи, передбачені застосовуванням правом;

– здатність приводити постановлене арбітражне рішення до виконання, в т. ч. здатність виконувати постановлене арбітражне рішення;

– здатність нести відповідальність за невиконання та/або ухилення від виконання рішення арбітражного суду, яке вступило у законну силу у встановленому законом порядку.

Склад учасників арбітражних угод

Чинні міжнародні акти загалом не обмежують склад учасників арбітражних угод. Аналіз положень Нью-Йоркської конвенції 1958 р., Європейської конвенції 1961 р., інших актів, а також спеціальних праць [62, с. 42; 119, с. 41–46; 554, с. 145], присвячених міжнародному комерційному арбітражу, дозволяють зробити висновок, що суб'єктний склад сторін арбітражної угоди не обмежується лише юридичними особами, а сторонами арбітражної угоди можуть бути й фізичні особи (ст. I (1) Конвенції 1958 р., ст. I (1)(a) Європейської конвенції 1961 р.), а також юридичних осіб публічного права (держави та їхні органи, інші публічні утворення). Базовим положенням є ст. I (1) Конвенції 1958 р., відповідно до якої держави-учасниці Конвенції зобов'язуються виконувати арбітражні рішення, які «виникають з розбіжностей між особами, незалежно від того, чи це фізичні, чи юридичні особи» («... *arising out of differences between persons, whether physical or legal ...*»). Конвенція не містить винятків також і щодо держав, їхніх органів та муніципальних утворень, які, маючи права юридичних осіб, так само можуть бути учасниками арбітражних угод при розгляді й вирішенні міжнародних комерційних спорів у найбільш широкому розумінні [289, с. 279].

Схоже положення міститься у ст. I (1)(a) Європейської конвенції 1961 р., за яким Конвенція застосовується до арбітражних угод, укладених з метою врегулювання спорів, які виникають з міжнародної торгівлі між фізичними та юридичними особами («... *to arbitration agreements concluded for the purpose of settling disputes arising from international trade between physical or legal persons ...*»). Стаття II (1) Конвенції 1961 року, яка має назву «Право юридичних осіб

публічного права звертатись до арбітражу», передбачає, що «дійсні» (анг. – «*valid*») арбітражні угоди також можуть укладати юридичні особи, які «відповідно до застосовуваного до них права є «юридичними особами публічного права» («... *In the cases referred to in Article I, paragraph 1, of this Convention, legal persons considered by the law which is applicable to them as «legal persons of public law» have the right to conclude valid arbitration agreements...*»).

Наведені положення конвенцій не містять певних застережень щодо того, чи повинні такі фізичні та юридичні особи як учасники арбітражних угод мати спеціальну правоздатність. Вочевидь, відповідь на це запитання впливає із загальних положень про цивільну правоздатність «*legal capacity*», тобто будь-яка особа, яка має цивільну правоздатність, має достатні повноваження для того, щоб виступати стороною арбітражної угоди. Попри справедливість такого висновку як загального правила, існує кілька застережень, які можуть впливати на здатність особи бути стороною арбітражної угоди і стосуються вони такого:

1). **щодо фізичних осіб:** (а) здатності фізичних осіб бути стороною арбітражних угод у спорах щодо захисту або порушення прав споживачів (*consumer disputes*), окремих категорій спорів, що впливають з корпоративних, трудових та сімейних відносин тощо; (б) необхідності отримання «комерційного» статусу або статусу підприємця; (в) порушення порядку укладення арбітражної угоди, стороною якої є фізична особа;

2). **щодо юридичних осіб:** (а) наявності у представника комерційного підприємства спеціальних повноважень для підписання арбітражної угоди; (б) здатності юридичних осіб публічного права бути учасниками арбітражних угод.

Найбільше проблем на практиці виникає з участю в арбітражних угодах фізичних осіб та юридичних осіб публічного права.

Фізичні особи як учасники арбітражних угод. Незважаючи на те, що арбітражний спосіб вирішення спорів набуває все більшого поширення та популярності в міжнародному комерційному обороті, а також – на відсутність

обмежень щодо складу учасників арбітражних угод, державні суди окремих країн доволі критично ставляться до арбітражного порядку вирішення окремих категорій спорів **за участю фізичних осіб** і визнають за собою компетенцію на розгляд і вирішення спорів, не направляючи сторони в арбітраж. Це стосується таких випадків:

1) арбітражну угоду включено в договір (контракт) між фізичною особою та компанією і є підстави вважати, що фізична особа, підписуючи такий незвичний для неї договір (контракт), не повною мірою усвідомлювала, що для договору (контракту) *невеликої вартості* арбітражний спосіб врегулювання спорів є малопридатним, і, у зв'язку з цим, *право на захист такої особи можна вважати порушеним (обмеженим)* [72, с. 112]; тому вірогідність, що державний суд вважатиме таку арбітражну угоду недійсною, з підстав укладення під впливом помилки за свідченням практиків, є досить високою; на нашу думку, такий підхід державних судів на сьогодні є не зовсім правильним, адже хоча доступ до правосуддя та право на справедливий суд для фізичних осіб є однією з базових гарантій їх правового статусу, однак у світлі застосування ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини та її основоположних свобод право на судовий захист не є абсолютним і може в законний спосіб обмежуватись, у т. ч. шляхом законної та добровільної відмови особи від нього [43, с. 328–329]. Важливо при цьому, щоб сторона такої угоди розуміла мету та використані для цього засоби захисту. На цьому наголошував ЄСПЛ у справі «*Deweer v. Belgium* [456]. Тому у світлі сказаного, слід критично оцінити думки та висновки, що укладення фізичною особою арбітражної угоди перешкоджає їй здійснити своє право на судовий захист та ставить її у явно невідгідне становище, а таку арбітражну угоду слід вважати недійсною [13]¹⁸; водночас у міжнародній арбітражній практиці здебільшого до цієї категорії належать спори, що виникають із споживчих відносин [290; 407], засновницьких

¹⁸ Детальне висвітлення застосування права на захист здійснив проф. А.И. Белоглазев, де автор обґрунтовує підхід, за яким фізична особа, укладаючи арбітражну угоду, відмовляється від права на захист своїх прав в суді, однак це не свідчить про відмову від права на правовий захист, від якого відмовитись не можна, а саме такий захист (правовий) і надає інститут арбітражу, через укладення арбітражної угоди [13, с. 74–84].

договорів (якими створюються юридичні особи або ж на основі яких здійснюється спільна комерційна діяльність) [487, с. 1, 47], спори, де фізичні особи укладають угоди як учасники товариств (наприклад, з корпоративних договорів) [561, с. 15–17] тощо; однак слід зазначити, що останніми роками питання ефективності вирішення шляхом арбітражу саме споживчих спорів досить широко обговорюється та досліджується, у зв'язку з чим відомі приклади позитивного використання арбітражних угод з метою захисту також і прав споживачів [13, с. 68–70; 603, с. 871–896];

2) коли для участі фізичної особи в арбітражі положеннями застосовуваного права вимагається *статус підприємця або інший «комерційний» статус*. В Україні, яка є учасником як Нью-Йоркської конвенції 1958 року, так і Європейської конвенції 1961 року, питання щодо участі фізичних осіб як суб'єктів арбітражної угоди вирішується на підставі абз. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», де вказується, що до міжнародного комерційного арбітражу можуть передаватися не лише спори, де стороною є «комерційні підприємства» (абз. 1 ч. 1 ст. 1 Закону), «підприємства з іноземними інвестиціями» або «міжнародні об'єднання та організації» (абз. 2 ч. 1 ст. 1 Закону), але й спори названих суб'єктів «з *іншими суб'єктами права України*». Таким чином, Україна в цьому аспекті займає проарбітражну позицію, надаючи можливість різним учасникам цивільного обороту використовувати арбітраж як спосіб вирішення їхніх спорів. Однак спори, щодо вирішення яких укладено арбітражну угоду і які впливають з комерційної діяльності фізичної особи-резидента України, тобто мають комерційний (договірний) характер, можуть розглядатись та вирішуватись у порядку арбітражу, якщо на момент укладення арбітражної угоди така особа мала статус фізичної особи-підприємця. Тому у всіх випадках, коли йдеться про фізичних осіб-резидентів України як учасників міжнародних комерційних відносин та сторону відповідної арбітражної угоди, вимагається, щоб такі особи провадили комерційну діяльність як підприємці (фізичні особи-підприємці). Нормативною підставою такого висновку є положення ч. 2 ст. 5 Закону України

«Про зовнішньоекономічну діяльність», за якими зовнішньоекономічний договір (контракт) можуть укладати лише фізичні особи – суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності, які мають постійне місце проживання на території України і мають статус фізичної особи-підприємця, «zareєстровані як підприємці». Фізичні особи, які не мають постійного місця проживання на території України, мають зазначене право (право на укладення зовнішньоекономічних договорів (контрактів) – *В. Н.*), якщо вони є суб'єктами господарської діяльності за законом держави, в якій вони мають постійне *місце проживання* або *громадянами якої вони є*. Таким чином, беручи до уваги вимоги Закону щодо укладення зовнішньоекономічних договорів (контрактів) лише «комерційними» суб'єктами, логічно зробити висновок, що стосовно всіх міжнародних комерційних відносин та відповідних договорів, стороною яких є фізична особа-резидент України, така особа повинна мати статус фізичної особи-підприємця. Слід відмітити при цьому, що вказаний «комерційний» статус фізичних осіб стосується лише тих спорів, які виникають із зовнішньоекономічних договорів (контрактів), тобто мають договірний характер [145], адже ч. 2 ст. 5 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» стосується здійснення зовнішньоекономічної діяльності. Наведені положення передбачають, що *«всі суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності, незалежно від форми власності та інших ознак, мають рівне право здійснювати будь-які види зовнішньоекономічної діяльності та дії щодо її провадження, в тому числі будь-які валютні операції та розрахунки в іноземній валюті з іноземними суб'єктами господарської діяльності, що прямо не заборонені або не обмежені законодавством, у тому числі заходами захисту, запровадженими Національним банком України відповідно до Закону України «Про валюту і валютні операції» [205].* Водночас беручи до уваги, що арбітражні угоди можуть стосуватись вирішення як договірних спорів, так і спорів, які витікають з недоговірних відносин (ст. II (1) Конвенції 1958 року, ст. 7 (1) Типового закону ЮНСІТРАЛ, ч. 1 ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»), вбачається, що у випадку вирішення

недоговірних спорів стороною відповідної арбітражної угоди може бути і фізична особа-резидент України без статусу підприємця. Такий висновок підтверджується і практикою МКАС при ТПП України, зокрема у справі № 109 компетенція складу арбітражу оспорувалась Відповідачем на тій підставі, що Позивач діяв як фізична особа, споживач, набуваючи майно за договором для особистих потреб, а не з метою здійснення підприємницької діяльності. Зважаючи на те, що матеріали справи містили підтвердження, що Позивач діяв як суб'єкт підприємницької діяльності, склад арбітражу не взяв до уваги такі заперечення Відповідача. Разом з тим, за відсутності таких доказів у арбітражу не було б компетенції на розгляд і вирішення спору [189].

3) сторони не дотримались встановленого законом країни місця арбітражу *порядку укладення арбітражної угоди*, стороною якої є фізична особа. У низці країн до арбітражних угод, укладених з участю фізичних осіб або між фізичними особами встановлено більш суворі вимоги до форми та порядку їх укладення. Так, у законодавстві Грузії до 2015 року існувала норма, за якою арбітражні угоди між фізичними особами підлягали нотаріальному засвідченню [500]. Після реформи арбітражного законодавства 2015 року ч. 8 ст. 8 Арбітражного закону Грузії з цього приводу містить такі положення: *«Якщо одна зі сторін контракту або арбітражної угоди є фізична особа чи адміністративний орган, арбітражна угода повинна бути укладена в письмовій формі у вигляді документа, підписаного обома сторонами»* [497]. Таким чином, попри вимоги ст. II Нью-Йоркської конвенції 1958 року, учасницею якої Грузія також є з 1994 року, законодавством країни місця арбітражу встановлено більш суворі вимоги до арбітражних угод, укладених за участю фізичних осіб. Такі ж вимоги містяться в арбітражних актах багатьох країн, у тому числі принагідно до вирішення спорів, де однією зі сторін є споживач. Наприклад, відповідно до ст. 617 Цивільного процесуального кодексу Австрії (*Zivilprozessordnung (ZPO)*) передбачено, що *«арбітражні угоди між споживачем і підприємцем можуть укладатись лише щодо спорів, які уже виникли. Такі угоди повинні міститись у документі, який особисто підписаний*

споживачем. Такий документ не повинен містити жодних інших домовленостей, окрім тих, що стосуються арбітражного розгляду» [632]. При цьому, ч. 3 ст. 617 ZPO передбачається також, що споживач перед підписанням арбітражної угоди повинен отримати письмову юридичну пам'ятку щодо істотних відмінностей між арбітражним та судовим процесами. Порухення цього правила є підставою для скасування арбітражного рішення в силу ч. 7 ст. 617 ZPO [305]. Детальні правила укладення арбітражних угод містяться також у ст. 618 ZPO до вирішення спорів з питань трудових відносин.

На основі проведеного дослідження слід зробити висновок, що при вирішенні міжнародних спорів у міжнародних комерційних арбітражах, а саме у процесі правозастосування, одним із питань, яке підлягає вивченню, є питання здатності сторін до укладення арбітражної угоди. Тому укладення арбітражних угод щодо вирішення спорів у порядку арбітражу фізичними особами потребує перевірки питання, чи розуміла така особа в момент укладення сутність укладеної нею угоди, чи розуміла правові наслідки, чи усвідомлювала характер угоди, правові засоби, за допомогою яких вирішуватиметься спір, а постановлене рішення буде виконуватись, і чи здійснювалось укладення такої угоди з волі такої фізичної особи та на основі її прямого волевиявлення.

Усі ці питання варто аналізувати у процесі правозастосування вже на етапі відкриття провадження у справі з тим, щоб при поданні постановленого рішення арбітражу до виконання таке рішення не було оспорене з мотивів недійсності на вказаних підставах, особливо, коли саме фізична особа є відповідачем і рішення постановлене проти неї.

Юридичні особи публічного права як учасники арбітражних угод. Щодо **юридичних осіб публічного права** зазначимо, що питання їхньої участі в якості сторони арбітражних угод є досить непростим та багатограним, а тому в цьому дослідженні ми торкнемось лише окремих аспектів, окресливши загальний спектр практичних проблем, які на практиці трапляються учасникам арбітражного розгляду та складу арбітражу. Передусім, слід з'ясувати, що потрібно розуміти під терміном «юридична особа публічного права», який був

привнесений у арбітражне правове поле Європейською конвенцією 1961 р. Відомий коментатор Європейської конвенції, суддя Касаційного суду Франції Д. Хашер з цього приводу писав, що формулювання «юридична особа публічного права» повинно тлумачитись широко та включати не лише публічні компанії, але й також Держави і будь-які (їхні) публічні представництва («*public agencies*») [398, с. 516]. Не зачіпаючи питання «міжнародного» та «комерційного» характеру спорів та участі таких суб'єктів в їхньому вирішенні шляхом арбітражу (відповідно до ст. I (1) Конвенції), зазначимо, що арбітражна практика навколо цієї статті на сьогодні формується саме таким чином – шляхом широкого розуміння. Однак таке проарбітражне розширене тлумачення дії і її поширення на юридичних осіб публічного права ст. II (1) в практиці, у т. ч. на держави, не вирішує всі питання по суті. Адже, по-перше, наведена стаття, при визначенні статусу містить посилення до «застосовуваного до таких осіб права», а по-друге, учасниками Конвенції є лише 31 країна, відповідно в усіх випадках участі в арбітражній угоді країни, яка не є учасником Конвенції, питання участі держави в таких угодах вирішуватиметься відповідно до національного права такої держави. Крім цього, в тих випадках, коли учасником арбітражної угоди є країна-учасник Конвенції, не слід забувати, що під час приєднання до Конвенції окремі держави, а саме Бельгія та Латвія зробили застереження відповідно до ст. II (2) Конвенції, що також обмежує дію ст. II(1) Конвенції [589].

Таким чином, участь держави як сторони арбітражної угоди здебільшого є питанням *sui generis* і потребує самостійного аналізу в межах обставин конкретної справи. Водночас на практиці за останні роки відпрацьовано загальні рекомендації, які варто враховувати, оцінюючи здатність юридичних осіб публічного права бути учасниками арбітражної угоди [132].

По-перше, слід враховувати наявні на сьогодні підходи в зарубіжній судовій та міжнародній арбітражній практиці, зокрема, що за відсутності застережень про інше, держава в комерційних відносинах може бути стороною арбітражної угоди і не діє як суверен. І хоча держави дуже неохоче йдуть на те,

щоб відмовитись від свого статусу *jure imperii* на користь невластивого для них *jure gestionis*, все ж при вирішенні комерційних спорів в сучасних судових та арбітражних процесах з участю держави більше значення має підстава позову, а не публічний статус держави. Якщо позов виник з цивільних відносин, обидві сторони розглядаються як рівні учасники і жодна з них не може посилатись на свій «особливий» статус. Такі висновки підтверджуються також практикою Європейського суду з прав людини. Так, у відомій справі *Case of König v. Germany* (2000) Суд відзначив, «якщо справа стосується спору між особою і публічною владою, не має вирішального значення, в якому статусі вона виступала як носій цивільних прав чи публічної влади. Відповідно вирішальним для кваліфікації спору як спору про цивільні права є сам характер права, яке стало причиною спору...» (§ 89–90) [458]. Аналогічні висновки було сформульовано та розвинуто й у подальших рішеннях ЄСПЛ [452; 453; 460; 471].

По-друге, більшість держав, укладаючи міжнародні контракти та арбітражні застереження, автоматично визначають арбітражну установу, компетентну на вирішення спорів. Значна частина таких угод має інвестиційний характер, і вирішення спорів за ними передається Міжнародному центру вирішення інвестиційних спорів (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* – ICSID). Інша частина контрактів містить застереження щодо передачі спорів на розгляд і вирішення арбітражів *ad hoc* або провідних арбітражних центрів світу. У всіх наведених випадках держава самотійно та за власним волевиявленням набуває прав та обов'язків за арбітражними угодами і подальше посилення на відсутність повноважень у таких випадках зазвичай кваліфікується як недобросовісна поведінка такої держави та зловживання правами, що в умовах глобальних фінансових ринків є надзвичайно негативним фактором, оскільки підриває індекс фінансової та інвестиційної привабливості країни, що в подальшому ускладнює державі доступ до міжнародних валютних позик. Тим не менш, слід зазначити, що хоча абсолютна більшість контрактів, укладених за участю держави, передбачають вирішення спорів у порядку

арбітражу¹⁹, проблема посилення держави на свій імунітет все ж на сьогодні існує. Як влучно зазначив відомий фахівець у галузі арбітражу К. Хобер, проблема посилення держав на свій імунітет при вирішенні спорів в арбітражі нагадує «старе вино у нових бочках» [403, с. 930]. І попри те, що світ перебуває у стані глобальних процесів і доступ до світових фінансових, ресурсних, торговельних ринків є висококонкурентним, а репутація держави як надійного контрагента має велике значення, такі «традиційні прийоми захисту» держав при вирішенні спорів в арбітражах є непоодинокими [300; 473; 475; 476]. Зважаючи на це, зміст сформульованих у 1989 році ст. V і VII Резолюції Інституту міжнародного права «Арбітраж між державами, державними підприємствами або державними установами і іноземними підприємствами», прийнятої в рамках роботи сесії в м. Сантьяго-де-Компостела (Іспанія), і на сьогодні не втрачає своєї актуальності. Так, у вказаних положеннях зазначається: «Держава, державне підприємство чи державна установа не може посилатись на свою нездатність бути стороною арбітражної угоди з метою перешкодження арбітражу, на який вона погодилась» (ст. V); «Відмова в юрисдикції складу арбітражу заснована на суверенному статусі Держави, не допускається в арбітражах між державою, державним підприємством чи державною установою, з однієї сторони й іноземним підприємством – з іншої» (ст. VII) [301]. Таким чином, як в інвестиційному арбітражі і при вирішенні комерційних спорів, держави часто не цураються використовувати подібні юрисдикційні заперечення, посилаючись на свою «*incapacity*», адже основне питання, яке на практиці потрібно буде встановити шляхом доказування, зводиться до такого: чи відмовляється держава від свого імунітету (*waiver*), підписуючи арбітражну угоду? Це питання є актуальним ще з часів відомої справи *Birch Shipping Corporation v. Embassy of the United republic of Tanzania* [448; 494], і на сьогодні продовжує бути предметом гострих дискусій у судових

¹⁹ У міжнародних інвестиційних та торговельних угодах, укладених Україною із зарубіжними державами та компаніями, порядок вирішення спорів передбачає арбітраж ad hoc за правилами Регламенту ЮНСІТРАЛ, вирішення спорів в Арбітражному інституті Стокгольмської торгової палати, Арбітражному суді Міжнародної торговельної палати в Парижі.

та арбітражних процесах [444; 451]. Звісно, його вирішення залежить від фактичних обставин та застосовуваного права в кожній справі.

По-третє, слід враховувати положення чинного права, яке застосовується до визначення правосуб'єктності держави щодо можливості її бути стороною арбітражних угод, оскільки в різних державах містяться доволі різні за змістом норми з цього приводу.

Першу групу складають держави, у яких існує пряма заборона на укладення арбітражних угод, у яких сторонами є приватна особа з однієї сторони, та держава – з іншої (США, Іран, Латвія). Так, відповідно до ст. 5 (1)(2) Закону Латвії «Про арбітраж» *«арбітражний суд вирішує будь-які цивільно-правові спори за умови, що сторони добровільно погодилися та уклали арбітражну угоду, за винятком таких спорів: у яких хоча б одна – Держава або орган місцевого самоврядування чи рішення арбітражного суду, яким можуть порушуватись права Держави чи органу місцевого самоврядування»* [493].

До *другої* групи належать держави, у яких немає прямої заборони, однак в законодавстві встановлено певні обмеження на укладення арбітражних угод державою та/або її органами. Зокрема, згідно зі ст. 1676 (3) Судового кодексу Бельгії передбачається: *«Без шкоди для спеціальних законів юридичні особи публічного права можуть укласти арбітражну угоду лише тоді, коли її об'єктом є врегулювання спорів, пов'язаних з угодою. Умови, які застосовуються до укладення арбітражної угоди, якою встановлюється арбітраж, також застосовуються до укладення арбітражної угоди. Крім того, юридичні особи публічного права можуть укласти арбітражну угоду з усіх питань, визначених законом або королівським указом, погодженим Радою міністрів. Цей указ може також встановлювати умови та правила, яких слід дотримуватись щодо укладення такої угоди»* [318]. Схожі положення містяться в законах про арбітраж Алжиру [346], Єгипту²⁰, Казахстану²¹, Саудівської

²⁰ Art. 1 of Egyptian Law Concerning Arbitration in Civil and Commercial Matters:

«With regard to disputes relating to administrative contracts, agreement on arbitration shall be reached upon the approval of the competent minister or the official assuming his powers with respect to public juridical persons. No delegation of powers shall be authorized in this respect».

²¹ Согласно ч. 10 ст. 7 Закона Казахстана «Об арбитраже»:

Аравії²²). В Арбітражному кодексі Тунісу містяться обмеження щодо укладення арбітражних угод у формі компромісу (*Le compromis*), тобто щодо спорів, які виникли, «якщо такий спір стосується держави, державних установ адміністративного характеру та місцевих органів влади, за винятком спорів, що виникають із міжнародних звітів, економічних, комерційних чи фінансових відносин» [607].

До третьої групи належать держави, у яких відсутні будь-які обмеження щодо їхньої можливості бути сторонами арбітражних угод (Великобританія, Греція). Натомість у Лівані можливість держави бути стороною арбітражної угоди не просто не обмежується, а навпаки, закріплена на законодавчому рівні [525; 297, с. 63].

Крім цього, слід окремо виділити групу країн, у судовій та арбітражній практиці яких заперечується або ж не підтримується право держави та її органів оспорювати в подальшому підписану ними арбітражну угоду про розгляд спорів у міжнародному комерційному арбітражі з посиланням на своє внутрішнє законодавство (Франція, Італія, Греція, Єгипет, Марокко, Туніс) [380, с. 323–325].

По-четверте, у зв'язку з тим, що держава в міжнародних торговельних угодах діє через створені нею органи або ж підприємства й установи, часто виникають питання щодо визначення суб'єкта, який підписав арбітражну угоду – власне держава в особі уряду, окремий державний орган як самостійна

«Арбитраж не вправе рассматривать споры между физическими и (или) юридическими лицами Республики Казахстан с одной стороны и государственными органами, государственными предприятиями, а также юридическими лицами, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству, с другой – при отсутствии согласия уполномоченного органа соответствующей отрасли (в отношении республиканского имущества) или местного исполнительного органа (в отношении коммунального имущества).»

Государственные органы, государственные предприятия, а также юридические лица, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству, намеревающиеся заключить арбитражное соглашение, должны направить в уполномоченный орган соответствующей отрасли (в отношении республиканского имущества) или местный исполнительный орган (в отношении коммунального имущества) запрос о даче согласия на заключение такого соглашения с указанием прогнозируемых сумм расходов на арбитражное разбирательство. Уполномоченный орган соответствующей отрасли или местный исполнительный орган обязан в течение пятнадцати календарных дней рассмотреть запрос и направить письменное сообщение о безотзывном согласии либо мотивированном отказе в даче согласия. При рассмотрении запроса уполномоченный орган соответствующей отрасли или местный исполнительный орган должен учитывать экономическую безопасность и интересы государства.» [155].

²² Art. 10(2) Kingdom of Saudi Arabia Law of Arbitration:

«Government bodies may not agree to enter into arbitration agreements except upon approval by the Prime Minister, unless allowed by a special provision of law». [496]

юридична особа в особі її керівника, або ж створені нею підприємства чи державні установи як окремі юридичні особи в особі їх керівників. Самостійного дослідження у контексті цього повинні зазнавати документи, які підтверджують повноваження на підписання арбітражних угод. Також до цієї групи особливостей слід віднести питання щодо кваліфікації спору як «міжнародного» у разі, коли він розглядається між державою і юридичною особою, кінцевими бенефіціарними власниками (контролерами) якої є фізичні (юридичні) особи – резиденти цієї ж держави [308], у зв'язку з чим виникає питання можливості застосування концепції «зняття корпоративної вуалі» (*piercing of corporate veil*) [6, с. 115–141].

По-п'яте, держави досить часто посиляються на неможливість участі в арбітражному розгляді у зв'язку з тим, що невичерпано всі внутрішні засоби захисту (*Exhaustion of Local Remedies Concept* – ELR [544; 580; 535]). Сутність цієї концепції полягає в закріпленні на нормативному та/або договірному рівні правил, спрямованих гарантувати право держави на вирішення певних спорів (поновлення порушених прав), перш за все, в межах національної правової системи та її юрисдикційних механізмів, тоді як звернення до будь-яких регіональних або міжнародних судових (широкого застосування концепція ELR здобула в практиці ЄСПЛ і загалом у сфері захисту прав людини [360]) та арбітражних інституцій постає можливим лише за умови вичерпання внутрішніх засобів захисту. Зважаючи на правову природу міжнародного комерційного арбітражу та практику участі держави в особі її органів у вирішенні відповідних комерційних спорів, посилання на застереження про ELR є більш властивим при вирішенні інвестиційних спорів, оскільки в них держава завжди є однією зі сторін. При цьому дослідники підкреслюють, що в міжнародному інвестиційному праві без аналізованого правила зазвичай обходились, оскільки держави укладали інвестиційні угоди, згідно з якими давали попередню згоду на вирішення спорів у порядку міжнародного арбітражу з іноземними інвесторами. Така практика, у свою чергу, тлумачилась як право інвестора ініціювати арбітражний розгляд без попереднього звернення

до національних адміністративних чи судових органів відповідної держави, чому також сприяли повноваження арбітражних судів на вирішення питання щодо власної юрисдикції та надання дозволу іноземним інвесторам на обхід місцевих юрисдикційних механізмів [375]. Попри це, останніми роками актуальність дослідження проблематики застосування державами застереження про ELR зростає: окремі держави, серед яких Аргентина, Індія, Румунія, Туреччина, ОАЕ та Уругвай, повернули до тексту відповідних інвестиційних угод вимогу щодо необхідності попереднього вичерпання внутрішніх засобів вирішення інвестиційних спорів, спонукаючи до аналогічних дій інші країни [375]. У практиці вирішення спорів з участю України такі заперечення мали місце у справі *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine* [309].

По-шосте, на окреме дослідження заслуговують питання участі держави (її органів і державних підприємств) та її правосуб'єктності в арбітражних угодах щодо вирішення спорів, які впливають з міжнародних інвестиційних угод, де слід враховувати такі аспекти як: 1) необхідність забезпечення юридичного підґрунтя, щоб держава-учасник розгляду безумовно та безвідзивно відмовлялась від імунітету щодо майна, яке існує на цей момент та існуватиме в майбутньому; 2) виключення та/або обмеження заявлення і розгляду аргументів групи *forum non conveniens*; 3) зобов'язання щодо поширення відмови від імунітету на всі аспекти арбітражного розгляду: підтвердження визнання юридичної сили рішення і його обов'язкового для сторін характеру, відсутність заперечень на етапі процедури визнання та приведення до виконання, власне щодо самого процесу виконання (у т.ч. примусового); 4) необхідність забезпечення рішення держави щодо виділення відповідних активів, достатніх для того, щоб виконати зобов'язання, які впливають з арбітражного рішення; 5) необхідність забезпечення вибору права при вирішенні питання юрисдикції та інші питання [127].

2.3.3 Предмет спору та об'єктивна арбітрабільність

Об'єктивну арбітрабільність (*ratione materiae*) визначають як здатність

спору бути розглянутим та вирішеним у порядку арбітражу (*capable of settlement by arbitration*) [553, с. 94; 380, с. 312; 367, с. 91; 417]. Як термін, так і його загальноприйняте розуміння запозичені з англomовної наукової літератури, що зумовлює використання транслітерованих англіцизмів «арбітрабільність» та «арбітрабільний» (в літературі також поширені скальковані російськомовні варіанти «арбітрабельність» та «арбітрабельний»; відома фахівчиня О. С. Перепелинська пропонує також використовувати поняття «арбітровний» [161], що не відповідає правилам словотворення української мови). Семантичне значення досліджуваних категорій свідчить про їх використання для характеристики описуваного явища – предмета спору як такого, що є або не є арбітрабільним. Тому за встановлення порівняння між поняттям об'єктивної арбітрабільності та предметом спору слід виходити з того, що арбітрабільність є нормативно визначеною властивістю предмета спору, індикатором належності останнього до категорії спорів, що можуть розглядатись та вирішуватись арбітражним судом у межах конкретного правопорядку.

Таким позиціям відповідає бачення арбітрабільності як правової категорії *sui generis*, що не кореспондує повною мірою усталеним у процесуальному праві інститутам компетенції та підвідомчості. З цього приводу слушним є твердження Т. В. Сліпачук, яка зазначає, що арбітрабільність як термін доволі адекватно відображає специфіку підвідомчості спорів саме третейським судам, оскільки виражає встановлену державою допустимість передачі тих чи інших спорів за згодою сторін на розгляд у недержавний суд [241, с. 134]. Допустимість, на противагу обов'язковості, імперативності, вибору сторонами арбітражного порядку вирішення спору, що за своїм змістом підпадає під встановлені законом критерії, є одним з базових виявів правової природи міжнародного комерційного арбітражу, втілюючи принципи диспозитивності арбітражного розгляду та автономії волі сторін.

За твердженням Ю. Д. Притики, категорія арбітрабільності є значно ширшою за предметну підвідомчість, охоплюючи суб'єктивну та об'єктивну

складові, де лише друга стосується предмета спору. Ключовою в розумінні складності правової природи та відносності при застосуванні до конкретних правовідносин вбачається й відзначена вченим залежність арбітрабільності від факторів місця (яке право слід застосовувати до арбітрабільності предмета спору?) та часу (чи порушується питання об'єктивної арбітрабільності до, під час або після арбітражного розгляду?) [194, с. 13; 195, с. 212].

Прийнятий нами в цьому дослідженні підхід до розуміння об'єктивної арбітрабільності властивий європейським правовим системам та відповідній судовій і арбітражній практиці, означаючи, за формулюванням І. Бантекаса, «дозвіл, наданий законами держави на вирішення спору в арбітражі, на противагу обов'язковому судовому вирішенню» [312, с. 193–194], тоді як в американській доктрині та правозастосуванні арбітрабільність додатково пов'язують із питанням наявності у складу арбітражу достатніх повноважень для вирішення питання, чи вправі арбітраж самостійно *prima facie* встановлювати свою компетенцію щодо вирішення спору [583, с. 1].

Таким чином, поняття об'єктивної арбітрабільності залежно від контексту може як належати до характеристики предмета конкретного спору чи категорії спорів (тут вживається прикметник «арбітрабельний»), так і визначати допустимий предметний обсяг компетенції арбітражного суду в межах певної правової системи (чому кореспондує іменник і відповідний термін «арбітрабельність» у його предметній, об'єктивній складовій). При цьому слід враховувати, що поняття арбітрабільності своїм походженням та застосуванням завдячує арбітражній науці, ґрунтуючись на поширених у міжнародних та національних нормативних актах описових конструкціях, хоча трапляється й легальне використання цього терміна, зокрема у ст. 582 ЦПК Австрії у новій редакції 2013 року [306].

Класично питання арбітрабільності розглядається крізь призму зіткнення інтересів національного публічного порядку та потреб міжнародної спільноти щодо забезпечення функціонування міжнародного комерційного арбітражу як ефективного альтернативного способу вирішення спорів. У світлі цього

об'єктивна арбітрабільність постає одним з інструментів узгодження цих інтересів, що дозволяє відмежувати категорії спорів, щодо яких юрисдикцією наділені лише національні суди, від тих, що можуть бути предметом арбітражного розгляду, тобто є арбітрабільними.

Теорія арбітрабільності предмета спору є достатньо розробленою в науці та практиці міжнародного комерційного арбітражу, ґрунтуючись на тлумаченні та подальшому розвитку в міжнародних актах, національних законодавствах і правозастосовній практиці, засадничих положень Нью-Йоркської конвенції 1958 р., попри те, що сам термін у Конвенції не закріплено. Так, згідно зі ст. II(1) Конвенції кожна Договірна Держава визнає письмову угоду, за якою сторони зобов'язуються передавати в арбітраж усі або будь-які спори, що виникли або можуть виникнути між ними у зв'язку з будь-яким конкретним договірним або іншим правовідношенням, *об'єкт якого може бути предметом арбітражного розгляду*. Також відповідно до ст. V(2)(а) Нью-Йоркської конвенції 1958 р. у визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення може бути відмовлено, якщо компетентна влада країни, в якій запитується визнання та приведення до виконання, з'ясує, що *об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законами цієї країни*.

Посилання на неарбітрабільність предмета спору як підставу для визнання відсутності у складу арбітражу компетенції на його вирішення та застосування відповідних механізмів судового втручання в арбітражний процес, серед іншого, доповнюється положеннями Європейської конвенції 1961 р. (ст. VI(2) – у контексті вирішення судом питання наявності та дійсності арбітражної угоди) та Типового закону ЮНСІТРАЛ (ст. 34(2)(b)(i) – у світлі підстав скасування судом арбітражного рішення).

Варто наголосити на відсутності на конвенційному та модельному рівнях уніфікованого визначення поняття та обсягу арбітрабільності єдиного переліку категорій спорів, що є арбітрабільними/неарбітрабільними. Л. Містеліс з цього приводу зазначає, що Типовий закон ЮНСІТРАЛ спонукає держави самостійно вирішувати питання арбітрабільності спорів, тоді як «спроби зменшити

невизначеність шляхом закріплення більш детального положення щодо арбітрабільності у Типовому законі дозволили б досягти незначних результатів» [347, с. 589]. При цьому, зрозуміло, що врегулювання об'єктивної арбітрабільності на рівні національних законодавств не є раз і назавжди вирішеною проблемою, піддаючись впливу різних факторів і тенденцій, відображаючи стан розвитку та правовий статус міжнародного комерційного арбітражу в певній державі.

Враховуючи вищенаведене, важливість арбітрабільності спору як передумови арбітражного розгляду, загалом, та передумови здійснення правозастосовчої діяльності складом арбітражу, зокрема, не підлягає сумніву [151]. Належним чином встановлена неарбітрабільність спору (як арбітражем, так і державним судом), залежно від стадії арбітражного розгляду, свідчить або про припинення арбітражного процесу у зв'язку з відсутністю у складу арбітражу компетенції на вирішення спору, або про скасування чи неможливість виконання арбітражного рішення у відповідній державі. Зважаючи на це та на завдання складу арбітражу постановити виконуваних рішення, аналіз об'єкта спору на предмет його арбітрабільності є важливою передумовою арбітражного розгляду, однією із гарантій (хоч і з деякими уточненнями, про які мова піде далі) успішного визнання та приведення до виконання постановленого арбітражного рішення.

Отже, питання арбітрабільності предмета спору як передумови правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі є багатоаспектним та потребує дослідження у взаємозв'язку таких складових елементів проблематики: 1) категорій спорів, що за законодавствами окремих держав визначаються як арбітрабільні та/або неарбітрабільні; 2) аспектів визначення застосовного до арбітрабільності права; 3) встановлення суб'єктів, компетентних вирішувати питання арбітрабільності на різних стадіях арбітражного розгляду, під час визнання та приведення до виконання арбітражного рішення.

У межах цього підрозділу дослідимо перший з вказаних аспектів,

розглянувши наступні два далі у тексті роботи.

Історично та змістовно витoki віднесення спорів до арбітрабельних прослідковуються вже в самій правовій природі міжнародного *комерційного* арбітражу. Так, вище нами згадувався так званий «*commercial test*», що полягає в аналізі природи спору як такого, що є комерційним і витікає з комерційних правовідносин. Базовими тут є положення ст. I(3) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., яка надає державам-підписантам право зробити застереження, що Конвенція застосовуватиметься лише до розбіжностей, які виникають з договірних чи недоговірних правовідносин, які визначаються як комерційні відповідно до національного права країни, яка зробила таке застереження; та текст примітки 2 до ст. 1(1) Типового закону ЮНСІТРАЛ, де стверджується про необхідність широкого тлумачення терміна «комерційний», з метою охоплення всіх відносин комерційного характеру, як договірних, так і недоговірних, та наводиться орієнтовний перелік відповідних угод. У світлі цього ми раніше стверджували, що підходи, закріплені на рівні Нью-Йоркської конвенції 1958 р. та Типового закону ЮНСІТРАЛ, сприяли формуванню у національних законодавствах розширювального та автономного тлумачення поняття «комерційний» щодо спорів, юрисдикцією на вирішення яких наділений склад арбітражу та які відповідно визнаються арбітрабельними.

При цьому «*commercial test*» є лише первинним, найбільш загальним критерієм арбітрабельності, що безпосередньо не спрямований на вирішення завдання встановлення компетенції складу арбітражу, окреслюючи правову природу арбітражу як способу вирішення спору та закладаючи основи нормативного регулювання його сутності і призначення. Саме тому прив'язка до комерційних спорів є орієнтовною та достатньо умовною, що й відображає рішення розробників Типового закону ЮНСІТРАЛ закріпити її у примітці, а не в рамках окремого нормативного положення.

З іншого боку, в деяких державах, що імплементували положення Типового закону ЮНСІТРАЛ шляхом прийняття національних законів про міжнародний комерційний арбітраж, прослідковується використання примітки

про комерційний характер спору, що може тлумачитись як опосередковане окреслення рамок об'єктивної арбітрабельності. Відповідні положення закріплені як дефініції на рівні ст. 2(2)(а) Закону Республіки Молдова «Про міжнародний комерційний арбітраж» [58], ст. 3(11) Закону Литовської Республіки «Про комерційний арбітраж» у новій редакції 2012 року [599], абз. 4 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Текстом цієї ж примітки послуговувались розробники Положення про МКАС при ТПП України (додаток № 1 до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж») під час доповнення нормативного положення ч. 2 ст. 1 цього Закону у п. 2 Положення. З'єднувальною конструкцією, використаною в Положенні було обрано відсилання до «зовнішньоекономічних відносин», спори з яких можуть бути передані на вирішення МКАС при ТПП України, зміст яких розкривається через початковий описовий текст примітки 2 до ст. 1(1) Типового закону ЮНСІТРАЛ. Подібна логіка закріплена й у ч. 1 ст. 3 нової редакції Регламенту МКАС при ТПП України, проте текст примітки використовується вже для означення окремих категорій спорів, що також належать до компетенції МКАС, хоча трапляються винятки.

Мають місце й відмінні підходи до визначення поняття «комерційний» у національних арбітражних законах. До прикладу, відповідно до ст. 3(1)(7) Закону Угорщини про арбітраж термін «комерційний» охоплює всі комерційні або економічні, договірні та позадоговірні правовідносини [409].

При цьому, попри усталене розуміння, що комерційні спори загалом визнаються арбітрабельними [342, с. 4], проблеми, пов'язані з особливостями розгляду та вирішення окремих категорій спорів, найчастіше пов'язаних з конкурентним (антимонопольним) законодавством, корпоративним правом, банкрутством, правом інтелектуальної власності, трудовими договорами [595, с. 104] тощо, потребують більш конкретних та деталізованих механізмів визначення обсягу об'єктивної арбітрабельності. За відсутності єдиних унормованих на міжнародному рівні підходів щодо врегулювання цих питань, що буде проілюстровано далі, більшість правопорядків тяжіють до вирішення

проблеми арбітрабільності шляхом поєднання загальних критеріїв арбітрабільності спорів, окрім або поза застосуванням «комерційного тесту», та закріплення положень, що безпосередньо стосуються винятків стосовно допустимості розгляду тих чи інших спорів складом арбітражу. Тому встановлення комерційної природи спору як передумови правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі недостатньо, не лише зважаючи на переважно орієнтовний та описовий характер цієї конструкції, але й враховуючи складність віднесення окремих спорів до арбітрабільних згідно з нормами права відповідної держави та сформованої правозастосовної практики.

Судовий кодекс Бельгії, нова редакція глави 6 «Арбітраж» якого набула чинності 2013 року, у ст. 1676(1) закріплює, що будь-які майнові вимоги можуть розглядатись в арбітражі. Немайнові вимоги, щодо яких може бути укладено мирову угоду, також можуть бути передані до арбітражу. Подібні положення знаходимо у ст. 177(1) Федерального закону Швейцарії про міжнародне приватне право (*«Предметом арбітражного розгляду може бути будь-який спір майнового характеру»*) [591], ст. 1030(1) Арбітражного закону Німеччини (книга десята ЦПК ФРН) (*«Будь-яка вимога майнового характеру (за дослівного перекладу – «пов'язана з економічним інтересом» – В.Н.) може бути предметом арбітражної угоди. Арбітражна угода стосовно вимог, що не мають майнового характеру, є чинною тією мірою, якою сторони мають право укласти мирову угоду з питань, що є предметом спору»*) [298], ст. 582(3) ЦПК Австрії (*«Будь-яка вимога майнового характеру, що належить до юрисдикції судів, може бути предметом арбітражної угоди. Арбітражна угода стосовно вимог, що не мають майнового характеру, є чинною тією мірою, якою сторони мають право укласти мирову угоду з питань, що є предметом спору»*), ст. 1157 Цивільного процесуального кодексу Польщі (*«Якщо інше не встановлено спеціальним актом, сторони мають право звертатись до арбітражу зі спорами щодо прав власності та немайнових прав, що можуть бути предметом судового розгляду, за винятком справ про стягнення аліментів»*) [542]. Ці ж принципи закладено й у § 718(1) Цивільного

процесуального кодексу Естонії (*«Предметом арбітражної угоди може бути майнова вимога. Арбітражна угода, що стосується немайнової вимоги, є чинною, лише якщо сторони мають право укласти мирову угоду стосовно об'єкта спору»*) [373], хоча питання арбітрабільності вирішуються тут крізь призму чинності арбітражної угоди.

Ст. 1020(1) ЦПК Нідерландів містить лише вказівку на право сторін передати в арбітраж спір, що виник або може виникнути між ними в майбутньому, що заснований на визначеному правовідношенні, незалежно від того, чи є такий спір договірним за своєю природою [370]. ЦПК Італії у ст. 806(1) передбачає право сторін на передачу спору на вирішення в арбітраж, за винятком спорів, що стосуються питань цивільної правосуб'єктності (особистого статусу) і розлучення, а також інших спорів, що не можуть бути предметом мирової угоди [426]. Закон Швеції про арбітраж у ст. 1 керівним принципом для можливості передачі спору на розгляд і вирішення в порядку арбітражу визначає допустимість укладення між сторонами мирової угоди щодо предмета спору, додаючи, що арбітри можуть вирішувати спори, пов'язані з цивільно-правовими наслідками застосування приписів конкурентного права [600]. Можливість укладення сторонами мирової угоди щодо спорів, які визнаються арбітрабільними, визначено й у ст. 1(1) Закону Ісландії про договірний арбітраж [418]. Арбітражний закон КНР до арбітрабільних відносить договірні спори та інші спори щодо майнових прав та інтересів між громадянами, юридичними особами та іншими організаціями, що є суб'єктами, рівними за своїм правовим статусом (ст. 2) [358].

Отже, до додаткових критеріїв (поруч з комерційною природою спору), що вказують на арбітрабільність предмета спору, за законодавствами згаданих держав можливо включити майновий (економічний) характер вимоги, поширення на відповідні спори юрисдикції судів, можливість укладення сторонами мирової угоди щодо вимог немайнового характеру, чим забезпечується як дотримання загальних вимог процесуального законодавства, так і захищаються правовідносини, що стосуються особливо чутливих

«приватних» інтересів (розлучення, відносини опіки та піклування тощо) [313, с. 37], захист яких є складником публічного порядку держави. Натомість немає визначального значення договірної чи недоговірної природи правовідносин, з приводу яких виник або може в подальшому виникнути спір.

Втім, наведені критерії не є універсальними. Не повинні вони бути й вичерпними, оскільки головним є закріплення гнучкої дефінітивної формули, конкретний обсяг якої визначатиметься реаліями комерційного обороту, тоді як дотримання вимог національного публічного порядку в частині закріплення меж арбітрабельності забезпечуватиметься формуванням винятків із загального правила.

У зв'язку з цим, питання визначення категорій спорів, що є неарбітрабельними, є складнішим. Арбітражні закони, хоч нерідко і містять вказівки на неарбітрабельність тих чи інших вимог або здійснюють відсилання до спеціального законодавства, не надають вичерпного переліку спорів, що не підлягають розгляду та вирішенню складом арбітражу за законами цієї держави. Врахуванню підлягає й актуальна судова практика, а тому встановлення межі між арбітрабельними та неарбітрабельними спорами потребує ретельного аналізу не лише профільних арбітражних законів, але й відповідного масиву законодавчого регулювання, вивчення правозастосовної практики в усій її динаміці.

Щодо правових систем держав, які дотримуються традиції цивільного (континентального) права, дослідники відзначають якраз тяжіння до нормативного врегулювання межі арбітрабельності (на противагу прецедентному підходу в системах сім'ї загального права). Ключовим у світлі цього є відмінність між вимогами, що перебувають в рамках, та навпаки, виведені за межі вільного розсуду сторін, іншими словами – між справами, в яких суспільний (державний) інтерес у досягненні певного результату настільки важливий, що встановлені з цією метою імперативні норми права не можуть бути змінені домовленістю сторін [619, с. 254–255], та справами, де допускається позасудове врегулювання спірних суспільних правовідносин. Не викликає сумнівів й позиція щодо наявності тенденції віднесення до неарбітрабельних спорів тих, що стосуються правовідносин, які не можна

вважати такими, що регулюються лише приватним правом: що вагомішим є «публічний» елемент спору, то вищою є ймовірність того, що суд визнає предмет спору неарбітрабельним [109, с. 231].

Загалом, до неарбітрабельних у більшості правових систем (як цивільного, так і загального права) 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) [553, с. 125], спори у сферах дії сімейного та спадкового права. Нерідко неарбітрабельними або частково арбітрабельними згідно з національним законодавством та правозастосовною практикою визнаються спори у сферах антимонопольного регулювання та конкурентного права, фондового права і ринку цінних паперів, права інтелектуальної власності (в першу чергу щодо чинності патентів, ліцензій та торгових марок), стягнення збитків від одностороннього розірвання дистриб'юторських угод, політичного ембарго, а також спори, що вирішуються в адміністративному порядку [619, с. 255].

Як буде проілюстровано далі, підходи до арбітрабельності спорів у зазначених сферах в окремих юрисдикціях значною мірою різняться: від визнання їх повністю неарбітрабельними до встановлення умов (випадків), коли сторони наділені правом звернутись в арбітраж стосовно об'єкта спору, що стосується права інтелектуальної власності, трудових договорів, корпоративних відносин та ін.

До прикладу, неарбітрабельними за бельгійським законодавством визнаються спори з трудових контрактів (хоча передбачається можливість звернення в арбітраж з відповідним спором, що вже виник), за винятком тих, що стосуються трудових договорів з працівниками, які здійснюють поточне управління справами компанії та чия річна заробітна плата перевищує встановлений законом істотний поріг або стосовно тих працівників, на яких покладено суттєві управлінські обов'язки (ст. 1676(5) Судового кодексу Бельгії, ст. 13 та ст. 69 Закону Бельгії про трудові договори 1978 року [317]). До неарбітрабельних належать також страхові спори (також допустимий

арбітражний розгляд щодо спорів, що вже виникли), спори щодо захисту прав споживачів, диспути в особистих та сімейних справах [302]. Особливостями відзначається бельгійський підхід щодо арбітрабільності спорів у сфері реалізації та захисту прав інтелектуальної власності. За загальним правилом, всі спори, що стосуються договорів, предметом яких є право інтелектуальної власності, визнаються арбітрабільними. Виняток становлять спори щодо дійсності прав інтелектуальної власності на торгові марки та промислові зразки, об'єкти патентного права у контексті обов'язкових ліцензій або закінчення строку дії патентів [538].

При цьому щодо арбітрабільності спорів, пов'язаних з дистриб'юторськими та агентськими договорами, що окремо не врегульовано нарівні нової редакції глави 6 Судового кодексу Бельгії, продовжує застосовуватись прецедентне право, сформоване в рішеннях Касаційного суду Бельгії. Загалом, дистриб'ютор та агент, що здійснюють свою діяльність у Бельгії, можуть звертатись в арбітраж лише за умови застосування складом арбітражу до врегулювання спору матеріального права Бельгії [400], що обумовлюється обов'язковістю застосування законів Бельгії, спрямованих на захист прав та інтересів дистриб'юторів та комерційних агентів [405]. У коментарі до рішень Касаційного суду Бельгії у довготривалій справі *Sebastian International Inc. v Common Markets Cosmetics NV*, П. Вотелет резюмує, що значення сформованих бельгійськими судами прецедентів є настільки приголомшливим, що навряд чи одного дня суди Бельгії будуть здатні сприйняти арбітрабільність спорів щодо скасування дистриб'юторських угод, незалежно від застосовного складом арбітражу матеріального права [623, с. 231].

Ст. 582(4) ЦПК Австрії до неарбітрабельних відносить позови у справах, що регулюються сімейним правом, так само, як усі вимоги, що засновуються на договорах, які хоча б частково регулюються Законом «Про оренду» («*Mietrechtsgesetz*») [517] та Законом «Про некомерційне житло» («*Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz*») [626], включно зі спорами щодо укладення,

існування, скасування або правової характеристики таких договорів. Передбачається, що законодавчі положення за межами цієї глави ЦПК Австрії, згідно з якими певні спори не можуть бути предметом арбітражного розгляду або можуть розглядатись арбітражним судом лише за дотримання певних умов, зберігають чинність. Так, згідно зі ст. 9(2) Закону Австрії «Про працю та соціальні суди» [307] питання соціального забезпечення та спори, що виникають з колективних трудових договорів, є неарбітрабельними.

У Німеччині неарбітрабельним визнається предмет спору у справах про розірвання шлюбу, встановлення опіки над дітьми, в питаннях сімейного статусу, щодо договорів оренди, об'єктів регулювання кримінального законодавства тощо. Трудові спори підлягають розгляду та вирішенню в арбітражному порядку лише за умови дотримання встановлених законом вимог та у визначених ним випадках. Суперечливим у рамках німецької юрисдикції залишається питання арбітрабельності спорів щодо прав інтелектуальної власності [486]. Водночас арбітрабельність більшості спорів, що стосуються патентів, не піддається сумніву за німецьким правом, питання арбітрабельності вимог, пов'язаних з визнанням недійсності патентів, їх відкликанням та виданням обов'язкових ліцензій, є неоднозначним. Серед аргументів проти арбітрабельності цих спорів наводяться публічно-правова природа патентів та поширення на ці спори виключної юрисдикції патентних судів. На противагу цьому зазначається, що вказаних доводів недостатньо для виключення цих категорій спорів з арбітрабельних, оскільки вони відповідають критерію ст. 1030 ЦПК ФРН щодо наявності економічного інтересу (майнового характеру вимоги) [313, с. 41–42].

Нетипово деталізованими постають положення ст. 5(1) Закону Латвії про арбітраж щодо визначення категорій спорів, які є неарбітрабельними. Передбачається, що арбітражний суд може вирішувати будь-які цивільно-правові спори за умови наявності вільної згоди сторін та укладення ними арбітражної угоди, за винятком спорів: 1) вирішення яких може порушити права особи, яка не є стороною арбітражної угоди; 2) хоча б однією стороною яких є

держава або органи місцевого самоврядування, або арбітражне рішення щодо яких може порушити права цих суб'єктів; 3) які пов'язані з внесенням змін до реєстру запису актів цивільного стану; 4) які пов'язані з правами або охоронюваними законом інтересами осіб, що перебувають під опікою чи піклуванням; 5) про заснування, зміну або припинення речового права щодо нерухомої власності, якщо серед сторін спору є особа, стосовно якої за законом обмежено права на придбання у власність, володіння або користування; 6) щодо виселення фізичних осіб із житлових приміщень; 7) між роботодавцем та працівником, за умови, що спір виник у зв'язку з укладенням, зміною, розірванням або виконанням трудового контракту або щодо застосування чи тлумачення правових норм або приписів колективного договору, положень про порядок виконання роботи (індивідуальний спір з трудових відносин); 8) щодо прав та обов'язків осіб, що стали учасниками процедур банкрутства. Також у ст. 5(2) Закону Латвії закріплено, що арбітражний суд не може вирішувати жодні спори, які належать до справ, що підлягають врегулюванню згідно зі спеціальними процедурами [493].

ЦПК Естонії у § 718(2) закріплює базовий перелік неарбітрабельних спорів через встановлення недійсності арбітражної угоди, предметом якої є спори, що стосуються: 1) дійсності або розірвання договору оренди житлового приміщення та звільнення житлового приміщення, розташованого в Естонії; 2) розірвання трудового договору [373]. Майнова вимога, що засновується на нормах публічного права, визнається арбітрабельною, лише якщо сторони мають право укладати договори відповідно до публічно-правових положень щодо об'єкта спору (§ 718(3) ЦПК Естонії). Параграфом 718(4) цього ж Кодексу встановлюється можливість заборони або обмеження передачі певних спорів в арбітраж згідно з іншим законом.

Лаконічно визначено перелік неарбітрабельних спорів у ст. 3 Арбітражного закону КНР, згідно з якою не підлягають вирішенню в порядку арбітражу: 1) спори, що стосуються шлюбу, усиновлення, опіки, піклування та правонаступництва; 2) адміністративні спори, які розглядаються

адміністративними органами відповідно до законодавства. Простота та вичерпність такого положення на практиці супроводжується зверненням китайських судів під час вирішення питання об'єктивної арбітрабельності, виключно до цієї норми, без посилання на пов'язані норми Нью-Йоркської конвенції 1958 р., що призвело до незначної кількості судових прецедентів. Утім, оскільки питання арбітрабельності предмета спору розглядається судами КНР крізь призму чинності та виконуваності арбітражної угоди, суди ретельно досліджують інші вимоги, що висувуються до арбітражного застереження [387].

Оскільки Арбітражний закон Англії та Вельсу не вирішує питання арбітрабельності спорів (у ст. 81(1)(а) лише визначено, що ніщо в цьому законі не сконструйовано таким чином, щоб виключити дію норм загального права стосовно спорів, що не можуть розглядатись в арбітражі), слід звертатись до джерел прецедентного права. Дослідники з цього приводу наголошують, що визначення неарбітрабельних спорів визнано англійським законодавцем предметом загального права, без потреби їхнього законодавчого унормування [501, с. 158]. У зв'язку з цим, в англійській доктрині сформувалось широке розуміння арбітрабельності, згідно з яким «будь-який спір або вимога, що стосуються цивільних прав, які можуть бути предметом виконуваного рішення, здатні бути вирішені в порядку арбітражу» [505, с. 149]. Така позиція підкріплюється ст. 1(b) Арбітражного закону Англії та Вельсу, що закріплює право сторін погоджувати спосіб вирішення спорів між ними, обмеженням чого може слугувати лише застереження про публічний порядок (*«subject only to such safeguards as are necessary in the public interest»*).

Хрестоматійним прикладом вирішення питання арбітрабельності корпоративних спорів за англійським правом є справа *Fulham Football Club (1987) Limited v. Richards* [2012]. Сутність проблеми, що зумовила розгляд питання об'єктивної арбітрабельності, полягала у встановленні відповідним англійським законодавством обмежень щодо дій (у тому числі арбітражного розгляду справи), які можуть вплинути на корпоративні права третіх осіб, які не є сторонами арбітражної угоди. У світлі цього Високий суд Англії та Вельсу в

рішенні по справі дійшов висновку, що спір між учасниками компанії або між акціонерами та радою директорів щодо ймовірного порушення положень статуту або договору між акціонерами за своєю суттю є договірним та необов'язково пов'язаний з правами кредиторів або посягає на будь-які встановлені законодавством гарантії на користь третіх осіб. Такий висновок дозволяє дослідникам стверджувати про арбітрабільність корпоративних спорів у широкому сенсі в межах юрисдикції Англії та Вельсу [339, с. 141].

Загалом, окрім кримінальних справ, до неарбітрабельних у межах юрисдикції Англії та Вельсу належать всього дві категорії спорів: 1) трудові спори, в яких працівник наділений законним правом звернутись до органу з розгляду індивідуальних трудових спорів, що не може бути обмежено встановлення лише арбітражного порядку вирішення спору (*Clyde & Co LLP v Bates van Winkelhof* [2011] [345]); 2) справи щодо неплатоспроможності, порядок вирішення яких регулюється Законом «Про неплатоспроможність» 1986 року [610].

Норми, що визначають арбітрабільність спорів в українському законодавстві, також не містяться в єдиному нормативному акті. Базовим положенням є ч. 2 ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», згідно з якою до міжнародного комерційного арбітражу можуть за угодою сторін передаватися: 1) спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, які виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї зі сторін спору знаходиться за кордоном; 2) спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їхніми учасниками, а так само їхні спори з іншими суб'єктами права України. Ці ж правила компетенції закріплені у ст. 3(1) Регламенту МКАС при ТПП України зі згадуваним вище доповненням. О. Перепелинська справедливо відзначає нетиповість наведеного визначення арбітрабільності для юрисдикцій, що імплементували Типовий закон ЮНСІТРАЛ, вказуючи на ймовірне запозичення з ухваленого трохи раніше

російського закону про міжнародний комерційний арбітраж, який донедавна містив аналогічні норми [161].

До арбітрабільних згідно з положеннями українського законодавства безпосередньо віднесено також спори, що виникають з концесійного договору згідно зі ст. 45 нового Закону України «Про концесію» 2019 року [206]. Так, ч. 2 цієї статті передбачається, що сторони концесійного договору можуть вільно обрати механізм вирішення спорів, включаючи медіацію, незобов'язуючу експертну оцінку, національний або міжнародний комерційний чи інвестиційний арбітраж, у тому числі арбітраж з місцезнаходженням за кордоном (якщо засновником концесіонера є підприємство з іноземними інвестиціями в розумінні Закону України «Про режим іноземного інвестування»), і процедурні правила вирішення спорів. Така ж норма закріплена у ч. 2 ст. 19 Закону України «Про державно-приватне партнерство» [201] щодо договорів, укладених у рамках державно-приватного партнерства.

Вказівки на допустимість арбітражного розгляду будь-яких спорів, які виникають під час проведення процедури фінансової реструктуризації, містяться й у Законі України «Про фінансову реструктуризацію» [215]. Так, відповідно до ч. 3 ст. 3 Закону, незалежно від суб'єктного складу сторін спору, процедура вирішення спорів в арбітражі, передбачена цим Законом, регулюється положеннями Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» з урахуванням особливостей, передбачених цим Законом. Від 19.09.2019 року до ч. 2 ст. 31 цього Закону було внесено зміни, продовживши строк його дії ще на 3 роки – до 19.10.2022 року.

Закон України «Про створення вільної економічної зони «Крим» та про особливості здійснення економічної діяльності на тимчасово окупованій території України» [212] у п. «б» ч. 12.11 ст. 12 встановлює правило щодо підсудності за домовленістю сторін, спорів між суб'єктами господарської діяльності з місцезнаходженням (місцем проживання) на території ВЕЗ «Крим» та суб'єктами господарської діяльності з місцезнаходженням (місцем проживання) на іншій території України, якщо вони не врегульовані шляхом

переговорів, МКАС при ТПП України та МАК при ТПП України.

Визначаючи категорії спорів, що є за українським законодавством неарбітрабельними, слід, насамперед, звернутись до положень ГПК України. Так, аналіз ст. 20 та ст. 22 ГПК України вказує на те, що неарбітрабельними визнаються спори:

1) про визнання недійсними актів про державну реєстрацію або облік прав на нерухоме майно, прав інтелектуальної власності, прав на цінні папери, а також спори, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні договорів про публічні закупівлі з урахуванням ч. 2 ст. 22 ГПК України (*про що далі – В.Н.*);

2) щодо приватизації майна;

3) що виникають з корпоративних відносин, у тому числі спори між учасниками (засновниками, акціонерами, членами) юридичної особи або між юридичною особою та її учасником (засновником, акціонером, членом), у тому числі учасником, який вибув, пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності такої юридичної особи;

4) що виникають з відносин, пов'язаних із захистом економічної конкуренції, обмеженням монополізму в господарській діяльності, захистом від недобросовісної конкуренції;

5) про банкрутство та спори з майновими вимогами до боржника, стосовно якого відкрито провадження у справі про банкрутство, а також справи за заявами про затвердження планів санації боржника до відкриття провадження у справі про банкрутство;

6) щодо оскарження актів (рішень) суб'єктів господарювання та їхніх органів, посадових та службових осіб у сфері організації та здійснення господарської діяльності;

7) щодо оскарження рішень третейських судів та про видачу наказу на примусове виконання рішень третейських судів, утворених відповідно до Закону України «Про третейські суди», якщо такі рішення ухвалені у спорах, зазначених у ст. 20 ГПК України;

8) між юридичною особою та її посадовою особою (у тому числі посадовою особою, повноваження якої припинені) про відшкодування збитків, заподіяних юридичній особі діями (бездіяльністю) такої посадової особи, за позовом власника (учасника, акціонера) такої юридичної особи, поданим у її інтересах;

9) щодо реєстрації майна та майнових прав, інших реєстраційних дій, визнання недійсними актів, що порушують права на майно (майнові права);

10) щодо реєстрації, обліку прав інтелектуальної власності, визнання недійсними, продовження дії, дострокового припинення патентів, свідоцтв, інших актів, що посвідчують, або на підставі яких виникають такі права, або які порушують такі права чи пов'язані з ними законні інтереси;

11) щодо визнання торговельної марки добре відомою;

12) які виникають із відносин, пов'язаних із захистом від недобросовісної конкуренції, щодо неправомірного використання позначень або товару іншого виробника, копіювання зовнішнього вигляду виробу; збирання, розголошення та використання комерційної таємниці;

13) інші спори, які, відповідно до закону, не можуть бути передані на вирішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу.

При цьому ч. 2 ст. 22 ГПК України закріплює допустимість передачі в арбітраж:

1) корпоративних спорів, що виникають з договору, на підставі арбітражної угоди, укладеної між юридичною особою та всіма її учасниками;

2) цивільно-правові аспекти спорів: а) щодо приватизації майна (поруч із цим, ч. 12 ст. 26 Закону України «Про приватизацію державного і комунального майна» [211] передбачає, що за згодою сторін у договорі купівлі-продажу об'єкта приватизації може передбачатися можливість вирішення спорів, що виникають між продавцем та покупцем у зв'язку з договором купівлі-продажу об'єкта приватизації чи на його підставі, в міжнародному комерційному арбітражному суді); б) спорів у сфері конкуренції, зокрема щодо неправомірного використання позначень або товару іншого виробника; копіювання зовнішнього вигляду виробу; збирання, розголошення та

використання комерційної таємниці. Зазначається також, що потенційно арбітрабельними стануть, насамперед, контрактні спори щодо порушення норм конкурентного законодавства, застосовного до окремих контрактних положень, або спори щодо збитків, спричинених порушенням конкуренційного законодавства, яке вже встановлене компетентним антимонопольним органом [161]; в) спорів, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні договорів про публічні закупівлі.

Не вдаючись до надмірної деталізації наведених положень, а також попри розширення переліку неарбітрабельних спорів та винятків з закріплюваних правил, за новою редакцією ГПК України, формулювання окремих положень ст. 22 Кодексу викликає запитання. Так, не зрозуміло, що законодавець мав на увазі під «цивільно-правовими аспектами» спорів щодо приватизації майна, у сфері конкуренції та стосовно договорів про публічні закупівлі. Аналіз останньої практики господарських судів щодо застосування ст. 22 ГПК України також не дає відповідей. Незважаючи на те, що законодавча інтенція на розширення меж арбітрабельності спорів в означених категоріях справ є очевидною, проблематичними є тлумачення та визначення в рамках конкретних правовідносин їх «цивільно-правових аспектів», навіть за можливості встановлення в конкретній справі змісту таких аспектів та їхнього взаємозв'язку з некомерційною стороною правовідносин (яка відповідно є неарбітрабельною), яким чином вирішувати, чи не впливатиме розгляд цивільно-правових аспектів справи в арбітражному порядку загалом на відносини у сферах приватизації чи конкуренції, що не можуть передаватись в арбітраж? Чи не зможе це в майбутньому вплинути на визнання та приведення до виконання арбітражного рішення з досліджуваних питань у рамках української юрисдикції?

Також потребує уточнення зіставлення визнання ГПК України арбітрабельності лише цивільно-правових аспектів спорів щодо приватизації майна з приписами цитованої вище норми ч. 12 ст. 26 Закону України «Про приватизацію державного і комунального майна», згідно з якою арбітрабельними є всі спори, що виникають між продавцем та покупцем у зв'язку з договором

купівлі-продажу об'єкта приватизації чи на його підставі. Чи не створюється таким чином колізія між положеннями нормативно-правових актів?

Слід погодитись з позицією щодо неправильності віднесення до положень, що визначають неарбітрабельність спорів [241, с. 138], норми ст. 77 Закону України «Про міжнародне приватне право», якою встановлюються категорії справ з іноземним елементом, чия підсудність судам України є виключною. Предмет та спрямованість правового регулювання цієї статті відмінні від положень про неарбітрабельність спорів, визначаючи виключну підсудність справ судам України, а не іноземної держави. Я. Петров з цього приводу відзначає, що ст. 77 Закону України «Про міжнародне приватне право» не застосовується до арбітражу і не перешкоджає розгляду відповідних спорів в арбітражному порядку [166] *(за умови відповідності їх критеріям об'єктивної арбітрабельності, закріпленим уже відповідними проаналізованими нами вище нормами права – В.Н.)*.

Натомість, у судовій практиці є приклади паралельного застосування ст. 77 Закону України «Про міжнародне приватне право» та норм законодавства України щодо визначення арбітрабельності спорів, що суперечить змісту та меті ст. 77 Закону України «Про міжнародне приватне право» [186; 255; 180]. Ще більше запитань викликають посилання судів на норми ст. 77 цього Закону на обґрунтування неарбітрабельності предмета спору, застосовуючи положення про виключну підсудність українським судам. Так, у постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі за № 907/930/15 від 17 березня 2020 року зазначається: *«З огляду на встановлені обставини, враховуючи положення ст. 30 ГПК України, ст. 77 Закону України «Про міжнародне приватне право» та п. 3 ст. 4 Угоди про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, позов АТ «Sotra Holding AG» (іноземне товариство) про визнання за ним права власності на нерухоме майно, яке знаходиться та зареєстроване в Україні, подається в порядку застосування правил виключної підсудності до господарського суду України і не може за згодою сторін передаватись на розгляд до міжнародного*

комерційного арбітражу, тобто є неарбітрабельним» [177]. Ґрунтуючись на описаних вище позиціях, вважаємо це обґрунтування таким, що суперечить букві та духу ст. 77 Закону України «Про міжнародне приватне право», тоді як норми, що визначають арбітрабельність спорів за українським законодавством, до уваги судом у цій справі невивиправдано не беруться. Також судом помилково поширено на порядок розгляду і вирішення спору арбітражним судом правила територіальної підсудності, що встановлюються господарським законодавством та відповідними нормами Закону України «Про міжнародне приватне право» (зокрема, ст. 77) лише щодо компетенції державних судів.

Отже, проведена у нормах чинного ГПК України межа між арбітрабельними та неарбітрабельними спорами, порівняно з попереднім регулюванням цього питання, є більш детальною та конкретною. Увагу було приділено й низці спорів, питання арбітрабельності яких тривалий час знаходили неоднозначні та суперечливі відповіді в судовій практиці. До таких варто віднести, насамперед, корпоративні спори, що виникають із договору та які можуть передаватись на розгляд арбітражу на підставі арбітражної угоди, укладеної між юридичною особою та всіма її учасниками. Системний аналіз положень ст. 20 і ст. 22 ГПК України також дозволив окремим авторам дійти висновку про арбітрабельність спорів, що виникають з правочинів щодо акцій, часток, паїв, інших корпоративних прав у юридичній особі, оскільки передбачена п. 4 ч. 1 ст. 20 Кодексу вказана категорія спорів не закріплюється в ч. 1 ст. 22 ГПК України як неарбітрабельна [276]. Позитивними зрушеннями також варто вважати віднесення до арбітрабельних спорів, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні договорів про публічні закупівлі та окремих спорів у сфері конкуренції.

Ще наприкінці минулого століття спостерігались тенденції поширення проарбітражного підходу, що характеризується діяльністю арбітражних та державних судів все частіше визнавати спори з іноземним елементом арбітрабельними, ніж десять чи п'ятнадцять років тому [484, с. 373]. Безперечно, з того часу ця тенденція лише посилилась, у тому числі й щодо низки відносно

молодих, зважаючи на стан розвитку міжнародного комерційного арбітражу юрисдикцій, зокрема й України. Свідченням останнього є процесуальна реформа 2017 року, наслідком якої стало як детальніше окреслення меж арбітрабільності спорів за українським законодавством, так і розширення категорій спорів, що можуть передаватись на розгляд на вирішення в міжнародний комерційний арбітраж, включно з деякими категоріями корпоративних спорів, спорів у сфері конкуренції та спорів, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні договорів про публічні закупівлі.

2.3.4 Інші передумови арбітражу

Склад арбітражу та його формування. Однією з основних процесуальних передумов розгляду спору міжнародним комерційним арбітражем є формування його складу, адже доти, доки арбітраж не сформовано, розгляд спору не може бути розпочато. Тому сторони повинні призначити (номінувати) арбітрів, які, у свою чергу – прийняти таке призначення, а разом з ним – мандат щодо постановлення рішення, яке матиме для сторін остаточний характер та буде обов’язковим до виконання. Право на формування складу арбітражу належить до основних прав сторін спору, яке впливає з правової природи арбітражу та автономії волі сторін. Здійснення вказаного права в межах процедури арбітражного розгляду дозволяє сторонам: 1) визначити кількість арбітрів, які розглядатимуть спір; 2) визначити порядок формування складу арбітражу; 3) встановити вимоги до кваліфікації арбітрів (освіти, практичного досвіду тощо); 4) сформулювати додаткові вимоги до процедури обрання арбітра (наприклад, проведення інтерв’ювання потенційного арбітра). Визначення кількості арбітрів, як правило, здійснюється сторонами в арбітражній угоді, де вони можуть про це прямо зазначити. На цей випадок провідні арбітражні центри пропонують сторонам використовувати стандартні або типові арбітражні угоди, куди одним із пунктів включено положення про кількість арбітрів. Так, згідно з типовим арбітражним застереженням, рекомендованим Міжнародним комерційним арбітражним

судом при Торгово-промисловій палаті України (МКАС при ТПП України), передбачено положення: «Арбітражний суд складається з одноосібного (або трьох) арбітра (арбітрів)». Аналогічні положення містяться в рекомендованих арбітражних застереженнях Міжнародного арбітражного суду Міжнародної торгової палати (ICC) (Арбітражний суд ICC), Арбітражного суду Торгової палати Стокгольму (SCC) (Арбітражний суд SCC), Віденського міжнародного арбітражного центру (VIAC) та інших. Вибір кількості арбітрів залежить від різних факторів: розміру і характеру спору, його складності, характеру відносин між сторонами спору тощо. Водночас вибір одноосібного арбітра, як і трьох, має свої переваги та недоліки. З одного боку, вирішення спору у складі одноосібного арбітра є більш економним, гнучким та швидким способом, з іншого – один арбітр може часто не мати необхідної для вирішення спору кваліфікації, не володіти мовою однієї зі сторін спору або ж обсяг роботи, яку потрібно здійснити щодо вивчення та перевірки доказів, показів свідків, експертів, є досить значним як для однієї особи. У таких випадках склад арбітражу з трьох арбітрів має явні переваги. Варто також мати на увазі, що у випадку формування арбітражу в складі трьох арбітрів кожна сторона отримує право номінувати арбітра від свого імені, що дозволяє забезпечити збалансованість процесу та врахувати при формуванні складу арбітражу його культурні, мовні, фахові та інші особливості. Більше того, номінування арбітрів кожною зі сторін дозволяє арбітражу досягти правильного, більш цілісного та повного розуміння спору з позиції обох сторін. На випадок, коли сторони в арбітражній угоді не визначили кількість арбітрів, національні арбітражні акти та регламенти постійно діючих арбітражних інститутів містять спеціальні положення щодо кількості арбітрів та порядку їх призначення. Більшість національних та інституційних актів передбачають склад арбітражу в кількості одного або трьох арбітрів. При цьому у правилах часто зазначається, що, незалежно від кількості арбітрів, вони є складом арбітражу. Так, згідно з п. 5.8 Арбітражного правил LCIA визначено: «Якщо інше не погоджено сторонами у письмовій формі або Суд ЛМТС не вирішить, що з урахуванням обставин, які

склалися, слід призначити склад з трьох арбітрів (або у виключних випадках більш ніж три арбітри), призначається один арбітр». Схожі положення містяться й у ч. 2 ст. 12 Арбітражного регламенту ICC, ч. 2 ст. 25 Арбітражних правил Китайської міжнародної економічної та торговельної комісії (CIETAC). Натомість, відповідно до арбітражних регламентів МКАС при ТПП України, VIAC (Віденські правила), SCC у разі відсутності домовленості сторін щодо кількості арбітрів спір розглядається та вирішується у складі трьох арбітрів. З цього приводу потрібно відзначити, що останні тенденції свідчать про відхід провідних арбітражних центрів від автоматичного формулювання положень щодо трьох арбітрів у імперативному порядку в разі відсутності домовленості сторін про одного арбітра. Більшість арбітражних інститутів супроводжують положення про кількість арбітрів вказівкою на складність вирішуваної справи та обставини конкретної справи. Наприклад, відповідно до ст. 12 Арбітражного регламенту SCC: «За відсутності домовленості сторін про кількість арбітрів склад арбітражу повинен бути сформованим у складі трьох арбітрів, якщо правління, беручи до уваги складність справи, розмір позовних вимог та інші обставини, не вирішить, що спір має бути вирішено одноосібним арбітром» [304]. Порядок формування складу арбітражу визначається кількістю арбітрів. За загальним правилом, у випадку, коли склад арбітражу включає одноосібний розгляд спору, то сторони повинні визначити такого арбітра шляхом взаємного погодження його особи. Таке погодження на практиці здійснюється або через пряму вказівку в арбітражній угоді (переважно при формуванні *ad hoc* арбітражу), або шляхом надсилання позивачем повідомлення про арбітраж відповідачу, в якому зазначається особа потенційного арбітра, або на основі окремої домовленості сторін шляхом обміну листами. Часто на практиці трапляються також надсилання позивачем відповідачу списку з трьох – чотирьох осіб потенційних арбітрів, з яких останній обирає одного. У разі погодження пропонуваної особи відповідач у відповіді на повідомлення про арбітраж або окремо в листі вказує про свою згоду, про що одразу інформується секретаріат арбітражу. Загальне правило призначення складу арбітражу в

кількості трьох осіб передбачає, що кожна сторона призначає по арбітру, які, у свою чергу, обирають третього арбітра – головуючого, або ж такий головуючий призначається (обирається) компетентним органом. Залежно від держави місця арбітражу таким органом може бути суд (Арбітражний регламент ICC, Швейцарські правила міжнародного арбітражу), президент (голова) торгової палати (МКАС при ТПП України), правління (президія) торгової палати (Віденські правила, Арбітражний регламент SCC) генеральний секретар Постійно діючого третейського суду в Гаазі (Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ (2010) тощо. Водночас національними законами та регламентами арбітражних установ часто встановлюються відмінності щодо порядку формування складу арбітражу. Так, згідно з ч. 1 ст. 17 Віденських правил при формуванні колегії арбітрів у складі з трьох осіб сторонам надається право вільно домовитися про метод призначення арбітрів. У разі відсутності такої домовленості сторонам надається 30 днів для висунення кандидатури арбітра та повідомлення секретаріату його ім'я, прізвища, адреси та контактних даних. Кандидатура головуючого обирається призначеними двома арбітрами протягом 30 днів з моменту повідомлення останніх, про що одразу інформується Генеральний секретар. Відповідно до Арбітражного регламенту SCC строк для погодження одноосібного арбітра або висунення кандидатури арбітра до складу арбітражу з трьох осіб складає 10 днів. На відміну від вказаного загального правила, головуючий складу арбітражу призначається правлінням SCC. У випадку недосягнення сторонами консенсусу щодо кількості, порядку призначення, методу обрання арбітрів арбітражними регламентами постійнодіючих арбітражів визначається, що такі рішення приймаються компетентним органом. Також потрібно пам'ятати і про особливості формування складу арбітражу у випадку, коли має місце багатосторонній арбітраж (*multy-party arbitration*), де сторонам зазвичай пропонується висунути по арбітру або ж обрати одного арбітра від групи позивачів та одного арбітра від групи позивачів. Як зазначалось, однією з переваг арбітражу є те, що сторони можуть обирати арбітра, адже значною мірою саме цим зумовлений

успіх арбітражного способу вирішення спорів, коли сторони можуть обрати компетентного фахівця із практичним досвідом часто у вузьких, спеціалізованих питаннях. До уваги зазвичай береться професійна кваліфікація та практичний досвід арбітра. Як правило, такі вимоги встановлюються до голови складу арбітражу або у випадку, коли розгляд спору передбачається одноосібним арбітром. Звісно, сторони враховують це також при виборі потенційного арбітра зі списку рекомендованих арбітрів, який має більшість арбітражних установ. У технічних спорах, наприклад, сторони можуть погодити (або прямо в арбітражній угоді, або врахувати при призначенні одного з арбітрів), що арбітром повинен бути інженер або особа, яка має кваліфікацію бухгалтера, або ж міжнародний юрист з досвідом участі в таких спорах. Іноколи сторони можуть зазначати громадянство арбітра, або навпаки, з метою забезпечення неупередженого вирішення спору, виключити арбітрів з певним громадянством з числа потенційних арбітрів. Також часто трапляються вимоги до володіння мовою арбітра, наявності досвіду вирішення спорів відповідно до обраного сторонами регламенту тощо. Сучасна практика призначення арбітрів (особливо у складних спорах із участю багатьох сторін на основі кількох пов'язаних контрактів) часто включає попереднє інтерв'ювання потенційних арбітрів. Таке інтерв'ювання спрямоване на встановлення і деталізацію окремих аспектів його професійної кваліфікації, кількість та характер спорів, які довелося особі вирішувати як арбітру або ж брати участь у їх вирішенні як представника чи експерта з питань права. Важливо також мати на увазі, що інтерв'ювання дозволяє виявити характер відносин потенційного арбітра зі сторонами конкретного спору, відсутність (чи наявність) конфлікту інтересів, отримати перше уявлення про його особистісні якості (організованість, комунікабельність, переконливість), рівень володіння мовою (мовами) тощо. Більш детально про інтерв'ювання арбітра можна дізнатись із керівних принципів № 16 «Інтерв'ювання потенційних арбітрів», розроблених Королівським інститутом арбітрів (CIArb) [598]. Під час призначення арбітра як одноосібного, так і у складі арбітражу сторонам важливо розуміти, що він не є

їх представником і не діє від їхнього імені. Навпаки, як тільки потенційний або вже призначений арбітр встановить, що мають (чи мали) місце обставини, які заважають бути йому незалежним від сторін та зберігати свою неупередженість у справі, він має повідомити про це сторони та секретаріат. Нейтралітет арбітра є одним із засадничих принципів діяльності арбітра в міжнародному комерційному арбітражі, і саме на ньому ґрунтується весь арбітражний розгляд. В останні роки проблема незалежності та неупередженості є широко обговорюваною в арбітражних колах. Це пов'язано з тим, що інтереси багатьох великих корпорацій, міжнародних юридичних фірм, які обслуговують транснаціональні компанії, переплітаються при вирішенні спорів. Уже типовою стала ситуація, коли арбітру заявляється відвід на тій підставі, що він працює (чи працював) у компанії, яка обслуговує (чи обслуговувала) одну зі сторін. З метою попередження конфлікту інтересів Міжнародною асоціацією юристів у 2004 році розроблено Керівні принципи (стандарти) щодо конфлікту інтересів у міжнародному арбітражі, які були переглянуті у жовтні 2014 року [597]. Основний принцип передбачає, що кожний арбітр повинен бути неупередженим та незалежним від сторін на момент надання згоди на призначення його арбітром і повинен залишатися таким протягом усього арбітражного розгляду до винесення остаточного рішення чи остаточного припинення арбітражного розгляду з інших підстав. На основі судової та арбітражної практики робочою групою з підготовки Керівних принципів запропоновано три переліки ситуацій, які так чи інакше стосуються конфлікту інтересів. Червоний перелік (*red list*) стосується випадків, які залежно від обставин конкретної справи викликають сумніви в неупередженості та незалежності арбітра. Оранжевий перелік (*orange list*) передбачає вичерпний перелік випадків, які залежно від обставин конкретної справи можуть викликати сумніви в неупередженості та незалежності арбітра. Зелений перелік (*green list*) стосується ситуацій, де об'єктивно конфлікту інтересів не існує, а тому арбітр не повинен розкривати інформацію про наявність таких обставин. У разі виявлення конфлікту інтересів, коли арбітр не відповідає вимогам, встановленим сторонами, йому

може бути заявлено відвід. Таке право зберігається за сторонами протягом усього часу розгляду справи, крім випадку, коли сторона втрачає таке право у зв'язку із тим, що після виникнення обставин, які давали їй підстави сумніватись у незалежності чи неупередженості арбітра, вона без невиправданої затримки не заявила про такі обставини і продовжувала брати участь у розгляді справи (ст. 4 Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж). Крім відводу, арбітр також може втратити здатність до виконання своїх функцій у зв'язку із неможливістю виконання останніх. Більшість арбітражних законів та регламентів з цього приводу містить чіткі положення. Так, відповідно до ст. 14 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» у разі, коли арбітр юридично або фактично виявляється неспроможним виконувати свої функції або невиправдано довго не виконує їх з інших причин, його мандат втрачає чинність, якщо арбітр бере самовідвід або сторони домовляються про припинення мандата [209].

Право, застосовуване до вирішення спору. Говорячи про право, застосовуване до вирішення спору, не можна не згадати думку відомих фахівців у галузі міжнародного комерційного арбітражу А. Редферна та М. Хантера стосовно того, що спір, який передається на розгляд і вирішення міжнародного комерційного арбітражу, не знаходиться у правовому вакуумі [554, с. 75–76]. На сьогодні в арбітражній практиці прийнято виділяти низку систем правових норм, які застосовуються (або можуть застосовуватися) арбітрами в ході розгляду і вирішення спору:

- 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 арбітражної угоди;
- право, застосовуване до арбітражного розгляду (процесуальне право);
- право, що застосовується до сутності спору або на підставі якого вирішується спір;

– право, яке застосовується під час визнання та приведення до виконання арбітражного рішення.

Надалі ми будемо детально аналізувати положення кожної з приведених систем права. У цій частині роботи відзначимо, що встановлення застосовуваного права є чи не найважливішим питанням, від якого безпосередньо залежить як сам арбітражний процес, так і правові наслідки арбітражного розгляду спору та, зрештою, можливість визнання і приведення до виконання постановленого арбітражного рішення. На відміну від вирішення спору в державних судах, де лише національне право врегульовує відносини, арбітраж часто має справу з нормами різного національного походження та різної правової природи, а інколи взагалі функціонує поза межами будь-якої з відомих правових систем. Наявність такої кількості різних систем правових норм, з одного боку, перетворює арбітраж на складний інструмент вирішення спорів, а з іншого, – дозволяє детально врегулювати різні аспекти арбітражного розгляду, впроваджуючи при цьому високий рівень юридичної техніки постановлених рішень, а відповідно – і їхню якість. Саме тому чисельність прийнятих до виконання в Україні в останні роки іноземних арбітражних рішень сягає 90 % [254], що є надзвичайно високим показником. Стверджуючи про застосовуване право (*applicable law*), передусім потрібно мати на увазі, що під цим терміном у теорії та практиці міжнародного комерційного арбітражу прийнято розуміти право, що застосовується до сутності спору (*substantive law*), на відміну від права, що застосовується до процедури розгляду і вирішення спору (*procedural law*). Щодо права, яке застосовується до сутності спору або на підставі якого вирішується спір, то ним є матеріальне право, положення якого застосовуються складом арбітражу для встановлення прав та обов'язків у спірних правовідносинах. Арбітражні правила та практика зазвичай дозволяють сторонам арбітражної угоди вибрати матеріальне право, про що сторонам пропонується прямо зазначити в типових арбітражних застереженнях, рекомендованих постійно діючими арбітражними центрами. У зв'язку з цим, потрібно розмежовувати право, яке застосовується до правовідносин між

сторонами, та право, яке застосовується до врегулювання спору, який виникає з таких правовідносин. За загальним правилом, у разі укладення контракту, частиною якого є арбітражне застереження, в ньому зазначається, що «матеріальним правом, яке регулює цей контракт, є право ...» відповідної країни чи інша система права, якій сторони бажають підпорядкувати свої правовідносини. Такі положення на сьогодні можна знайти в рекомендованих арбітражних застереженнях більшості арбітражних центрів світу. Як відомо, в основі правовідносин між сторонами є контракт, частиною якого є арбітражне застереження. А тому всі положення цих угод, якщо вони не суперечать імперативним нормам права та відповідному публічному порядку, можуть застосовуватись до вирішення спору. Тому при вирішенні питання про право, яке застосовується до вирішення спору, слід передусім звертатись до змісту контракту. У цьому випадку прийнято говорити про те, що сторони в контракті здійснили вибір застосовуваного права, яке для складу арбітражу є основоположним при вирішенні спору. І лише в разі, коли такий вибір буде визнано недійсним або таким, що не охоплює всі правовідносини, які потребують врегулювання, арбітри субсидіарно можуть вдаватися до визначення матеріального права, яке може бути застосоване до сутності спору. У тих випадках, коли склад арбітражу застосував право, щодо якого сторони не здійснювали вибір всупереч дійсним положенням контракту про вибір застосовуваного права, арбітраж виходить за межі повноважень, наданих йому сторонами, що є підставою для скасування рішення. При цьому, варто мати на увазі, що не буде вважатись виходом за межі компетенції застосування права іншого, ніж те, що сторони обрали в контракті, якщо застосування обраного сторонами матеріального права призведе до скасування арбітражного рішення чи відмови в його визнанні та виконанні через порушення антиконкурентного права чи стосується спорів, які є неарбітрабельними [239]. У цьому випадку, з метою забезпечення принципу остаточного характеру рішення арбітражу та можливості його виконання, арбітри повинні мотивовано відійти від вибору сторін та вдатись до застосування іншого права, ніж те, що погоджено

сторонами. Слід мати на увазі, що більшістю арбітражних актів передбачається, що угоди сторін про вибір права слід розуміти як такі, які стосуються матеріального права відповідної країни, а не колізійного (ч. 1 ст. 41 Регламенту МКАС при ТПП України, ч. 2 ст. 23 Арбітражного регламенту SCC та ін.). Сторони вільні у виборі матеріального права, застосовуваного до контракту та до вирішення спору. З цього приводу регламенти окремих арбітражних центрів, переглянуті протягом останніх років, містять положення, що склад арбітражу застосовує не лише «норми права» чи «закони», а «право чи норми права», визначені сторонами, застосовуваними до сутності спору (п. 22.3 Арбітражних правил LCIA). На сьогодні це надзвичайно важливе положення, так як дозволяє сторонам обрати як застосовуване не лише матеріальне право окремої країни, але й будь-яке інше право, яке не пов'язане із окремою країною. Такими є, наприклад, Принципи УНІДРУА, правила ІНКОТЕРМС[®][422], норми *lex mercatoria*, положення права Європейського Союзу, принципи міжнародного публічного права, звичаї міжнародного ділового обороту. При цьому на практиці часто застосовується комбінований підхід, коли норми національного права, обраного сторонами, застосовуються складом арбітражу разом із загальновизнаними принципами і звичаями ділового обороту. Метою такого підходу є подолання прогалів, які часто існують у матеріальному праві країн. Подібний підхід відображено у ч. 4 ст. 41 Регламенту МКАС при ТПП України, за яким «у всіх випадках склад Арбітражного суду приймає рішення відповідно до умов договору, міжнародних конвенцій із урахуванням торговельних звичаїв, які стосуються цього договору». У разі відсутності угоди сторін про вибір застосовуваного права склад арбітражу застосовує право, яке він вважає найбільш відповідним. Це стандартне положення міститься у ч. 1 ст. VII Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р. та в більшості арбітражних регламентів, і воно встановлює дискрецію складу арбітражу щодо визначення (на відміну від вибору) застосовуваного права. Визначення права здійснюється на основі переконання складу арбітражу щодо того, яке право чи які правові норми є такими, що найбільш адекватно

врегульовують спірні правовідносини між сторонами. У теорії і практиці арбітражу основними підходами до визначення застосовуваного права є:

- непрямий (колізійний) метод визначення застосовуваного права (*indirect approach*);
- прямий метод визначення застосовуваного права (*direct approach*);
- застосування спеціальних колізійних норм [8, с. 531].

Непрямий (колізійний) метод визначення застосовуваного права у практиці міжнародного комерційного арбітражу сформувався одним із перших і був поширеним у світі до 60-х років XX століття. Його сутність полягає в тому, що при вирішенні спорів застосовуються: а) колізійні норми місця арбітражу; б) колізійні норми, які арбітраж вважає найбільш прийнятними. Підхід на основі колізійних норм місця арбітражу (а) на сьогодні все ще характерний для окремих країн колишнього соціалістичного табору (Російська Федерація, Казахстан, Білорусь, Україна) та окремих країн з міцними традиціями жорсткого колізійного регулювання (Угорщина, Норвегія, Англія – до 1996 року). Беззаперечною перевагою цього методу є те, що застосування колізійних норм місця арбітражу сприяє правовій визначеності та передбачуваності у визначенні права, застосовуваного до регулювання спору, переданого на розгляд арбітражу. З іншого боку, застосування колізійних норм, які склад арбітражу вважає найбільш прийнятними (б), дозволяє арбітражу з урахуванням конкретних обставин справи вдатися до застосування колізійних норм кількох правопорядків або ж більш гнучко підійти до питання, застосувавши загальні принципи колізійного регулювання чи право країни, з якою спір має найбільш тісний зв'язок. Такі методи дозволяють з урахуванням конкретних обставин справи здійснити пошук матеріального права на основі найбільш придатних інструментів, зважаючи на очікування сторін та їх прагнення підпорядкувати правовідносини певному правопорядку чи праву. Прямий підхід визначення застосовуваного права сформувався як рефлексія на критику непрямого підходу, особливо методу застосування колізійних норм, які склад арбітражу вважає найбільш придатними. З метою подолання

розбіжностей арбітражу під час постановлення судових рішень, пропонувалось вдаватися одразу до застосування матеріальних норм, оминаючи застосування колізійних норм. Уперше на нормативному рівні такий підхід був запроваджений у ст. 1496 ЦПК Франції [384]. На сьогодні він імплементований у положеннях арбітражних регламентів ICC, SCC, LCIA й отримує все більше поширення на практиці. Зміст цього способу визначення права полягає в тому, що арбітри безпосередньо застосовують положення матеріального права без звернення до колізійних норм. Водночас враховуючи процесуальну рівність сторін у процесі, арбітри при застосуванні цього способу не оцінюють результат застосування тієї чи іншої норми матеріального права. Навпаки, склад арбітражу при застосуванні прямого підходу намагається обрати найбільш придатне матеріальне право. Критеріями визначення при цьому стають основна мета, завдання та принципи, визначені доктриною і практикою, а також справедливі очікування сторін та їхні гіпотетичні наміри [239]. Застосування спеціальних колізійних норм, створених для потреб вирішення спорів у міжнародному комерційному арбітражі, здійснюється шляхом формулювання в національному колізійному праві конкретних норм, які використовуються складом арбітражу у випадку, коли виникає необхідність визначити право, яке застосовується до вирішення спору. Наприклад, відповідно до ст. 187 (1) Закону Швейцарії про міжнародне приватне право передбачається: «Арбітраж вирішує справу відповідно до права, обраного сторонами, або за відсутності такого відповідно до права, з яким справа має найбільш тісний зв'язок» [591]. Важливе значення у міжнародному комерційному арбітражі має також вирішення спору із застосуванням загальних принципів права. Так, більшістю арбітражних регламентів та законів передбачається можливість вирішення спору на основі загальних принципів права або принципів добра і справедливості. Так, ч. 3 ст. 41 Регламенту МКАС при ТПП України передбачає, що склад арбітражного суду приймає рішення *ex aequo et bono* або як «дружній посередник» (*amiable compositeur*) лише в тому разі, коли сторони прямо уповноважили його на це. Аналогічна норма міститься у п. 22.4 Регламенту LCIA: «Арбітраж

повинен застосувати до сутності спору положення, які випливають з принципів добра і справедливості, дружнього посередника чи справедливості, якщо сторони домовляться про це в письмовій формі [...]». Випадки вирішення спорів на основі *ex aequo et bono* або як «дружній посередник» доволі непоодинокі у практиці арбітражів. Більше того, досить часто такий варіант вибору застосовуваного права є найбільш вдалим для сторін у випадку, коли обране право, якому вони підпорядкували дію контракту з певних причин, не може бути застосоване. Застосування такого права допускається на будь-якому етапі арбітражного розгляду до моменту постановлення рішення, що повинно бути прямо погоджено сторонами. Окремо слід виокремити питання встановлення права, застосовуваного до арбітражної угоди. Як зазначалось вище, арбітражна угода є договором, дійсність якого не залежить від дійсності основного договору. Зважаючи на це, вибір права, застосовуваного до контракту, не означає автоматичного вибору права, яке застосовується до арбітражної угоди. Це застереження має важливе значення, так як саме на основі права, яке застосовується до арбітражної угоди, встановлюється її дійсність та обов'язковість для сторін. Слід відзначити, що до права, застосовуваного до арбітражної угоди, встановлюються такі ж правила вибору права сторонами, як і до застосовуваного матеріального права. Загальне правило передбачає, що сторони можуть обрати право, яке врегульовуватиме дійсність арбітражної угоди. Такі положення передбачені Законом Швеції «Про арбітраж», в Арбітражному регламенті LCIA та інших актах. Вибір права, застосовуваного до арбітражної угоди сторонами, не є безмежним, так як він повинен узгоджуватись із дією імперативних норм країни місця арбітражу (п. 16.4 Регламенту LCIA). Водночас за відсутності вибору права, застосовуваного до арбітражної угоди, як правило, здійснюється застосування права країни місця арбітражу, що випливає з пп. «а» п. 1 ст. V Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж. Важливе значення також має право, яке врегульовує право сторін на укладення арбітражної угоди. Таким правом, за загальним правилом, є право країни, де сторона арбітражної угоди має місце

проживання, перебування чи право країни, громадянином якої вона є. Щодо права, яким визначається арбітрабельність спору, необхідно відзначити, що його визначення є досить складним питанням і часто залежить від обставин справи та від того, хто вирішує питання щодо арбітрабельності спору. За загальним правилом, у випадку вирішення питання про компетенцію суду в разі, коли одна зі сторін оспорує юрисдикцію арбітражу щодо вирішення конкретного спору, питання арбітрабельності вирішуватиметься на основі закону суду (*lex fori*). Коли питання арбітрабельності вирішується самим арбітражем, використовується право, застосовуване до арбітражної угоди (обране сторонами чи визначене арбітражем) з урахуванням права місця арбітражу.

Місце і мова арбітражного розгляду. У практиці міжнародного комерційного арбітражу питання місця арбітражу має виключне значення. Це пов'язано з тим, що за своєю природою міжнародний комерційний арбітраж є наднаціональним способом вирішення спорів, не пов'язаним із жодним із правопорядків. Це дозволяє йому бути нейтральним щодо сторін та забезпечувати процесуальну рівність його учасників. З іншого боку, під час вирішення низки питань процесуального характеру (формування складу арбітражу за відсутності домовленості сторін, застосування запобіжних заходів тощо) арбітраж потребує певного правового зв'язку із відповідним правопорядком, який би дозволяв ідентифікувати модель арбітражного процесу та встановити процесуальні правила, за якими здійснюався розгляд і вирішення конкретного спору. Саме такий зв'язок і забезпечує поняття «місце арбітражу» (*seat of arbitration*), яке є юридичним критерієм, на основі якого визначається процесуальна модель арбітражного розгляду і з допомогою якого визначаються процесуальні правові норми відповідної країни, які застосовуються до арбітражного розгляду. Нью-Йоркська конвенція визначає це поняття таким чином: «Право, якому сторони цю угоду (арбітражну угоду – В. Н.) підпорядкували, а за відсутності такої вказівки – за правом країни, де рішення було винесене» (пп. «а» п. 1 ст. V). Отже, місцем арбітражу вважається країна (юрисдикція), за процесуальним правом якої здійснюється арбітражне

провадження (*lex arbitri*). Визначення місця арбітражу здійснюється сторонами у їхній арбітражній угоді шляхом зазначення: «Місцем арбітражу є право [назва країни]». Реалізуючи процесуальну свободу щодо вибору місця арбітражу, сторони повинні розуміти, на яке коло питань поширюється право місця арбітражу. Норми *lex arbitri* визначають такі питання, як: дійсність арбітражної угоди (за відсутності домовленості сторін спору про інше), наявність компетенції у складу арбітражу щодо вирішення спору, призначення арбітрів (у разі, коли сторони не можуть досягти згоди), докази та доказування, а також розкриття інформації, форми і дійсності арбітражного рішення, остаточності арбітражного рішення, об'єднання позовів (*consolidation*) у разі доцільності реалізації процесуальної співучасті або ж приєднання (*joinder*), забезпечувальні заходи, оспорювання арбітражного рішення тощо. Найбільше значення при цьому має той факт, що право місця арбітражу визначає так звану «національність» арбітражного рішення. Вказівка на місце арбітражу є обов'язковим реквізитом будь-якого арбітражного рішення, без якого таке рішення визнається недійсним. А тому вибір місця арбітражу на стадії підписання арбітражної угоди є важливим моментом, який визначає процесуальну модель арбітражного розгляду та прямо впливає на можливість визнання та приведення до виконання постановленого в рамках такого арбітражного розгляду рішення. У разі, коли сторони не зробили вибору місця арбітражу, арбітражні регламенти містять спеціальні положення, за якими місцем арбітражу є або країна фактичного місцезнаходження арбітражного центру, або таке місце визначається компетентним органом (ICC, SCC, Швейцарські правила). Для МКАС при ТПП України таким місцем є м. Київ, Україна (ч. 1 ст. 39 Регламенту МКАС при ТПП України), для VIAC – м. Відень (ст. 25 Віденських правил), для LCIA – м. Лондон (Англія) тощо. Варто відмітити, що сучасні тенденції формулювання положень щодо місця арбітражу включають дискреційні та широкі можливості для складу арбітражу гнучко підходити до визначення такого місця. Так, у ч. 2 ст. 1 Швейцарських правил прямо зазначено, що місце арбітражу може бути визначене сторонами або у

Швейцарії, або в будь-якій іншій країні. При цьому, якщо сторони не визначили місце арбітражу чи таке визначення є нечітким або неповним, Суд визначає місце арбітражу з урахуванням усіх обставин справи чи просить склад арбітражу зробити таке визначення (ч. 1 121 ст. 16 Швейцарських правил). Схожі положення містяться і в п. 16.2. Арбітражних правил LCIA. Наведені підходи відображають гнучкість до врегулювання питань місця арбітражу з тим, щоб у разі, коли вибір сторонами місця арбітражу є дефектним та не дозволяє застосувати право такого місця, арбітраж мав правові підстави для коригування такого вибору з урахуванням обставин справи. Від поняття «місце арбітражу» слід відрізняти місце фактичного здійснення арбітражного розгляду, які досить часто можуть не збігатися. Так, якщо на основі арбітражної угоди сторін про вирішення спорів МКАС при ТПП України місцем арбітражу є м. Київ, Україна, а в ході арбітражного розгляду з урахуванням національності сторін та необхідності проведення огляду товарів виникла потреба проведення слухання в іншій країні, склад арбітражу може прийняти рішення про проведення таких слухань поза місцезнаходженням МКАС при ТПП України. У такому разі фактичне місце (країна) проведення слухань та відповідне право не впливатимуть на застосовуване матеріальне та процесуальне право, якщо сторонами не погоджено інше. У практиці міжнародного комерційного арбітражу місце слухань (місце арбітражного розгляду, *place of arbitration, venue*), як правило, визначається місцем фактичного знаходження постійно діючого арбітражу. З цією метою в кожній арбітражній установі обладнано конференц-зали, зали слухань, де склад арбітражу має можливість здійснювати розгляд спору за участі інших учасників арбітражного розгляду. У разі проведення слухань у справі поза місцезнаходженням постійно діючого арбітражу для таких потреб орендуються відповідні приміщення або ж такі приміщення надаються однією зі сторін. Питання місця проведення слухань найбільш гостро постає у випадку організації *ad hoc* арбітражу, адже всі питання, пов'язані з адміністративним супроводом такого арбітражного розгляду, в тому числі забезпечення належного місця проведення слухань,

покладаються на склад арбітражу. Ще одним питанням, яке потребує чіткого визначення, є мова арбітражного розгляду. Сторони мають право домовитися про мову арбітражного розгляду. Вона є досить узагальненою категорією, адже йдеться не лише про мову слухань, але й мову письмових клопотань, процесуальних документів по справі, доказів та мову арбітражного рішення. На випадок відсутності домовленості сторін про мову арбітражні правила різних країн та регламенти арбітражних центрів містять спеціальні положення. Так, відповідно до ст. 20 Арбітражного регламенту ІСС, «за відсутності домовленості сторін мова або мови арбітражу визначаються складом арбітражу, враховуючи при цьому всі обставини, які стосуються справи, включаючи мову контракту». Аналогічні положення містяться у ст. 26 Віденських правил, ст. 21 Арбітражного регламенту SCC. Низка правил передбачає проведення арбітражного розгляду не однією, а двома мовами. У таких випадках варто визначити, які сфери використання у ході арбітражного розгляду кожної з мов, а також яка мова вважатиметься мовою початку арбітражного розгляду та мовою арбітражних слухань. Варто зазначити, що здійснення арбітражного розгляду двома мовами нашкоджується на низку труднощів суто технічного характеру, які вносять дезорганізованість в арбітражний процес. А тому до такого виду організації варто вдаватись у випадках, коли по-іншому арбітражний процес організовано бути не може. Окремі положення арбітражних регламентів стосуються також перекладів документів. Так, відповідно до ч. 3 ст. 40 Регламенту МКАС при ТПП України «МКАС вправі вимагати, щоб будь-які заяви і документальні докази супроводжувались перекладом на мову чи мови, щодо яких сторони домовились чи які визначені МКАС». Схожі норми містяться й у Швейцарських правилах, однак з тією відмінністю, що у правилах більш деталізовано, щодо яких документів може вимагатись переклад (ч. 2 ст. 17 Швейцарських правил).

Докази. Питання доказів та доказування в міжнародному комерційному арбітражі засновується на базовому принципі – сторони самі повинні забезпечити збір доказів, у т.ч. визначитись із необхідністю залучення свідків, що підтвердять

документи, на яких засновується їхня позиція, та порядку їх подачі. Щоправда, в частині подання доказів склад арбітражу зазвичай встановлює на свій розсуд порядок та граничні строки подання доказів, а також вирішує, які докази і як їх розглядати, якщо сторони не домовились про інше. Під доказами в міжнародному комерційному арбітражі слід розуміти відомості про обставини, на які посилаються сторони спору і які мають значення для його вирішення. Такі обставини, залежно від застосовуваного права, можуть підтверджуватись різними засобами. Серед найбільш поширених – письмові докази або документи (як на матеріальних, так і на електронних носіях, у т. ч. аудіо- та відеозаписи), покази свідків, експертів, речові докази, огляд місця, товарів, приміщень та інші засоби. Документи, як докази, є найбільш часто використовуваними засобами доказування вимог та заперечень сторін. Зокрема, згідно з регламентами більшості арбітражних установ світу арбітражний розгляд розпочинається надсиланням стороною позову вимоги про арбітраж, де міститься інформація про факт порушення прав та інтересів сторони, а також наводиться перелік документів, які обґрунтовують право на звернення за захистом порушених прав, копії яких додаються до позовної заяви. У відзиві на позовну заяву (запереченні) чи зустрічному позові відповідач так само має змогу обґрунтувати свої вимоги чи спростування із посиланням на первинні документи (договори, довідки, рахунки, декларації, сертифікати походження, якості, ліцензії, дозволи тощо). На відміну від провадження в національних судах, під час розгляду спору в порядку міжнародного комерційного арбітражу немає вимог щодо обов'язкового засвідчення копій оригіналів або легалізації в інший спосіб, крім випадків, коли сторони встановили таку вимогу або щодо цього є вимога складу арбітражу. Тому вважається, що поданий стороною документ є автентичним та дійсно відповідає оригіналові документа, поки не буде доведено інше. У випадку, коли дійсність документа ставиться під сумнів, арбітраж з власної ініціативи або ініціативи сторін (сторони) може призначити експертизу документа. На сьогодні документи подаються в різних формах: як у письмовій, так і на дисках, флеш накопичувачах, шляхом надсилання електронною поштою тощо. Усе це сприяє гнучкості арбітражного розгляду, його ефективній організації. Водночас подання

доказів у електронній формі на сьогодні займає важливе місце у доказуванні в міжнародному комерційному арбітражі та значно зросло за обсягом. У зв'язку з цим, електронні докази прийнято виділяти в окремий вид засобів доказування, які залежно від інформації, яка міститься в таких електронних засобах, може кваліфікуватись як письмовий, речовий, аудіо- чи відеодоказ. На сьогодні низкою арбітражних інституцій розроблено та впроваджено спеціальні рекомендації щодо використання електронних доказів у арбітражному процесі. Так, у 2012 році Арбітражною комісією Міжнародної торгової палати (ICC) було схвалено звіт з організації розгляду електронних документів [563]. Значну увагу електронним доказам приділено і у Правилах Міжнародної асоціації юристів з отримання доказів у міжнародному арбітражі (переглянутих у 2010 році) [412]. Водночас низка проблем у поданні письмових (у т.ч. електронних) доказів може виникати, коли такі документи знаходяться у третіх осіб, адже склад арбітражу не має повноважень витребувати такі документи в примусовому порядку. Однак у окремих країнах (Великобританія, США) такі особи можуть викликатись на слухання, і державні суди сприяють їх участі у процесі, в тому числі шляхом примусового приводу. Схожа норма міститься і в п. 5 ст. 52 Регламенту МКАС при ТПП України, за якою склад арбітражного суду чи сторона за згодою складу арбітражу можуть звернутися до компетентного суду з проханням в отриманні доказів. Покази свідків у міжнародному комерційному арбітражі використовуються у двох формах: письмовій, коли покази свідка фіксуються у письмовій формі на паперових чи електронних носіях (*witness statement*), та усній, коли свідки надають особисті пояснення у процесі арбітражного розгляду. Необхідність доказування з допомогою показів свідків залежить від багатьох факторів, серед яких – неможливість доказування певних обставин інакше, як з допомогою показів свідків, наявність обставин, щодо яких у процесі вимагається деталізація, необхідність усунути неузгодження у матеріалах справи, у т.ч. із застосуванням перехресного опитування. Потрібно наголосити, що в міжнародному комерційному арбітражі покази свідків як засіб доказування вимагає досить серйозної підготовки та врахування багатьох факторів, адже, зважаючи на полінаціональний характер

арбітражного розгляду та різні підходи в роботі зі свідками, завдання юристів континентальної та загальної правових систем на етапі підготовки полягає у тому, щоб забезпечити комфорт та повне розуміння свідка, що і як роботи. Для цього свідок повинен бути готовим, передусім, у мовному аспекті, адже у випадку, коли процес відбувається не рідною мовою, виникає низка проблем, пов'язаних із перекладом, точністю формулювань, значенням спеціальних термінів тощо. Крім цього, важливо, щоб свідок розумів свою роль у процесі, а саме місце його показів у загальній картині доказів та їхню процесуальну мету. Також доволі часто свідки вдаються до копіювання слів, формулювань, текстів своїх юристів або інших фахівців, не розуміючи їхнього значення, що підриває довіру до таких показів у складу арбітражу. Правила подання показів свідків у письмовій формі на практиці передбачають підготовку документа, який умовно включає чотири частини: а) персональні дані свідка (ПІБ, дата народження, місце проживання); б) відомості про освіту та кваліфікацію та наявність спеціальних знань, умінь та навичок; в) відомості про роль свідка у процесі та його функції (посада, діяльність), за яких йому стало відомо про певні обставини, щодо яких арбітраж (сторони) потребують його свідчень, у т.ч. час, місце, супутні обставини тощо; г) відомості про самі обставини, якими обґрунтовуються та / або спростовуються певні фактичні обставини. Такі письмові покази обов'язково підписуються власноручно свідком із зазначенням дати та місця їх складання.

Опитування свідків у міжнародному комерційному арбітражі має свої особливості. Передусім сторони повинні визначитися із кількістю та особами свідків, які мають бути опитані, забезпечити їх явку на слухання у визначеному місці, домовитись про порядок опитування (а за можливості – скласти орієнтовний графік таких слухань), визначитись із регламентом опитування тощо. Зазвичай цикл допиту свідка охоплює такі стадії: а) пряме опитування (*direct examination*); б) перехресне опитування (*cross examination*); в) додаткове пряме опитування (*redirect examination*); г) додаткове перехресне опитування (*recross examination*). Слід мати на увазі, що в різних арбітражних інституціях та складах арбітражу існують різні підходи до оцінки та ролі показів свідків як засобу доказування.

Найбільш загальний підхід у цьому контексті полягає в тому, що переважна більшість процесів у арбітражних складах, «вихованих» у континентальних традиціях, є більш орієнтованими на письмові докази. Натомість доказування з допомогою свідків, у т.ч. проведення перехресного опитування, характерні для процесів, у яких представлені юристи країн загального права. У ході арбітражного розгляду в сторони може виникнути необхідність примусити свідка давати покази під присягою та під загрозою юридичної відповідальності у випадку порушення присяги. Здійснити це можна лише тоді, коли арбітражні закони країни місця арбітражу містять механізми приведення свідків до присяги або ж забезпечують можливість отримання показів свідків у державному суді. Наприклад, ст. 26 (1) Закону Швеції встановлює, що у випадку, коли сторона вимагає, щоб свідок чи експерт надали пояснення під присягою чи щоб інша сторона була опитана під умовою говорити правду, сторона після отримання згоди арбітрів вправі звернутись до окружного суду з відповідним клопотанням. Такий самий порядок діє стосовно клопотань щодо витребування інших доказів. Участь експертів у міжнародному комерційному арбітражі пов'язана із необхідністю забезпечити розуміння учасниками арбітражного розгляду та встановлення складних технічних, фінансових та інших, переважно неюридичних обставин. До таких питань належать положення стандартів у певних галузях (наприклад, FOSFA, GAFTA, FIDIC), технічні звіти, кошториси, супровідна документація щодо окремих об'єктів інтелектуальної власності тощо. Водночас у практиці міжнародного комерційного арбітражу досить часто як експерти залучаються і фахівці у галузі права. Як правило, потреба в таких фахівцях виникає тоді, коли існує необхідність встановити особливості застосування того чи іншого права (національних правових норм та / або поза національних правил та положень м'якого права тощо). Однак залучення таких експертів повинно бути виправдане, адже, за загальним правилом, кваліфікація арбітрів є досить високою, і необґрунтоване залучення експерта може підірвати довіру до складу арбітражу. Як правило, участь експерта в арбітражному розгляді передбачає (а інколи й обмежується цим) підготовку висновку експерта. У висновку, крім особистих даних експерта (ПІБ, освіта, кваліфікація, досвід),

обов'язково зазначається також те, в яких відносинах перебуває (перебував) експерт зі сторонами чи однією зі сторін арбітражного розгляду, визначається об'єкт експертизи, описуються факти та аргументи, якими експерт обґрунтовує свої висновки, методи та підходи, покладені в основу такого висновку, а також власні висновки експерта щодо питань, які перед ним поставлені. Обов'язковими реквізитами висновку експерта є його особистий підпис, дата і місце складання. У практиці міжнародного комерційного арбітражу розрізняють два види експертів – призначених стороною та призначених арбітражем. Відмінність у їхньому правовому статусі полягає в тому, що призначений складом арбітражу експерт є певною мірою контрольований сторонами, адже він набуває прав учасника арбітражного розгляду, а тому його призначення, вимоги до нього контролюються обома сторонами. Так само обидві сторони мають право відводу експерту (експертам), щодо якого наявні відповідні підстави. Після підготовки висновку експерт, як правило, в разі потреби запрошується для участі в слуханнях, де він повинен представити свій висновок та надати пояснення сторонам. З цього приводу національні арбітражні закони ґрунтуються на Типовому законі ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж (зі змінами 2006 року), у тому числі відповідний національний закон про МКА, містять положення, за яким за відсутності домовленості сторін про інше експерт, якщо про це попросить сторона або арбітраж вважає за необхідне, повинен після надання свого письмового висновку взяти участь у слуханні, на якому сторонам надається можливість поставити йому запитання і залучити свідків-експертів для надання свідчень зі спірних питань (ч. 2 ст. 26 Типового закону ЮНСІТРАЛ). Речові докази в міжнародному комерційному арбітражі переважно пов'язані із оглядом (інспектуванням) речей, товару, транспортних засобів, результатів виконаних робіт, об'єктів нерухомості тощо в місці їх знаходження. Огляд може стосуватись не лише речей чи результатів робіт, але й місця виконання робіт, місця аварії наземного, морського, повітряного та іншого транспорту тощо. У ході такого інспектування сторонам у силу принципу рівного ставлення до сторін забезпечується можливість бути присутніми, робити записи, надавати пояснення, супровідні матеріали, креслення, технічні акти та інші

документи, які долучаються до матеріалів справи. Оскільки проведення інспектування пов'язане із додатковими витратами та збільшенням часу арбітражного розгляду, на практиці воно проводиться досить рідко. Натомість арбітри обмежуються вивченням фото- та відеоматеріалів, наданих сторонами, які містять інформацію про об'єкти огляду. Слід відмітити, що більшість національних арбітражних актів та регламентів щодо доказів та доказування не містять детальних положень. Це зумовлено тим, що кожний арбітражний розгляд, навіть якщо він здійснюється за одним і тим самим регламентом, є унікальним. А тому в силу свободи діяльності складу арбітражу в найбільш ефективний спосіб та в інтересах обох сторін арбітри при визначенні предмета доказування в кожному конкретному випадку на свій розсуд визначаються з порядком подання доказів. Як зазначає Т. В. Сліпачук, за відсутності спеціальної угоди сторін про інше арбітри наділяються значним розсудом у частині визначення процедури надання письмових доказів, починаючи від технічних питань (кількість копій, нумерації, вказівки на докази в письмових поясненнях сторін тощо) і до строків подання доказів, наслідків протермінування їх дотримання. Важливо при цьому пам'ятати, що такі обставини, як відповідність наданих копій оригіналу документа, належне джерело походження і спосіб отримання презюмуються в арбітражі [242, с. 122–129]. Водночас арбітраж залишає за сторонами значну договірну свободу в питаннях формулювання процедури надання і витребування доказів, або ж із застосуванням певних правил. Наприклад, сторони можуть домовитись про те, що питання доказів будуть регулюватись Правилами Міжнародної асоціації юристів з отримання доказів у міжнародному арбітражі (2010 р.). Сторони і склади арбітражу можуть повністю або частково застосовувати названі Правила для регулювання арбітражного провадження або змінювати їх чи використовувати як рекомендації під час розробки власних процедур. Правила не передбачають обмежень гнучкості, притаманної міжнародному арбітражу, яка одночасно є його перевагою перед національними судами, а тому сторони та склади арбітражів можуть адаптувати їх принагідно до конкретних обставин кожної окремої справи. У практиці міжнародного комерційного арбітражу прийнято говорити про таке поняття як стандарт

доказування (*standard of proof*), під яким слід розуміти певний рівень ймовірності, до якого обставини повинні бути підтверджені відповідними доказами, щоб вони вважалися доведеними. У цьому контексті неможливо не згадати про таку специфічну процедуру подання доказів як розкриття (*disclosure, discovery*), в межах якої одна зі сторін звертається до арбітражу з клопотанням про відкриття всіх документів, які стосуються спору, надаючи арбітражу копії таких документів. Для міжнародного арбітражу така процедура останнім часом усе більше і більше характерна. Запозичена у країнах загального права, вона переслідує мету розкриття і надання стороні можливості бути поінформованою про відповідні докази, які обґрунтовують або спростовують її вимоги і заперечення. Слід відзначити, що застосування такої процедури дещо затягує процес та робить його більш дорогим через необхідність вибірки подекуди великого масиву документів, підготовки їх копій, надсилання стороні (або сторонам) та складу арбітражу тощо. Саме тому останнім часом отримує поширення процедура дослідження електронних документів (*e-discovery*), яка організовується з допомогою спеціальних компаній, які забезпечують підготовку всіх документів (їх сканування, систематизацію, рубрикацію), надають серверний простір для розміщення таких документів, а також забезпечують доступ та безпеку таких баз даних. Для потреб врегулювання процесу *e-discovery* Королівським інститутом арбітрів Великобританії був ухвалений Протокол з розкриття документів у електронній формі в арбітражі [547], який сторони спору та склад арбітражу може адаптувати до обставин справи та використовувати як керівні роз'яснення.

Застосування забезпечувальних заходів. Останнім часом увага до забезпечувальних заходів у арбітражі значно зросла, адже щорічно зростає кількість звернень сторін з клопотаннями про застосування забезпечувальних заходів. На сьогодні юридична практика (у т. ч. арбітражна) при вирішенні питання про застосування забезпечувальних заходів ґрунтується на трьох критеріях [66, с. 150]: перший – забезпечувальні заходи повинні бути зумовлені терміновим характером ситуації, що повинно бути описано в мотивувальній частині клопотання про застосування таких заходів (принцип

екстраординарності); другий – забезпечувальні заходи повинні бути співрозмірними наслідкам, на запобігання яких вони спрямовані (принцип співрозмірності); третій – забезпечувальні заходи мають тимчасовий характер, не мають сили остаточного рішення і надалі можуть бути скориговані або ж взагалі скасовані. У зв'язку з цим, прийняття рішення про застосування забезпечувальних заходів на практиці, як правило, передує арбітражному розгляду загалом і потребує від заявника таких кроків:

- доведення підстави для застосування запобіжних заходів;
- обґрунтування того, що предмет, щодо якого сторона має намір застосувати забезпечувальні заходи, може бути відчужений, обтяжений, втратить свою цінність або ж взагалі може перестати існувати, що зробить неможливим звернення стягнення на нього або ж виконання рішення арбітражу через незастосування забезпечувальних заходів може стати неможливим або бути ускладненим;
- надання зустрічного забезпечення, яке дозволить компенсувати можливу шкоду відповідачу, якщо вимоги виявляться безпідставними. Рішення про застосування забезпечувального заходу може прийматись складом арбітражу або у формі рішення, або в іншій формі (наприклад, процесуального наказу). Головне, щоб таке рішення передувало в часі остаточному рішенню арбітражу, яким спір вирішується по суті, адже інакше потреба в забезпеченні відпадає у зв'язку із вирішенням спору. Право складу арбітражу на застосування забезпечувальних заходів визначається правом країни місця арбітражу. А тому у випадку, коли місцем арбітражу обрано (чи визначено) Україну, то застосовується Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж», а коли таким місцем є, наприклад, Великобританія, застосовується Арбітражний закон Великобританії 1996 року. Тому потрібно мати на увазі, що у випадку, коли арбітражний закон країни місця арбітражу залишає право на застосування забезпечувальних заходів лише за державними судами (Італія, Греція та ін.), склад арбітражу буде доволі обмеженим у повноваженнях щодо оперативного реагування на порушення з боку відповідача. Відповідно до ст. 9 Закону

України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та Регламенту МКАС при ТПП України, звернення сторони до суду до або під час арбітражного розгляду з проханням про вжиття забезпечувальних заходів та винесення судом ухвали про вжиття таких заходів не є несумісними з арбітражною угодою. Це означає, що сторона може в будь-який час до винесення складом арбітражу рішення по суті спору звернутись до державного суду з клопотанням про застосування забезпечувальних заходів (заходів забезпечення доказів) без загрози отримати відмову на тій підставі, що між сторонами спору існує арбітражна угода та справа знаходиться на розгляді в арбітражі. Особливістю запобіжних заходів, які застосовуються державними судами, є те, що вони мають обов'язковий характер для учасників арбітражного розгляду та мають систему примусового виконання ухвал суду. Натомість у арбітражі така система примусового виконання постанов арбітражу про застосування запобіжних заходів відсутня. Слід відзначити, що застосування забезпечувальних заходів у арбітражі постійно перебуває у полі зору комісії ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ). Більше того, увага до таких заходів з боку учасників міжнародного торговельного обороту спонукала Комісію у 2006 році до внесення відповідних змін у базовий текст Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж 1985 року. За цими змінами ст. 17 першопочаткового тексту «Повноваження арбітражного суду розпорядитись про прийняття забезпечувальних заходів» була замінена главою IV, на «Забезпечувальні заходи та попередні постанови», де забезпечувальним заходам уже присвячено дві статті. Так само дві статті у переглянutoму тексті Типового закону ЮНСІТРАЛ стосуються попередніх постанов, які за своїм характером також виконують роль запобіжного заходу, так як спрямовані на попередження завдання шкоди у ході застосування відповідного забезпечувального заходу. Комісією ЮНСІТРАЛ усі забезпечувальні заходи в арбітражі класифіковано на дві групи: а) заходи, які застосовуються з метою запобігання або ж зведення до мінімуму шкоди та збитків (наприклад, заборона відчуження майна, передача майна на відповідальне зберігання, проведення інспектування з метою

встановлення обставин, щодо яких є загроза втрати, надання інформації, призначення управителя спірним майном, вимога вчинення дій з метою уникнення втрати певного права стороною); б) заходи щодо сприяння приведення до виконання арбітражного рішення (наприклад, заходи щодо заморожування спірного майна до винесення рішення по суті спору, заборона списувати кошти з відповідного рахунку, надання забезпечення в розмірі суми спору, забезпечення розміру арбітражних витрат шляхом їх внесення на депозит суду чи надання рівноцінного предмета застави або гарантії). Останнє десятиліття, з метою ефективного застосування забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі, активно набуває поширення інститут надзвичайного арбітра (*emergency arbitrator*) як допроцесуальний, доарбітражний механізм захисту прав та інтересів сторони в разі загрози їх порушення. Його сутність полягає в тому, що до формування складу арбітражу, який розглядатиме спір по суті, сторона вправі звернутись у відповідний постійно діючий арбітражний центр з клопотанням про призначення надзвичайного арбітра, який протягом кількох днів зобов'язаний розглянути питання про застосування забезпечувальних заходів, про що постановляє відповідне рішення. На сьогодні виділяють дві форми (моделі) організації призначення надзвичайних арбітрів, які покладені в основу діяльності різних арбітражних установ: а) автономну (*opt-in*), коли для призначення надзвичайного арбітра обов'язкова наявність відповідних положень у арбітражній угоді, укладеній між сторонами (ICC); б) інтегровану (*opt-out*), за якої положення про надзвичайного арбітра автоматично набувають чинності разом з укладеною і дійсною арбітражною угодою, крім випадків, коли сторони не зробили спеціальних застережень про інше (AAA). Призначення та діяльність такого арбітра здійснюється відповідно до спеціально розробленого регламенту або окремих норм арбітражного регламенту відповідного арбітражного центру. На сьогодні такі положення містяться в регламентах більшості постійнодіючих арбітражів, у тому числі ICC, SCC, AAA, Міжнародному центрі з врегулювання інвестиційних спорів (ICSID) та в інших

арбітражних інституціях.

Висновки до Розділу 2

На підставі вищенаведеного можна зробити такі висновки:

1. Обґрунтовано, що ефективність арбітражу при розгляді конкретної справи визначається ефективністю використовуваних сторонами правових засобів захисту, які у свою чергу не залежать від визначеності бажаного для заявника (позивача) результату.

2. Обґрунтовано, що мета арбітражного розгляду пов'язана з рішенням арбітражу та можливістю його примусового виконання з метою реального поновлення порушених, невизнаних та/або оспорюваних прав. При цьому таке рішення повинно відповідати вимогам, встановленим правом країни місця арбітражу (*lex arbitri*) та регламентом, який застосовується до вирішення спору, а саме вимогам щодо: 1) змісту рішення (мотивованість); 2) форми рішення (письмова форма, наявність підписів арбітрів, а також вказівки на дату і місце арбітражу); 3) порядку (процедури) постановлення рішення (постановлення більшістю, направлення сторонам).

3. На основі аналізу нормативних джерел та правозастосовної практики виділено та обґрунтовано властивості тексту вмотивованого арбітражного рішення: а) наявність у ньому вказівки на процесуальні передумови арбітражу, позиції сторін та докази, якими вони підтверджують свої вимоги, а також опис правових норм, якими сторони обґрунтовують свої вимоги; б) опис підґрунтя юрисдикції складу арбітражу (зазвичай ним є арбітражна угода); в) опис фактичних обставин арбітражного розгляду, включно з описом взаємовідносин сторін, ключових позицій їхніх домовленостей; г) аналіз природи спору та аргументів сторін, у тому числі обґрунтування висновків арбітражу; д) приведення переліку питань, які повинні бути розглянуті та вирішені складом арбітражу; ж) зазначення способів захисту прав, які сторони просять застосувати; з) здійснений складом арбітражу аналіз та

висновки з приводу всіх зазначених питань та ін

4. Виявлено, що у ході арбітражного розгляду справи існує низка питань, які слугують 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 виконуваності; 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 в якості арбітрів; відкриття провадження по справі; направлення повідомлень сторонам про арбітражний розгляд; з'ясування ставлення сторін до позовних вимог; вирішення питання про застосовуване право; вирішення питання про мову арбітражного розгляду; вирішення питання про місце арбітражу; вирішення питання щодо подання додаткових доказів, необхідних для розгляду і вирішення спору; вирішення питання щодо необхідності застосування забезпечувальних заходів; встановлення порядку вирішення спору та узгодження і затвердження процесуального графіку (в разі необхідності); вирішення питання щодо проведення процесуальних нарад зі сторонами та інші.

5. Сформульовано поняття «засади арбітражного розгляду», яке позначає базові вихідні начала, принципи, на яких ґрунтується вирішення спорів у порядку міжнародного комерційного арбітражу. Запропоновано виділяти інституційні засади арбітражного розгляду, які покладено в основу арбітражу як інституту розгляду і вирішення спорів та процесуальні (інструментальні) засади арбітражного розгляду, тобто керівні начала, на яких ґрунтується діяльність складу арбітражу з розгляду і вирішення конкретного спору.

6. Запропоновано віднести до інституційних засад арбітражу такі вихідні начала: 1) добровільність передачі спорів на розгляд і вирішення міжнародного комерційного арбітражу, що втілюється в укладенні сторонами

арбітражної угоди; 2) автономію волі сторін арбітражного розгляду та їхню здатність визначати та впливати на модель майбутнього арбітражного розгляду; 3) обов'язковий для сторін характер рішень арбітражу; 4) забезпечення права на скасування рішення арбітражу за визначеними процесуальними підставами (наприклад, у разі, якщо ним порушуються фундаментальні процесуальні засади щодо формування арбітражу, порушене право бути почутим або представити свою позицію в арбітражі, публічний порядок тощо).

7. Сформульовано дефініцію, за якою *основні засади арбітражу* як інституту альтернативного вирішення спорів є такі фундаментальні начала, які складають основу арбітражного розгляду вирішення спорів, незалежно від того, чи вирішується спір інституційним арбітражем чи в порядку *ad hoc* арбітражу, незалежно від місця арбітражу.

8. Основними *засадами арбітражного розгляду* є такі фундаментальні начала, 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.

9. Обґрунтовано, 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

10. Визначено, що обов'язковими елементами арбітражних угод є домовленість про арбітраж, вид арбітражу (*ad hoc* чи інституційний), якщо інституційний, то погодження конкретної арбітражної установи, домовленість про обсяг спорів, які передаються на розгляд і вирішення арбітражу (усі чи лише деякі, наприклад, з питань виконання контракту, або щодо його недійсності та тлумачення).

11. Встановлено, що для потреб правозастосування, термін «*incapacity*», який використовується у міжнародних актах, слід тлумачити як такий, що позначає фактичну та юридичну неспроможність особи від свого

імені вступати у правові відносини, своїми діями створювати юридичні наслідки й у встановлених законом (договором) випадках нести тягар відповідальності. У контексті арбітражного процесу така здатність означає можливість особи бути стороною арбітражної угоди, виконувати її та бути позивачем і відповідачем при розгляді і вирішенні справи арбітражем (*capacity to arbitrate*). Зазначена здатність походить від загальної цивільної правочиноздатності особи.

12. Доведено, що укладення арбітражних угод щодо вирішення спорів у порядку арбітражу фізичними особами 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 здійснювалось укладення такої угоди з волі такої фізичної особи та на основі її прямого волевиявлення.

13. Встановлено, що участь держав та публічних утворень в арбітражі пов'язана із такими особливостями: 1) держава в комерційних відносинах може бути стороною арбітражної угоди і не діє як суверен, втрачаючи статусу *jure imperii*; 2) більшість держав, укладаючи міжнародні контракти та арбітражні застереження, автоматично визначають арбітражну установу, компетентну на вирішення спорів, яким переважно виступають постійнодіючий арбітражний суд в Гаазі (PCA) та Міжнародний центр вирішення інвестиційних спорів (ICSID); 3) слід враховувати положення чинного права, яке застосовується до визначення правосуб'єктності держави щодо можливості її бути стороною арбітражних угод, зокрема а) положення права держав, де існує пряма заборона на укладення арбітражних угод, у яких сторонами є приватна особа з однієї сторони, та держава – з іншої (США, Іран, Латвія) та б) положення права держав, у яких немає прямої заборони, однак в законодавстві встановлено певні обмеження на укладення арбітражних угод державою та/або її органами (Алжир, Єгипет, Казахстан, Саудівська Аравія); 4) визначення повноважень підписанта арбітражної угоди; 5) кваліфікація спору як «міжнародного» у разі,

коли він розглядається між державою і юридичною особою, кінцевими бенефіціарними власниками (контролерами) якої є фізичні (юридичні) особи резиденти цієї ж держави; 6) можливість та правові підстави застосування концепції вичерпання всіх внутрішніх засобів захисту (*exhaustion of local remedies concept*); 7) низкою специфічних обставин – у випадку вирішення інвестиційних спорів.

14. Встановлено, що на конвенційному та модельному рівнях немає уніфікованого визначення поняття та обсягу арбітрабільності, єдиного переліку категорій спорів, що є арбітрабільними / неарбітрабільними. Це питання регулюється національними законодавствами країн. Саме тому арбітрабільність належить до передумов арбітражу, адже в силу 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 у зв'язку з відсутністю у складу арбітражу компетенції на вирішення спору, 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.

15. Виявлено, що в Україні на сьогодні існує проблема паралельного застосування ст. 77 Закону України «Про міжнародне приватне право», якою встановлюються категорії справ з іноземним елементом з виключною підсудністю судам України, і ст.ст. 20, 22 ГПК України, а також інших положень українського законодавства, якими визначається арбітрабільність. Не сприяє цьому також і практика Верховного Суду, який в своїх кількох постановках на підставі ст. 77 Закону України «Про міжнародне приватне право» визнавав неарбітрабільними низку спорів.

РОЗДІЛ 3

СТРУКТУРНИЙ АНАЛІЗ МЕХАНІЗМУ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

3.1 Поняття і структура механізму правозастосування при вирішенні спорів в порядку арбітражу

Попри збереження загальної сутності та дотримання універсальної структури механізму правозастосування в діяльності складу арбітражу при розгляді і вирішенні справи, постановленні арбітражного рішення за їхніми результатами, здійснюване арбітрами правозастосування, характеризується достатньою кількістю особливостей та відмінних від юрисдикційної діяльності рис державних судів. Відмінні риси виявляються на всіх стадіях правозастосовного процесу, вимагаючи поступового аналізу аспектів і проблем, з якими склад арбітражу має справу – від встановлення фактичних обставин справи і дослідження відповідних доказів на підготовчій стадії правозастосовної діяльності до втілення зроблених арбітрами правових висновків у арбітражному рішенні як правозастосовному акті.

Насамперед, коротко зупинимось на сучасних теоретичних уявленнях щодо поняття механізму правозастосування. Так, А. М. Перепелюк у дисертаційному дослідженні, присвяченому структурі та критеріям ефективності механізму застосування права, в найбільш загальному та теоретичному розумінні визначає механізм правозастосування як *«системне, динамічне утворення, спрямоване на індивідуалізацію та конкретизацію нормативної основи права, зміст якого становить комплекс юридичних засобів, об'єднаних у нормативно-правовий, інституційний та процесуально-правовий блоки, які забезпечують реалізацію норм права та досягнення його соціально корисних цілей»* [163, с. 94]. Більш прикладне визначення цього поняття дає А. В. Коструба, згідно з позицією якого механізм правозастосування в приватному праві – це *«сукупність правових засобів, за допомогою яких*

унормовується публічно-правова діяльність органу державного управління, яка полягає в упорядкуванні цивільних правовідносин у процесі їх реалізації з метою забезпечення результативності правового регулювання, забезпечення сталого розвитку громадянського суспільства» [85, с. 66]. Загалом, поняття механізму правозастосування за рівнем наукової опрацьованості поступається дефініціям безпосередньо правозастосування та правозастосовної діяльності, що, втім, свідчить і про можливість ширшої свободи дослідників у його трактуванні. Зазначимо також, що не викликає сумнівів легітимність застосування цього поняття щодо правозастосовної діяльності, здійснюваної складом арбітражу, як такої, що відповідає всім відповідним вимогам і критеріям, як за суттю, так і за призначенням. Суб'єктом же правозастосування є саме конкретний склад арбітражу (одноособовий арбітр, троє або більше арбітрів), сформований за вибором сторін або згідно з іншими процедурами (переважно встановленими арбітражними регламентами постійно діючих інституцій), наприклад, МКАС при ТПП України, LCIA чи Арбітражний інститут Торгової палати Стокгольму, а не абстрактний «арбітражний суд» чи арбітражні установи.

З огляду на теоретичні дискусії з питання сутності механізму правозастосування, відзначимо, що далі в межах цієї праці загалом та цього підрозділу зокрема сприймається інструментальний та практичний підхід до розуміння механізму правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі як сукупності правових засобів, до яких звертається склад арбітражу, в нерозривній єдності зі стадійністю та процедурним характером процесу правозастосовної діяльності. Іншими словами, механізм правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі 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.

Вихідною точкою для дослідження особливостей правозастосування, яке здійснюється складом арбітражу на різних стадіях правозастосовної діяльності, що є справедливим і щодо численних інших питань арбітражного розгляду, слід вважати вивчення виявів автономії волі сторін, оскільки від їх вибору залежить й арбітражна процедура, в тому числі визначення порядку й засобів доказування. Реалізується такий вибір здебільшого не напряму (хоча трапляються й арбітражні застереження, де сторони прямо обумовлюють звернення до тієї чи іншої процедури або обов'язок арбітрів керуватись під час вирішення справи певними принципами, наприклад, тими, що властиві змагальному чи інквізиційному процесам), а через вибір застосовного права, місця арбітражу (а отже, за загальним правилом, і *lex arbitri*) і правил арбітражного розгляду (арбітражного регламенту). Тому важливу роль тут відіграють положення *lex arbitri* та правил арбітражу, які найчастіше обираються сторонами через вибір постійнодіючої арбітражної інституції, а звідси – і її арбітражного регламенту.

Такі норми права, за визначенням С. А. Курочкина, у своїй сукупності передбачають умови та відповідні дані, необхідні для здійснення управління (умови та юридичні факти (склади), необхідні для проведення третейського розгляду), що впорядковують дії з розгляду справ, способи (доказування) і процедуру підготовки та прийняття управлінських рішень (порушення, підготовка та здійснення правозастосовного акта); способи оформлення управлінських рішень (винесення арбітражного рішення) та доведення до відома виконавців (такими в цьому випадку стають суб'єкти, на яких поширюється юридична сила рішення третейського (арбітражного – В. Н.) суду [103, с. 225]. Отже, механізм правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі, у своїх загальних рисах, стадіях і принципах, визначається системами застосовного в арбітражі права (хоча не є винятком і деталізоване регулювання всіх або більшості стадій правозастосовної діяльності складу арбітражу). Втім, здебільшого, таке регулювання не здійснюється і конкретні питання застосовуваних при вирішенні спору

процедур надання й аналізу доказів, залучення експертів та інших суто прикладних аспектів арбітражного розгляду, залишаються на розсуд сторін та/або складу арбітражу, що наділяє учасників процесу значною свободою і можливістю створювати власні процесуальні правила, про що детальніше – далі.

Як додаткове застереження, що передусе зверненню арбітрів до правозастосовної діяльності згідно з її загальноприйнятою стадійністю, слід розглядати необхідність встановлення компетенції арбітрів на вирішення спору взагалі. В арбітражній практиці та на рівні нормативного регулювання (міжнародного і національного) проблема компетенції повністю віднесена на розсуд самих арбітрів згідно з принципом *komptenez-kompetenz* – арбітри самі компетентні визначати, чи є розгляд спору в їхній компетенції. Так, згідно з ч. 1 ст. 16 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» третейський суд може сам прийняти постанову про свою компетенцію, в тому числі щодо будь-яких заперечень щодо наявності або дійсності арбітражної угоди. З цією метою арбітражне застереження, що є частиною договору, повинно трактуватися як угода, що не залежить від інших умов договору. Винесення третейським судом рішення про недійсність договору не тягне за собою, в силу закону, недійсність арбітражного застереження. У зв'язку з таким формулюванням цієї норми (запозиченої українським законодавством з Типового закону ЮНСІТРАЛ), у доктрині відзначається, що часто принцип «компетенції-компетенції» розглядається як наслідок автономності арбітражного застереження в тому розумінні, що саме завдяки такій автономності будь-яка заява про недійсність основного договору не має прямого впливу на арбітражну угоду, а отже – й на юрисдикцію арбітрів. А тому, автономність арбітражного застереження та принцип «компетенції-компетенції» є взаємно підтримувальними [380, с. 213–214]. Виходячи з цього, в умовах, коли одна зі сторін (переважно відповідач) заперечує компетенцію арбітрів, посилаючись, наприклад, на те, що «спір не охоплюється арбітражною угодою», склад арбітражу має право здійснювати процес правозастосування та

постановлення рішення, розглянувши питання своєї компетенції, залежно від обставин та позиції усіх учасників; *попереднього (або проміжного) характеру* (з постановленням чи без постановлення окремої ухвали чи постанови з цього приводу) або ж надати оцінку цим питанням в *остаточному рішенні по суті справи*. Такі варіанти гарантуються більшістю національних арбітражних законів і арбітражними регламентами.

На підготовчій стадії правозастосування, при встановленні складом арбітражу фактичних обставин справи та доведенні їх доказами, виходячи з відсутності єдиної процесуальної системи, властивої міжнародному комерційному арбітражу [605, с. 20], та тенденцій до поєднання елементів змагального та інквізиційного процесів, підходів до надання й аналізу доказів, властивих системам загального та цивільного права [489, с. 106], одне з центральних місць закономірно посідають питання доказування. Так, серед найбільш фундаментальних відмінностей у цій сфері між означеними правовими сім'ями виділяється спосіб представлення доказів перед юрисдикційним органом. Дослідники відзначають, що у традиції загального права свідчення подаються головним чином через усні показання свідків, а не в письмовій формі. Хоча письмові заяви є допустимими в певних досудових умовах, такі заяви, як правило, не можуть пропонуватися на суді замість усних показань, оскільки вони вважаються неприпустимими. Допит свідків також проводиться представником кожної зі сторін, з наданням кожній стороні право на те, щоб їхній представник проводив перехресний допит свідків безпосередньо в присутності того, хто встановлює доведеність факту, на який така сторона посилається (державним судом або складом арбітражу). У цивільно-правовій традиції, навпаки, докази та свідчення, як правило, подаються юрисдикційному органу переважно в письмовій формі. Хоча можна давати показання в режимі реального часу, допит свідків проводиться не представниками, а судом, який єдиний наділений повноваженнями визначати, які питання будуть поставлені свідку. Прямий, змагальний перехресний допит свідків представником (адвокатом) сторони не дозволяється [570, с. 307–308].

У сучасній арбітражній практиці помітні прагнення поєднати найкраще з двох моделей, з урахуванням потреб швидкості та ефективності арбітражного розгляду, з одного боку, та максимально повного встановлення й перевірки доказами дійсних обставин справи, на які посилаються сторони. Тому найчастіше показання свідків початково надаються в письмовій формі, як і загалом здійснюється арбітражний розгляд, що відображає значний вплив системи цивільного права на цей аспект правозастосування в арбітражі. При цьому майже завжди гарантується право іншої сторони допитати «чужого» свідка, як і можливість заслухати його показання в арбітражному процесі перед складом арбітражу. З цього приводу Т. В. Сліпачук вказує на те, що міжнародні арбітражні трибунали переважно вдаються до дещо адаптованих практик перехресного опитування, властивого судовій системі загального права [240, с. 216].

Потреби оптимізації арбітражного процесу, прискорення звичної процедури розгляду спорів у порядку арбітражу зумовлюють і звернення до елементів інквізиційного процесу, наділяючи склад арбітражу більшими повноваженнями та більш активною роллю. О. Ф. Храпуцький до основних принципів інквізиційної моделі доказування, які можуть бути покладені в основу арбітражного розгляду, відносить: 1) обов'язок, а не право, складу арбітражу встановити факти; 2) активну роль арбітрів з ведення розгляду: поряд з обов'язком складу арбітражу щодо встановлення фактів і визначення права, склад арбітражу повинен відігравати активну роль у веденні розгляду, що повинен виражатися, наприклад, у проведенні організаційної наради зі сторонами для того, щоб обговорити процесуальний графік і дії, які повинні бути зроблені тощо; 3) встановлення презумпції того, що арбітражний розгляд повинен здійснюватися тільки на основі документів і настільки, наскільки це дозволено застосовним правом; 4) обмеження з витребування документів; 5) обмеження щодо свідків факту й використання експертів, призначених складом арбітражу; 6) обов'язок складу арбітражу допомагати сторонам у досягненні мирової угоди [268, с. 234–236]. Більшість із цих принципів відображено в так званих Празьких правилах [572], які, на противагу Правилам

Міжнародної асоціації юристів з отримання доказів у міжнародному комерційному арбітражі [412], дотримуються більшою мірою традицій системи загального права та змагального підходу.

Деякі особливості притаманні міжнародному комерційному арбітражу й у частині засобів доказування. К. М. Пільков відносить до них дію так званого правила найкращого доказу (*best evidence rule*), яке стосується, перш за все, оцінювання доказів, а не їхньої допустимості, і відповідно до якого найкращим доказом є письмовий доказ, сучасний стосовно обставин, які він засвідчує; допустимість такого засобу доказування, як свідчення особи, якій відомо про певну обставину з чужих слів, що обумовлюється менш суворими формальними вимогами до допустимості доказів, але збалансовується їх подальшою ретельною перевіркою складом арбітражу; часте невиділення серед окремих засобів доказування показів сторін, оскільки поширена практика, коли арбітраж не ставить вимоги до свідків щодо їхньої незацікавленості у спорі та предметі їхніх показань; можливість участі представників сторін у підготовці свідка до усного свідчення або у складанні письмового свідчення, що також повинно слугувати усуненню формальних перешкод в одержанні доказів, а також забезпечення «якості» цих доказів; надання арбітражним судам повного контролю за допитом свідків більшістю арбітражних регламентів та ін. [169, с. 168, 173–174, 176–178]. На основі цих та інших позицій, зокрема пов'язаних зі свободою складу арбітражу в залученні і незалученні експертів, можливості самостійного розгляду матеріалів експертизи, автор стверджує про наявність чіткої тенденції, характерної для сучасного міжнародного комерційного арбітражу – вихід арбітрів за межі формального правозастосування [169, с. 179–180]. Усе це, безумовно, вимагає від арбітрів врахування багатьох можливостей і варіантів як стосовно вибору засобів доказування, так і щодо процедури надання різних видів доказів, їх зіставлення та перевірки, пропагуючи слідування не формальним процесуальним вимогам, а практичним потребам і реаліям кожного конкретного арбітражного процесу.

Із засобами доказування пов'язані й фактичні обставини в межах

предмета доказування, доведення яких покладається на сторону, яка на них посилається, та охоплюється поняттям «застосовуваного права в арбітражі», оскільки на основі приписів останнього й відбувається правозастосування складом арбітражу. Тут можна говорити про окремий випадок одного з елементів механізму правозастосування як складника правозастосовної діяльності, якому кореспондує виділений теоретиками функціональний рівень механізму застосування права, що опосередковує процедуру й методи правозастосовної діяльності [163, с. 10]. Логічний ланцюжок у цьому випадку виглядає так: «предмет доказування та фактичні обставини в його складі – засоби доказування – надання доказів та їх оцінка складом арбітражу на основі застосовних до цього процесу норм права».

Стадія юридичної кваліфікації – вибору норми й подальшого встановлення її змісту є самостійним складним та багатоаспектним процесом у рамках механізму правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі. Саме тому цій проблематиці приділено значну частину цієї праці. Надаючи ж загальну характеристику цим питанням, зазначимо, що варто виділити кілька підстадій другої стадії правозастосування в арбітражі, що безпосередньо пов'язується із різним застосовним правом до різних аспектів арбітражного розгляду, а отже – потребує дій складу арбітражу з визначення (встановлення): 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 уже права місця арбітражу, а також звернення до норм, що регулюють конкретні питання арбітражного процесу, втілених у домовленості сторін 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. Таким чином, сам конструкт «застосовуваного права в міжнародному комерційному арбітражі» є комплексним, а використовуваний термін, окрім

означених вище правових систем, також охоплює право, що застосовується до здатності сторін до укладення арбітражної угоди, об'єктивної арбітрабільності спору, право країни місця виконання арбітражного рішення, право, що застосовується до інтерпретації арбітражних застережень [332, с. 409–563] та інші системи або норми права, про які йтиметься далі. Особливістю також є широке використання в арбітражі спеціальних принципів правозастосування та тлумачення норм права, зокрема принципів пріоритетного застосування норм права: принцип пріоритету акта вищої юридичної сили (*lex superior derogat legi inferior*), норми, прийнятої пізніше в часі (*lex posteriori derogat priori*), спеціальної норми перед загальною (*lex specialis derogat generalis*); інших принципів *jura novit curia, contra proferentem, par in pàrem impèrium non habet, venire contra factum proprium* та інших.

Третя стадія правозастосування (прийняття рішення у справі та його втілення в правозастосовчому акті) в міжнародному комерційному арбітражі характеризується необхідністю забезпечення відповідності арбітражного рішення формальним та змістовним вимогам, які ставляться до нього правом місця арбітражу – *lex arbitri*, що повинно гарантувати виконуваність рішення й мінімізувати можливі ризики його скасування. Вище ми детально зупинялись на цьому питанні, тому тут лише резюмуємо, що найважливішою гарантією виконуваності арбітражного рішення є його «якість», яка досягається завдяки дотриманню вимог до змісту рішення, а саме його формальна вмотивованість, яка відображає внутрішню обґрунтованість рішення, яке повинно слугувати правозастосовчим актом, що послідовно пов'язує досягнуті складом арбітражу правові висновки з фактичними обставинами справи та наданими сторонами доказами; до форми арбітражного рішення (письмова форма, наявність ідентифікуючих елементів: підписів арбітрів, зазначення дати і місця арбітражу); а також до порядку постановлення, який у випадку колегіальності складу арбітражу вимагає постановлення рішення більшістю такого складу, та обов'язковості направлення підписаного арбітрами рішення сторонам.

Таким чином, можливо говорити про існування самостійного поняття

механізму правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі як сукупності правових засобів, що використовуються складом арбітражу як суб'єктом правозастосування в рамках визначеної стадійної процедури, спираючись на встановлені фактичні обставини та обране застосовуване право в арбітражі, що дає змогу складу арбітражу здійснити кваліфікацію спірних відносин та постановити арбітражне рішення по суті спору, яке має обов'язковий характер для сторін.

До особливостей процесу правозастосування, що здійснюється складом арбітражу, порівняно з державними юрисдикційними органами (зокрема судом, який вирішує національні спори) можна віднести: 1) в арбітражі першій стадії передуює встановлення компетенції арбітражу на вирішення спору згідно з положеннями арбітражної угоди, тобто можливо говорити про наявність відповідної передумови здійсненню правозастосування складом арбітражу, а також – варіативність і свобода вирішення питання компетенції самими арбітрами на основі принципу *kompetenz-kompetenz*; 2) процес правозастосування в арбітражі має спеціального суб'єкта – склад арбітражу, тобто сформований відповідно до умов арбітражної угоди або *lex arbitri* склад, повноважний вирішувати конкретний спір; а отже, суб'єктом є не абстрактний арбітраж чи арбітражна установа (постійнодіюча інституція чи її секретаріат), а саме склад арбітражу; 3) наявність широкої автономії волі сторін та розсуду складу арбітражу щодо вибору загального 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 (яскравий приклад – поєднання в рамках одного процесу звернення сторін та арбітрів, у першу чергу, до письмових доказів, що є властивим для сім'ї цивільного права, з можливістю за потреби звернутись до перехресного допиту свідків, що притаманно вже загальному праву); 4) відхід від суворої формалізації порядку надання й дослідження доказів в арбітражі, де ключовими є юридично визначена характеристика

допустимості доказів та обмеження кола засобів доказування, на користь більшої участі арбітрів у процесі доказування, залучення ширшого кола доказів крізь призму їхньої належності та «якості»; 5) складність стадії юридичної кваліфікації в механізмі правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі, що безпосередньо пов'язано із застосуванням різних правових систем (норм права) до різних аспектів арбітражного розгляду та окремо до суті спору, а отже, й необхідності здійснення арбітрами кількох окремих, але взаємоузгоджених досліджень для встановлення змісту, перевірки автентичності та подальшого застосування таких правових норм.

3.2 Елементи механізму правозастосування при вирішенні спорів в міжнародних комерційних арбітражах

3.2.1 Право, застосовуване до встановлення здатності сторін на укладення арбітражної угоди та визначення арбітрабільності

Визначення права, застосовуваного до здатності сторін на укладення арбітражної угоди разом із встановленням права, згідно з яким вирішується питання об'єктивної арбітрабільності спору, є одними із завдань, які неодмінно постають перед складом арбітражу при вирішенні міжнародних комерційних спорів. У процедурі арбітражного розгляду ці завдання виникають перед складом арбітражу вже на першому етапі правозастосування, коли склад міжнародного комерційного арбітражу встановлює передумови арбітражу, до яких належать визначення дійсності («*null and void*»), чинності («*operative*») та виконуваності арбітражної угоди («*capable of being performed*»), здатності сторін до її укладення («*capacity to arbitrate*»), встановлення місця арбітражу («*seat of arbitration*»), арбітрабільності спору («*arbitrability of disputes*») тощо.

Як зазначено вище в роботі, ретельне вивчення та встановлення наведених передумов має велике значення для визначення компетенції складу арбітражу на вирішення конкретного спору, а тому від того, наскільки точно та юридично коректно буде проведено таку правозастосовчу діяльність складом

арбітражу, залежить також і можливість виконання постановленого у справі рішення, адже відповідно до ст. V(1)(a) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., однією з підстав для відмови у визнанні та виконанні іноземного арбітражного рішення є наявність «дефекту 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. Тому, у випадку встановлення вказаних обставин, у визнанні та виконанні арбітражного рішення може бути відмовлено на прохання сторони, проти якої таке рішення постановлене (за наявності дефекту правоздатності) або на основі розсуду суду (за неарбітрабільності предмета спору). Далі окремо розглянемо особливості встановлення та застосування права, на основі якого повинні визначатись такі передумови арбітражного розгляду та правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі як правоздатність сторін арбітражної угоди та арбітрабільність предмета спору.

Так, питання визначення здатності сторін арбітражної угоди на її укладення може виникати і до виникнення спору на етапі підписання арбітражної угоди, коли сторони та їхні радники оцінюють повноваження конкретної сторони на підписання контракту загалом та арбітражної угоди зокрема. Щоправда, в такому випадку не йдеться про правозастосування, а лише про супровід процесу укладення контракту сторонами та їхніми юристами. У випадку ж перевірки чинності й дійсності арбітражної угоди складом арбітражу здійснюється один із елементів правозастосування – перевірка арбітрами здатності сторін до укладення арбітражної угоди. Така перевірка повинна здійснюватися арбітрами в рамках певного правопорядку та за відповідними правилами правозастосування, що і буде першим предметом дослідження в цьому підрозділі.

Перш за все зазначимо, що склад арбітражу після прийняття функцій арбітра(ів) та справи до розгляду встановлює підстави арбітражу. Оцінка здатності

сторін до укладення арбітражної угоди, на перший погляд, є звичайною умовою, яка переважно не породжує особливих складнощів. Натомість такі елементи підстав арбітражу як об'єктивна арбітрабільність, виконуваність арбітражної угоди, особливо в умовах українського арбітражного законодавства та арбітражної практики, часто створюють нездоланні труднощі для подальшого розгляду і вирішення спору в порядку арбітражу. Водночас будучи певною умовою, яка виконується і дотримується сторонами «за замовчуванням», маємо відмітити, що питання здатності сторін до укладення арбітражної угоди приховує доволі неоднозначні та не менш складні проблеми, як і питання арбітрабільності. Про матеріальну складову таких аспектів та практику їх вирішення уже згадувалось у першому розділі роботи. Натомість у питанні визначення права, на основі якого встановлюється здатність сторін до укладення арбітражної угоди «гострі кути» та підводні течії поки не досліджено.

Перевіряючи вказану «здатність сторін», базовим положенням у цьому питанні є ст. II (1) Конвенції 1958 року, за якою держави-учасниці цієї конвенції визнають письмові угоди, укладені як у формі арбітражного застереження або арбітражної угоди, а також те, що суд держави-учасниці конвенції в разі, коли до нього надходить позов у спорі, щодо якого сторони уклали арбітражне застереження, повинен на прохання однієї зі сторін направити сторони в арбітраж, якщо не встановить, що таке арбітражне застереження є недійсним, втратило чинність чи не може бути виконане (ст. II (3) Конвенції 1958 року). Таким чином, від дійсності, чинності та виконаності арбітражної угоди залежить можливість реалізації її положень, формування компетенції міжнародного комерційного арбітражу щодо вирішення спору та, зрештою, виконання прийнятого рішення.

Серед питань, які оцінюють арбітри на цьому етапі правозастосування, є також питання правоздатності сторін арбітражного спору, тобто чи були сторони, які підписали арбітражну угоду, правоздатними в розумінні вимог згадуваної вище ст. V (1) (a) Конвенції 1958 року, яка передбачає, що сторони арбітражної угоди повинні бути фактично та юридично спроможні діяти як суб'єкти права, у т. ч. –

бути стороною арбітражної угоди («...*the parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity...*»). Не торкаючись сутності терміна «*incapacity*», про що детально йшлося у одній із наших статей [139], зазначимо, що положення ст. V (1) (a) на практиці тлумачаться досить широко і стосуються вони будь-якого дефекту правосуб'єктності (як дієздатності, так і правоздатності) сторони арбітражної угоди. З цього приводу ст. VI (2) Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року передбачає, що при вирішенні питання щодо існування та дійсності арбітражної угоди, суди договірних держав повинні встановлювати дійсність такої угоди у світлі «правоздатності сторін, відповідно до права, застосовуваного до них» («... *capacity of the parties, under the law applicable to them...*»), і з урахуванням інших питань, таких як: право, якому сторони підпорядкували арбітражну угоду (ст. VI (2) (a)), право країни, у якій було постановлено рішення (ст. VI (2) (b)), тощо. У цьому контексті, встановлюючи обсяг терміна «правосуб'єктність» (анг. – «*capacity*»), слід підкреслити, що наведені положення міжнародних договорів та правозастосовна практика виходять з того, що вони стосуються суто питань здатності такої сторони до укладення саме арбітражної угоди, тобто підписання окремої арбітражної угоди або контракту, в якому міститься арбітражне застереження з відповідними пророгаційними та дерогаційними процесуальними наслідками, а також подальшої її здатності бути учасником арбітражного розгляду та виконувати відповідні процесуальні права та обов'язки.

Зазначений обсяг елементів правосуб'єктності в розумінні ст. V (1) (a) Нью-Йоркської конвенції 1958 р. та ст. VI (2) Європейської конвенції 1961 р. підлягає встановленню відповідно до права, застосовуваного до сторони, тобто її особистого закону (*under the law applicable to them*) (ст. V (1) (a) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., також ст. IX (1) (a) Європейської конвенції 1961 р. та ст. 34 (2) (a) (i) і ст. 36 (1) (a) (i) Типового закону ЮНСІТРАЛ 1985 р.). Як справедливо зазначив автор відомого коментаря до Нью-Йоркської конвенції 1958 р. А. Я. ван ден Берг, «розробники Конвенції залишили відкритим питання щодо того, як визначати «право, застосовуване до сторони, відоме також як

«особистий закон» («*personal law*» – В. Н.). Тим не менш, це питання повинно бути вирішене за допомогою колізійних норм права країни суду, перед яким заявлено клопотання щодо виконання арбітражного рішення» [289, с. 276]. Звісно, що такі колізійні норми є відмінними у різних країнах, залежно від того, чи має учасник арбітражної угоди статус фізичної або юридичної особи, або ж статус суб'єкта публічного права (державного чи публічного органу). У випадку, коли учасник є фізичною особою, залежно від приналежності до громадянства його статус у різних країнах може визначатись за прив'язками права країни місця громадянства (*lex patriae*), місця проживання (*lex domicilii*), звичайного місця перебування (*habitual residence*) або ж місця найбільш тісного зв'язку (*proper law*). Водночас в низці країн учасниками арбітражних угод, які укладаються з приводу здійснення прав та обов'язків за комерційними контрактами, можуть бути лише сторони зі спеціальним комерційним статусом (наприклад, фізичні особи в Україні).

У випадку, коли сторонами арбітражних угод є юридичні особи, їхній особистий закон або національність (*lex societatis*) залежно від країни можуть визначатись за такими критеріями як: місце створення або реєстрації такої особи (США, Великобританія, Чехія, Бразилія, Перу, Венесуела, Україна), місцезнаходження органів управління (Австрія, Польща, Литва, Німеччина, Португалія, Латвія), основне місце здійснення діяльності або основного виду діяльності (Сирія, Алжир), місце проживання (знаходження) засновників (бенефіціарів) юридичної особи. Окрім цього, в низці країн в установчих документах можуть існувати суттєві обмеження щодо можливості того чи іншого представника юридичної особи підписувати угоди від імені останньої та/або представляти її інтереси, в тому числі право підписувати мирові угоди, збільшувати або зменшувати розмір позовних вимог тощо.

В Україні щодо визначення особистого закону застосовано змішаний критерій. Відповідно до ст. 25 Закону України «Про міжнародне приватне право», особистим законом юридичної особи вважається право держави місцезнаходження юридичної особи, яким для цілей Закону є держава, у якій

юридична особа зареєстрована або іншим чином створена згідно з правом цієї держави, а за відсутності таких умов або якщо їх неможливо встановити, застосовується право держави, у якій знаходиться виконавчий орган управління юридичної особи. Право укладати зовнішньоекономічні договори і відповідно арбітражні угоди такі юридичні особи мають з моменту «набуття ними статусу юридичної особи», яким є момент реєстрації у встановленому Законом порядку таких юридичних осіб у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань (п. 4 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» [203]). Крім цього, слід мати на увазі, що окремі зауваження й застереження містяться в національних законодавствах та міжнародних актах щодо здатності публічних (державних) утворень та їхніх органів бути сторонами арбітражних угод.

Установивши специфіку визначення права до окремих видів учасників арбітражних угод, слід перейти до наступного питання, яке потребує дослідження. Ним є зіставлення права, що застосовується до здатності сторін на укладення арбітражних угод, з іншими системами права, які застосовують при вирішенні спору в міжнародних комерційних арбітражах, а саме: (а) права, застосовуваного до контракту, частиною якого є арбітражна угода, та/або права, застосовуваного до арбітражної угоди; (б) права, застосовуваного до сутності спору (*substantive law*); (в) права країни арбітражу; (г) права країни місця виконання арбітражного рішення. Щодо перших трьох «систем» права, зазначимо, що на визначення права, застосовуваного до сторін арбітражної угоди, не впливає вибір сторонами права, застосовуваного до контракту, арбітражної угоди чи до вирішення спору (*substantive law*). Навіть у випадку, коли сторони прямо вказали, що до контракту буде застосоване право відповідної країни, здатність особи до укладення арбітражної угоди та контракту загалом все одно буде оцінюватись на основі колізійних норм такої сторони. До такого висновку дійшов також апеляційний суд округу СВЕА (*Svea Court of Appeal*) у справі *State of Ukraine v. Norsk Hydro ASA* [436]. Шведський

суд встановив, що, незважаючи на те, що сторони обрали до контракту застосовуваним правом право Швеції, це не перешкоджає суду здійснювати оцінку здатності сторін бути учасниками арбітражної угоди на основі права, що застосовується до таких сторін, якими є відповідно право України та право Норвегії. На основі цього суд, застосовуючи положення українського права, оцінював здатність представників української сторони, які підписали контракт, де міститься арбітражна угода, до укладення дійсної арбітражної угоди та контракту загалом.

Аналогічний висновок було зроблено Верховним судом Великобританії у справі *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v. Ministry of Religious Affairs* [435]. Щоправда, висновки британського суду ґрунтуються на принципово іншій аргументації, ніж шведського апеляційного суду округу СВЕА. Так, шведський апеляційний суд округу СВЕА, оцінюючи дійсність арбітражної угоди, з'ясовував, чи мали право підписанти такої угоди (два працівники Фонду державного майна України) підписувати цю угоду від імені української сторони. Враховуючи, що арбітражне рішення було постановлене на основі шведського процесуального права, яке не містить правила про недійсність арбітражних угод, укладених із порушенням вимог щодо правоздатності її сторін, шведський суд виходив з того, що правову оцінку здатності української сторони до укладення арбітражної угоди та контракту загалом слід здійснювати на основі українського права – права, що застосовується до сторони. Така позиція шведського суду заснована на тому, що правило про необхідність застосування в цій ситуації права, застосовуваного до сторони, міститься у Нью-Йоркській конвенції 1958 р. й Типовому законі ЮНСІТРАЛ 1985 р., а тому не надати оцінки здатності сторін до укладення арбітражної угоди саме з позиції права застосовуваного до сторін («...*under the law applicable to them*...» – ст. V (1) (a) Нью-Йоркської конвенції 1958 р. – В. Н.), а не права, обраного сторонами до контракту, означало би – поставити під сумнів можливість приведення до виконання постановленого рішення у країні місця виконання. Беручи до уваги, що приведення до виконання арбітражного

рішення здійснюється на основі Нью-Йоркської конвенції 1958 р., яку ратифіковано як Україною (країна Відповідача), так і Норвегією (країна Позивача), застосування ст. V (1) (a) цієї конвенції унеможливило б виконання постановленого рішення.

Таким чином, шведський суд, ґрунтуючись на класичних принципах міжнародного приватного права та положеннях Нью-Йоркської конвенції 1958 р. і надаючи оцінку здатності сторони пов'язувати себе та сторону, від імені якої вона діє, арбітражною угодою, виходив з «права такої сторони». Який саме колізійний принцип «права сторони арбітражної угоди» повинен застосовуватись, слід встановлювати в кожному конкретному випадку на основі норм міжнародного приватного права відповідної країни. Як доречно зауважила Дж. Кордеро Мосс з цього приводу, не існує загальновизнаних норм [352, с. 619–635].

У випадку зі справою *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v Ministry of Religious Affairs* Верховний суд Великобританії так само, встановлюючи здатність сторони (уряду Пакистану – *B. H.*) до укладення арбітражної угоди, ґрунтувався на оцінці дійсності арбітражної угоди відповідно до права, яке застосовується до такої угоди. При цьому норми права Пакистану, які стосуються правоздатності, було взято до уваги як критерій, що дозволяє встановити намір сторони бути пов'язаною арбітражною угодою, що, у свою чергу, підтверджує дійсність арбітражної угоди відповідно до права, яке застосовується до такої угоди [352, с. 624–625, 629]. Фактично Верховний суд Великобританії відійшов від правил, встановлених у Нью-Йоркській конвенції 1958 р., і застосував принцип автономії сторін. Оскільки в цій справі сторони не здійснили явного вибору права, що застосовується до арбітражної угоди, а право, обране сторонами до контракту, не може братись судом до уваги для оцінки дійсності арбітражної угоди, суд на основі права контракту здійснив оцінку здатності сторін до укладення такого контракту та арбітражної угоди, з погляду наміру сторони вважати себе пов'язаною таким контрактом, та створення правових наслідків, що є елементом механізму укладення контракту

та свідчить про здійснення волевиявлення.

Таким чином, підхід, продемонстрований Верховним судом Великобританії, замість прямого правозастосування колізійних норм потребує застосування низки кроків:

1) встановлення права, застосовуваного до арбітражної угоди (чи це право, обране сторонами, чи право місця арбітражу);

2) виявлення критерію, на основі якого це право визначає дійсність такої угоди (чи дозволяє право сторони встановити її намір вважати себе зобов'язаною);

3) встановлення впливу права сторони на тлумачення наміру сторони вважати себе зобов'язаною за угодою (при цьому імперативний характер норм (у випадку, що аналізується, — це положення Конституції Пакистану — В. Н.) не має визначального значення) [352, с. 629].

Суд посилався на аналогічні справи, у яких питання правоздатності сторін та встановлення їхнього наміру вважати себе пов'язаними арбітражною угодою вирішувалось на підставі права, застосовуваного до контракту [361; 363; 533].

Зважаючи на сказане, слід зробити висновок, що на сьогодні встановлення права, яке застосовується до здатності сторони бути стороною контракту, в тому числі арбітражної угоди, і вважатись пов'язаною її положеннями, може визначатись двома способами:

1) на основі **прямого методу** шляхом застосування 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*) [134].

В останньому випадку право, застосовуване до сторони, є своєрідним фоном, оцінюючи який, суд (склад арбітражу) встановлює намір сторони вважати себе пов'язаною арбітражною угодою. Однак положення цього права

не мають визначального впливу на це, оскільки питання здатності сторони до укладення арбітражної угоди має оцінюватися суд чи склад арбітражу переважно через призму права, застосовуваного до контракту як питання одного з елементів контракту – волевиявлення, наявності чи відсутності якого лежать в основі дійсності контракту.

Обидва методи є вельми поширеними на практиці та мають своїм наслідком один і той самий результат у разі нехтування арбітражем особистим законом сторони – скасування арбітражного рішення або відмову у визнанні та приведенні до виконання. Прямий метод є характерним для країн цивільного права (Швеція, Швейцарія, Австрія, Німеччина, Італія, Україна та ін.). Натомість непрямий – використовують країни загального права (Великобританія, США) [139].

Щодо зіставлення права країни місця виконання арбітражного рішення та права, застосовуваного до здатності сторін на укладення арбітражної угоди, зазначимо, що, як видно з наведених вище судових рішень сторони беруть до уваги оцінку, яку надаватиме суд країни місця виконання арбітражного рішення питанню здатності сторін до укладення арбітражної угоди відповідно до особистого закону таких сторін.

Встановлення права, застосовного до визначення арбітрабільності предмета спору, також може здійснюватися згідно з різними колізійними прив'язками, вказуючи на відсутність універсального підходу до вирішення цієї проблеми. Так, у світлі тлумачення приписів ст. II(1) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., що не визначає права, застосовного до арбітрабільності, в Керівництві Міжнародної ради по комерційному арбітражу з тлумачення Конвенції вказується на можливість звернення правозастосовного органу на ранньому етапі арбітражного розгляду до кількох правових систем: *lex fori* (власні стандарти об'єктивної арбітрабільності держави місця суду); права місця арбітражу; права, що застосовується до арбітражної угоди; права, що регламентує правовий статус та можливість звернення сторони в арбітраж, якщо такою стороною є держава або державний орган; або права місця виконання арбітражного рішення [417].

Згідно з поширеною позицією щодо визначення об'єктивної арбітрабільності відповідно до приписів *lex fori*, зазначена логіка ґрунтується на положенні ст. V(2)(а) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., що безпосередньо вказує на встановлення належності предмета спору до арбітрабельного на основі закону країни, де запитується визнання та приведення до виконання арбітражного рішення. Проте такий підхід не вирішує всіх можливих проблем, зважаючи на те, що місце арбітражу (де початково порушуватиметься питання щодо об'єктивної арбітрабільності) та місце виконання арбітражного рішення зазвичай є різними юрисдикціями. У світлі цього, на початкових етапах арбітражного розгляду, вченими підкреслюється необхідність врахування одночасно положень права місця арбітражу (*lex arbitri*) та права, що застосовується до чинності арбітражної угоди [367, с. 104] (якщо це різні правові системи – В.Н.).

При цьому, слід погодитись із позицією Б. Р. Карабельнікова, який обґрунтовує відмінність питання дійсності арбітражної угоди (що майже завжди підкорена нормам *lex arbitri*) та арбітрабільності предмета спору, що на етапі визнання та виконання арбітражного рішення розглядається виключно на підставі *lex fori*, хоча при зверненні сторін в арбітраж або зверненні до державного суду з клопотанням про встановлення компетенції арбітражного суду на розгляд справи вчений вказує на коректність застосування *lex arbitri* [72, с. 140–141]. Вважаємо, що як склад арбітражу, так і державний суд на початкових етапах арбітражного розгляду не повинні керуватись при визначенні об'єктивної арбітрабільності правом місця потенційного виконання арбітражного рішення, що, по-перше, може безпідставно унеможливити вирішення справи в порядку арбітражу (якщо *lex arbitri* та якщо відмінне йому право, застосовне до арбітражної угоди, дозволяють арбітраж) та, по-друге, не може гарантувати виконуваності арбітражного рішення як через відсутність впевненості у виконанні арбітражного рішення саме у відповідній юрисдикції, так і у зв'язку з іншими процесуальними міркуваннями.

Таким чином, однозначною є відповідь лише на запитання – яким правом

повинен керуватись державний суд при встановленні арбітрабільності предмета спору при визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення, оскільки таким правом, згідно зі ст. V(2)(a) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., є право цієї країни – *lex fori*. Аналогічна колізійна прив'язка міститься й у Типовому законі ЮНСІТРАЛ (ст. 34(2)(b)(i), ст. 36(1)(b)(i)), які інкорпоровано в текстах абз. 1 п. 2 ч. 1 ст. 36 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (цим правом є законодавство України) та абз. 1 п. 2 ч. 2 ст. 34 українського закону в контексті скасування арбітражного рішення, якщо об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законодавством України. Отже, слід зосередитись на дилемі визначення складом арбітражу застосовного права до арбітрабільності предмета спору на етапі ініціювання арбітражного розгляду або державним судом при зверненні до нього однієї зі сторін із позовом по суті спору, за наявності арбітражної угоди. В останньому випадку питання об'єктивної арбітрабільності постає як тісно пов'язане з дійсністю арбітражної угоди, хоча й є відмінним, на нашу думку, аспектом, який повинен окремо досліджуватись судом.

Питання арбітрабільності предмета спору здебільшого пропонують вирішувати за однією з двох прив'язок: згідно з правом країни місця суду (*lex fori*), перед яким постало завдання встановлення арбітрабільності предмета арбітражної угоди, або ж згідно з правом, що регулює саму арбітражну угоду. При цьому склад арбітражу на практиці найчастіше звертається до права місця арбітражу (*lex arbitri*) [347, с. 6]. Тобто складність та варіативність правового вирішення питання об'єктивної арбітрабільності залежить не лише від стадії арбітражного розгляду, де найбільшого значення набувають етапи до постановлення арбітражного рішення, стадія його визнання та виконання, але й від того, яким правозастосовним органом (складом арбітражу чи державним судом) розглядається це питання.

Вважаємо достатньо обґрунтованою позицію щодо необхідності при визначенні арбітрабільності предмета спору застосування національним судом власного права, тобто закону відповідної країни – *lex fori*, що знаходить своє

пояснення у світлі наведеної вище логіки тлумачення й застосування норм Нью-Йоркської конвенції 1958 р., зокрема зважаючи на віднесення питання об'єктивної арбітрабільності до окремого випадку доктрини публічного порядку (а отже, державний суд не може застосувати норми іншого правопорядку, в тому числі права, якому сторони підпорядкували арбітражну угоду, якщо це призведе до порушення публічного порядку), та відмінності характеру питання об'єктивної арбітрабільності та аспектів дійсності, чинності та виконаності арбітражної угоди [71, с. 80–81]. Цим твердженням відповідає й зміст норми ст. VI(2) Європейської конвенції 1961 р., згідно з якою суд, де порушено справу, може не визнати арбітражну угоду, якщо за законом його країни спір не може бути предметом арбітражного розгляду. Наведене дозволяє розкрити зміст та призначення ст. II(1) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., що зобов'язує кожну договірну державу визнавати письмову арбітражну угоду та передавати спір на вирішення в арбітраж, якщо об'єкт такого спору може бути предметом арбітражного розгляду, оскільки навіть за відсутності вказівки в цій нормі на застосовне право до визначення арбітрабільності предмета спору, очевидним є спрямованість положення на застосування судом такої договірної держави власного закону при вирішенні питання арбітрабільності предмета спору, на противагу застосуванню права, яке сторони обрали до чинності арбітражної угоди, про що йде мова у ст. V(1)(a) Нью-Йоркської конвенції 1958 р.

Отже, під час відповіді на запитання щодо визначення права, що підлягає застосуванню до арбітрабільності предмета спору, можливо ствердно вказувати на *lex fori* у двох окреслених вище випадках, а саме при: 1) зверненні сторони арбітражного розгляду, за наявності арбітражної угоди, з позовом до державного суду, який вирішуватиме проблему об'єктивної арбітрабільності згідно із законом відповідної держави (що ґрунтується на ст. VI(2) Європейської конвенції 1961 р. та впливає з тлумачення змісту ст. II(1) Нью-Йоркської конвенції 1958 р.); 2) зверненні до державного суду з клопотанням про скасування арбітражного рішення або про його визнання та виконання (про що безпосередньо вказано у ст. V(2)(a) Нью-Йоркської конвенції 1958 р.,

ст. 34(2)(b)(i), ст. 36(1)(b)(i) Типового закону ЮНСІТРАЛ). Варто зазначити, що в зарубіжній судовій практиці, при розгляді державним судом клопотання сторони про відсутність у складу арбітражу компетенції щодо спору у зв'язку з неарбітрабільністю предмета останнього, трапляється й використання права, що застосовується до чинності арбітражної угоди [395, с. 884].

Склад арбітражу натомість зобов'язаний ґрунтуватись на здійсненому сторонами виборі щодо права місця арбітражу або, за відсутності такого вибору, встановлення останнього згідно з положеннями відповідного регламенту, та/або, якщо таке право є відмінним, права, застосовного до арбітражної угоди та *vice versa*. Про превалювання цих правових систем зазначено й у наукових джерелах [395, с. 884]. При цьому слід наголосити на труднощах щодо їх визначення та узгодження у світлі вирішення питання арбітрабільності предмета спору. Ключовою проблемою в цьому аспекті постає обрання складом арбітражу при встановленні об'єктивної арбітрабільності права, що регулює дійсність арбітражної угоди (у зв'язку зі здебільшого відсутністю такого вибору арбітри керуються нормами застосовного до головного договору матеріального права) або ж права місця арбітражу – *lex arbitri*.

Зваживши позиції науковців та *rationale*, що складає основу арбітражних рішень, де склад арбітражу надавав перевагу тій чи іншій з означених вище правових систем, вважаємо вартими уваги висновки Б. Р. Карабельнікова (з подальшими застереженнями), який виходить з необхідності при вирішенні цього питання враховувати сутність процедури арбітражного врегулювання спору. Ґрунтуючись на цьому, автор наголошує на обов'язку складу арбітражу при розгляді та вирішенні справи, а також при винесенні арбітражного рішення знаходити відповідь на питання арбітрабільності предмета спору, зважаючи на положення права тих держав, суди яких у майбутньому можуть розглядати питання про скасування арбітражного рішення та про відмову у визнанні та виконанні арбітражного рішення. Таким чином. Б. Р. Карабельніков, зазначаючи ідеально-гіпотетичний характер такої позиції, пропонує враховувати положення правових систем тих держав, у яких знаходяться комерційні підприємства і

матеріальні активи сторін, а також вимоги матеріального права, обраного сторонами (або встановленого за допомогою колізійних норм), яким регулюється сутність відносин між сторонами [71, с. 83–84]. Такі погляди ґрунтуються й на відмінності питань арбітрабільності предмета спору та дійсності арбітражної угоди (а тому ми не можемо поділяти думку щодо правильності застосування в цьому аспекті права, яке регулює чинність арбітражної угоди), що зазначено нами вище.

Коментуючи такого роду підхід, вважаємо, що на практиці найбільш раціональним та відповідним духу конвенційного регулювання порядку розгляду і вирішення спору в міжнародному комерційному арбітражі буде визначення складом арбітражу питання арбітрабільності предмета спору на основі *lex arbitri*, що узгоджується з можливістю державних судів країни місця арбітражу скасувати арбітражне рішення, об'єкт якого за правом цієї країни є неарбітрабельним та відповідає самій концепції місця арбітражу, що обирається сторонами також і з цих міркувань. При цьому, звернення складу арбітражу до права інших юрисдикцій для встановлення об'єктивної арбітрабільності, навіть на прогностичному рівні, можливо розглядати якщо не обов'язком арбітрів, то одним із завдань, вирішення якого гарантуватиме подальше визнання та виконання арбітражного рішення у відповідних країнах.

3.2.2 Право, застосовуване до сутності спору (law of the substance)

Ключову тенденцію нормативного регулювання міжнародного комерційного арбітражу на національному та міжнародному рівнях в останні десятиліття, а також загалом стан теоретичного розуміння цього інституту в розвинених арбітражних юрисдикціях можливо описати крізь призму поширення проарбітражного підходу в законодавстві, теорії та судовій практиці. Вбачається, що сутність такого підходу розкривається через осмислення арбітражу як самостійного та автономного інституту й альтернативного способу вирішення спорів, що функціонує за своїми правилами, у визначених законом межах і відповідно до власних усталених концепцій. Вона фактично втілюється у

сприянні арбітражному розгляду з боку держав та міжнародної спільноти, забезпеченні його максимальної незалежності з нормативно встановленими, винятковими випадками втручання державних судів, зокрема виключним переліком підстав для скасування арбітражного рішення, відмови в його визнанні та виконанні. Важливим виявом цих процесів, вважаємо, є пропагування прагматичного дискурсу під час дослідження прикладних проблем арбітражного розгляду, зокрема питань визначення й застосування матеріального права складом арбітражу, на противагу теоретичним позиціям, укоріненим у зіставленні міжнародного комерційного арбітражу з судочинством у національних судах, і спробам автоматично поширити чи видозмінити парадигму правозастосування, властиву останньому, для вирішення нормативних колізій, що виникають у процесі арбітражу і є притаманними саме йому.

У світлі цього в українській науці та практиці спостерігається відхід від достатньо умовного і проблематично реалізованого на практиці способу регулювання різних аспектів арбітражу за аналогією із діяльністю державних судів, що, на відміну від міжнародного комерційного арбітражу, завжди мають тісний зв'язок із конкретним «форумом», відображаючись у юрисдикційному, територіальному та нормативному вимірах. В арбітражі, натомість, відповідно до загального доктринального консенсусу з цього питання, немає *lex fori*, тобто правової системи, яка *apriori* мала б основоположне значення для арбітражу, яке вітчизняне право має для будь-якого державного суду [619, с. 681; 515, с. 1045–1059; 8, с. 488]. При цьому, беззаперечно, реалізація автономії волі сторін щодо вибору застосовного матеріального права шляхом закріплення в зовнішньоекономічному договорі відповідного положення засновується на нормативному дозволі, закріпленому у нормах *lex fori*, під юрисдикцією якого відбувається арбітраж, та має певні наслідки і при визнанні та приведенні до виконання арбітражних рішень. Тобто такий вибір (і свобода сторін) є допустимим, оскільки він гарантується колізійною нормою належного національного права [359, с. 617].

З наведеного випливає відсутність у арбітрів обов'язку 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. Оскільки, 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 користується більшою «свободою» від національної правової системи і положень міжнародного приватного права країни місця арбітражу. Г. Наон закономірно пояснює це тим, що значна кількість арбітражних рішень щодо вибору права, які можуть бути класифіковані як процесуальні, наприклад, такі, що стосуються питань юрисдикції, чинності арбітражної угоди або арбітрабільності, з більшою ймовірністю зазнають нападу в судах місця арбітражу; або вони можуть призвести до постановлення судових наказів або заборон про зупинення арбітражного провадження, виданих такими судами, тоді як у питаннях вибору права, що застосовується до суті арбітражних спорів (за винятком певних застережень, пов'язаних з дотриманням віднесених до публічного порядку питань справедливості й моралі), суди місця арбітражу зазвичай не здійснюють жодного контролю. Отже, не можуть впливати на аргументацію арбітражного вибору або висновки щодо закону, або норми права, які застосовуються до суті справи [523, с. 184–185]. Крім цього, слушним аргументом проти звернення складу арбітражу як застосовного матеріального права до *lex arbitri* у випадку відсутності вибору сторін є доктрина відокремленості арбітражної угоди від основного договору, що застерігає від невивіреного поширення вибору права до дійсності арбітражного застереження на вибір матеріального права, застосовного до суті спору [321, с. 319–320].

Таким чином, встановлення та застосування права, що регулюватиме сутність спору при розгляді і вирішенні справи в міжнародному комерційному арбітражі, слід здійснювати не на основі колізійних норм міжнародного приватного права країни місця арбітражу або згідно з іншими правилами, дійсними для здійснення правосуддя державними судами, а виходячи з тих

принципів, що відповідають сутності самого арбітражного розгляду: принципу автономії волі сторін, необхідності врахування їхніх намірів та очікувань, виконання арбітрами завдання постановлення виконуваного арбітражного рішення. А. В. Асосков зазначає також такі властивості процесу визначення застосовного матеріального права в арбітражі як: схильність до застосування функціональних (орієнтованих на матеріальний результат) методик; спрямування на уникнення застосування специфічних національних норм міжнародного приватного права, що не відповідають усталеним стандартам (денаціоналізація вирішення колізійної проблеми); високий рівень свободи розсуду арбітрів; можливість у деяких випадках ігнорувати колізійну проблему як таку. Таким чином, як резюмує вчений, при визначенні найбільш оптимальних колізійних рішень слід враховувати інше зіставлення нормотворчих чинників порівняно з вирішенням спорів у державному суді: на перший план виходять індивідуальні інтереси і матеріальні чинники, тоді як інтереси обороту й інтереси правопорядку перестають відігравати суттєву роль [8, с. 493]. Яскравою особливістю правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі є також значний рівень свободи сторін при визначенні застосовного до суті спору права – від вибору національного права однієї зі сторін до застосування позанаціональних регуляторів (*lex mercatoria*) і вирішення спору на основі принципів «добра і справедливості» (*ex aequo et bono*) чи як «дружнього посередника» (*amiable compositeur*), а також відсутність прив'язки такого права до інших правових систем, що можуть стосуватись процедури арбітражного розгляду, дійсності арбітражної угоди, арбітрабельності предмета спору, правосуб'єктності сторін тощо. Розглянемо специфіку реалізації означених принципів та чинників при визначенні та застосуванні матеріального права в міжнародному комерційному арбітражі за двома основними сценаріями:

- 1) визначення застосовного до суті спору права сторонами шляхом прямого або опосередкованого його вибору;
- 2) встановлення цього права складом арбітражу за відсутності або

дефектності вибору сторін, неможливості його реалізації та в інших випадках, про які мова піде далі.

Втім, насамперед, зупинимось на характеристиці основних використовуваних у межах цього підрозділу понять – «застосовного до суті спору права» та «сутності спору». Загалом, під застосовним до суті спору правом (або «правом, що регулює договір», «матеріальним правом», «застосовним правом» – *applicable substantive law / rules of law*) прийнято розуміти правові положення, що регламентують права та обов'язки сторін договору [609, с. 179]. Також саме відповідно до положень матеріального застосовного до суті спору права вирішуються питання існування, чинності, виконуваності та тлумачення початкового договору або будь-яких недоговірних вимог, що виникли між сторонами [332, с. 2109].

Підкреслюється, що вибір матеріального права слугує досягненню двох цілей, які відображено у відповідному застереженні: 1) встановленню матеріального права, що регулює виконання договору; 2) встановленню матеріального права, що буде застосовуватись арбітром у разі виникнення спору [386, с. 184]. Тобто вибір сторонами застосовного матеріального права здійснюється, насамперед, не для врегулювання можливих розбіжностей між сторонами в порядку арбітражу, хоч і має вирішальне значення для арбітражного розгляду та правозастосування, що здійснюється складом арбітражу, а для належного виконання договірних обов'язків, гарантування дотримання прав сторін, які ґрунтуються на договорі та застосовному до нього праві. Саме тому такий вибір зазвичай здійснюється на етапі узгодження договірних положень та підписання контракту, хоч і не виключається можливість вибору застосовного матеріального права вже після виникнення між сторонами конкретного спору, що далі буде передано на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж.

Щодо поняття та обсягу категорії «сутності спору» арбітражна практика виробила низку рекомендацій для сторін, щоб забезпечити включення максимально широкого переліку спорів, які можуть виникнути між сторонами з

приводу конкретних договірних відносин, та уникнення ситуацій, коли сторони ненавмисне його обмежують. Насамперед, такі рекомендації можна знайти у стандартних формулах арбітражних застережень, що пропонуються постійнодіючими арбітражними інституціями сторонам для включення до контракту. Так, в арбітражному застереженні, рекомендованому МКАС при ТПП України, для включення до зовнішньоекономічних договорів сторонам пропонується вказати, що «усі спори, розбіжності чи вимоги, які виникають із цього договору або у зв'язку з ним, у тому числі щодо його укладення, тлумачення, виконання, порушення, припинення чи недійсності (*курсив наш – В.Н.*), підлягають вирішенню у Міжнародному комерційному арбітражному суді при Торгово-промисловій палаті України згідно з його Регламентом». Подібним чином було сформульовано рекомендоване арбітражне застереження LCIA: «Будь-який спір, що виникає з цього контракту або пов'язаний з ним, включаючи будь-яке питання щодо його існування, чинності чи припинення (*курсив наш – В.Н.*), буде передано на розгляд і остаточно вирішено арбітражем згідно з Регламентом LCIA, що включений сторонами шляхом посилання в цьому застереженні». Рекомендоване арбітражне застереження, яке міститься в Арбітражному регламенті ICC, підходить до цього питання більш лаконічно: «усі спори, що виникають з цього контракту або у зв'язку з ним, підлягають остаточному врегулюванню відповідно до Арбітражного регламенту Міжнародної торгової палати одним або декількома арбітрами, призначеними відповідно до цього Регламенту». У рекомендаціях Асоціації міжнародного права (*International Law Association – ILA*), викладених 2008 року у фінальному звіті щодо з'ясування змісту застосовного права в міжнародному комерційному арбітражі [424, с. 195], зазначається, що правила, які регулюють питання, котрі стосуються спору, включають, насамперед, правила, які регулюють договірні відносини між сторонами в арбітражі. Вони також включають усі правила, що стосуються вирішення інших питань, які можуть бути актуальними для врегулювання суті спору, наприклад, деліктні вимоги, питання, що стосуються компаній, обґрунтованість та наслідки врахування інтересів безпеки,

дієздатність сторони укласти спірні договірні угоди, імперативні норми, які потрібно застосовувати, незалежно від закону, що регулює суть справи тощо.

Таким чином, сутність спору, до якої застосовується обране сторонами або встановлене складом арбітражу матеріальне право, повинна охоплювати широке коло питань, пов'язаних з правами та обов'язками сторін, що впливають з укладення, тлумачення, виконання, порушення, припинення чи недійсності відповідного зовнішньоекономічного контракту. При формулюванні положень арбітражного застереження сторони (в першу чергу їх юристи) повинні врахувати цей аспект та забезпечити уникнення ненавмисного обмеження обсягу категорій спорів, що можуть передаватись в арбітраж у зв'язку із предметним звуженням самої «сутності спору». Детальніше ж окреслення категорій спорів, чи навіть вказівка на них, у арбітражному застереженні, що можуть передаватись сторонами в арбітраж, з очевидних причин є проблематичним.

Вибір сторонами застосовного до суті спору права є одним із яскравих прикладів реалізації принципу автономії волі, що закріплюється в міжнародних конвенціях, національному законодавстві та арбітражних регламентах провідних арбітражних інституцій. За твердженням Джуліана Д. М. Лью, сьогодні більшість національних систем колізійного права встановлюють, що якщо сторони мультинаціонального договору прямо передбачають застосування певного права (або норм права чи подібних до них принципів) для врегулювання такого договору, їхній вибір слід поважати та підтримувати. Учений також підкреслює, що доктрина автономії волі сторін отримала визнання на міжнародній та транснаціональній аренах [502, с. 71]. Іншими словами, принцип автономії волі сторін є першочерговим критерієм при визначенні застосовного права міжнародним комерційним арбітражем [106, с. 143] та може обмежуватись у виключних випадках, зокрема у зв'язку з дією надімперативних норм країни місця арбітражу або інших можливих юрисдикцій, що детально вивчатиметься нами в інших частинах цього дослідження.

Зокрема, згідно зі ст. VII (1) Європейської конвенції 1961 р. сторони можуть на свій розсуд встановлювати за спільною згодою право, що підлягає застосуванню арбітрами при вирішенні спору по суті. Ст. 28(1) Типового закону ЮНСІТРАЛ містить уже класичне за своєю суттю положення, згідно з яким «арбітражний суд вирішує спір відповідно до таких норм права, які сторони вибрали як застосовні до суті спору. Якщо немає вказівки про інше, будь-яке позначення права або системи права будь-якої держави тлумачиться як таке, що безпосередньо відсилає до матеріального права цієї держави, а не до її колізійних норм». З метою подальшого дослідження усіх аспектів вибору або встановлення застосовного до суті спору права доцільно навести положення таких частин ст. 28 Типового закону ЮНСІТРАЛ, згідно з якими, за відсутності будь-якої вказівки сторін, арбітражний суд застосовує право, визначене згідно з колізійними нормами, які він вважає застосовними; арбітражний суд приймає рішення *ex aequo et bono* або як «дружній посередник» лише в тому випадку, коли сторони прямо уповноважили його на це; у всіх випадках арбітражний суд приймає рішення відповідно до умов договору та з урахуванням торгових звичаїв, що стосуються такої угоди. Коментатори у світлі наведеного наголошують, що Типовий закон ЮНСІТРАЛ у питаннях застосовного матеріального права прагне закріпити правила, які є загальноприйнятими в сучасній теорії та практиці, та до ключових позицій у світлі досліджуваної проблематики включає такі засадничі ідеї: 1) сторони повинні володіти повною автономією щодо вибору будь-яких правил для регулювання суті їх спору, навіть якщо такі правила (норми права) територіально не пов'язані з контрактом або спором; 2) у випадку відсутності такого вибору, зробленого сторонами, вибір повинен здійснюватися складом арбітражу; 3) Типовий закон повинен визнавати угоду сторін щодо вирішення спору згідно з принципами «добра і справедливості» (*ex aequo et bono*) або арбітром як «дружнім посередником» (*amiable compositeur*) [619, с. 687]. Ці ж принципи відображено в національному законодавстві як держав, що поклали Типовий закон ЮНСІТРАЛ в основу свого арбітражного законодавства, так і тих, що пішли шляхом розроблення своїх

актів «з нуля». Це вказує на універсальність розуміння принципу автономії волі у світлі визначення застосовного матеріального права в більшості країн світу, уможливлючи поруч з міжнародною системою визнання і виконання арбітражних рішень функціонування міжнародного комерційного арбітражу як ефективного способу вирішення спорів.

Аналогічно ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» встановлює, що третейський суд вирішує спір згідно з нормами права, які сторони обрали як такі, що застосовуються до суті спору. Якщо в ньому не висловлено іншого наміру, будь-яке положення права або системи права будь-якої держави повинно тлумачитись як таке, що безпосередньо відсилає до матеріального права цієї держави, а не до її колізійних норм. У разі відсутності якої-небудь вказівки сторін третейський суд застосовує право, визначене згідно з колізійними нормами, які він вважає застосовними. Третейський суд приймає рішення *ex aequo et bono*, або як «дружній посередник», лише в тому разі, коли сторони прямо уповноважили його на це. Також в усіх випадках третейський суд приймає рішення згідно з умовами угоди і з врахуванням торгових звичаїв, що стосуються цієї угоди. Арбітражний закон Англії та Вельсу (ст. 46(1)(а)) передбачає, що склад арбітражу вирішує спір відповідно до права, обраного сторонами як застосовне до суті спору. У ст. 1511 Цивільного процесуального кодексу Франції вказується, що арбітраж вирішує спір відповідно до норм права, обраних сторонами, або, коли такого вибору не було зроблено, – відповідно до норм права, які він вважає належними. Федеральний закон Швейцарії про міжнародне приватне право у ст. 187(1) також містить положення про автономію волі сторін, згідно з яким арбітраж вирішує спори відповідно до закону, обраного сторонами, або, за відсутності такого вибору, – відповідно до закону, з яким спір найтісніше пов'язаний. Згідно зі ст. 1051(1) Арбітражного закону Німеччини арбітраж вирішує спір відповідно до норм права, які сторони обирають як застосовні до суті спору. Будь-яке позначення закону або правової системи цієї держави тлумачиться, якщо не вказано інше, як пряме відсилання до матеріального права цієї держави, а не до

колізійних норм. Так же само у ст. 1710(1) Судового кодексу Бельгії передбачено, що арбітраж вирішує спір відповідно до норм права, які сторони обрали застосовними до суті спору. Будь-яке позначення законодавства цієї держави тлумачиться, якщо не вказано інше, як пряме посилення на матеріальне право цієї держави, а не на її колізійні норми.

Додатково принцип автономії волі сторін при виборі застосовного матеріального права має закріплення й у арбітражних регламентах. Згідно зі ст. 35(1) Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ арбітражний суд застосовує норми права, які сторони погодили як ті, що підлягають застосуванню при вирішенні спору по суті. Регламент МКАС при ТПП України у ч. 1 ст. 41 використовує дещо інше формулювання, вказуючи, що склад арбітражного суду вирішує спори згідно з тими нормами права, які сторони обрали як такі, що застосовуються до суті спору. Ст. 21(1) Арбітражного регламенту ІСС встановлює, що сторони є вільними у виборі норм права, які повинні застосовуватися складом арбітражу до сутності спору. Арбітражний регламент LCIA закріплює, що арбітраж вирішує спір сторін відповідно до закону (законів) або норм права, обраних сторонами як застосовних до суті їх спору (ст. 22.3). Ст. 27(1) Арбітражного регламенту SCC також відсилає до вирішення складом арбітражу спорів по суті на основі законодавства або правових норм, узгоджених сторонами.

Отже, нормативне закріплення принципу автономії волі сторін у виборі застосовного до суті спору права є всезагальним, що безпосередньо відображається й у практиці правозастосування. Згідно з відомим твердженням Джуліана Д. М. Лью, «право сторін самостійно визначати застосовне право та обов'язок арбітрів поважати такий вибір є тим переважним і справді міжнародним колізійним правилом, що склалося в міжнародному комерційному арбітражі» [502, с. 582]. Утім, окреслення варіантів вибору норм матеріального права, що постають перед сторонами, не врегульовується нормами права, залишаючи ці питання на розсуд сторін та розгляд складу арбітражу, для аналізу чого вже варто звертатись до науки й арбітражної та судової практики. Також

слід враховувати вищевказані варіанти встановлення застосовного до суті спору матеріального права: на основі прямого або опосередкованого вибору, здійсненого самими сторонами, або, за відсутності чи дефектності, неможливості реалізації такого вибору, встановлення застосовного права складом арбітражу на основі колізійних норм, що визнаються ним як належні, або згідно з іншими прив'язками, що досліджуватимуться далі. Така логіка закріплюється в усіх із проаналізованих нами національних арбітражних законах та прослідковується в регламентах арбітражних інституцій.

При цьому постає проблема відмінності між явним вибором сторонами застосовного права та формою, яку такий вибір приймає [380, с. 788]. Не заглиблюючись детально у варіації її вирішення, зазначимо, що складу арбітражу при встановленні факту здійснення сторонами вибору конкретного правопорядку чи норм права слід керуватись деякими базовими критеріями, що за відсутності прямого вибору застосовного права можуть вказати на наявність опосередкованого або ж мовчазного вибору, зробленого сторонами. До таких критеріїв у науці належать враховані складом арбітражу: 1) дійсні наміри сторін, пов'язані з вибором застосовного до суті спору права; 2) наявність з'єднуючих факторів між договором і певним правопорядком, зокрема місцем виконання договору, місцем здійснення комерційної діяльності тощо; 3) відмінність між вибором сторонами місця арбітражу, що обумовлюється його нейтральністю і зручністю, та вибором застосовного матеріального права, обґрунтування для чого є суттєво іншим [333, с. 181]. Слід погодитись із тим, що спроба використовувати вибір сторонами місця арбітражу як самодостатнього індикатора угоди сторін щодо вибору застосовного права тієї ж країни перетворює інститут угод, у яких вибір застосовного права мається сторонами на увазі, на фікцію, яка прикриває небажання складу арбітражу звертатися до вирішення колізійної проблеми з урахуванням об'єктивних зв'язків спору з різними правопорядками матеріально-правового результату, а також реальних очікувань сторін [8, с. 496]. Ці ж чинники, що буде розглянуто нами далі, повинен враховувати склад арбітражу й при встановленні застосовного матеріального права, за відсутності будь-якого

вибору, зробленого сторонами (у тому числі того, що мається на увазі) чи неможливості його реалізації.

Арбітражна практика та доктринальне тлумачення змісту нормативних положень міжнародних документів і національних актів серед можливих варіантів вибору застосовного до суті спору права, що постають перед сторонами, виробили такі варіанти: 1) вибір національного права однієї зі сторін; 2) вибір національного права третьої країни; 3) звернення до джерел позанаціонального права (*lex mercatoria*, транснаціональне право, звернення до 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*). Вибір як застосовного матеріального права національної системи однієї зі сторін спору або права третьої країни, як було проілюстровано вище, в абсолютній більшості випадків сприймається як відсилання виключно до її матеріально-правових норм, а не до колізійних. Таким чином, сторони реалізують автономію волі, яка в разі врахування колізійних прив'язок обраного правопорядку могла б невинуватно звужуватись, оскільки останні призводили б до встановлення й застосування іншого права, ніж те, що обрали сторони. При цьому одним з поширених варіантів є вибір нейтрального правопорядку, що може мати тісний зв'язок з договором (наприклад, бути місцем його виконання) або не мати такого зв'язку взагалі. Визначення сторонами нейтральної правової системи для регулювання їх договірних прав та обов'язків особливої важливості отримує у випадку, коли одним з контрагентів є держава або її органи чи юридичні особи, коли інша зі сторін прагне убезпечити себе від можливих змін у національному законодавстві такої держави.

У розрізі допустимості вибору сторонами як застосовного до суті спору права позанаціональних джерел дискусія в арбітражному середовищі ведеться, насамперед, зважаючи на відмінності у формулюваннях у міжнародних

документах та національних законах, частина з яких оперує лише терміном «право» (*law*), а інша – використовує поняття «норми права» (*rules of law*), ґрунтуючись на тому, що в другому з варіантів немає прив'язки до певної правової системи. Актуальності такій дихотомії надала французька наукова думка, яка ґрунтується на положенні чинної ст. 1511 ЦПК Франції. Коментатори зауважили, що використовуваний у ній термін «норми права» призначений вказати, що сторони як застосоване матеріальне право можуть обрати не лише національне право, але й транснаціональні правила (*lex mercatoria*), визнані в міжнародній практиці торгіві звичаї, або взагалі надати арбітрам повноваження на вирішення спорів у якості «дружніх посередників» [380, с. 791]. Ілюстрацією звернення складу арбітражу й опосередковано факту вибору сторонами як застосовного до суті спору позанаціонального джерела права може бути справа № 123, що розглядалась у МКАС при ТПП України (рішення від 2 вересня 2016 року) [46]. Так, у рішенні стверджується, що стосовно питання про застосовне матеріальне право арбітражний суд виходив з того, що сторони в контракті не погодили застосування будь-якого національного законодавства. Щодо узгодження сторонами застосування «міжнародного права», арбітражний суд зазначив, що до договору не може бути застосовано Конвенцію ООН про право міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р., оскільки Індія не є учасницею Конвенції та норми міжнародного приватного права не дають можливість застосувати ні її, ні інші міжнародні договори. За цих обставин формулювання «міжнародне право», використане сторонами, арбітражний суд тлумачить як узгодження єдиних загальновизнаних принципів права, що робить можливим застосування Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА. Згідно з преамбулою Принципів, останні можуть використовуватися в разі, коли сторони не вибрали право, що регулює їхній договір, а також коли сторони погодилися, що їхній договір буде регулюватися загальними принципами права, *lex mercatoria* або аналогічними положеннями. У зв'язку з цим, склад арбітражу констатував, що спір про повернення передоплати в зв'язку з непостачанням відповідачем товару було розглянуто на підставі

положень Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА.

Подібне нормативне втілення та подальше розуміння на практиці формулювання «норми права» як такого, що дозволяє вибір сторонами позанаціональних правил як застосовних до суті спору, закріплюється й на рівні ст. 28(1) Типового закону ЮНСІТРАЛ та в юрисдикціях, що складають основу своїх арбітражних законів. На основі сказаного варто погодитись із висновком, що практично необмежене визнання допустимості вибору сторонами позанаціональних джерел як застосовного права є важливою особливістю міжнародного комерційного арбітражу порівняно з сферою державного правосуддя [8, с. 521].

Потрібно зупинитись й на особливостях правозастосування при виборі сторонами врегулювання спору на основі принципів «добра і справедливості» (*ex aequo et bono*) та як «дружнього посередника» та відмінностей між цими варіантами, гарантованими більшістю національних арбітражних законів та регламентами арбітражних інституцій, навіть коли самі концепції прямо в тексті норм не згадуються. До прикладу, згідно зі ст. 46(1)(b) Арбітражного закону Англії та Вельсу, склад арбітражу, крім застосування обраного сторонами застосовного до суті спору права, може вирішувати спір, беручи до уваги інші міркування (*other considerations*), щодо яких сторони дійшли згоди або які було встановлено самими арбітрами. У визнаному науково-практичному коментарі до цього Закону формулювання «інші міркування» тлумачиться як можливість домовленості сторін про те, що спір повинен вирішуватися не відповідно до будь-якої системи права, а відповідно до, наприклад, принципів справедливості та добросовісності. Складу арбітражу, таким чином, може бути дозволено звертатись до власного загального розуміння того, що є справедливим, а не суворо слідувати правовим нормам, що в теорії арбітражу може визначатись як вирішення спору на основі принципів «добра і справедливості» (*ex aequo et bono*) арбітром як «дружнім посередником» (*amiable compositeur*). Сторони можуть доручити складу арбітражу самостійно визначити форму такого підходу на основі принципу справедливості [396, с. 227].

За твердженням О. Белоглавека, одним з основних принципів прийняття арбітрами рішень на основі принципів справедливості (*equity principles*) є те, що арбітри не пов'язані обов'язком застосовувати будь-яку правову норму або принцип, якщо для цього є достатні підстави. Натомість, розмежовуючи поняття вирішення спорів арбітром в якості «дружнього посередника» (*amiable compositeur*) та згідно з принципами справедливості, вчений наголошує, що перший концепт у початковій формі існує лише в країні його походження – у Франції, та означає процедуру, згідно з якою арбітри повинні приймати рішення відповідно до закону та правових принципів, але вони мають право змінювати наслідки застосування конкретних правових норм (обмеження, збитки тощо). При цьому в інших юрисдикціях помітно тяжіння до ототожнення процедури вирішення спорів арбітром як «дружнім посередником» та *ex aequo et bono*, що, у свою чергу, тлумачиться як свобода розсуду арбітрів щодо можливості виключити вплив будь-яких застосовних правових норм і вирішувати спір відповідно до принципів справедливості [319, с. 32–33, 48]. Згідно з позиціями інших дослідників наразі спостерігається поступове ототожнення цих двох концепцій як єдиної процедури, діючи в рамках якої, арбітр, наділений сторонами відповідними повноваженнями, вільний або застосувати національне право як відправну точку, а потім, за потреби, виключити наслідки його застосування, або ж одразу вирішувати спір згідно з власним розумінням того, що слід вважати в цій справі найбільш справедливим рішенням [380, с. 836–837].

Загалом в арбітражній практиці, що ґрунтується на конвенційному регулюванні й національних нормативних підходах розвинених арбітражних юрисдикцій, також допускається вибір кількох правових систем або норм права (правил), які походять з різних джерел, до різних аспектів відносин між сторонами, що є одним із виявів доктрини *dépeçage*. Так, Ж.-Ф. Пудре та С. Бессон з цього приводу вказують на можливість застосування одного права до договірної відповідальності, але вже іншої системи правових норм до деліктної відповідальності, чи одного права до питань патентного права, а

іншого – до ліцензійних договорів, відзначаючи, що немає підстав обмежувати таку свободу сторін, адже замість конкретної національної правової системи сторони є вільними у виборі різних зводів правил, кожне з яких матиме свій об'єкт правового регулювання [545, с. 578–579]. І вже завданням складу арбітражу буде здійснення перевірки такого вибору на взаємну узгодженість, можливість співіснування як зважаючи на досягнення очікувань сторін та можливість вирішення спору з подальшим виконанням арбітражного рішення, так і стосовно дії імперативних норм правопорядків, що можуть впливати на арбітражний розгляд на різних його стадіях.

У зв'язку з цим також слід пам'ятати, що здійснювана сторонами свобода вибору будь-якого застосовного до суті спору права чи норм права не є абсолютною. У теорії з цього приводу зазначається, що обмеженням автономії волі сторін з цього питання можуть бути різні вияви доктрини публічного порядку, а також встановлення невідповідності вибору сторін принципу *bona fide*. Підкреслюється, що ці категорії не є чітко визначеними та можуть стосуватись навмисного обходу сторонами імперативних норм застосовного до суті спору правопорядку та значною мірою залежать від соціально-економічних, культурних та політичних особливостей останнього [369, с. 174]. У межах цієї частини дослідження з цього приводу зазначимо те, що подібні публічно-правові за своєю суттю міркування лише додатково ускладнюють завдання арбітрів щодо аналізу вибору застосовного сторонами права та в подальшому можуть поставити під загрозу визнання та виконання арбітражного рішення.

Отже, основу вибору сторонами застосовного до суті спору права складає принцип автономії волі, значення та межі якого в цьому аспекті протягом останніх десятиліть поступово розширювалися як арбітражною практикою та дослідниками і коментаторами, так і законотворцями, для забезпечення інтересів бізнесу й ефективності арбітражного розгляду міжнародних комерційних спорів. Сьогодні сторони є вільними у виборі не лише національних систем права, але й позанаціональних правових регуляторів (транснаціональних принципів права, звичаїв ділового обороту тощо), можуть

підпорядкувати різні аспекти спору відмінним за своїм походженням і ступенем обов'язковості правовим інструментам, а також взагалі відступити від них і домовитись про вирішення справи згідно з принципами добра і справедливості чи надати арбітрові мандат «дружнього посередника». Утім у досліджуваному питанні, продовжують існувати й обмеження автономії сторін, спрямовані на дотримання інтересів міжнародного публічного порядку, гарантування добросовісності зробленого сторонами вибору застосовного матеріального права, забезпечення дії надімперативних норм, від яких сторони не можуть відступити з огляду на обов'язковість приписів останніх.

За відсутності прямого або опосередкованого (мовчазного або такого, що мався на увазі) вибору сторонами застосовного матеріального права (що часто властиво договорам, стороною яких виступає держава [509, с. 371]), а також у випадку дефектності вибору застосовного права, неможливості його реалізації через дію імперативних норм країни місця арбітражу чи країни місця виконання зобов'язань (зокрема, коли мова йде про захист прав споживачів, спір, пов'язаний із нерухомістю, дію антимонопольного законодавства тощо), таке завдання покладається міжнародними і національними регуляторами на склад арбітражу. У такому разі роль арбітра з перевірки зробленого сторонами вибору та можливого врахування застосовних надімперативних норм, що не були обрані контрагентами, перетворюється у більш складне завдання, вимагаючи від складу арбітражу дослідження низки потенційно з'єднувальних контракт з певним правом факторів за відсутності єдиного, універсального механізму чи колізійної прив'язки. Покладення такого обов'язку на арбітрів є цілком закономірним та виправданим, оскільки, як зазначає Л. ді Брозоло, «для всіх практичних завдань повноваження застосовувати норми права майже не відрізняється від повноважень ухвалювати рішення» [490], що, у свою чергу, вимагає попереднього встановлення такого застосовного права.

Крім цього, до запитань, які склад арбітражу повинен враховувати при встановленні застосовного до суті спору права, за відсутності зробленого сторонами вибору, Ендрю та Керен Твідейл відносять такі: 1) чи повинні або

можуть арбітри зважати на попередні відносини між сторонами для визначення застосовного права (витоки цього питання знаходяться в усвідомленні того факту, що при укладенні між сторонами договору та його наступного виконання певне застосовне матеріальне право існувало)?; 2) чи можуть різні правопорядки застосовуватись до різних аспектів спору (відносин між сторонами)?; 3) чи повинно застосовне до суті спору право обов'язково бути національним правом певної держави? [609, с. 181]. З досліджених нами вище нормативних положень та доктринальних позицій очевидними відповідями на друге та третє запитання будуть відповідно «так» і «ні», оскільки можливість підпорядкування різному праву різних частин договору допускається міжнародними та національними правовими джерелами, тоді як до суті спору можуть застосовуватись й позанаціональні правові регулятори, а також арбітражний розгляд може здійснюватися на основі принципів «добра і справедливості» (*ex aequo et bono*) або арбітром в якості «дружнього посередника» (*amiable compositeur*). Щодо першого з питань, то принцип автономії волі вимагає надання сторонам можливості обрати застосовним до суті спору інше право, ніж регулювало договірні відносини до початку ініціювання арбітражного розгляду, хоч розумність такого рішення й може бути поставлено під сумнів.

До трьох принципових підходів щодо встановлення складом арбітражу застосовного до суті спору права в окреслених вище ситуаціях належать: 1) застосування арбітрами принципу найбільш тісного зв'язку; 2) звернення до колізійних норм, які склад арбітражу вважає застосовними (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*) [539, с. 21]. Зі згаданих вище правопорядків перший є характерним для Німеччини та Швейцарії. Так, згідно зі ст. 1051(2) Арбітражного закону Німеччини в разі відсутності будь-якого визначення застосовного права сторонами арбітражний суд застосовує право держави, з якою сутність спору є

найбільш тісно пов'язаною. Другий підхід закріплено серед інших у Європейській конвенції 1961 р., Типовому законі ЮНСІТРАЛ (і відповідно на рівні ч. 2 ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж») та Арбітражному законі Англії та Вельсу. Третій підхід властивий для французького законодавства. ЦПК Нідерландів у ст. 1054(2) також передбачає, що, якщо вибір застосовного матеріального права сторонами не здійснено, склад арбітражу повинен ухвалити рішення на основі норм права, які він вважатиме застосовними. Аналогічною логікою оперує ст. 21(1) Арбітражного регламенту ICC, згідно з якою за відсутності домовленості сторін щодо вибору застосовного права склад арбітражу застосовує такі норми права, які вважає відповідними. При цьому згідно зі ст. 21(2) цього ж Регламенту склад арбітражу бере до уваги положення контракту, якщо такий існує між сторонами, і будь-які відповідні торгові звичаї. Цим же шляхом пішли й інші арбітражні інституції, закріпивши прямий підхід до вибору застосовного права складом арбітражу, зокрема, у ст. 22.3 Арбітражного регламенту LCIA, ст. 22(1) Арбітражного регламенту SCC, ст. 27(2) Регламенту з арбітражу та примирення VIAC. Натомість, відповідно до ч. 2 ст. 41 Регламенту МКАС при ТПП України, в разі відсутності будь-якої вказівки сторін склад арбітражного суду застосовує право, визначене згідно з колізійними нормами, які він вважає за необхідне застосувати.

Вбачається, що всі з наведених підходів спрямовані на гарантування відповідності встановленого складом арбітражу застосовного матеріального права суті спору та предмета договору, особливо перші два, що пов'язані з колізійними прив'язками – як з конкретним відсиланням до права, що має найбільш тісний зв'язок з правовідносинами, так і з можливістю звернення арбітрів до інших колізійних норм, які він вважатиме застосовними. Відмінність третього з підходів – *voie directe* або прямого вибору застосовного права полягає у більшому ступені свободи арбітрів у цьому питанні, оскільки взагалі усувається обов'язок складу арбітражу звертатись до колізійних норм певної національної системи міжнародного приватного права чи транснаціональних

колізійних прив'язок. Проте це не говорить про свавілля арбітрів у визначенні застосовного до суті спору права, як і про відірваність такого вибору від положень договору чи будь-яких правових норм. У науці з цього приводу підкреслюється, що для уникнення колізійної проблеми в процесі правозастосування, що здійснюється арбітрами, останні події в національному законодавстві вказують на перевагу безпосереднього вибору національного законодавства чи інших норм права, які встановлюються арбітрами як найбільш відповідні для конкретних обставин, зважаючи на їхній здоровий глузд та досвід арбітра у вирішенні комерційних спорів [509, с. 395]. Крім цього, вибір, що здійснюється арбітрами на основі прямого методу, може ґрунтуватись на зв'язках між справою та обраним правом, аналогічно до вибору, в основі якого лежать колізійні норми, але також може впливати зі змісту самого застосовного матеріального права. Так, арбітри можуть дійти висновку, що певне право, будучи більш сучасним, є краще пристосованим для врегулювання спору, або, виходячи з того, як складено основний договір, чи якими поняттями він оперує, що найбільше для його регламентації пасуватиме – правова система континентального або, навпаки, загального права. Арбітри можуть цілеспрямовано не застосовувати до договору право, згідно з яким він буде визнаний недійсним та ін. [380, с. 876].

Аргументом на користь підходу *voie directe* можна вважати й ситуацію, коли арбітри розглядають як застосовні колізійні та матеріальні норми, положення, що належать до одних і тих же правопорядків. У такому разі склад арбітражу може порівняти норми матеріального права відповідних країн, пов'язаних зі спором, що може призвести до того ж результату, що й зіставлення колізійних прив'язок, втілених у міжнародному приватному праві цих держав [509, с. 393–394]. Потрібно відзначити, що й за перших двох підходів, коли складом арбітражу аналізуються приписи колізійного права «зацікавлених» правопорядків, не виключається ситуація відсилання ними до одного й того ж права, що пов'язано з уніфікацією колізійних прив'язок у національному законодавстві розвинених держав до такого ступеня, що

дозволяє говорити про існування транснаціонально визнаних правил колізійного прикріплення, як-то «право держави, у якій сторона, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту правочину, має своє місце проживання, або місцезнаходження», або «право держави, у якій знаходиться нерухоме майно» тощо.

Г. Борн, звертаючись до проблеми визначення складом арбітражу застосовних колізійних норм для встановлення згідно з їхніми приписами застосовного матеріального права у рамках другого з виділених вище підходів, стверджує про переваги звернення до колізійного права країни місця арбітражу. Вчений наголошує, що «за наявності дійсної колізії найкраща колізійна методологія визначення застосовуваного матеріального права в міжнародному арбітражі (за відсутності угоди сторін) полягає в необхідності виходити з презумпції застосування колізійних норм місця проведення арбітражу. Правильним чином витлумачена угода сторін про проведення арбітражного розгляду в певному місці в загальному розумінні (хоча і не завжди) вказує в ситуаціях наявності дійсної колізії на згоду сторін на застосування колізійних норм місця проведення арбітражу. Здебільшого ми таким чином отримуємо найбільш прості, нейтральні, передбачувані й чесні колізійні норми» [332, с. 2140]. Хоч нам і зрозуміла позиція дослідника та інших прихильників звернення складу арбітражу до колізійних норм місця арбітражу, за відсутності вибору сторонами застосовного права, але за достатньо визначеного вибору місця арбітражу вважаємо, що ототожнення вибору місця арбітражу як погодження сторонами звернення до колізійних норм цього правопорядку не вбачається логічним, а також часто може суперечити дійсним прагненням і очікуванням сторін. Більше того, такий підхід не узгоджується із загальним принципом уникнення застосування колізійних норм правопорядку, обраного сторонами як застосовне до суті спору право. На нашу думку, замість прогнозованої визначеності та гарантування простоти й нейтральності визначення на основі колізійних норм *lex arbitri* застосовного 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.

До інших правових систем, колізійні норми яких можуть бути застосовані арбітрами для визначення матеріального права, можуть належати будь-яка юрисдикція, пов'язана зі спором, правопорядок, що має з останнім найбільш тісний зв'язок, міжнародні колізійні принципи або інші колізійні норми, що, на думку арбітрів, є найбільш відповідними в конкретних обставинах, за межами означених вище систем. Зауважимо, що навіть у правових системах, яким притаманне закріплення звернення арбітрів до принципу найбільш тісного зв'язку вирішення колізійної проблеми та встановлення таким чином застосовного до суті спору права, не є механічним та простим процесом. Так, коментуючи положення законодавства Швейцарії у цьому зв'язку, Й. Фрік зазначає, що норма ст. 187 Федерального закону Швейцарії про міжнародне приватне право (*«Арбітраж вирішує спори відповідно до закону, обраного сторонами, або за відсутності такого вибору – відповідно до закону, з яким спір найтісніше пов'язаний»*) [591], хоч і наділяє арбітрів гнучкістю у вирішенні проблеми застосовного права, а також вимагає від арбітрів використовувати не лише колізійний метод (на противагу прямому підходу), але й брати до уваги всі важливі чинники, що можуть дозволити встановити найтісніший зв'язок права з конкретним спором. А тому арбітри не можуть покладатись лише на механічні законодавчі презумпції та подібні їм правила, які ґрунтуються на єдиному, формалістичному критерії, навіть якщо, в загальному вони встановлені саме для того, щоб скерувати до права, яке має найбільш тісний зв'язок зі спором. Рекомендовано, як стверджує вчений, що арбітри повинні аналізувати та зважувати всі з'єднувальні фактори справи, що розглядається (не враховуючи тих, що не мають безпосереднього зв'язку з істотними фактами спору, наприклад, національність арбітрів або місце арбітражу), а їхнім провідним принципом повинні бути очікування сторін [385, с. 78].

Найпоширенішими в арбітражній практиці методами застосування арбітрами колізійних норм під час встановлення застосовного до суті спору права є «кумулятивний» метод та метод звернення до загальних принципів міжнародного приватного права, хоча частим є й надання складу арбітражу повної свободи у визначенні колізійного права, що він вважатиме застосовними [380, с. 871]. Сутність кумулятивного методу полягає в одночасному застосуванні колізійних правил усіх правових систем, що мають зв'язок зі спором, що в теорії повинно призвести до одного й того ж результату, вказуючи на єдину правову систему, матеріальні норми якої й підлягають застосуванню. Недолік такого методу на практиці є очевидним, оскільки насправді колізійні норми різних правопорядків можуть суттєво відрізнятися та використовувати різні колізійні прив'язки. Свої переваги й недоліки має другий метод, коли арбітри можуть покластись на усталені, притаманні більшості систем міжнародного приватного права колізійні норми. У такому разі зроблений вибір може обґрунтовуватись єдністю у вирішенні певної колізійної проблеми на транснаціональному рівні, що, втім, далеко не завжди є досяжним у зв'язку з такою ж відмінністю у підходах. Слід погодитись із загальним висновком В. Хейсканена стосовно того, що основне питання правової політики, яке лежить в основі колізії законів у міжнародному арбітражі, полягає в такому: наскільки транснаціональним є арбітраж з погляду відповідних факторів, щодо місця арбітражу? Що більш транснаціональним є арбітраж у світлі цих факторів, то більш виправданим є вирішення відповідних кваліфікаційних питань та колізій законів, посиляючись на транснаціональний, а не місцевий стандарт, застосовний у місці арбітражу [399, с. 465].

Прикладом встановлення складом арбітражу застосовного матеріального права на основі звернення до колізійних норм, які арбітри вважають застосовними, є справа № 48, що розглядалась арбітрами МКАС при ТПП України (рішення від 29 квітня 2010 року) [49]. У рішенні склад арбітражу дійшов висновку, що оскільки укладений сторонами контракт за своєю правовою природою є договором купівлі-продажу, і відповідач-продавець має

своє місцезнаходження в Україні, застосовним до контракту, згідно зі ст. 32, 44 Закону України «Про міжнародне приватне право», є право України. При цьому арбітражний суд виходив з необхідності застосування як частини національного законодавства Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (Віденська конвенція 1980 року) та того, що, відповідно до ч. 2 ст. 7 Віденської конвенції, питання, які стосуються предмета регулювання цієї Конвенції, що прямо в ній не вирішені, підлягають вирішенню відповідно до права, застосованого згідно з нормами міжнародного приватного права. Отже, склад арбітражу дійшов висновку, що право України застосовується до контракту від 25 вересня 2008 року на субсидіарній основі.

На основі аналізу практики правозастосування арбітрами МКАС при ТПП України Г. Галущенко стверджує, що серед факторів впливу на вибір того чи іншого права арбітри застосовують традиційні колізійні прив'язки (наприклад, право місцезнаходження продавця). Також арбітри беруть до уваги – чи є країни сторонами міжнародних договорів. Так, досить часто арбітри обирають Конвенцію ООН про міжнародні договори купівлі-продажу як право, що буде застосовуватися до суті спору [29, с. 376].

Таким чином, склад арбітражу, залежно від підходу, прийнятого в країні місця арбітражу, чиї імперативні приписи визначають порядок встановлення арбітрами застосовного матеріального права за відсутності вибору сторін, та правил, закріплених в арбітражному регламенті відповідної інституції, може або самостійно встановити таке право (прямий підхід), або звернутись спочатку до визначення застосовних колізійних норм, вже згідно з якими буде зроблено вибір матеріального права (непрямий підхід). До таких колізійних прив'язок зазвичай належать принцип найбільш тісного зв'язку, країни місця виконання договору, країни місцезнаходження сторони, що повинна здійснити істотне виконання та ін. Поширеним в арбітражних законах (Німеччина, Швейцарія) є також пряме відсилання арбітрів до застосування права держави, з якою сутність спору найбільш тісно пов'язана.

Заключним, але не менш важливим, питанням, що потребує розгляду в

межах цієї частини дослідження, є порядок встановлення і безпосереднього застосування складом арбітражу права, застосовного до суті спору, зважаючи на здійснення арбітрами кваліфікації відповідних норм, врахування практики його тлумачення і застосування. Зупинимось на основних моментах цієї проблематики.

Так, важливі позиції щодо порядку застосування арбітрами обраного сторонами права у світлі встановлення його змісту та розпорядження отриманою від сторін інформацією з цього приводу містяться у рекомендаціях Асоціації міжнародного права, викладених 2008 року у фінальному звіті щодо з'ясування змісту застосовного права у міжнародному комерційному арбітражі [424, с. 218–220]. До загальних висновків, що потрібно взяти до уваги арбітрам, віднесено такі пункти: 1) у будь-який час у процесі, коли виникає питання, що вимагає застосування норми права (включаючи питання про юрисдикцію, процедуру, суть спору або колізію законів), арбітри повинні визначити реально застосовне право та норми й встановити їхній зміст, наскільки це необхідно зробити для вирішення спору; 2) визначаючи зміст застосовного права та норм, арбітри повинні дотримуватись належної процедури та враховувати публічний порядок, діяти справедливим для сторін чином, виносити рішення в рамках позовних вимог, переданих в арбітраж, та уникати упередженості, включно з тим, щоб не викликати у сторін сумнівів наявності упередженості.

Також низка рекомендацій стосуються отримання інформації від сторін, правил взаємодії зі сторонами щодо вибору застосовного права та встановлення його змісту, використання даних щодо змісту застосовного права, а також деякі міркування щодо дій арбітрів в особливих ситуаціях. Резюмуючи ці положення, можливо вибудувати таку логіку та керівні принципи, якими слід послуговуватись арбітрам у процесі з'ясування змісту застосовних до суті спору норм права та їх подальшого застосування.

По-перше, якщо арбітрам здається, що зміст застосовного права може суттєво вплинути на результат справи, вони повинні негайно порушити цю тему зі сторонами та встановити відповідні процедури щодо того, як буде з'ясовуватися зміст права (у поданнях із матеріалами, надаватись через

експертів, свідків чи в інший спосіб). Арбітрам слід найперше отримувати інформацію про зміст застосовного права саме від сторін та, за загальним правилом, не підіймати питань права, що можуть вплинути на вирішення спору, якщо сторони не заявляли про це. При цьому, з'ясовуючи зміст застосовного права, арбітри повинні зважати на те, що норми, які регулюють встановлення змісту права національними судами, не обов'язково придатні для арбітражу, враховуючи принципові відмінності між спором, що розглядається міжнародним арбітражем та спором, який розглядається національними судами. Зокрема, арбітри не повинні покладатися на невисловлені припущення щодо змісту застосовного права, включаючи будь-яку презумпцію, що він такий же, як і право, найбільшою мірою відоме складу арбітражу чи будь-кому з його членів, або навіть те саме, що і право місця арбітражу. Проте, використовуючи норми застосовного права, арбітри повинні належним чином враховувати наявну інформацію про застосування норм у юрисдикції, з якої норми виходять.

По-друге, арбітри не обмежуються лише твердженнями сторін щодо змісту застосовного права. Арбітри можуть допитувати сторони щодо правових питань, які сторони порушували, а також щодо їхніх подань та доказів стосовно змісту застосовного права, можуть переглядати джерела, на які сторони не посилалися, що стосуються цих правових питань, а також у прозорий спосіб покладаються на власні знання щодо застосовного права, оскільки воно стосується цих правових питань. Визначаючи зміст потенційно застосовного права чи правила, арбітри можуть розглянути та надати належну оцінку будь-якому надійному джерелу, включаючи закони, судову практику, подання представників сторін, думки та перехресні допити експертів, наукові праці тощо. На можливості залучення експерта з питань іноземного права арбітром або стороною на основі приписів п. а ч. 1 ст. 26 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» наголошує Г. Галущенко. При цьому автор справедливо відзначає, що в будь-якому разі арбітр буде оцінювати висновки експертів щодо іноземного права за своїм внутрішнім переконанням: він може відмовитись брати до уваги свідчення експерта однієї сторони, навіть якщо

вони не заперечуються іншою стороною, і ухвалити рішення на підставі власного дослідження норм іноземного права [30, с. 134]. Саме у світлі зробленого складом арбітражу самостійного аналізу положень іноземного права, арбітрами будуть оцінюватись й докази, які надаються сторонами на доведення тих чи інших обставин, на які вони посилаються.

По-третє, якщо в ході обговорення арбітри дійшли висновку, що для розгляду справи необхідна додаткова інформація про зміст застосовного права, вони повинні розглянути питання про відновлення провадження у справі, щоб дозволити сторонам подати подальші клопотання з відкритих правових питань, але лише в міру необхідності для їх вирішення та з урахуванням міркувань відповідності, часу та вартості. У науці право арбітрів самостійно підіймати нові правові питання, які не обговорювались сторонами, вважається ще одним виявом принципу *jura novit curia*, який в арбітражі, окрім необхідності забезпечити дотримання прав сторін надавати свої пояснення, втілюється й у тому, що склад арбітражу також не повинен виходити за межі наданих на його розгляд питань (*ne ultra petita partium*) [158, с. 285]. Важливим загальним застереженням також є надання арбітрами повної та своєчасної інформації сторонам у частині обґрунтування вибору застосовного права, його джерел та їх тлумачення, щоб не суперечити розумним очікуванням сторін або сторони, а також не вирішити спір на основі норм права, питання щодо яких сторони або разом з ними склад арбітражу не порушували. У згадуваних рекомендаціях Асоціації міжнародного права 2008 року з цього приводу вказано, що в разі, якщо після старанних зусиль, що відповідають цим рекомендаціям, неможливо з'ясувати зміст застосовного права, арбітри можуть обґрунтовано застосовувати будь-яке право чи норми права (правила), які вони вважають застосовними, після повідомлення сторін та розумної можливості бути заслуханими.

На окрему згадку заслуговує й позиція Рекомендацій щодо спорів, які стосуються правил публічного порядку або інших норм, від яких сторони не можуть відступати, виправданим є вжиття арбітрами заходів, необхідних для визначення застосовності та змісту таких правил, у тому числі шляхом

проведення незалежних досліджень, розгляду зі сторонами нових питань (юридичних чи фактичних), та надання відповідних вказівок або вжиття відповідних заходів, наскільки вони вважають це необхідним для дотримання цих правил або для попередження оскарження рішення.

Поруч з урахуванням наведених позицій щодо встановлення належного застосовного права, з'ясування його змісту та подальшого застосування при розгляді складом арбітражу спору між сторонами, не меншого значення має й здійснення арбітрами детального опису норм застосовуваного права в контексті встановлених фактичних обставин у тексті арбітражного рішення. Саме арбітражне рішення є квінтесенцією та завершальним етапом правозастосовної діяльності, що здійснюється складом арбітражу, відображаючи логіку дій арбітрів щодо встановлення застосовного права, його кваліфікації, дослідження змісту і безпосереднього застосування до конкретних обставин справи.

Отже, питання визначення та застосування права, застосовного до суті спору в міжнародному комерційному арбітражі, є достатньо розробленими в арбітражній і судовій практиці та на високому рівні вивчені сучасною юридичною наукою. Базовими нормативно закріпленими та міжнародно визнаними підходами в цій сфері є, по-перше, визнання широкої свободи сторін до визначення матеріального права як реалізація принципу автономії волі, та, по-друге, різний ступінь дискреції складу арбітражу при встановленні застосовного до суті спору права за відсутності вибору сторін: від непрямого підходу, коли арбітри повинні спочатку звернутись до колізійних норм, які вони вважають застосовними, зважаючи на предмет договору, його зв'язки з різними правопорядками та інші міркування, й на основі колізійних прив'язок вже встановити конкретні матеріальні норми, до можливості прямого вибору застосовного права (*voie directe*). При цьому гнучкість арбітражу як методу вирішення спорів у питаннях застосовного матеріального права дозволяє сторонам не лише звертатись до національних правових систем, але й визначати застосовними до суті спору позанаціональні (транснаціональні) джерела права, підпорядковувати різні аспекти правовідносин різним за своїм походженням

нормам чи навіть правопорядкам, наділяти арбітрів повноваженнями розглядати спір у якості «дружніх посередників», коли склад арбітражу вправі керуватись власним уявленням про справедливе вирішення спору та відступати від нормативних приписів чи наслідків їх застосування.

Усе це вимагає від арбітрів особливо виваженого та послідовного ставлення до визначення (встановлення), з'ясування змісту і застосування настільки різноманітних правових джерел, тонкого розуміння правової матерії, дотримання балансу між нормами права й очікуваннями сторін та інтересами міжнародного комерційного обороту. До ключових особливостей застосування матеріальних норм права, що здійснюється складом арбітражу, таким чином, можливо віднести: 1) встановлення, дослідження та кваліфікація застосовних до суті спору норм у тісній співпраці зі сторонами та їхніми представниками, що, втім, не обмежує свободу аналізу правових норм арбітрами самостійно; 2) непов'язаність арбітрів та їхніх суджень практикою і доктриною тлумачення застосовного матеріального права, що належить до певного національного правопорядку; 3) надання оцінки доказам та доводам сторін на основі застосовного матеріального права з подальшим послідовним та вичерпним втіленням висновків з цих питань в арбітражному рішенні.

3.2.3 Право, застосовуване до процедури арбітражного розгляду (*lex arbitri*)

Право, що застосовується до процедури арбітражного розгляду (*law governing the arbitration procedure* або *applicable procedural law*), в зарубіжній літературі відоме також під простою, але ємною назвою – «право, що регулює арбітраж» як такий (*law governing the arbitration itself* [553, с. 173; 595, с. 18] або *lex arbitri*). Традиційно право, що регламентує арбітражний процес за своїм змістом та призначенням, протиставляється матеріальному праву, застосовному до сутності спору (*substantive applicable law*). Відмінності виявляються і стосовно реалізації принципу автономії волі сторін, які найчастіше не здійснюють прямого вибору процесуального права під час конструювання

арбітражних застережень, зазначаючи здебільшого лише регламент арбітражної інституції. Втім, це не усуває потреби у зверненні арбітрів до національного права країни місця арбітражу як з метою доповнення («нестачі» в регламенті процесуальних норм [78, с. 101]), так і задля врахування імперативних норм *lex arbitri*.

При цьому, під застосовним процесуальним правом лише в межах певного контексту, можливо розуміти єдину правову систему, зокрема, коли здійснюється відсилання до процесуальних норм *lex arbitri*. У загальному ж до права, що регулює арбітражний розгляд, належать норми різної правової природи з відмінними механізмами прийняття та застосування, характером обов'язковості та ступенем варіативності, що визначають допустимість та межі вибору й зміни цих норм сторонами чи арбітрами. Визначення змісту права, що регулює арбітраж, розпочнімо з положень арбітражного застереження, встановивши далі правові межі автономії волі сторін у контексті проблематики.

Згідно зі ст. 19 Типового закону ЮНСІТРАЛ, за умови дотримання положень цього Закону сторони можуть на свій розсуд домовитись про процедуру розгляду справи арбітражним судом. За відсутності такої домовленості арбітражний суд може з урахуванням положень цього Закону, вести арбітражний розгляд таким чином, який він вважає належним. Повноваження, надані арбітражному суду, включають повноваження на визначення допустимості, належності, істотності та значущості будь-якого доказу. Ці ж принципи вибору правил процедури закріплюються в арбітражних законах як країн, що взяли за основу Типовий закон ЮНСІТРАЛ (зокрема, у ст. 19 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»), так і тих, що пішли шляхом розроблення власних актів. Зокрема, у ст. 1494 Цивільного процесуального кодексу Франції [384] передбачається, що в арбітражній угоді можуть прямо або шляхом відсилання до встановлення складом арбітражу визначатись правила процедури, які застосовуватимуться в арбітражному розгляді; арбітражною угодою може бути підпорядковано арбітражний процес також визначеному нею праву, застосовному до процесуальних питань. За

відсутності жодної з таких вказівок у арбітражній угоді, процедура розгляду визначатиметься складом арбітражу безпосередньо або за допомогою відсилання до застосовного права чи арбітражного регламенту.

Найпоширенішим первинним інструментом, що обирається сторонами та встановлює процедуру арбітражного розгляду, є регламенти арбітражних інституцій або регламенти, що застосовуються в арбітражі *ad hoc* (Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ 2010 року [612], до прикладу). При цьому розсуд сторін не обмежується вибором арбітражного регламенту, як і з метою встановлення застосовного процесуального права – вибором конкретної національної правової системи, базуючись на загальновизнаній свободі підпорядковувати арбітражний розгляд й іншим правовим конструкціям. До останніх, як резюмують Е. Гайярд та Дж. Саваж, можуть належати транснаціональні правила процедури, які ґрунтуються на компаративістському аналізі окремих юрисдикцій та механізмів або арбітражних прецедентах (*arbitral case law*) обумовлені сторонами власні правила, в рамках яких запозичуються та узгоджуються процесуальні елементи, властиві різним правовим системам; вирішення спору згідно з принципами *amiable compositeur* (дружнє посередництво) або *ex aequo et bono* (що безпосередньо впливає й на порядок арбітражного розгляду); чи взагалі свідомо відмова сторін від вибору будь-яких процесуальних правил до моменту виникнення потенційного спору [380, с. 633]. П. Сандерс з цього приводу відзначає значний обсяг свободи сторін щодо вибору правил процедури, що встановлюється, зокрема й правовим статусом, наданим міжнародному комерційному арбітражу, в тому числі Нью-Йоркською конвенцією 1958 р., охоплюючи як можливість звернення до регламентів арбітражних інститутів, так і розроблення *ad hoc* власних детальних положень щодо порядку проведення арбітражного розгляду. Дослідник вбачає у такій ситуації ще один приклад поступової денаціоналізації арбітражу, що в цьому випадку має місце щодо арбітражної процедури [576, с. 271]. Утім, зважаючи на практичність, зручність у застосуванні та підтримку з боку арбітражної установи, сторони в арбітражному застереженні

найчастіше надають перевагу саме правилам інституційного арбітражу або розробленому за такою ж логікою Арбітражному регламенту ЮНСІТРАЛ.

Таким чином, первинним рівнем правового регулювання процедури арбітражного розгляду є правила, що прямо або опосередковано вибрані сторонами чи визначені складом арбітражу з цією метою. Класичним прикладом є регламент постійнодіючої арбітражної інституції. Характерними для арбітражного регламенту рисами є спрямованість на закріплення стадійності та передбачуваності арбітражного процесу шляхом унормування конкретних етапів й аспектів ініціювання арбітражу, призначення арбітрів, здійснення арбітражного провадження та пов'язаних питань. Поруч із цим загальновизнано, що регламенти не є процесуальними кодексами ні за правилами застосування, ні за обсягом. Їхня мета, як і завдання інших описаних вище правових механізмів (систем, конструкцій), полягає в забезпеченні гнучкості розгляду та вирішення справи складом арбітражу, можливостей для найбільш ефективного використання часових, фінансових, розумових ресурсів, задіяних у процедурі арбітражу.

Так, згідно зі ст. 42 нової редакції Регламенту МКАС при ТПП України («Правила, що застосовуються до процедури арбітражного розгляду»), за умови дотримання положень Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» і загальних засад арбітражного розгляду, передбачених цим Регламентом, сторони можуть на свій розсуд домовитись про процедуру розгляду справи складом Арбітражного суду. У разі відсутності такої угоди склад Арбітражного суду може з дотриманням положень Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» вести арбітражний розгляд таким чином, який він вважає належним з метою забезпечення ефективного вирішення спору, дотримуючись при цьому рівного ставлення до сторін та надаючи кожній стороні рівні й розумні можливості для захисту своїх інтересів. Сторони та їхні представники повинні діяти таким чином, щоб арбітражний розгляд був швидким та економним, не допускаючи зловживання процесуальними правами. Адаптивність арбітражної процедури, пристосування її складом арбітражу (за

відсутності домовленості сторін про інше) до специфіки конкретного процесу загалом передбачається більшістю регламентів інституційних арбітражів [503, с. 524], що відповідає потребам бізнесу та арбітражної спільноти.

Варто сказати й про встановлення зв'язку між арбітражним регламентом та постійнодіючим арбітражним судом, як інституцією, що адмініструє арбітраж, а отже, не лише визначає правила арбітражного розгляду, але й може безпосередньо впливати на перебіг процесу у визначених регламентом або законом випадках. Регламент МКАС при ТПП України у ч. 2 ст. 2 встановлює, що якщо сторони домовилися про передачу спору до МКАС, вони *ipso facto* вважаються такими, що погодилися письмово на застосування Регламенту МКАС. І навпаки, згідно з ч. 3 цієї ж статті Регламенту у всіх випадках, коли сторони домовилися про розгляд спору відповідно до цього Регламенту, але не зазначили арбітражну установу або неточно/неповно зазначили найменування МКАС, вважається, що сторони погодилися на передачу спору на розгляд МКАС. Подібні за змістом положення містяться в ст. 6(2) Арбітражного регламенту ICC, преамбулі Арбітражного регламенту LCIA, ст. 1 Регламенту з арбітражу та примирення VIAC – Віденського міжнародного арбітражного суду Федеральної палати економіки (Віденські правила), преамбулі Арбітражного регламенту SCC. Додатково аналізований зв'язок закріплюється в рекомендованих арбітражних застереженнях, тексти яких пропонуються у відповідних арбітражних регламентах (правилах). Заслуговує на увагу положення ст. 1(3) Віденських правил, згідно з яким Президія VIAC може відмовитись від адміністрування процесу, якщо арбітражна угода принципово відхиляється від Віденських правил і є несумісною з ними.

Закономірно, що на практиці труднощі з встановленням належного, обраного сторонами арбітражного регламенту можливі лише за наявності дефектів у арбітражному застереженні, найчастіше за некоректного зазначення арбітражної інституції або вказівки арбітражної установи, якої не існує. Не зосереджуючись на вказаному аспекті, ствердимо лише, що в проарбітражних юрисдикціях подібні неточності прийнято тлумачити на користь арбітражного

розгляду, що відповідає духу Нью-Йоркської конвенції 1958 р. Усе частіше ці тенденції стають притаманними й для української судової практики²³, що як позитивно впливає на арбітражний клімат у державі загалом, так і дозволяє, згідно з первісним наміром сторін, спрямувати спір на розгляд складу арбітражу, що застосовуватиме відповідний арбітражний регламент як правила процедури.

Отже, вибір арбітражної інституції та арбітражного регламенту є невід’ємною складовою арбітражного застереження, наявність та правильність їх зазначення безпосередньо впливають на виконуваність застереження як такого та можливість ініціювання арбітражного розгляду. При цьому, правила процедури, що фактично застосовуються в рамках конкретного арбітражного процесу, є результатом реалізації автономії волі сторін, рішень, прийнятих складом арбітражу та положень погоджених сторонами регламентів (правил), незалежно від їх інституційної чи іншої природи [410, с. 320]. У зв’язку з цим, сукупність процедурних правил, що сформовані вказаним чином, відображають процесуальну складову незалежності та автономності арбітражного розгляду, гарантують гнучкість та ефективність останнього, дозволяють говорити про успішність процесів нормативної та організаційної саморегуляції, притаманних міжнародному комерційному арбітражу [149].

Проте свобода сторін та складу арбітражу щодо визначення і застосування процесуальних правил не є абсолютною. Іншими словами, принцип автономії волі сторін не дозволяє сторонам усунути положення правової системи або окремих елементів цієї системи від регулювання їхніх відносин щодо розгляду та вирішення справи в порядку арбітражу [340, с. 20]. У процесуальному вимірі арбітражний розгляд може потребувати судового сприяння, а задля дотримання інтересів публічного порядку – бути об’єктом

²³ До прикладу, у постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі за № 904/927/18 від 3 вересня 2019 року питання виконуваності арбітражного застереження у зв’язку з неправильним зазначенням арбітражної установи (було вказано «Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій Палаті Австрії») було вирішено судом на користь арбітражного розгляду, з урахуванням того, що *«в арбітражному застереженні у контракті є вказівка на місце проведення розгляду справи, а в матеріалах справи наявні відомості щодо існування Міжнародного арбітражного органу, який знаходиться у м. Відні, Австрія, до якого слід було звертатись сторонам для розгляду справи»*, та з цитуванням судом окремих позицій п. 113 Керівництва Секретаріату ЮНСІТРАЛ по Нью-Йоркській конвенції 1958 р. [176]

судового контролю. Виконання обох зазначених функцій (допоміжної, наглядової та контролюючої [619, с. 683]) традиційно забезпечується приписами права місця арбітражу (*lex arbitri*). Ключову відмінність між *lex arbitri* та правилами процедури, що застосовуються складом арбітражу при розгляді та вирішенні спору, окрім зрозумілої різниці в правовій природі, можливо розкрити крізь зіставлення їх норм як «зовнішніх» та «внутрішніх» щодо арбітражного процесу. Іншими словами, *lex arbitri* – це «право, що регламентує арбітраж під контролем національної юрисдикції» [545, с. 84], визначаючи правила взаємодії арбітражу та державних судів, тоді як правила процедури є внутрішніми та, хоч й у визначених *lex arbitri* межах, автономними щодо юрисдикційного впливу судових органів держави місця арбітражу. Ст. 5 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», яка ґрунтується на аналогічному положенні Типового закону ЮНСІТРАЛ, містить класичну формулу щодо меж втручання національного суду, згідно з якою з питань, що регулюються цим Законом, жодне судове втручання не повинно мати місця, крім як у випадках, коли воно передбачене в цьому Законі.

Як було встановлено нами вище, саме відповідно до положень права місця арбітражу й вирішуються питання, що потребують сприяння та контролю за арбітражним розглядом з боку юрисдикційних органів держави місця арбітражу, включно з перевіркою арбітрабільності предмета спору, допомогою в призначенні арбітрів, застосуванням заходів забезпечення позову, забезпечення доказів тощо, закріпленням порядку оспорювання та підстав для скасування постановленого арбітражного рішення. Місце арбітражу та *lex arbitri* впливають й на визнання і виконання арбітражного рішення. За загальним правилом, що закріплюється в арбітражних регламентах провідних арбітражних інституцій, місцем винесення арбітражного рішення є саме місце арбітражу.

У світлі цього, важливість права місця арбітражу, зокрема в контексті встановлення зв'язку між арбітражним рішенням та місцем його ухвалення, а отже, й *lex arbitri*, випливає з положень Нью-Йоркської конвенції 1958 р. Серед підстав відмови у визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення є

надання стороною, проти якої таке рішення ухвалено, компетентній владі країни доказів, що: 1) арбітражна угода недійсна за законом, якому сторони ці угоду підпорядкували, а за відсутності такої вказівки – *за законом країни, де рішення було винесено* (ст. V(1)(a) Конвенції); 2) склад арбітражного органу або арбітражний процес не відповідали угоді сторін або, за відсутності такої угоди, не відповідали *закону тієї країни, де арбітраж мав місце* (ст. V(1)(d) Конвенції); 3) рішення ще не стало остаточним для сторін або було скасовано чи призупинено виконанням компетентною владою країни, *де воно було винесено*, або країни, закон якої застосовується (ст. V(1)(e) Конвенції).

У тісному взаємозв'язку із регулюванням усіх означених елементів арбітражного процесу приписи *lex arbitri* формують процесуально-правові рамки (*procedural legal framework*) арбітражного розгляду, прив'язуючи арбітраж до певної юрисдикції, що безпосередньо впливатиме на форму і дійсність арбітражного рішення, вказуючи на обумовлене в Нью-Йоркській конвенції 1958 р. місце винесення рішення. Так, Регламент МКАС при ТПП України вказує на обов'язковість дотримання положень Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» при визначенні процедури розгляду спору арбітражним судом. Забезпечення призначення арбітрів відповідно до ст. 11 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» на прохання будь-якої сторони, крім інших випадків може здійснюватися Президентом ТПП України. Порухення низки процесуальних принципів, встановлених *lex arbitri*, є підставами для скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу. Згідно з п. 1 ч. 2 ст. 34 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та п. 1 ч. 2 ст. 459 ЦПК України рішення міжнародного комерційного арбітражу може бути скасовано в разі, якщо сторона, що подала заяву про скасування, надасть докази того, що її не було належним чином повідомлено про призначення арбітра чи про арбітражний розгляд або з інших поважних причин вона не могла подати свої пояснення; склад міжнародного комерційного арбітражу або арбітражна процедура не відповідали угоді сторін, якщо тільки така угода не суперечить закону, від якого сторони не можуть

відступати, або, за відсутності такої угоди, не відповідали закону.

Судовий кодекс Бельгії у ст. 1700(1-2) встановлює, що сторони вільні у виборі правил процедури, що застосовуватимуться складом арбітражу у процесі арбітражного розгляду. За відсутності такої домовленості склад арбітражу, враховуючи положення цього Кодексу, може визначити такі правила процедури у спосіб, що вважає належним. Серед основних вимог до проведення арбітражного розгляду складом арбітражу Судовий кодекс Бельгії у ст. 1699 передбачає рівне ставлення до сторін, надання їм повноцінної можливості представлення своєї позиції, звертатись до суду з заявами, аргументами відповідно до принципу змагальності. Склад арбітражу зобов'язаний забезпечити дотримання цих вимог, як і дотримання принципу справедливості. Ст. 182(3) Федерального закону Швейцарії про міжнародне приватне право передбачає, що незалежно від обраної процедури склад арбітражу повинен забезпечити рівне ставлення до сторін та їхнє право бути почутими в рамках змагального процесу. Арбітражний закон Англії та Вельсу у ст. 33(1) серед основних обов'язків складу арбітражу називає вчинення процесуальних дій на засадах справедливості та неупередженості, надаючи кожній стороні достатні можливості для представлення своєї позиції та відповіді на аргументи протилежної сторони, а також обов'язок впровадження процедури, що відповідає обставинам конкретної справи, уникаючи непотрібних затримок або витрат, щоб забезпечити справедливі засоби для вирішення відповідних питань. ЦПК Франції у ст. 1460 чітко розмежовує правила процедури, встановлені арбітрами в межах арбітражного розгляду та процесуальні норми, встановлені для судового процесу, вказуючи, що фундаментальні принципи судового розгляду (такі як: визначення предмета спору в позовній заяві, прийняття суддею рішення лише в межах позовних вимог, обов'язок сторони довести обставини, на які вона посилається, зобов'язання вислухати сторону, забезпечити дотримання принципу змагальності тощо) повинні завжди застосовуватись і щодо арбітражу. Також зазначимо, що до обсягу *lex arbitri* належать й інші загальновизнані, зокрема й закріплені на конвенційному рівні,

процесуальні стандарти справедливого та неупередженого розгляду справи в арбітражному порядку.

Попри те, що зміст *lex arbitri* (відповідні правові норми) слід встановлювати звертаючись до положень національних арбітражних законів чи процесуальних кодексів (глав або частин, присвячених арбітражному розгляду), у складу арбітражу може виникнути потреба розглянути й інші потенційно важливі у світлі окремих аспектів арбітражної процедури норми права місця арбітражу, враховуючи й принципи та підходи, що лежать в основі судової практики. Так, на відміну від значного за обсягом та деталізованого Арбітражного закону Англії та Вельсу 1996 року, значно коротший та більш обмежений Федеральний арбітражний закон США, прийнятий та неоновлюваний з 1925 року, був розширений саме за рахунок прецедентного права та судового тлумачення [522, с. 64]. В окремих зарубіжних судових прецедентах йде мова й про застосування транснаціональних загальних принципів публічного порядку, що стосуються арбітражного розгляду та застосовуються незалежно від зв'язку спору з конкретною країною [609, с. 238].

Деякі дослідники, зокрема Ендрю та Керен Твідейл, наголошують на категоріальному розмежуванні обраного сторонами застосовного процесуального права певної юрисдикції (так зване *curial law*) та *lex arbitri*. Тоді як *lex arbitri* є системою імперативних норм права, застосовного до арбітражного розгляду в місці арбітражу, *curial law* є правом, що регламентує процедуру арбітражу. При цьому автори зазначають, що прийнято вважати *curial law* частиною *lex arbitri*, тому що здебільшого вони є одним і тим же національним правом [609, с. 238]. Тому відсилання до поняття «*lex arbitri*» або «*lex loci arbitri*» завжди вказує на обов'язкові процесуальні норми, закріплені у праві місця арбітражу, що не можуть бути змінені, але, як у більш загальному розумінні, так і залежно від контексту, цей термін для зручності охоплює й диспозитивні положення обраного чи встановленого права місця арбітражу. Прикладом є Арбітражний закон Англії та Вельсу 1996 року, ст. 4 якого розподіляє положення цього закону на обов'язкові (наведені в окремому

переліку та застосовні незалежно від домовленості сторін) та необов'язкові (що допускають відступлення від їхніх приписів за домовленістю сторін, але передбачають правила, що застосовуються за відсутності такої домовленості). Таким чином, за встановлення місцем арбітражу юрисдикції, на яку поширюється дія цього закону, *lex arbitri* у вузькому значенні становитимуть обов'язкові положення закону, а в широкому – всі його норми та додатково застосовні судові прецеденти тощо.

Застосування процесуального права, відмінного від *lex arbitri*, ґрунтується на автономії волі сторін та, за умови дотримання імперативних приписів права місця арбітражу, в теорії є допустимим. З іншого боку, відзначається поступове поширення заборони на визначення процесуальним правом правової системи, відмінної від права місця арбітражу, поруч зі складністю та ризиковістю такого підходу, що може безпосередньо вплинути на можливість застосування державним судом заходів сприяння арбітражному розгляду [521, с. 334] та загалом призвести до конфлікту між обраним сторонами процесуальним правом та публічним порядком країни місця арбітражу [78, с. 102]. Окремі успішні приклади підпорядкування арбітражного розгляду процесуальному праву країни іншої, ніж місце арбітражу, трапляються в межах англійської юрисдикції та судової практики. У справі *Union of India v. McDonnell Douglas* сторони погодили місцем арбітражу Лондон, але підпорядкували арбітражний процес Закону Індії про арбітраж 1940 року. У своєму рішенні в цій справі Високий суд Англії та Вельсу дійшов висновку про можливість застосування індійського закону як процесуального права, що регламентує внутрішні для арбітражного процесу питання тією мірою, якою ці положення не суперечитимуть імперативним положенням англійського *lex arbitri* [397, с. 335]. Слід зазначити, що така позиція суду стала предметом обґрунтованої критики представників арбітражної спільноти [618]. Проте п. 16.4 Арбітражного регламенту LCIA допускає можливість за наявності письмової згоди сторін застосування іншого права або правил, відмінних від права місця арбітражу, якщо така угода не заборонена правом, застосовним у місці арбітражу.

Вченими наголошується й на суперечливості та ризиковості впровадження доктрини денаціоналізації або делокалізації арбітражу, що, за умови повного її прийняття, призведе й до скасування судового контролю в місці арбітражу. Й. Фрік з цього приводу стверджує про можливість делокалізації арбітражу лише шляхом внесення змін або доповнень до Нью-Йоркської конвенції 1958 р., створивши в результаті уніфіковану міжнародну систему арбітражу, що, втім, у короткі терміни є ні можливим, ні потрібним [385, с. 285]. Попри поширення та впровадження окремих елементів теорії делокалізації в практиці міжнародного комерційного арбітражу, повна денаціоналізація арбітражного розгляду в сучасних умовах існування інституту арбітражу є малоімовірною.

З урахуванням вищесказаного, далі в тексті цієї частини дослідження застосовуватимемо поняття *lex arbitri* (у значенні права, що регламентує загальні правила процесу та аспекти взаємодії арбітражу з державними судами) та права місця арбітражу (*lex loci arbitri*) як синонімічні. У світлі цього, Джуліан Д. М. Лью вказує на традиційність підпорядкування арбітражу правилам міжнародного приватного права місця проведення арбітражу або місця, де склад арбітражу має своє юридичне місцезнаходження. Така позиція випливає з припущення, що існує та повинна бути лише одна правова система, яка регулює арбітраж. Застосовні до арбітражу положення цієї правової системи й мають назву права, що регламентує арбітраж або *lex (loci) arbitri*, *loi de l'arbitrage*. При цьому, хоч принцип автономії волі й дозволяє сторонам приймати рішення щодо більшості аспектів арбітражного розгляду, врегульованих правом місця арбітражу (визначення предмета спору, що передається в арбітраж, призначення та усунення арбітрів, обсяг повноважень складу арбітражу, процедура арбітражного розгляду, форма та дійсність арбітражного рішення та колізійні норми, що підлягають застосуванню), допустимі межі розсуду сторін та рішень, що приймаються складом арбітражу, встановлюються саме *lex arbitri* [502, с. 245].

Загальновизнано, що сторони вільні у виборі *lex arbitri* як на етапі

підготовки та підписання арбітражного застереження, так і після виникнення спору. Втім, найчастіше в арбітражному застереженні вибір права, застосовного до процедури вирішення спору, не здійснюється, що поруч з іншими міркуваннями спонукає склад арбітражу або у визначених випадках – державний суд застосовувати *lex arbitri* місця арбітражу як найбільш відповідне з цією метою право. Так, у справі *Union of India v. McDonnell Douglas* Дж. Севілл вказав на те, що «за відсутності прямого вибору процесуального права, що регулюватиме арбітраж, суду слід встановити, чи не обрали сторони таке право непрямым способом. За таких обставин факт погодження сторонами місця арбітражу є суттєвим індикатором того, що непрямо сторони повинні були обрати право місця арбітражу для регулювання арбітражного процесу» [609, с. 242]. Виходячи із зазначеного, справедливі твердження про те, що якщо сторони не погодили в арбітражному застереженні місця арбітражу та відповідно *lex arbitri*, це не призводить до недійсності чи невиконуваності арбітражного застереження, оскільки такий вибір може бути зроблений пізніше складом арбітражу [609, с. 233–234].

Звернення сторони арбітражного розгляду до державного суду з проханням визначення місця арбітражу, наприклад, допускається згідно з положеннями Арбітражного закону Англії та Вельсу, за умови, якщо відповідачем або ймовірним відповідачем у справі буде резидент Англії, Вельсу або Північної Ірландії, незалежно від наявності у відповідача відповідної національності. У такому разі суд може визнати наявність у нього юрисдикції та встановити місце арбітражу [628, с. 293], а отже, й найімовірніше визначити *lex arbitri*.

З іншого боку, значення місця арбітражу, як з'єднувального фактору, не вказує на те, що суд іншої держави, що розглядає зарубіжне арбітражне рішення, зобов'язаний керуватись *lex arbitri* [545, с. 89]. Нью-Йоркська конвенція 1958 р. у ст. V(2) прямо вказує на застосування національним судом *lex fori*. Проблемою, що заслуговує на окреме дослідження, є питання визнання та виконання арбітражного рішення в іншій юрисдикції, коли за місцем його винесення (місцем арбітражу) воно було скасовано. З можливістю вибору *lex*

arbitri, а також із наявністю стійкого територіального зв'язку (закріпленого у Нью-Йоркській конвенції 1958 р. та Типовому законі ЮНСІТРАЛ), між обраним (визначеним) місцем арбітражу та *lex arbitri* й пов'язується в цьому контексті важливість місця арбітражу як правової категорії [332, с. 345] та усталеної в науці та практиці міжнародного комерційного арбітражу теорії місця арбітражу [553, с. 180]. Загальну дефініцію останньої надав Вільям В. Парк: «Правом арбітражу є право місця здійснення арбітражного розгляду; *lex arbitri* є *lex loci arbitri*. Таким чином, арбітр повинен підкорятись імперативним нормам держави, в якій знаходиться місце арбітражу» [625, с. 23].

Зв'язок між місцем арбітражу та *lex arbitri* закріплюється на рівні національних арбітражних законів та арбітражних регламентів. До прикладу, згідно з ч. 1 ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» цей Закон застосовується до міжнародного комерційного арбітражу, якщо місце арбітражу знаходиться на території України. Арбітражний закон Англії та Вельсу у ст. 2(1) встановлює, що положення частини першої цього закону, які стосуються арбітражного розгляду, що відбувається на основі арбітражної угоди, застосовуються, коли місце арбітражу знаходиться в Англії, Вельсі або Північній Ірландії. Ст. 176(1) Федерального закону Швейцарії про міжнародне приватне право прямо вказує на те, що положення глави 12 («Міжнародний арбітраж») застосовуються до арбітражу, якщо місце арбітражного суду знаходиться у Швейцарії. Аналогічне положення міститься у ст. 1154(1) ЦПК Польщі. Застосовується й інший підхід. До прикладу, ЦПК Франції не містить положень щодо обов'язкового або автоматичного застосування положень цього Кодексу до арбітражу, місцем якого є Франція, якщо тільки сторони не визначать його як застосовний або склад арбітражу постановить, що відповідні положення ЦПК Франції слугуватимуть як *lex arbitri* [397, с. 329]. Ця норма загалом відповідає послідовному французькому підходу, спрямованому на гнучке застосування положень ЦПК Франції до арбітражного розгляду.

При цьому, вибір місця арбітражу, відповідно до приписів наведених актів, здійснюється сторонами, а за відсутності такого вибору – складом

арбітражу або арбітражною інституцією, визначеною сторонами (зокрема, за швейцарським правом). Ст. 3 Арбітражного закону Англії та Вельсу доволі детально регулює питання встановлення місця арбітражу, вказуючи, що воно визначається сторонами в арбітражній угоді; або будь-якою арбітражною або іншою інституцією чи особою, наділеними сторонами таким правом; або складом арбітражу за уповноваженням сторін; або, за відсутності вибору сторонами жодного з вказаних вище варіантів, визначається, беручи до уваги арбітражну угоду та всі важливі обставини. Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» у ч. 1 ст. 20 вказує лише на те, що сторони можуть на свій розсуд домовитись про місце арбітражу. У разі відсутності такої домовленості місце арбітражу визначається третейським судом з урахуванням обставин справи, включаючи фактор зручності для сторін.

Регламент МКАС при ТПП України у ч. 1 ст. 39 однозначно встановлює місцем арбітражу м. Київ, Україна. Арбітражний регламент ICC натомість передбачає, що місце арбітражу визначається Міжнародним арбітражним судом при МТП, якщо інше не було погоджено сторонами. Арбітражний регламент LCIA у п. 16.1 та п. 16.2 регулює питання встановлення місця арбітражу детальніше, закріплюючи, що сторони можуть у письмовій формі погодити місце (у значенні саме юридичного зв'язку) арбітражу в будь-який час до сформування арбітражного суду та після цього – за попередньої письмової згоди складу арбітражу. При цьому за замовчуванням у випадку будь-якої такої угоди, місцем арбітражу є Лондон (Англія), якщо тільки та допоки склад арбітражу, враховуючи обставини справи та після надання сторонам розумної можливості направити складу арбітражу свої зауваження, прийме рішення, що інше місце арбітражу є більш доречним. Віденські правила у ст. 25 лише визначають, що сторони вільні у виборі місця арбітражу. За відсутності такого вибору місцем арбітражу є Відень. Арбітражний регламент SCC (ст. 25) також, насамперед, надає право визначити місце арбітражу сторонам, за відсутності ж такої угоди місце арбітражу визначається Президією Арбітражного інституту Торгової палати Стокгольму. Арбітражний регламент Гонконгського

міжнародного арбітражного центру (НКІАС) [402] у п. 14.1 також встановлює, що сторони можуть обрати місце арбітражу. За відсутності такої домовленості місцем арбітражу є Гонконг, якщо тільки склад арбітражу не встановить, враховуючи обставини справи, що інше місце є більш відповідним. Ч. 1 ст. 18 Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ закріплює, що, якщо сторони не домовились попередньо стосовно місця арбітражу, таке місце визначається складом арбітражу з врахуванням обставин справи.

Таким чином, за винятком Арбітражного регламенту ІСС, наведені положення регламентів інших провідних арбітражних інституцій вказують на тенденцію, з одного боку, визначення місця арбітражу сторонами або складом арбітражу, а з іншого – закріплюють субсидіарну прив'язку до місцезнаходження відповідної арбітражної установи, а отже, й відсилають до застосування *lex arbitri* відповідної юрисдикції. Такий підхід сприяє правовій визначеності, дозволяє встановити місце винесення арбітражного рішення (а отже, і порядок та підстави його скасування, що регулюються *lex arbitri*) та загалом продовжує логіко-юридичний зв'язок між арбітражною установою, арбітражним регламентом та місцем арбітражу, дозволяючи ефективно та однозначно встановити й право місця арбітражу та поширити юрисдикцію національних судів щодо визначених вище аспектів сприяння арбітражному розгляду. Вбачається, що саме прийняття до уваги цих позицій зумовило рішення розробників нової редакції Регламенту МКАС при ТПП України закріпити універсальну прив'язку місця арбітражу до Києва, а отже, й визначити у ролі *lex arbitri* відповідні положення українського законодавства. Відмінність становить Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ у редакції 2010 року, автори якого свідомо не вказували на наявність юридичного зв'язку між місцем арбітражу та *lex arbitri*, обґрунтовуючи це тим, що «правові наслідки вибору місця арбітражу можуть відрізнятись у різних правових системах, тоді як цей Регламент не є належним інструментом для закріплення цього питання», а сам Регламент є лише внутрішніми правилами процедури та не звертається безпосередньо до права місця арбітражу [338, с. 79].

Важливим застереженням, пропагованим в останні роки на рівні більшості арбітражних регламентів ті, навіть, арбітражних законів розвинених проарбітражних юрисдикцій, є закріплення можливості проведення слухань, дебатів, заслуховування свідків та вчинення інших процесуальних дій не в юридичному місці арбітражу, що зумовлено суто практичними причинами та не впливає на територіальний зв'язок між арбітражним процесом, арбітражною угодою та *lex arbitri*. Одним з найбільш детальних положень щодо цього аспекту є норма п. 16.3 Арбітражного регламенту LCIA, згідно з якою склад арбітражу може проводити будь-які слухання в будь-якому зручному географічному місці під час консультації зі сторонами, а також проводити обговорення в будь-якому географічному місці на свій вибір; якщо ж таке місце (місця) визначено відмінним від місця арбітражу, арбітраж з будь-якою метою вважається таким, що здійснювався в місці арбітражу, а будь-яка постанова або рішення вважаються винесеними також у такому місці. Регламент МКАС при ТПП України у ст. 39 також приділяє цьому питанню достатньо уваги, вказуючи на те, що сторони можуть домовитися про проведення слухань поза місцезнаходженням МКАС. Склад Арбітражного суду може після погодження зі сторонами проводити усні слухання та інші засідання поза місцезнаходженням МКАС, в іншому місці, яке він вважає належним для проведення наради арбітрів, заслуховування свідків, експертів чи представників сторін або для огляду товарів, іншого майна чи документів. Якщо усне слухання справи та/або інші засідання проводяться в іншому місці, ніж місце арбітражу, або в режимі відеоконференції, арбітраж вважається проведеним у місці арбітражу, зазначеному в частині першій цієї статті. Арбітражне рішення вважається винесеним у місці арбітражу.

Вільні сторони й щодо доповнення положень застосовного процесуального права (як у контексті диспозитивних положень *lex arbitri*, так і в межах, що встановлюються арбітражним регламентом чи іншими правилами процедури) будь-якими специфічними процедурними правилами на рівні положень арбітражної угоди. Дослідники до таких випадків відносять

врегулювання питань, що не встановлюються на рівні застосовного права, або право змінити такі положення для потреб розгляду визначеної справи, що завжди превалюватимуть над правилами процедури, які, у свою чергу, превалюватимуть над нормами *lex arbitri* (крім, звичайно, імперативних) [521, с. 344].

Отже, в найбільш загальному значенні під правом, що застосовується до регулювання процесу арбітражного розгляду, слід розуміти відмінне за правовою природою та інструментальним призначенням обране сторонами або визначене складом арбітражу чи іншим уповноваженим органом процесуальне право певної держави, яким, зазвичай, є право місця арбітражу (*lex arbitri*); та правила процедури, погоджені сторонами шляхом зазначення арбітражного регламенту конкретного інституційного арбітражу або інших подібних правил в арбітражному застереженні.

Головними принципами визначення та застосування *lex arbitri* є автономія волі сторін, можливість субсидіарного встановлення права місця арбітражу складом арбітражу, наявність стійкого територіального та юрисдикційного зв'язку між місцем арбітражу та *lex arbitri*, а також безумовність застосування імперативних положень 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 оспорування й підстави скасування. Натомість правила процедури характеризуються значною гнучкістю та адаптивністю до потреб конкретного арбітражного процесу, допускаючи формування сторонами або складом арбітражу власних процедур. Ієрархічно взаємодія аналізованих норм виглядатиме таким чином:

- імперативні норми *lex arbitri*;
- правила, погоджені сторонами в арбітражному застереженні;
- правила процедури, встановлені арбітражним регламентом або іншим інструментом, обраним сторонами чи визначеним складом арбітражу;
- диспозитивні норми *lex arbitri*, що можуть доповнювати приписи

визначених вище джерел.

3.2.4 Право країни місця виконання арбітражного рішення та його вплив на вирішення спору

Забезпечення ефективності арбітражного розгляду та загалом міжнародного комерційного арбітражу як альтернативного способу вирішення спорів ґрунтуються на низці основоположних принципів (в першу чергу, принципі автономії волі сторін) та гарантується функціонуванням складного механізму взаємодії різних правових систем. Останні можливо розподілити на дві групи, залежно від меж та умов реалізації щодо їхнього вибору волі сторін: на ті, що обираються сторонами або визначаються складом арбітражу як застосовного матеріального і процесуального права при вирішенні спору, та ті, що передбачають значно менше можливостей для сторін щодо вибору і застосування, втілюючи функції нагляду і контролю з боку держави, перш за все, за дійсністю арбітражної угоди та виконуваністю арбітражного рішення. При цьому такий підхід є суто інструментальним, оперуючи не конкретними правопорядками, а теоретико-практичними поняттями, що отримують змістовне наповнення у вигляді певної правової системи щодо кожного конкретного арбітражного розгляду.

Серед правових систем у другій з означених категорій одне з ключових місць посідає право країни місця виконання арбітражного рішення, що безпосередньо не обирається сторонами, лише опосередковано приймаючись ними через вибір самого місця виконання, але справляє вплив на постановлення та регламентує визнання і приведення до виконання арбітражного рішення. У зв'язку з цим, актуальність та необхідність вивчення окресленої проблематики в рамках цього дослідження є безсумнівною.

Враховуючи здійснення сторонами вибору матеріального права, що регулює основний договір та заснований на ньому спір, право місця країни виконання не відіграє фундаментальної ролі під час розгляду і вирішення справи, склад арбітражу не звертається до його положень для вирішення питань

про права та обов'язки сторін. При цьому, зважаючи на завдання арбітрів постановити виконуване рішення, основоположні засади права очікуваного або ймовірного місця виконання арбітражного рішення можуть братись складом арбітражу до уваги під час розгляду і вирішення справи. У світлі цього, насамперед, слід звертати увагу на приписи Нью-Йоркської конвенції 1958 р.), що запровадила універсальний та майже всесвітній режим визнання і приведення до виконання арбітражних рішень. У літературі вказується, що прийняття Конвенції стало суттєвим каталізатором розвитку міжнародного комерційного арбітражу, а її норми продовжують встановлювати стандартні вимоги для успішного міжнародного арбітражного процесу [503, с. 20–21], що, в першу чергу, справедливо щодо порядку визнання та приведення до виконання міжнародних арбітражних рішень. Як зазначає Т. Вараді, головним завданням Нью-Йоркської конвенції 1958 р. було забезпечити дійсність арбітражних рішень шляхом обмеження кола підстав, на основі яких національний суд може відмовити у визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення [619, с. 911], а отже, й вплинути на правові системи держав-учасниць Конвенції, уніфікувавши та обмеживши перелік таких підстав. Відомий фахівець у галузі арбітражу Г. Борн також підкреслює, що з прийняттям Нью-Йоркської конвенції 1958 р. було скасовано інститут подвійної екзекватури, який діяв згідно з попередньою Женевською конвенцією 1927 року. Сутність подвійної екзекватури полягала в необхідності отримання підтвердження дійсності арбітражного рішення спочатку в місці його винесення (в місці арбітражу), а потім – й у місці визнання та приведення до виконання. Натомість Нью-Йоркська конвенція 1958 р. безпосередньо скасувала вимогу щодо подвійної екзекватури, спрямовуючись на забезпечення швидшого виконання арбітражних рішень, щодо яких державні суди мали б менше можливостей для скасування та відмови у визнанні й виконанні, а також гарантування меншої кількості затримок у процесі виконання [332, с. 2915].

Грунтуючись на положеннях Нью-Йоркської конвенції 1958 р., арбітри можуть перевірити арбітрабільність предмета спору за нормами права країни

місця ймовірного виконання арбітражного рішення, а також дослідити базові підходи й актуальну судову практику щодо дотримання внаслідок визнання і виконання арбітражного рішення принципів публічного порядку відповідної юрисдикції (ст. V(2)(a-b) Нью-Йоркської конвенції 1958 р.).

Ці ж питання поруч з низкою інших порушуються й на етапі визнання та приведення до виконання арбітражного рішення, де право країни місця виконання посідає центральне місце в їх вирішенні. Основу уніфікованого нормативного регулювання в цьому контексті складають приписи Нью-Йоркської конвенції 1958 р. Відповідно до ст. III Конвенції кожна Договірна Держава визнає арбітражні рішення як обов'язкові та приводить їх до виконання відповідно до процесуальних норм тієї території, де запитується визнання та приведення до виконання цих рішень, на умовах, викладених у поданих нижче статтях. Аналіз останніх, а саме ст. V(2), приводить до визнаних в арбітражній доктрині та практиці позицій, 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 арбітрабільності предмета спору та відповідності рішення публічному порядку цієї країни.

Безпосередньо в наведеній вище ст. III Нью-Йоркської конвенції 1958 р. вказано й про застосування процесуального права країни місця виконання, що, згідно з позиціями, викладеними у Керівництві Міжнародної ради по комерційному арбітражу по тлумаченню Конвенції [417], говорить про можливість застосування національними судами трьох різних джерел нормативних приписів, а саме: 1) спеціального акта, яким імплементовано положення Нью-Йоркської конвенції 1958 р. у національне законодавство та відповідно самого тексту Конвенції; 2) нормативного акта, що стосується міжнародного арбітражу зокрема; 3) загального арбітражного закону держави. Така позиція кореспондує висновкам А. Я. ван ден Берга, який вказує на те, що історія тлумачення і застосування ст. III Нью-Йоркської конвенції 1958 р. свідчить про існування трьох нормативних

можливостей врегулювання процедури визнання і приведення до виконання арбітражних рішень, а саме за допомогою: а) спеціальних положень; б) виконання арбітражного рішення як іноземного судового рішення загалом; в) виконання арбітражного рішення як внутрішнього. При цьому дослідник зазначає, що третій з підходів властивий лише кільком юрисдикціям (зокрема, Японії), тоді як спеціальні положення, що стосуються порядку визнання і виконання арбітражного рішення, що підпадає під дію Нью-Йоркської конвенції 1958 р., трапляються у правових системах Австралії, Данії, Індії, Швеції, Великої Британії, Сполучених Штатів та низці інших країн. Поширення ж на відповідні арбітражні рішення правил виконання іноземних судових рішень властиве законодавствам Німеччини, Греції, Італії, Мексики та Нідерландів [289, с. 236–237]. Окремі елементи такого підходу трапляються й в українському нормативному регулюванні, що буде досліджено далі.

До питань, що не врегульовані Нью-Йоркською конвенцією 1958 р. та залишено на розсуд національного законодавця, віднесено встановлення судового органу, компетентного розглядати клопотання про визнання та приведення до виконання арбітражного рішення; порядок надання доказів; строки вжиття запобіжних заходів; передбачення можливості або виключення подання апеляції або заяви про перегляд рішення такого судового органу щодо надання дозволу на визнання або виконання арбітражного рішення; критерії виконання арбітражного рішення в частині активів; межі конфіденційності процесу щодо визнання та приведення до виконання рішення арбітражу та ін. [417]. Важливо уточнити, що вказані процесуальні аспекти, як і загалом правове регулювання порядку визнання і приведення до виконання арбітражних рішень, прийняте у країні місця виконання, не стосується умов такого визнання й виконання, що закріплюються виключно Нью-Йоркською конвенцією 1958 р. [289, с. 239] та імплементуються в національне законодавство держав-членів у незмінному вигляді.

Іншими словами, Нью-Йоркська конвенція 1958 р. відсилає до процесуальних норм країни місця виконання для врегулювання питань,

властивих порядку визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень, що не врегульовані Конвенцією [347, с. 10], встановлюючи лише базові та достатньо прості формальні вимоги для згаданої процедури, що є однією з сильних характеристик конвенційного режиму визнання й виконання арбітражних рішень [367, с. 124]. Вбачається, що такий підхід є поміркованим та враховує неможливість та відсутність практичної необхідності уніфікації на міжнародному договірному рівні процесуальних особливостей визнання і виконання арбітражних рішень, встановлюючи лише засадничі принципи і вимоги до такого порядку. Такі ж завдання ставили перед собою й розробники Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж (далі – Типовий закон ЮНСІТРАЛ), закріплюючи у ст. 35 аналогічні Нью-Йоркській конвенції 1958 р. вимоги до звернення про визнання і виконання арбітражного рішення, а у ст. 36 – підстави для відмови у визнанні та приведенні до виконання арбітражних рішень. У пояснювальній записці Секретаріату ЮНСІТРАЛ до Типового закону ЮНСІТРАЛ з цього приводу зазначається, що завдяки застосуванню відповідних положень Нью-Йоркської конвенції 1958 р. як зразок для норм про визнання і приведення у виконання, Типовий закон доповнює, не створюючи жодних колізій, режим визнання і приведення у виконання, встановлений цією успішно застосовуваною Конвенцією [376].

При цьому слід підкреслити, що Нью-Йоркська конвенція 1958 р. встановлює й низку положень, що не можуть бути змінені приписами права місця виконання арбітражного рішення. До таких правил належить не лише вичерпний перелік підстав для відмови у визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення (в тому числі ті, що застосовуються державним судом *ex officio*), але й закріплені у ст. III та ст. IV Конвенції вимоги щодо недопустимості застосування до визнання і приведення до виконання арбітражних рішень, до яких застосовується ця Конвенція, суттєво більш обтяжливих умов або більш високих мит чи зборів, ніж тих, що існують для визнання та приведення до виконання внутрішніх арбітражних рішень; вичерпності документів, що надаються стороною для визнання і виконання

арбітражного рішення (належним чином завірені оригінали чи копії арбітражної угоди й арбітражного рішення, за умови, що, якщо арбітражне рішення або угода викладені не офіційною мовою тієї країни, де заявлено клопотання про визнання і приведення до виконання цього рішення, сторона, яка звернулась з таким клопотанням, представляє належним чином засвідчений переклад цих документів офіційною мовою країни місця виконання).

Т. Г. Захарченко, досліджуючи міжнародно-правове регулювання визнання та виконання арбітражних рішень в Україні, також наголошує на тому, що Нью-Йоркська конвенція 1958 р. не передбачає однакового порядку визнання і виконання арбітражних рішень, не визначає орган «компетентної влади», що розглядає прохання про визнання і виконання арбітражного рішення, натомість даючи можливість державам-учасникам встановлювати свої правила в рамках головних принципів, закріплених у ст.ст. III–IV та ст. VII, до яких вона справедливо відносить такі: 1) Нью-Йоркська конвенція 1958 р. зобов'язує державу, що її підписала, визнавати іноземні арбітражні рішення обов'язковими та виконувати їх; 2) виконання арбітражних рішень здійснюється відповідно до процесуальних норм тієї території, де запитується їх визнання і виконання; 3) до визнання і виконання іноземних арбітражних рішень не повинні застосовуватись істотно більш обтяжливі умови або більш високі податки чи збори, ніж ті, які існують для визнання і виконання внутрішніх рішень; 4) у Конвенції встановлено єдиний для всіх держав-учасниць вичерпний перелік документів, який сторона має надати органу «компетентної влади» в разі звернення з проханням про визнання та примусове виконання, а отже, будь-які додаткові вимоги до документів, передбачених Нью-Йоркською конвенцією 1958 р., або витребування додаткових документів є прямим порушенням Конвенції; 5) Нью-Йоркська конвенція 1958 р., презюмуючи обов'язковість арбітражного рішення, передбачає вичерпний, що не підлягає розширеному тлумаченню, перелік підстав, на яких компетентний суд може відмовити у визнанні та виконанні арбітражного рішення [61, с. 131–134]. Сутність та значення наведених принципів, що висуваються Нью-Йоркською конвенцією

1958 р. для порядку визнання та приведення до виконання арбітражних рішень, підстави для відмови в такому визнанні і виконанні в межах та цілях нашого дослідження, проаналізовано нами вище.

Отже, можливо говорити про виокремлення двох складників права місця виконання арбітражного рішення, що регламентують визнання та приведення до виконання арбітражних рішень у межах відповідної юрисдикції, а саме матеріальної та процесуальної, що містяться в єдиних правових актах – здебільшого національних арбітражних законах [140]. Тоді як матеріальні норми дублюють закріплені в Нью-Йоркській конвенції 1958 р. виключні підстави для відмови у визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення, процесуальні є індивідуальними для окремих правопорядків (хоча й у межах, визначених згаданою Конвенцією), стосуючись особливостей відповідної процедури – від визначення органу, компетентного розглядати клопотання про визнання і виконання, до особливостей виконання окремих частин арбітражного рішення.

Проаналізувавши приписи українського законодавства у світлі зроблених висновків, бачимо, що базові положення, які регламентують визнання та виконання іноземних арбітражних рішень, містяться у Розділі VIII Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (ст.ст. 35–36), дублюючи вимоги Нью-Йоркської конвенції 1958 р. Натомість деталізований порядок звернення до компетентного судового органу з клопотанням про визнання та приведення до виконання арбітражного рішення закріплено в новій редакції Цивільного процесуального кодексу України [272], а саме у главі 3 Розділу IX (ст. ст. 474–482). Уже в означених положеннях ЦПК України закріплюються не лише базові умови визнання та надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу, якщо його місце знаходиться за межами України, а також визначені Нью-Йоркською конвенцією 1958 р. підстави для відмови у визнанні й наданні дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу, але й порядок та строки подання відповідної заяви, її форма та зміст, перелік документів, що додаються до заяви про визнання і

надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу, порядок її розгляду, вимоги до відповідної ухвали суду. Згідно з ч. 3 ст. 475 ЦПК України заява про визнання і надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу подається до апеляційного суду, юрисдикція якого поширюється на місто Київ (Київський апеляційний суд), протягом трьох років з дня прийняття рішення міжнародним комерційним арбітражем. ЦПК України також встановлює особливі порядки добровільного виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу про стягнення грошових коштів (ст. 480), заява щодо чого може бути подана лише в повному обсязі, а якщо рішення винесене проти декількох боржників – у частині, що стосується боржника, який подає заяву; а також порядок визнання рішень міжнародного комерційного арбітражу, що не підлягають примусовому виконанню, причому враховуються особливості, встановлені для визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню. Значення вказаних положень ЦПК України для врегулювання порядку визнання і приведення до виконання іноземних арбітражних рішень наголошується й у судовій практиці. До прикладу, в ухвалі Київського апеляційного суду у справі за № 824/199/2019 від 24 січня 2020 року суд зазначив [260]: «дослідивши матеріали справи та перевіривши доводи заявників, суд доходить висновку про відмову в задоволенні заяв про закриття провадження, оскільки при вирішенні питання надання дозволу на виконання рішення МКАС суд керується виключно нормами глави 3 «Визнання та надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу ЦПК України». Зазначеними нормами процесуального законодавства не передбачено повноважень суду загальної юрисдикції на закриття провадження по цій категорії справ».

Актуальна судова практика Київського апеляційного суду також вказує на одночасне застосування судом як Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та ЦПК України в частині регламентації порядку визнання та приведення до виконання арбітражних рішень, так і безпосередньо посилення на норми Нью-Йоркської конвенції 1958 р. До прикладу, в ухвалі

Київського апеляційного суду у справі за № 824/66/20 від 22 червня 2020 року вказано [261], що суд розглянув у відкритому судовому засіданні справу за заявою представника компанії «ДЖЕЙ.ЕС КОРРУГЕЙТІНГ МАШИНЕРІ КО., ЛТД» (J.S. CORRUGATING MACHINERY CO., LTD) Бичкова Андрія Борисовича про визнання і надання дозволу на виконання арбітражного рішення Китайської міжнародної економічної і торговельної арбітражної комісії від 27.12.2019 року у справі № M20180943 за позовом компанії «ДЖЕЙ.ЕС КОРРУГЕЙТІНГ МАШИНЕРІ КО., ЛТД» (J.S. CORRUGATING MACHINERY CO., LTD) до товариства з обмеженою відповідальністю «ЮГ КАРТОН» про стягнення заборгованості. При цьому боржник (ТОВ «ЮГ КАРТОН») заперечував проти визнання і надання дозволу на виконання арбітражного рішення, вказуючи на те, що рішення суперечить публічному порядку. Суд справедливо констатував, що тягар доведення наявності підстав для відмови у визнанні й виконанні арбітражного рішення покладається на сторону, яка заперечує проти заяви стягувача.

Перевіряючи дотримання вимог, передбачених Нью-Йоркською конвенцією 1958 р., Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та ЦПК України, судом встановлено, що трирічний строк на подання заяви про визнання та надання дозволу на виконання вказаного рішення дотримано, до заяви стягувачем долучено документи відповідно до переліку, визначеного ст. 4 Конвенції, що узгоджуються з положеннями ст. 476 ЦПК України та ст. 36 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Окрім того, перелік підстав для відмови у визнанні й наданні дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу визначено у ст. 478 ЦПК України. Враховуючи вищевикладене, судом резюмовано, що доводи заперечень про порушення публічного порядку, відхиляються судом, оскільки «порушення публічного порядку може мати місце тільки у випадках, коли виконання іноземного арбітражного рішення не сумісне з основами правопорядку держави, що не впливає на приватноправові відносини, що склалися між сторонами господарської угоди та на їхні

зобов'язання, що виникли на підставі цього контракту. Арбітражне рішення ухвалено виключно стосовно боржника як окремої юридичної особи та самостійного учасника господарського обороту і поширює свою дію тільки на боржника. Не може вважатись порушенням публічного порядку можливе неотримання державою в майбутньому податків у зв'язку з банкрутством підприємства, оскільки арбітражне рішення не суперечить публічному порядку України, її незалежності, цілісності, самостійності та недоторканності, конституційним правам, свободам, гарантіям; рішення ухвалено виключно стосовно боржника як окремої юридичної особи та самостійного учасника господарського обороту, поширює свою дію тільки на боржника».

Таким чином, судом в аналізованій справі було вирішено питання відповідності арбітражного рішення публічному порядку країни місця виконання у відповідь на посилення боржника, що стверджував про неможливість визнання і приведення до виконання арбітражного рішення як такого, що суперечить публічному порядку України, на основі права України, а саме норм Нью-Йоркської конвенції 1958 р. (як частини національного законодавства України), Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та ЦПК України. Також зазначена ухвала та позиції суду, втілені в її тексті, можуть слугувати ілюстрацією впливу права місця виконання арбітражного рішення (тут – права України) на вирішення спорів у міжнародному комерційному арбітражі щодо останньої зі стадій – примусового виконання арбітражного рішення, поруч з розглядом заперечень боржника у світлі підстав для відмови в такому виконанні, зокрема під час посилення на порушення публічного порядку.

В окремих судових рішеннях прослідковується безпосереднє застосування визначених Нью-Йоркською конвенцією 1958 р. та додатково закріплених на рівні ЦПК України та Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» підстав для відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення. Так, в ухвалі Київського апеляційного суду у справі за № 824/181/19 від 09 грудня 2019 року суд, ґрунтуючись на нормах вказаних вище актів, дійшов

висновку, що рішення Міжнародного центру вирішення спорів, прийняте в Пласервілі, штат Каліфорнія, Сполучені Штати Америки від 3 січня 2019 року слід вважати таким, що ухвалене щодо спору, не передбаченого арбітражною угодою, та таким, що не підпадає під її умови, оскільки відповідна арбітражна угода між ПрАТ «Галіція Дисти́лері» та Компанією з обмеженою відповідальністю «Нью Алтернатів Оук» відсутня. Суд резюмував, що «згідно з ч. 1 ст. 379 ЦПК України, за результатами розгляду заяви про визнання і надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу суд постановляє ухвалу про визнання і надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу або про відмову у визнанні й наданні дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу за правилами, встановленими цим Кодексом для ухвалення рішення. За таких обставин, відсутні підстави для визнання та надання дозволу на примусове виконання рішення Міжнародного центру вирішення спорів, прийнятого в Пласервілі, штат Каліфорнія, Сполучені Штати Америки від 3 січня 2019 року, а тому в задоволенні заяви Компанії з обмеженою відповідальністю «Нью Алтернатів Оук» слід відмовити». Таким чином, рішення суду ґрунтується на ст. V(1)(с) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., а також на приписах абз. 3 п. 1 ч. 1 ст. 36 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та пп. в п. 1 ч. 1 ст. 478 ЦПК України, згідно з якими однією з підстав для відмови у визнанні та приведенні до виконання іноземного арбітражного рішення є подання стороною, проти якої рішення спрямовано, доказів того, що рішення винесено щодо спору, не передбаченого арбітражною угодою, або такого, що не підпадає під її умови.

В ухвалі Київського апеляційного суду у справі за № 796/147/2018 від 8 листопада 2019 року [258] суд також встановив наявність підстав для відмови у визнанні і приведенні до виконання арбітражного рішення на основі відсутності арбітражної угоди, встановивши, що «доводи заявника про те, що вирішуючи питання компенсації судових витрат, міжнародний комерційний арбітраж тим самим визначив власну юрисдикцію, а тому рішення в цій частині

підлягає до визнання та приведення до виконання, відхиляються судом, зважаючи на те, що відсутність арбітражної угоди визначена підставою для відмови у визнанні та приведенні до виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу нормами міжнародного та національного законодавства. Іншими словами, наявність арбітражної угоди є основною умовою застосування заходів захисту інститутами міжнародного комерційного арбітражу, визнання та приведення до виконання постановлених ними рішень». Суд також підкреслив, що «не можна погодитись з твердженнями представників заявника, які були висловлені в судовому засіданні про те, що арбітражна угода була укладена шляхом пред'явлення позову й відсутності заперечень з цього приводу іншої сторони, відповідача у справі – Республіки Молдова».

Підбиваючи підсумки, можливо зробити висновок щодо вирішальної ролі права місця виконання арбітражного рішення в матеріальній та процесуальній площині на порядок визнання та приведення до виконання арбітражних рішень у межах відповідної юрисдикції. Уніфікацію матеріальних підстав для відмови у визнанні та виконанні (зокрема неарбітрабільність предмета спору та суперечність рішення публічному порядку як підстави, що можуть підійматись компетентним судовим органом за місцем виконання *ex officio*, незалежно від посилання на них стороною, проти якої винесено арбітражне рішення), а також закріплення базових процесуальних вимог і принципів, здійснюється 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. Така система дозволяє забезпечити панування проарбітражного підходу в розвинених правопорядках, гарантуючи ефективність арбітражного розгляду та можливості для прогнозування успішного визнання і виконання винесеного іноземного по відношенню до країни місця виконання, арбітражного рішення.

Висновки до Розділу 3

На підставі вищенаведеного можна зробити наступні висновки:

1. *Механізм правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі* є сукупністю правових засобів, що використовуються складом арбітражу як суб'єктом правозастосування в рамках визначеної стадійної процедури, спираючись на встановлені фактичні обставини та обране застосовуване право в арбітражі, що дає змогу складу арбітражу здійснити кваліфікацію спірних відносин та постановити арбітражне рішення по суті спору, яке має обов'язковий характер для сторін.

2. Обгрунтовано, що друга стадія правозастосування (стадія юридичної кваліфікації) у міжнародному комерційному арбітражі є складною та включає такі підстадії: 1) право, що застосовується до арбітражної угоди та здатності сторін на її укладення; 2) право, 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 або обраному ними арбітражному регламенті, серед інших варіантів); 3) право, що застосовується до суті спору (так зване матеріальне право); 4) право, що застосовується до порядку подання та оцінки доказів.

3. Зроблено висновок, що встановлення права, яке застосовується до здатності сторони бути стороною контракту, в тому числі арбітражної угоди, і вважатись пов'язаною її положеннями, може визначатись двома способами: 1) на основі прямого методу шляхом застосування 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*).

4. Запропоновано авторську позицію, згідно з якою на практиці найбільш раціональним та відповідним духу конвенційного регулювання порядку розгляду і вирішення спору в міжнародному комерційному арбітражі буде визначення складом арбітражу питання арбітрабільності предмета спору на основі *lex arbitri*, що узгоджується з можливістю державних судів країни місця арбітражу скасувати арбітражне рішення, об'єкт якого за правом цієї країни є неарбітрабельним та відповідає самій концепції місця арбітражу, що обирається сторонами також і з цих міркувань. При цьому, звернення складу арбітражу до права інших юрисдикцій для встановлення об'єктивної арбітрабільності, навіть на прогностичному рівні, можливо розглядати, якщо не обов'язком арбітрів, то одним із завдань, вирішення якого гарантуватиме подальше визнання та виконання арбітражного рішення у відповідних країнах.

5. Визначено, що до трьох принципових підходів щодо встановлення складом арбітражу застосовного до суті спору права належать: 1) застосування арбітрами принципу найбільш тісного зв'язку; 2) звернення до колізійних норм, які склад арбітражу вважає застосовними (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 є характерним для Німеччини та Швейцарії. Другий підхід закріплено серед інших у Європейській конвенції 1961 р., Типовому законі ЮНСІТРАЛ (і відповідно на рівні ч. 2 ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж») та Арбітражному законі Англії та Вельсу. Третій підхід властивий для французького законодавства та права Нідерландів.

6. На основі аналізу рекомендацій Асоціації міжнародного права, викладених 2008 року у фінальному звіті щодо з'ясування змісту застосовного права у міжнародному комерційному арбітражі, матеріалів арбітражної практики і теоретичних позицій, встановлено наступні характерні риси застосування матеріальних норм права, що здійснюється складом арбітражу:

1) встановлення, дослідження та кваліфікація застосовних до суті спору норм у тісній співпраці зі сторонами та їхніми представниками, що, втім, не обмежує свободу аналізу правових норм арбітрами самостійно; 2) непов'язаність арбітрів та їхніх суджень практикою і доктриною тлумачення застосовного матеріального права, що належить до певного національного правопорядку; 3) надання оцінки доказам та доводам сторін на основі застосовного матеріального права з наступним послідовним та вичерпним втіленням висновків з цих питань в арбітражному рішенні.

7. Доведено, що ключовою відмінністю між вибором (встановленням) застосовного матеріального права та права, що регламентує процедуру арбітражного розгляду є відносно менший ступінь автономії волі сторін у другому з випадків. У процесуальному вимірі арбітражний розгляд може потребувати судового сприяння, а задля дотримання інтересів публічного порядку – бути об'єктом судового контролю. Виконання обох зазначених функцій (допоміжної, наглядової та контролюючої) традиційно забезпечується приписами права місця арбітражу (*lex arbitri*). На основі цих позицій зроблено висновок, що у тісному взаємозв'язку із регулюванням всіх означених елементів арбітражного процесу, приписи *lex arbitri* формують процесуально-правові рамки (*procedural legal framework*) арбітражного розгляду, прив'язуючи арбітраж до певної юрисдикції, що безпосередньо впливатиме на форму і дійсність арбітражного рішення, вказуючи на обумовлене в Нью-Йоркській конвенції 1958 р. місце винесення рішення.

8. Запропоновано дефініцію *права, яке застосовується до регулювання процесу арбітражного розгляду*, під яким слід розуміти відмінне за правовою природою та інструментальним призначенням обране сторонами або визначене складом арбітражу чи іншим уповноваженим органом процесуальне право певної держави, яким, зазвичай, є право місця арбітражу (*lex arbitri*); та правила процедури, погоджені сторонами шляхом зазначення арбітражного регламенту конкретного інституційного арбітражу або інших подібних правил в арбітражному застереженні.

9. Доведено вирішальний вплив права місця виконання арбітражного рішення в матеріальній та процесуальній площині на порядок визнання та приведення до виконання арбітражних рішень у межах відповідної юрисдикції. Уніфікацію матеріальних підстав для відмови у визнанні та виконанні (зокрема неарбітрабільність предмета спору та суперечність рішення публічному порядку як підстави, що можуть підійматись компетентним судовим органом за місцем виконання *ex officio*, незалежно від посилення на них стороною, проти якої винесено арбітражне рішення), а також закріплення базових процесуальних вимог і принципів, здійснюється 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.

РОЗДІЛ 4

ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ ПРИ ВИРІШЕННІ СПОРІВ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

4.1 Застосування національних та позанаціональних правових регуляторів до вирішення спорів в арбітражі

Попри наявність усталеного в науці та арбітражній практиці розуміння правозастосування при вирішенні спорів у міжнародному комерційному арбітражі, зокрема щодо значення та виявів реалізації принципу автономії волі сторін, підходів до порядку встановлення застосовного матеріального права арбітрами, за відсутності вибору сторін, окремі проблемні питання потребують додаткової уваги наукової спільноти. Серед них можливо виділити низку особливих випадків, пов'язаних зі зверненням сторін до арбітражу та застосуванням складом арбітражу деяких джерел національного та позанаціонального (транснаціонального, міжнародного) характеру, що буде розглянуто нами далі. При цьому слід пам'ятати, що вибір сторонами застосовного до суті спору права означає вибір саме матеріальних норм, а не колізійних чи процесуальних правил, що є дійсними для державних судів під час здійснення ними юрисдикційної діяльності. Так, у постанові Великої Палати Верховного Суду від 28 серпня 2018 року у справі № 906/493/16 зазначено, що *«за загальними принципами міжнародного приватного права, компетентний суд при розгляді справи застосовує процесуальне законодавство своєї держави, відсилання колізійної норми до права іноземної держави вважається відсиланням саме до норм матеріального, а не процесуального права»* [174]. Проте обсяг застосування матеріальних норм обраного правопорядку вже є дискусійним предметом, оскільки вимагає дослідження й опційного врахування арбітрами практики тлумачення й застосування норм національного права.

За загальним правилом, на яке вже зверталась увага вище, встановленим у рекомендаціях Асоціації міжнародного права, викладених 2008 року у фінальному звіті щодо з'ясування змісту застосовного права в міжнародному комерційному арбітражі [424, с. 195], склад арбітражу в контексті прийняття рішень щодо вибору й застосування джерел права певного правопорядку не пов'язаний практикою і доктриною тлумачення застосовного матеріального права, яка склалась у відповідній державі. Тим не менш, вважаємо розумним враховувати будь-яку доступну для арбітрів інформацію в цьому питанні, що може безпосередньо вплинути на подальшу долю арбітражного рішення в країні місця арбітражу (якщо застосовним є право цієї держави) або в країні потенційного місця виконання арбітражного рішення.

В українському контексті у світлі цього набуває значення питання обов'язковості врахування складом арбітражу, що застосовує матеріальне право України до суті спору, незалежно від країни місця арбітражу (хоч і за умови потенційного ускладнення цього питання, якщо таким місцем є, власне, Україна), практики Верховного Суду. Відповідно до ч. 4 ст. 263 ЦПК України та ч. 4 ст. 263 ГПК України, при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановках Верховного Суду. Не зачіпатимемо проблеми врахування практики Верховного Суду України, який припинив свою діяльність 15 грудня 2017 року, що є дискусійною навіть при зверненні до неї судів України [210; 279; 280]. Вбачається, що аргументами «проти» звернення складу арбітражу, навіть якщо його місцем є Україна, до практики Верховного Суду при встановленні змісту і застосуванні положень українського законодавства як застосовного до суті спору матеріального права, будуть: 1) безпосереднє встановлення відповідного обов'язку на нормативному рівні лише для судів, а не для недержавних альтернативних інститутів, що вирішують цивільні та господарські спори на основі угоди сторін; 2) непов'язаність арбітрів нормами процесуального права, до яких належать приписи ЦПК України та ГПК України, за умов вибору сторонами як застосовне право України, оскільки

звертатися слід винятково до норм матеріального права. Аргументи ж на користь урахування висновків щодо застосування відповідних норм права, викладених у постановах Верховного Суду, знаходяться у площині максимально повної інформованості та зваженості рішень арбітрів щодо тлумачення і застосування матеріальних норм права України. При цьому слід зважати на ймовірність скасування, відмови у визнанні й виконанні арбітражного рішення судами України, за умови відступлення складом арбітражу від висновків Верховного Суду, що можуть мати пряме значення у світлі тлумачення змісту публічного порядку України, арбітрабільності спорів, недійсності арбітражної угоди за законами України тощо.

Вважаємо, що розумно очікувати від арбітрів прагнення найбільш повного встановлення суті норм матеріального права України, дослідження практики їх застосування та наявної доктрини тлумачення для прийняття інформованого та зваженого рішення з питань застосування українського права як обраного сторонами до суті спору. При цьому врахування чи неврахування правових висновків Верховного Суду, на наше переконання, все ж залишається на розсуд арбітрів, зважаючи на всі попередньо висловлені міркування і зауваження, а також – на необхідність дотримання інтересів сторін, їхніх очікувань та постановлення виконуваного арбітражного рішення. Можливо стверджувати й про те, що саме на основі дослідження правових висновків Верховного Суду, викладених у його постановах, склад арбітражу може приймати рішення про їхню обов'язковість у рамках конкретного спору та про наслідки відступлення від таких висновків, зважаючи на перспективи виконання рішення в Україні або можливість його скасування згідно з українським законодавством.

Окремого розгляду потребує питання застосування Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року (далі – Віденська конвенція 1980 р.) [617] й на цьому прикладі – проблема зіставлення міжнародних договорів та національного законодавства при застосуванні останнього як застосовного до суті спору права в міжнародному комерційному

арбітражі. Нормативних основ для звернення арбітрів до положень вказаної Конвенції як у ній самій, так і в українському законодавстві встановлено одразу декілька. Проте ключовою постає сформульована О. Трояновським проблема правової підстави для визначення сфери застосування міжнародного договору складом арбітражу: на основі наявних у ньому положень або у зв'язку з фактом визнання того, що конкретні приватноправові відносини підлягають регулюванню нормами українського права відповідно до угоди її сторін чи на підставі застосовної норми міжнародного приватного права [253, с. 101]. На нашу думку, послідовність вирішення цього питання арбітрами повинна бути такою. Найперше слід враховувати положення самого міжнародного договору, що встановлюють випадки і порядок його застосування. Так, відповідно до ч. 1 ст. 1 Віденської конвенції 1980 р., ця Конвенція застосовується до договорів купівлі-продажу товарів між сторонами, комерційні підприємства яких перебувають у різних державах: а) коли ці держави є Договірними державами; або б) коли згідно з нормами міжнародного приватного права застосовано право Договірної держави. Другий зі встановлених Конвенцією випадків прямо й стосується вибору сторонами національного права держави-учасниці Віденської конвенції 1980 р., в чому виявляється реалізація принципу автономії волі, а також встановлення застосовності вказаної Конвенції складом арбітражу на основі колізійних норм, які арбітри вважають застосовними (ч. 2 ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»). У світлі сказаного можна погодитись із наявним у доктрині твердженням, що за відсутності в міжнародному договорі вказівок, які дозволяють його застосовувати для регулювання контрактних відносин, коли в силу угоди сторін договору або на основі колізійної норми підлягає застосуванню українське право як приписи, що входять до правової системи України, повинні застосовуватись правила такого міжнародного договору, якщо до його сфери належить регулювання відповідних відносин [253, с. 102].

На міжнародному рівні відзначається існування трьох сценаріїв зіставлення Віденської конвенції 1980 р. як застосовного права та міжнародного

комерційного арбітражу при реалізації принципу автономії волі сторін: 1) сторони можуть безпосередньо обрати Конвенцію (прямий метод); 2) сторони можуть обрати застосовним матеріальним правом національну правову систему держави-члена Конвенції (непрямий метод); 3) сторони можуть повністю виключити застосування Конвенції. Щодо непрямого вибору або виключення Віденської конвенції 1980 р., в літературі відзначається, що немає особливих розбіжностей між її застосуванням національними судами та арбітражними судами. В арбітражному провадженні, якби сторони міжнародного договору купівлі-продажу товарів обрали законодавство договірної держави згаданої Конвенції як право, що регулює договір (а не безпосередньо Конвенцію), арбітражний суд застосовував би Конвенцію як невід’ємну частину права цієї держави так само, як і національний суд. Допускається й виключення застосування Віденської конвенції 1980 р., яка підлягає застосуванню як частина обраного сторонами національного права сторонами вже після виникнення спору, що повинно враховуватись складом арбітражу [428, с. 51–52].

До Віденської конвенції 1980 р. у практиці МКАС при ТПП України склад арбітражу звертається часто, зазвичай виходячи з приписів самої Конвенції щодо її застосовності, проте інколи додатково вказується на застосування Конвенції як частини матеріального права України [51], і на субсидіарне застосування одночасно з нею норм внутрішнього законодавства [50], коли Конвенцією окремі аспекти договірних правовідносин не врегульовані, чи за умови посилення сторін як застосовних до суті спору норм права невизначених конструкцій типу «загальних принципів міжнародного комерційного права». Так, у справі № 124, що розглядалась в МКАС при ТПП України (рішення від 6 жовтня 2016 року) [47], наводиться, що в засіданні арбітражного суду представники сторін не змогли пояснити, що саме мали на увазі сторони при підписанні договору, включивши до його тексту поняття «міжнародне комерційне право». Проаналізувавши положення п. 14 договору, зокрема вказівку, яка в ньому міститься, на те, що спори розглядаються «відповідно до

міжнародного комерційного права», а також беручи до уваги позиції сторін, викладені в матеріалах справи і виступах їхніх представників у Міжнародному комерційному арбітражному суді, арбітражний суд дійшов до висновку про те, що до спору підлягає застосуванню Віденська конвенція 1980 р. як універсальний акт міжнародного комерційного права, що є результатом уніфікації матеріально-правових норм, які регулюють договори міжнародної купівлі-продажу товарів. При цьому арбітражний суд взяв до уваги те, що відповідно до ст. 1(1)(а) Конвенції, її застосовують до договорів купівлі-продажу товарів між сторонами, комерційні підприємства яких знаходяться в різних державах, які є її учасниками. Комерційні підприємства сторін договору знаходяться в Російській Федерації та в Україні – учасницях Віденської конвенції 1980 р.

Поширеним є й звернення арбітрів до Віденської конвенції 1980 р. разом із субсидіарним застосуванням інших джерел права для врегулювання питань, що виходять за межі вказаної Конвенції, оскільки остання прямо дозволяє сторонам відступити від її положень або змінити їх (ст. 6 Віденської конвенції 1980 р.). Також, згідно з ч. 2 ст. 7 Віденської конвенції 1980 р. питання, що стосуються предмета регулювання цієї Конвенції, які безпосередньо в ній не вирішені, підлягають вирішенню згідно із загальними принципами, на яких вона ґрунтується, за умови відсутності таких принципів – згідно з правом, застосованим відповідно до норм міжнародного приватного права. На практиці ці положення реалізуються щодо стягнення неустойки (штрафу, пені) як способу захисту (арбітрами було субсидіарно застосовано право України [45]); встановлення розміру річних процентів з простроченої суми (було субсидіарно застосовано приписи Господарського кодексу України в цій частині [48]); відшкодування прямих збитків та витрат, які особа змушена зробити для відновлення свого порушеного права (поруч з нормами Віденської конвенції 1980 р. також застосовано положення господарського законодавства України [44]).

З цього приводу відзначається, що у Віденській конвенції 1980 р. взагалі

не врегульовано або унормовано недостатньо, при тому, що вирішення цих питань не можливе, навіть зважаючи на застосування загальних принципів Конвенції. Це такі питання, як: 1) застосування договірної умови про неустойку (в Конвенції відсутні вказівки про неустойку та її зіставлення зі збитками); 2) визначення розміру відсотків і порядку їх нарахування при простроченні виконання грошових зобов'язань (при цьому саме право на отримання таких відсотків Конвенцією у ст. 78 передбачено); 3) дійсність договору або його окремих умов; 4) питання, пов'язані з правоздатністю сторін контракту, представництвом і довіреністю; 5) застосування позовної давності [120, с. 34]. Наявна практика підтверджує висновок щодо того, що при кваліфікації застосування норм Віденської конвенції 1980 р. не як договірних умов, а як норм права, які сторони обрали застосовними до суті спору, зіставлення положень Конвенції із субсидіарно застосовуваним національним правом полягає в застосуванні останнього лише за відсутності регулювання таких питань у згаданій Конвенції [11, с. 36], однозначно стверджуючи про примат положень міжнародного договору над приписами національного законодавства також у випадку здійснення правозастосування арбітрами при вирішенні справи в міжнародному комерційному арбітражі. Підтвердження цій тезі знаходимо й у ч. 5 ст. 4 Закону України «Про міжнародне приватне право», згідно з якою визначення права, що підлягає застосуванню до приватноправових відносин на підставі колізійних норм, не здійснюється, якщо міжнародним договором України передбачено застосування до відповідних відносин матеріально-правових норм.

Таким чином, застосування Віденської конвенції 1980 р. у практиці МКАС при ТПП України засновується, перш за все, на положеннях самої Конвенції, згідно з якими вона автоматично підлягає застосуванню при виборі сторонами як застосовного до суті спору права держави, яка є її членом. Проте функціональний потенціал цього міжнародного договору такими випадками не вичерпується. Віденська конвенція 1980 р. також застосовується як міжнародно визнаний стандарт, до якого можуть звертатись сторони і склад арбітражу при

визначенні в арбітражних застереженнях або встановленні іншим чином як застосовне право «загальних принципів міжнародного комерційного права» та подібних описових конструкцій. Вказана Конвенція допускає та навіть прямо передбачає й субсидіарне застосування національної правової системи, якщо на конвенційному рівні важливі для вирішення конкретного спору питання не врегульовано. У практиці МКАС при ТПП України до таких питань належали стягнення збитків за порушення договору, стягнення штрафних санкцій (пені, штрафу) з іншої сторони та ін.

Вище ми вже висвітлювали таку перевагу застосування до суті спору права «третьої» країни, не пов'язаної з правопорядками, які є «рідними» для сторін спору, як забезпечення нейтральності відповідного правопорядку (ця теза підкріплюється й аналогічними міркуваннями інших дослідників [537, с. 460]), що особливо важливо, коли стороною в арбітражі є держава або її органи. Як зазначає В. Волков, гарантування нейтральності арбітражного розгляду в частині визначення застосовного до суті спору права часто вимагає застосування права, яке не має прямого зв'язку зі сторонами. Так само, щоб не ставити жодну із сторін у не вигідне становище, коли застосовується право однієї з них, а інша зобов'язана працювати з іноземним матеріальним правом, виправданим є вибір нейтрального правопорядку [622]. Вибір нейтрального права «третьої» країни, як це визначається в коментарі до ст. 2 Гаазьких принципів щодо вибору права до міжнародних комерційних договорів [596], може обумовлюватися й розвиненістю його положень щодо предмета договірних відносин та суті спору, зокрема в питаннях торговельного мореплавства або міжнародних банківських транзакцій. У цьому ж коментарі підкреслюється, що, не вимагаючи наявності зв'язку між обраним правом та сторонами чи їх угодою, Принципи сприймають більш широке розуміння концепції автономії волі сторін, ніж деякі держави, які вимагають такого зв'язку або іншої розумної підстави для вибору сторонами права «третьої» країни.

Натомість у літературі наводяться вельми слушні аргументи з позицій критики та передбачення настання можливих негативних наслідків звернення

сторін до арбітражу або встановлення складом арбітражу в якості застосовного до суті спору «нейтрального» права або права «третьої» країни. З цього приводу К. Фунтулакис наголошує, що іноді право третьої держави все одно буде більше пов'язане з правовою системою однієї зі сторін, тим самим дискредитуючи аргумент щодо нейтральності зробленого вибору та поставлення обох сторін в однакове становище щодо встановлення змісту застосовного іноземного права. Крім того, обране нейтральне національне право насправді може містити правові поняття, невідповідні договору між сторонами. Існує й ризик того, що, узгоджуючи нейтральне право, обирається закон політично нейтральної держави, хоча питання політичного нейтралітету не має нічого спільного з питанням, чи передбачає таке право збалансований розподіл контрактних прав та обов'язків. Зрештою, як резюмує вчена, вибір нейтрального національного права може бути надто дорогим, оскільки обидві сторони будуть обтяжені високими витратами на вивчення його норм [381, с. 329]. Вважаємо, що здебільшого виправданим буде використання міжнародно визнаних уніфікованих правових регуляторів, а не подібних «нейтральних» правових систем «третьох» країн, як-то: звернення до Віденської конвенції 1980 р. та Принципів УНІДРУА, що довели свою універсальність та єдність у розумінні їх положень юристами і сторонами з країн з різних правових систем. Натомість вибір правової системи «третьої» країни для гарантування його ефективності й дієвості повинен бути зваженим та обґрунтованим з погляду реальних потреб врегулювання договірних положень та з урахуванням перспектив подальшого арбітражного врегулювання можливих спорів і розбіжностей.

Дискусійним (що прямо пов'язано з невизначеною за своєю суттю правовою природою явища) є вирішення спорів арбітрами згідно з принципами «добра і справедливості» (*ex aequo et bono*) в частині встановлення конкретних критеріїв або чинників, що, з одного боку, повинні враховуватись складом арбітражу, який уповноважений сторонами на вирішення спору згідно з принципами справедливості, та, з іншого – які вказують на дотримання арбітрами таких принципів, вчинення дій в інтересах сторін та згідно з їхніми

волевиявленнями й очікуваннями. Слід додати, що питання зіставлення вирішення спорів арбітражем згідно з принципами справедливості (*equity principles*) та *ex aequo et bono* розглядаються нами як тотожні, хоча в науці трапляються позиції щодо їх розмежування, згідно з якими, в першому випадку, тотожному уповноваженню арбітра діяти в якості «дружнього посередника» (*amiable compositeur*), склад арбітражу повністю звільняється сторонами від необхідності застосування норм права, тоді як при застереженні *ex aequo et bono* арбітри можуть лише виключити наслідки застосування особливо суворих норм права. З цього погляду, який поділяють Е. Твідейл і К. Твідейл, застереження про звернення до вирішення спорів арбітром згідно з принципами справедливості (*equity clause*) може набувати двох форм: 1) склад арбітражу може бути уповноважено вирішувати спір, не застосовуючи певні норми або інститути застосовного права, поруч з виключенням застосування несприятливих наслідків звернення до останнього. Для таких рідкісних застережень є дозвіл складу арбітражу приймати рішення без відсилання до норм права як таких; 2) склад арбітражу може бути уповноважено вирішувати спір згідно з принципами, відмінними від національного права, зокрема відповідно до принципів «справедливості та добропорядності» або згідно зі «звичаями комерційного обороту» чи *lex mercatoria* [609, с. 190–191]. Проте розмитим та невизначеним залишається зміст таких принципів.

Багато уваги питанням змісту положень, на яких повинно ґрунтуватись вирішення спорів згідно з принципами «добра і справедливості», а також супутніх чинників, пов'язаних із процедурою арбітражного розгляду та мірою пов'язаності арбітрів приписами норм права, приділяє у своєму дослідженні О. Белоглавок. Зокрема, вчений визначає, що прийняття рішень складом арбітражу, який діє відповідно до принципів справедливості (*equity principles*), повинно завжди ґрунтуватись на таких положеннях: 1) кожна справа повинна оцінюватися конкретно та індивідуально, не абстрактно, і завжди в контексті взаємних відносин між сторонами; 2) рішення повинно бути справедливим з урахуванням обставин відносин між сторонами; 3) спір повинен розглядатися в

більш широкому контексті звичаїв, практики та правил, включаючи правила, що стосуються відносин між сторонами; 4) фактичне провадження повинно бути швидким та ефективним; 5) процедура повинна призводити до результату, який буде прозорим і який підтримуватиме рівність сторін. Прийняття складом арбітражу рішень на основі принципів справедливості повинно мати практичний характер, без суворої прив'язки до застосування чи виключення норм застосовного права, а арбітри повинні керуватись виваженими позиціями і враховувати всі обставини справи, щоб обрати і застосувати найбільш відповідні правила (норми) або концепції справедливості для вирішення спору, не виключаючи можливості звернення до застосовного права, звичаїв комерційного обороту, а також застосування або, щонайменше, врахування загальних принципів права, таких як автономія договору [319, с. 45]. Звернення до наявних та ефективних позанаціональних регуляторів, на нашу думку, може зменшити невизначеність використовуваних категорій «добра і справедливості», надавши їм конкретного змісту в умовах певної справи. До прикладу, в рішенні Міжнародного арбітражного суду ICC 2000 р. у справі № 10504 [414] зазначено, що в арбітражному застереженні, складеному французькою, між двома східноєвропейськими контрагентами було встановлено, що справа вирішуватиметься одним арбітром, який діятиме за принципом «*en arbitrage équitable*». Вирішуючи питання збитків за невиконання договору, які повинен був сплатити відповідач, арбітр встановив, що підписання ним угоди відбувалось за наявності погроз з боку позивача. На основі тлумачення цього чинника, згідно з Принципами УНІДРУА (на той час – ст. 3.9 та ст. 3.11), арбітр зазначив, що такі погрози не залишили відповідачу іншого вибору, а тому постановив, що у світлі цих обставин буде вважатись чесним та справедливим зменшити наполовину суму збитків, на які позивач мав право відповідно до угоди між сторонами.

За загальним правилом, що втім, на сьогодні зазнає розширювального тлумачення, вибір як застосовного до суті спору матеріального права, норм або правил транснаціональних джерел, загальних принципів права чи положень *lex*

mercatoria доступний лише сторонам, тоді як арбітри повинні звертатись за відсутності вибору сторін до конкретних національних правових систем. Крім прямого вибору сторонами, В. О. Канашевський обґрунтовує можливість прямого застосування арбітрами *lex mercatoria* (що безпосередньо дозволяється також арбітражними регламентами) в ситуаціях, коли право держави, на яке вказують колізійні норми, не дає чіткої відповіді на запитання, що є предметом спору, або коли застосування національної правової системи призведе до результату, що суперечить розумним очікуванням сторін [70, с. 118]. Так, згідно зі ст. 21(1) Арбітражного регламенту ICC, за відсутності угоди сторін щодо вибору застосовного права склад арбітражу застосовує *норми права*, які вважатиме потрібними (*виділення курсивом наше – В.Н.*). Саме формулювання «норми права», як було встановлено нами вище, й дозволяє в таких випадках звертатись арбітрам до позанаціональних правових регуляторів на противагу національним правопорядкам.

Окремим та значним для практики вирішення міжнародних комерційних спорів 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 яких датується 2016 роком (далі – Принципи УНІДРУА) [602], статус яких є лише рекомендаційним, не будучи міжнародним договором чи іншим документом, що потребував би формальної ратифікації державами чи будь-якими міжнародними інституціями. Важливим для розуміння суті та призначення Принципів УНІДРУА є текст їх преамбули, згідно з якою ці Принципи встановлюють загальні норми для міжнародних комерційних договорів. Вони підлягають застосуванню в разі, якщо сторони погодилися, що їхній договір буде регулюватися цими Принципами. Вони також можуть застосовуватися, коли сторони погодилися, що їхній договір буде регулюватися «загальними принципами права», «*lex mercatoria*» або аналогічними положеннями. Зазначені принципи можуть застосовуватися, коли сторони не обрали жодного права, яке б регулювало їхній

договір. Вони можуть використовуватися для тлумачення або доповнення міжнародних уніфікованих правових документів та національного законодавства. Положення самих Принципів УНІДРУА (п. 4 преамбули) дають уточнення щодо варіантів звернення сторін до них як застосовного до суті спору права в міжнародному комерційному арбітражі. По-перше, в разі прямого вибору Принципів УНІДРУА рекомендується визначати це в тексті арбітражного застереження або угоди, оскільки склад арбітражу не пов'язаний певною національною правовою системою включно з її колізійними нормами в питаннях вибору застосовного матеріального права. Відповідно до цього підходу, сторони можуть вільно обирати Принципи як «норми права» («*rules of law*»), згідно з якими арбітри вирішуватимуть спір, у результаті чого Принципи застосовуватимуться при виключенні будь-якого конкретного національного права, за винятком імперативних норм внутрішнього права, що підлягають застосуванню, незалежно від того, яке право регулює договір.

По-друге, Принципи УНІДРУА можуть застосовуватись як вияв «загальних принципів права», «*lex mercatoria*», «звичаїв міжнародної торгівлі» або подібних положень, про які йдеться в контракті. Зазначається, що подібні відсилання сторін на нечітко визначені принципи та правила позанаціонального або транснаціонального характеру досі піддаються критиці серед інших підстав через надзвичайну розмитість таких концепцій. Щоб уникнути або принаймні значно зменшити невизначеність, що супроводжує використання таких досить розмитих концепцій, для визначення їхнього змісту було б доцільно вдаватися до системного та чітко визначеного набору правил, якими і є Принципи УНІДРУА.

По-третє, склад арбітражу може застосовувати Принципи УНІДРУА навіть за відсутності будь-якого вибору застосовного права. У п. 4(с) преамбули самих Принципів УНІДРУА з цього приводу вказано, що якщо сторони не обрали право, що регулює їхній контракт, воно повинно визначатися на основі відповідних норм міжнародного приватного права. У контексті ж міжнародного комерційного арбітражу такі правила є дуже гнучкими, що дозволяє арбітражним судам застосовувати «норми права, які вони визнають належними»

(що вже детально аналізувалось нами раніше – В.Н.). При цьому, попри загальну практику звернення складу арбітражу до певного внутрішнього права як застосовного до суті спору, у виняткових випадках арбітри можуть вдаватись до національних або наднаціональних джерел, зокрема до Принципів УНІДРУА, коли з обставин справи можна зробити висновок, що сторони мали намір виключити застосування будь-якого національного права (наприклад, коли одна зі сторін є державою чи урядовим органом, і обидві сторони дали зрозуміти, що жодна зі сторін не прийме вибір внутрішнього права іншої сторони або права третьої країни), або коли у контракті наявні фактори, що відсилають до права багатьох країн, жодне з яких не є переважним, щоб виправдати застосування одного національного права та виключити всі інші.

Прикладом поєднання двох останніх випадків застосування складом арбітражу Принципів УНІДРУА як права, застосовного до суті спору, можна вважати рішення Міжнародного арбітражного суду ICC 1995 р. № 7110 [413] у справі, де сторонами виступала англійська компанія та орган державної влади Ірану. Жоден з 9 укладених між ними контрактів не містив прямого вибору застосовного права на користь певної національної правової системи, проте деякі з них включали положення, які відсилали до вирішення спорів на основі «права або правил природної справедливості» (*«laws or rules of natural justice»*). На думку позивача (іранської сторони), такі відсилання відображали намір сторін звернутись до загальних принципів права, тоді як англійська сторона наполягала на тому, що вказане формулювання стосується лише загальновизнаних процесуальних правил належного процесу та справедливого розгляду справи, наполягаючи на тому, що згідно з колізійним принципом місця проживання або місцезнаходження сторони, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту правочину (якою є саме англійська компанія), застосовуватись повинно право Англії, згідно зі ст. 4(2) Римської конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1980 р. Склад арбітражу пристав на позицію позивача, трактуючи наміри сторін, дійшовши висновку, що вони зробили негативний вибір, тобто мали намір виключити

застосування будь-якого конкретного внутрішнього права та забезпечити, щоб договори між ними регулювались загальними принципами та правилами, які, хоча й не закріплено в жодних національних правових системах, утім їх спеціально адаптовано до потреб міжнародних операцій і вони користуються широким міжнародним консенсусом. Арбітри далі вказали, що такі *«загальні правила та принципи, які мають широкий міжнародний консенсус [...] в основному відображаються в Принципах УНІДРУА»*. Також арбітри дійшли висновку, що *«без шкоди для врахування положень договорів та відповідних торгових звичаїв [...] договори регулюються і повинні тлумачитися відповідно до Принципів УНІДРУА щодо всіх питань, що підпадають під сферу таких Принципів та з усіх інших питань, за допомогою інших загальних правових норм та принципів, що застосовуються до міжнародних договірних зобов'язань, які користуються широким міжнародним консенсусом, який був би визнаний актуальним для вирішення спірних питань, що підпадають під цей арбітражний розгляд»*.

О. Гайдулін з приводу особливостей застосування Принципів УНІДРУА визначає також можливість врахування втілених у них принципів (зокрема повного відшкодування заподіяної шкоди як одного з принципів, до якого відсилає ст. 7(2) Віденської конвенції 1980 р.) як джерела інтерпретації останніх і, як приклад, правил, які можуть впливати з цих принципів. Також вчений зазначив, що основна мета такого вибору застосовного права як звернення сторін до Принципів УНІДРУА, полягає у трансформації відповідних звичаїв торгового обороту (як субсидіарного джерела) у головне та єдине джерело права [28, с. 102–103]. Таке застосування Принципів УНІДРУА дозволить подолати низку проблем, які можуть постати перед складом арбітражу при виборі сторонами подібних позанаціональних правових регуляторів, зокрема те, що арбітри не завжди спроможні чітко окреслити коло норм, які входять до відповідного позанаціонального права, а також не завжди знаходять відповідь на основі правових норм і принципів, які входять до складу позанаціонального права, обраного сторонами, на ті спірні питання, що постають перед ними

[111, с. 385]. Підвищення статусу Принципів УНІДРУА з договірних умов, погоджених сторонами, що підкоряються застосовному праву, до безпосереднього застосовного права, за твердженням Дж. Кордеро-Мосс, пов'язується й зі змінами в Арбітражному регламенті ЮНСІТРАЛ у редакції 2010 р., положення ст. 35(1) якого, на відміну від оригінальної редакції ст. 33(1) Регламенту 1976 р., відсилає до «норм права», а не до «права» загалом [353, с. 97].

На основі вищевикладеного, можна резюмувати, що Принципи УНІДРУА як гнучкий правовий інструмент та яскравий приклад нормативного втілення в одному джерелі правил, що складають суть так званого «м'якого права» (*«soft law»*), може використовуватись сторонами та арбітрами як застосовне матеріальне право при вирішенні спору в порядку міжнародного комерційного арбітражу достатньо багатосторонньо. Вони охоплюють як безпосереднє застосування при прямому виборі Принципів УНІДРУА з цією метою, так і слугують виявом «загальних принципів права», *«lex mercatoria»*, «звичаїв міжнародної торгівлі», до яких відсилають сторони в арбітражному застереженні як до застосовного до суті спору права (норм права), а також будуть корисними за відсутності вибору матеріального права як такого чи виявляться в ролі загальновизнаної інтерпретації поширених у практиці міжнародного комерційного обороту принципів і правил за їх субсидіарного застосування тощо. Варто наголосити, що така багатофункціональність Принципів УНІДРУА відзначається й сучасними зарубіжними дослідниками, які підкреслюють, що правова природа необов'язкового документа м'якого права призводить до того, що Принципи УНІДРУА можуть виконувати зовсім різні функції, залежно від того, використовуються вони як «норми права» для регулювання договірних відносин, включені як умови контракту, що регулюється договірним правом певної національної правової системи, або є засобами для тлумачення та доповнення застосовного договірного права, незалежно від його походження або положень Віденської конвенції 1980 р. [320, с. 653].

Заслуговує на увагу позиція Б. С. Любовика, який, на основі аналізу низки

хрестоматійних судових та арбітражних прецедентів вважає, що *«при укладенні звичайного за масштабом і предметом договору в сфері с. господарської діяльності з іноземним елементом сторонам слід віддавати перевагу певному національному праву (або транснаціональному праву в поєднанні з національним правом, яке б заповнювало прогалини, які існують у відповідному транснаціональному праві)»*, посиляючись на неправильність тлумачення арбітрами в багатьох випадках складних гібридних конструкцій щодо вибору сторонами як застосовне право позанаціональних джерел, тривалість та складність процесу встановлення конкретних застосовних норм та їхнього змісту. При цьому вчений додає, що *«...в певних випадках ризик невірної тлумачення намірів сторін, а також, очевидно більші затрати на вирішення потенційних спорів є виправданими, особливо коли це стосується «мільярдних» проектів чи проектів, в яких однією зі сторін є державний орган або інша державна структура, адже така гібридна система матеріального права збільшує захист уразливої сторони у випадку змін в законодавстві однієї з держав і встановлює для всіх учасників договору рівні правила гри і рівні стартові можливості в аспекті регулювання їх правовідносин, що виникають на підставі договору»* [114, с. 46]. Цитована позиція автора вказує на необхідність зваженого підходу до визначення сторонами застосовними до суті спору нормами права позанаціональних або транснаціональних правових регуляторів, чіткого розуміння мети, на вирішення якої такий вибір буде спрямовано, та наявності уявлення про конкретні джерела чи підходи до їх визначення, що застосовуватимуться складом арбітражу при вирішенні спору. Вважаємо цілком виправданими випадками звернення до таких джерел права, можливість арбітражного розгляду за участю держави або державного органу, що може убезпечити як від можливих змін у законодавстві такої держави, так і від недобросовісності відповідної сторони контракту.

Також вважаємо, що тісно пов'язаною з можливістю використання в міжнародному комерційному арбітражі позанаціональних правових регуляторів як застосовних до суті спору норм права є й необхідність врахування арбітрами

торгових звичаїв у всіх випадках при прийнятті рішень, що декларується більшістю національних арбітражних законів та регламентів провідних арбітражних інституцій. До прикладу, це положення закріплюється й у ч. 4 ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та ч. 4 ст. 41 Регламенту МКАС при ТПП України. Підкреслюється, що врахуванням звичаїв торгового обороту може слугувати звернення складу арбітражу до положень Принципів УНІДРУА для вирішення конкретного питання, що не врегульоване нормами застосовного права, або для тлумачення положень міжнародних конвенцій, а також субсидіарно поруч з приписами Віденської конвенції 1980 р. тощо [253, с. 106]. А. С. Лапшина з цього приводу справедливо відзначає, що в цьому полягає одна з найістотніших відмінностей розгляду спорів в міжнародному комерційному арбітражі від процедури їх вирішення в національних судах. Учена наголошує, що сторони міжнародного комерційного спору зацікавлені у вирішенні справи, перш за все, на основі норм, спеціально розроблених для регулювання цього виду відносин як тих, що склалися в міжнародному комерційному обороті, тоді як державні суди в першу чергу, керуються положеннями національного законодавства, арбітраж завжди пов'язаний положеннями торгових звичаїв, незалежно від застосовуваного права, оскільки застосування торгових звичаїв дозволяє найбільш адекватно, детально і професійно врегулювати міжнародні комерційні спори [106, с. 147]. Така ситуація додатково підкреслює гнучкість та нейтральність арбітражного розгляду, можливість його пристосування до потреб конкретних спірних правовідносин, врахування потреб сторін на мікрорівні та реалій міжнародного комерційного обороту на макрорівні.

Наступним питанням, якого б ми хотіли торкнутись – є застосування права ЄС при вирішенні спорів в арбітражі. Як відомо, в основі правовідносин між сторонами є контракт, частиною якого є арбітражне застереження. А тому всі положення цих угод, якщо вони не суперечать імперативним нормам права та відповідному публічному порядку, можуть застосовуватись до вирішення спору. Тому при вирішенні питання про право, яке застосовується до вирішення

спору, слід передусім звертатись до змісту контракту. У цьому випадку прийнято говорити про те, що сторони в контракті здійснили *вибір застосовуваного права*, яке для складу арбітражу є основоположним при вирішенні спору. І лише в разі, коли такий вибір буде визнано недійсним або таким, що не охоплює всі правовідносини, які потребують врегулювання, арбітри субсидіарно можуть вдаватися до визначення матеріального права, яке може бути застосоване до сутності спору. У тих випадках, коли склад арбітражу застосував право, щодо якого сторони не здійснювали вибір, всупереч дійсним положенням контракту про вибір застосовуваного права, арбітраж виходить за межі повноважень, наданих їм сторонами, що є підставою для відміни рішення. При цьому варто мати на увазі, що не буде вважатись виходом за межі компетенції застосування права іншого, ніж те, що сторони обрали в контракті, якщо застосування обраного сторонами матеріального права призведе до скасування арбітражного рішення чи відмови в його визнанні та виконанні через порушення антиконкурентного права чи стосується спорів, які є неарбітрабельними [239]. У цьому випадку, з метою забезпечення принципу остаточного характеру рішення арбітражу та можливості його виконання, арбітри повинні мотивовано відійти від вибору сторін та вдатись до застосування права іншого, ніж те, що погоджено сторонами.

Слід мати на увазі, що у більшості арбітражних актів передбачено, що угоди сторін про вибір права слід розуміти як такі, які стосуються матеріального права відповідної країни, а не колізійного (ч. 1 ст. 14 Регламенту МКАС при ТПП України, ч. 2 ст. 23 Арбітражного регламенту Арбітражного інституту Стокгольмської торгової палати та ін.). Сторони є вільними у виборі матеріального права, застосовуваного до контракту та до вирішення спору. З цього приводу регламенти окремих арбітражних центрів, переглянуті протягом останніх років, містять положення, в яких зазначено, що склад арбітражу застосовує не лише «норми права» чи «закони», а «*право чи норми права*», визначені сторонами, застосовуваними до сутності спору (п. 22.3 Арбітражних правил Лондонського міжнародного арбітражного суду). На сьогодні це є

надзвичайно важливе положення, так як дозволяє сторонам обрати як застосовуване не лише матеріальне право окремої країни, але й будь-яке інше право, яке не пов'язане із окремою країною і є ненаціональним²⁴. Такими є, як зазначалось, Принципи УНІДРУА, правила ІНКОТЕРМС®, *lex mercatoria*, принципи міжнародного права тощо²⁵. При цьому на практиці часто застосовується комбінований підхід, коли норми національного права, обраного сторонами, застосовуються складом арбітражу разом із загальновизнаними принципами і звичаями ділового обороту. Метою такого підходу є подолання прогалів, які часто існують у матеріальному праві країн. Подібний підхід відображено в ч. 4 ст. 14 Регламенту МКАС при ТПП України, за яким *«у всіх випадках склад Арбітражного суду приймає рішення відповідно до умов договору, міжнародних конвенцій і з урахуванням торговельних звичаїв, які стосуються цього договору»*.

У зв'язку зі сказаним інтерес становить можливість вибору та застосування права ЄС як права, застосовуваного до сутності спору. За загальним правилом, таке застосування повинно засновуватись на виборі сторін чи на механізмі визначення арбітрами відповідного права. Така «внутрішня» передумова застосування права ЄС є важливою гарантією дійсності прийнятого складом арбітражу рішення в розумінні п. с ч. 1 ст. 5 Нью-Йоркської конвенції 1958 р. Водночас у контексті застосування права ЄС існує і зовнішня (щодо арбітражного процесу) передумова застосування такого права – це специфіка правової природи норм права ЄС, сфера їх правового регулювання та механізм застосування таких норм. У цій площині доводиться констатувати низку труднощів, так як «відносини» і взаємодія між арбітражним правом та правом ЄС розвиваються доволі непросто.

²⁴ Більш детально, див.: [112; 492; 541; 586; 606]

²⁵ Відповідно до п. 13 преамбули до Регламенту ЄС № 593/2008 про право, застосовуване до договірних зобов'язань («Рим І») Регламент дозволяє включити сторонам шляхом відсилки у свій договір недержавне право чи міжнародну угоду. При цьому під «недержавним правом» за змістом Регламенту (франц.: *droit non etatique*; англ.: *non-State body of law*; нім.: *nichtstaatliches Regelwerk*) слід розуміти акти міжнародних і неурядових організацій, у тому числі акти, які не мають обов'язкової сили для держави і приватних осіб (наприклад, підготовлений Міжнародною торговою палатою звід правил тлумачення міжнародних торговельних термінів — «ІНКОТЕРМС», Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА тощо). Більш детально див.: [565, с. 221–237; 630; 560; 111].

Історія таких «відносин» сягає середини минулого століття, коли в 1957 році було створено Європейську економічну спільноту (*European Economic Community, EEC*) – економічне співтовариство, засноване на широкому спільному ринку, яке включало вільний рух товарів і послуг, а з 1992 року також узгоджене врегулювання питань правосуддя, внутрішньої і зовнішньої політики та безпеки. Роком пізніше після створення ЕЕС Організація Об'єднаних Націй схвалює конвенцію про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень, відому сьогодні як Нью-Йоркська конвенція 1958 року, якою було не лише унормовано режим виконання арбітражних рішень, але й закладено підвалини для подальшого розвитку інституту міжнародного комерційного арбітражу. Названі події жодним чином не пов'язані між собою, однак саме з ними, а точніше з актами, які лежали в їхній основі, зазвичай пов'язується генеза розвитку взаємодії права ЄС та арбітражного права. У ті часи говорити про взаємодію, мабуть, було би перебільшенням, адже довгий час нормативний масив, який у перспективі став правом ЄС, та арбітражне право розвивались паралельно, практично не маючи спільних точок дотику. Такий стан речей, на думку Дж. А. Берманна та інших дослідників цього питання зумовлений тим, що право ЄС першопочатково позиціонувалось як більш пріоритетне та переважне [322, с. 400]. Теоретично арбітраж пропонував праву ЄС усі можливості для його застосування у приватних правовідносинах і надавав щодо цього з його метою. Натомість право ЄС розглядало арбітраж (і відповідні правові норми) переважно «з прохолодою», а інколи й вороже²⁶. Така ситуація була зумовлена щонайменше трьома факторами.

По-перше, прірвою, яка тривалий час розділяла право ЄС та міжнародне приватне право, адже право ЄС першопочатково стосувалось переважно конституційного, адміністративного та митного права. Лише згодом включення у сферу правового регулювання специфічних галузей, таких як: транспорт, сільське господарство, антимонопольне регулювання, регулювання ринків та

²⁶ За свідченням Н. Шелкоплас у одному з рішень Європейська Комісія висловила підозру щодо арбітражу, посилаючись на те, що принаймні у сфері антимонопольного регулювання він є інструментом для ухилення від вимог конкурентного права та політики Комісії [582, с. 422]

вільного руху товарів, а також нещодавно – природоохоронного права, захисту прав споживачів, охорони праці та здоров'я, зробило цю систему права справді комплексним правовим утворенням із притаманними йому правилами функціонування і правозастосування. Водночас у частині приватноправового регулювання право ЄС довгий час зводилось лише до регулювання окремих аспектів внутрішніх ринків та відповідальності у праві захисту прав споживачів. Такий стан можна пояснити тим фактом, що завдання ЄС виходить за межі приватних інтересів, а тому сфера правового регулювання відповідних актів дещо віддалена від цього рівня відносин. І лише після 1992 року, коли правосуддя і внутрішні відносини перейшли до відання Європейської спільноти міжнародне приватне право потрапляє до сфери права ЄС. Водночас це не змінює відношення права ЄС до арбітражу. Ні Брюссельська конвенція 1968 р. [349], ні Регламент 44/2001 від 22 грудня 2000 року про юрисдикцію, визнання та виконання рішень у цивільних комерційних справах («Брюссель 1») [558] не містять норм щодо взаємодії державних судів країн-членів ЄС та арбітражів, – і це другий фактор, який впливає на конфронтацію права ЄС та арбітражу. Регламент 44/2001 у п. d ч. 2 ст. 1 виключив арбітраж зі сфери свого регулювання. І лише в грудні 2012 року, з прийняттям нової редакції Регламенту «Брюссель 1» відомого як «Регламент Брюссель 1 bis» [557] ситуація змінюється. Залишаючись поза сферою правового регулювання (п. 12 преамбули Регламенту 1215/2012 12 грудня 2012 року), арбітраж все ж отримав точки взаємодії з національними судами держав-членів ЄС у вигляді норм, які стосуються таких аспектів:

- направлення судом держави-члена ЄС сторін спору до арбітражу з питань, щодо яких сторони домовились про їхнє вирішення в порядку арбітражу;

- недопустимість зупинення або припинення спору чи перегляду арбітражної угоди на предмет її недійсності, втрати сили чи неможливості її виконання відповідно до національного права сторін;

- висновки суду держави-члена ЄС щодо недійсності, втрати сили чи

неможливості виконання арбітражної угоди та їх узгодження із положеннями Регламенту, які стосуються юрисдикції, визнання та виконання рішень судів у цивільних та комерційних справах, а також узгодження режиму визнання та виконання іноземних арбітражних рішень згідно з Нью-Йоркською конвенцією 1958 р. з положеннями Регламенту;

– незастосування Регламенту до питань формування складу арбітражу, його повноважень, організації арбітражного розгляду чи інших процедурних питань, а також визнання недійсним, скасування, оспорювання, визнання чи виконання арбітражного рішення²⁷.

Третій фактор, який вплинув на віддалення права ЄС та арбітражу, пов'язаний з усуненням арбітражів від механізму, передбаченого ст. 267 Договору про Європейський Союз щодо звернення до Суду Європейського Союзу (*European Court of Justice*) з клопотанням про винесення попереднього рішення щодо тлумачення і дійсності права ЄС та сфери його застосування [322, с. 401]. Відповідно до названої статті, механізм попереднього рішення Суду Європейського Союзу передбачає, що суд держави-члена ЄС може і за певних обставин зобов'язаний [389] направити до Суду Європейського Союзу клопотання щодо тлумачення та дійсності права ЄС і, якщо потрібно, визначення особливих аспектів права ЄС, які не можуть бути встановлені судом держави-члена ЄС самостійно. Так, ст. 267 Договору про Європейський Союз передбачено, що Суд Європейського Союзу має юрисдикцію виносити попередні рішення щодо: (а) тлумачення Договорів; (б) чинності та тлумачення актів установ, органів, служб та агенцій Союзу. Якщо таке питання порушено в будь-якому суді держави-члена, цей суд, якщо вважає, що рішення з цього питання є необхідним для надання йому можливості винести рішення, може звернутися із запитом до суду винести рішення щодо цього питання. Якщо будь-

²⁷ Названі положення Регламенту 1215/2012 стали результатом тривалої роботи фахівців Комісії європейських співтовариств, які вивчили та узагальнили багато матеріалів щодо практики застосування Регламенту «Брюссель 1». Розробці відповідних положень Регламенту «Брюссель 1 bis» передували розширений звіт Комісії, разом з яким Комісія прийняла Зелену книгу з перспектив перегляду окремих положень Регламенту «Брюссель 1», у якій взаємодію з арбітражем виділено в окремий напрям роботи комісії. Комісія констатувала, що арбітраж є винятково важливим для міжнародного комерційного обороту й арбітражні угоди та арбітражні рішення повинні отримувати максимально повну реалізацію та підтримку. Більш детально див.: [391; 419; 273; 336].

яке таке питання порушено у справі, розгляд якої триває в суді держави-члена, чиї рішення не можна оскаржити за допомогою правових засобів національного законодавства, цей суд виносить питання на розгляд Суду. У випадку, якщо таке питання порушено у справі, розгляд якої триває в суді держави-члена стосовно особи, яка перебуває під вартою, Суд Європейського Союзу діє із мінімальною затримкою.

Водночас Суд Європейського Союзу в розумінні Договору про Європейський Союз зайняв непоступливу й однозначну позицію, що арбітраж (незалежно від того чи мова йде про постійнодіючий чи *ad hoc* арбітраж), незважаючи на те, що він розташований на території держави-члена ЄС чи навіть підпорядкований процесуальному праву такої держави, не вважається «судом чи трибуналом держави члена ЄС» [524]. Суд Європейського Союзу відхилив юрисдикцію арбітражів і вирішував, що арбітраж покликаний розглядати приватні спори згідно з арбітражною угодою, а тому його не можна вважати «судом чи трибуналом держави члена ЄС», оскільки публічні органи, якими є суди держав-членів ЄС та власне Суд Європейського Союзу не вправі втручатись у процес вирішення спору в порядку арбітражу.

У справі *Guy Denuit, Betty Cordenier v. Transorient – Mosaïque Voyages et Culture SA* Суд Європейського Союзу був залучений до спору щодо захисту прав споживачів, який вирішувався в порядку арбітражу. Суть спору між сторонами зводилась до вартості пакету послуг за путівку до Єгипту. Сторони погодили, що позивач у справі може просити задовольнити вимоги в порядку арбітражу (*Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages*), що й було зроблено. У ході слухання справи складом арбітражу було прийнято рішення зупинити провадження і звернутись до Суду Європейського Союзу з клопотанням щодо винесення попереднього рішення щодо тлумачення окремих положень права ЄС, а саме Директиви Ради ЄС 90/314/ЄЕС про організовані туристичні подорожі, відпочинок з повним комплексом послуг та комплексні турне. Суд Європейського Союзу у встановленому порядку повинен був перевірити, чи дотримано порядок звернення до нього, а саме: чи можна вважати арбітраж у

розумінні ст. 267 Договору про ЄС уповноваженим для звернення «трибуналом чи судом держави-члена ЄС». Щодо цього Суд зазначив, що чи відповідає вимогам ст. 267 Договору²⁸, до уваги повинні бути взята низка факторів, серед яких:

- a) чи є орган, створений відповідно до права;
- b) чи є такий орган постійнодіючим;
- c) чи є юрисдикція такого органу обов'язковою;
- d) чи відбувається слухання *inter partes*;
- e) чи застосовуються норми права;
- f) чи є такий суд незалежним [432; 433; 434].

Постановляючи рішення про відмову, Суд Європейського Союзу вивчає питання, чи є юрисдикція органу, який звертається в порядку постановлення попереднього рішення, обов'язковою (імперативною), чи вона походить від угоди сторін. В одній із останніх справ, відомій як «*Merck Canada Case*», суд відзначив, що навіть арбітраж, створений відповідно до конвенції, не є судом чи трибуналом у розумінні ст. 267 Договору, так як сторони ні згідно з правом, ні фактично не зобов'язані передавати свої спори на розгляд і вирішення арбітражу й публічні органи (*public authorities*) держави-члена ЄС зацікавлені не втручатися в процес прийняття рішення щодо створення арбітражу чи вимагати своєї обов'язкової участі у процесі до арбітражу [431]. Водночас суд вказав, що допустимими є звернення щодо попередніх рішень, які надходять від арбітражних трибуналів, якщо такі трибунали були створені відповідно до права ЄС, зобов'язували сторін, юрисдикція яких не залежить від угоди сторін спору, як це мало місце, наприклад, у справі 109/88 «*Danfoss*» [430]. Звичайно, такі справи є відносно поодинокими випадками допуску арбітражу до механізму тлумачення права ЄС через попередні постанови Суду ЄС, адже більшість міжнародних комерційних спорів, хоча і вирішуються постійнодіючими арбітражними інститутами, однак – у складі арбітражу, сформованому для вирішення відповідного визначеного спору, і головне – на

²⁸ На той час це була ст. 234 Договору про Європейський Союз.

основі угоди сторін.

Така позиція Суду ЄС щодо усунення арбітражів від подання клопотань щодо попередніх рішень у порядку ст. 267 Договору про ЄС, звичайно, знижує ефективність застосування права ЄС та впливає на єдність правозастосовчої практики. Тоді як низка спорів, які стосуються відносин, врегульованих правом ЄС, часто є предметом розгляду і вирішення саме в порядку арбітражу (антимонопольні спори, спори про захист прав споживачів), обмеження звернення до Суду позбавляє арбітражі дієвого інструменту правозастосування. З іншого боку, як влучно, відзначає А. Берманн, вага і роль ефективності права ЄС не повинна бути перебільшена, адже навіть без переваг, які отримали б арбітражі, маючи можливість звертатись з приводу попереднього рішення Суду Європейського Союзу, арбітражна спільнота відносно рідко перебуває у стані невизначеності щодо застосування права ЄС [322, с. 405–406]. Учасники спору в арбітражі, як і сам склад арбітражу, – це висококваліфіковані спеціалісти, переважно експерти в тій чи іншій сфері міжнародного комерційного права, які добре розуміють сутність та загальні принципи застосування права ЄС. Більше того, зважаючи на те, як суд відзначив у справі *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG* арбітражні угоди, забезпечення й інші заходи, а також арбітражні рішення зазвичай припиняються в судах держав-членів ЄС на тій чи іншій стадії арбітражного процесу. І такі суди, будучи «судом чи трибуналом держави-члена» в контексті ст. 267 Договору про ЄС, можуть здійснювати будь-які клопотання про попереднє рішення до Суду відповідно до ситуації, адже такі клопотання не виключені з механізму попереднього рішення. Інше питання, що до реформи Регламенту «Брюссель 1» існував ризик, що прийняті національними судами за наслідками тлумачення права ЄС Судом рішення, могли потрапити далі в арбітражне виключення («*arbitral exclusion*») названого Регламенту. Однак, на сьогодні ці питання чітко врегульовано п. 12 преамбули Регламенту 1215 / 2012 від 12 грудня 2012 року й у цьому аспекті потрібно з приємністю констатувати узгодження права ЄС з арбітражним правом та

правозастосовчою практикою.

Таким чином, варто наголосити, що роль права ЄС у механізмі розгляду і вирішення спорів у порядку арбітражу на сьогодні поступово змінюється. Залишаючись доволі автономною системою, право ЄС все ж вдається до взаємодії 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 арбітрабельність спору²⁹ та / або через обрання (визначення) права ЄС як права, застосовуваного до відносин між сторонами.

Як відомо, арбітражна угода є основою арбітражного розгляду. Саме на основі арбітражної угоди формується компетенція складу арбітражу щодо розгляду і вирішення спору. Відсутність такої угоди, визнання її недійсною, такою, що втратила чинність чи не може бути виконаною, унеможлиблює розгляд спору в порядку арбітражу, а тому дійсність арбітражної угоди є життєвоважливим фактором арбітражного розгляду в аспекті ч. 3 ст. II Нью-Йоркської конвенції 1958 р., адже в протилежному випадку у сторін спору або суду, до якого подається клопотання про визнання та виконання арбітражного рішення, з'являється привід для оспорування компетенції складу арбітражу на розгляд і вирішення спору, а відповідно – й вилучення такого спору з його юрисдикції та передачу на розгляд до державного суду. У свою чергу, дійсність арбітражної угоди стосується таких аспектів: 1) юридичної здатності сторін на укладення арбітражної угоди відповідно до права, застосовуваного до них; 2) дійсності наміру передати спір на вирішення арбітражу (згоди сторін); 3) форми арбітражної угоди.

Відповідно до пп. а ч. 1 ст. V Нью-Йоркської конвенції 1958 р. у визнанні

²⁹ Потрібно мати на увазі, що в суто юридичному контексті питання арбітрабельності предмета спору та дійсності арбітражної угоди є відмінними. У практичній площині вони також не завжди взаємопов'язані, так як вирішення кожного з них підпорядковане різним правилам правозастосування. Більш детально див.: [72, с. 138].

та приведенні до виконання арбітражного рішення може бути відмовлено на прохання сторони, проти якої воно спрямоване, тільки якщо така сторона надасть докази того, що «сторони арбітражної угоди за застосовуванням до них правом були певною мірою недієздатні чи ця угода недійсна *відповідно до права, якому сторони її підпорядкували, а за відсутності такої вказівки, – відповідно до права країни, де рішення було винесене* (виділено мною — В.Н.)». В силу дії принципу автономності арбітражна угода не може підпорядковуватись праву, обраному сторонами до регулювання відносин щодо сутності спору. А тому питання дійсності такої угоди повинно вирішуватись у кожному окремому випадку або а) згідно з правом, обраним сторонами до врегулювання відносин саме за арбітражною угодою, або б) в разі відсутності такого вибору – за правом країни місця арбітражу (*seat of arbitration*). Для держав-учасниць Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року в цьому контексті містяться додаткові положення на випадок відсутності відсилки до закону, якому сторони підпорядкували арбітражну угоду, чи якщо в момент, коли питання передане на вирішення державного суду, неможливо встановити, в якій державі повинно бути винесено арбітражне рішення. У такому випадку, відповідно до пп. с ч. 2 ст. VI Європейської конвенції 1961 року, застосовується право, визначене на основі колізійної норми державного суду, в якому порушено провадження у справі. Як бачимо, положення Європейської конвенції 1961 року ще більше розвивають підхід, запроваджений Нью-Йоркською конвенцією 1958 року щодо застосування права країни місця арбітражу чи місця суду (*lex fori*) при вирішенні питань наявності та дійсності арбітражної угоди.

Потрібно зазначити, що право ЄС якраз через право країни місця арбітражу (або суду в розумінні пп. с ч. 2 ст. VI Європейської конвенції 1961 року) може впливати на арбітражний розгляд. В одній зі справ, розглянутих у Стокгольмському арбітражі між канадською та російською компаніями договір був підпорядкований матеріальному праву Росії. Відповідач стверджував, що на цій підставі спір є неарбітрабельним, так як російське право містить обмеження

щодо вирішення таких спорів у порядку арбітражу. Переконавши в цьому двох із трьох арбітрів, відповідач зміг досягти того, що складом арбітражу було винесено постанову про відсутність у арбітражу компетенції на вирішення спору з посиланням на російське право, внаслідок чого спір було передано на вирішення суду. Надалі постанову було скасовано шведським судом на тій підставі, що арбітражна угода, яка передбачає розгляд і вирішення спорів у порядку арбітражу у Стокгольмі, підпорядкована дії права місця розгляду спору, тобто шведського процесуального права. Відповідно питання дійсності укладеної арбітражної угоди повинно в цьому випадку вирішуватись саме згідно з шведським правом, а не російським, яке поширюється лише на регулювання договірних зобов'язань між сторонами. Зважаючи на те, що шведське право не передбачає жодних обмежень щодо розгляду й вирішення спорів такого типу, арбітражну угоду було визнано дійсною, а спір передано на новий розгляд до арбітражу [267, с. 470]. Водночас наявність у праві Швеції, як однієї з країн Європейського Союзу, обмежень щодо вирішення відповідних спорів у порядку міжнародного комерційного арбітражу (у тому числі тих, які впливають з дії права ЄС) могло суттєво вплинути на перспективи вирішення цієї справи.

Ще одним шляхом впливу права ЄС на арбітражний розгляд є арбітрабільність предмета спору. Як відомо, арбітрабільність – це така властивість спору, яка дозволяє йому бути предметом розгляду і вирішення по суті в порядку міжнародного комерційного арбітражу [481, с. 4]. Відповідно до пп. «а» ч. 2 ст. V Нью-Йоркської конвенції 1958 р. у визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення може бути відмовлено, якщо компетентна влада (суд – *В.Н.*) країни, в якій запитується про визнання і приведення до виконання, встановить, що «об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законом цієї країни».

Таким чином, наведеними положеннями Конвенція встановлює жорстку колізійну прив'язку, за якою вирішення питання про арбітрабільність на стадії визнання та приведення до виконання арбітражного рішення завжди підпорядковане праву країни суду (*lex fori*) і не залежить від права країни місця

арбітражу (*seat of arbitration*). Як у випадку вирішення питання про наявність чи дійсність арбітражної угоди, так і у випадку визначення арбітрабільності спору на стадії визнання та приведення до виконання арбітражного рішення право ЄС через відповідні механізми застосовуваного в арбітражі права може впливати на арбітражний процес. Передусім це виявляється через концепцію публічного порядку та арбітрабільність спорів у сферах, які прямо регулюються правом ЄС, – антимонопольним, конкурентним правом, правом захисту прав споживачів.

У випадку, коли право ЄС обирається сторонами спору як право, застосовуване до зобов'язань між сторонами або ж таке право визначається арбітрами як право, застосовуване до вирішення спору, характер і тип такого спору зумовлюється природою суб'єктивних прав, регулювання яких в силу процесу гармонізації здійснюється безпосередньо в актах ЄС. Серед них – захист прав споживачів, певні сфери трудових відносин, захист прав комерційних агентів, відповідальність за якість продукції, торговельні стандарти, конкурентне право тощо. У приватно-правовій сфері право ЄС є досить розрізненим і стосується лише тих контрактних зобов'язань, які можуть бути предметом розгляду в арбітражі. До таких можна віднести спори, які виникають з агентських контрактів, зокрема припинення агентських угод і права агента на компенсацію (Директива №86/653 від 18 грудня 1986 року [354]); спори щодо недійсності угод, які порушують вимоги ст. 107 та 108 Угоди про функціонування Європейського Союзу; спори щодо неможливості виконання зобов'язань через ембарго (Регламент 2340/90 від 8 серпня 1990 року [358]); спори, пов'язанні із конкурентним правом, а також спори, які виникають на основі угод про виключну торгівлю, дистриб'юторських та ліцензійних угод [355; 356; 357; 368] тощо.

Дослідження Н. Шелкопляс показує, що право ЄС застосовується арбітрами *ex officio*, оскільки сторони про це домовились і право ЄС є частиною застосовуваного права чи навіть знаходиться поза його межами. За свідченням автора, найбільш часто право ЄС застосовується при вирішенні спорів, які

впливають з конкурентного права і норм про захист прав споживачів [582, с. 120]. Водночас більшість арбітрів при вирішенні відповідного спору вважають за необхідне включити положення права ЄС у сферу застосовуваного права, зважаючи на необхідність забезпечення дійсності та виконуваності прийнятого арбітражного рішення. Рішення у справі *Eco Swiss* свідчить, що окремі положення застосовуваного права (у цьому випадку антимонопольного) часто належать до публічного порядку, а тому їх застосування впливає на дійсність та виконуваність постановленого рішення [314, с. 235].

Таким чином, право ЄС поступово набуває характеру повноцінного правопорядку, норми якого дедалі частіше застосовуються при розгляді і вирішенні спорів у міжнародному комерційному арбітражі. Його зміст та сфера правового регулювання сьогодні суттєво впливають на постановлені в арбітражах рішення. Особливо важливим фактором, який має значення для арбітражу, – належність багатьох норм права ЄС до публічного порядку, а це суттєво позначається на перспективі визнання та приведення до виконання арбітражного рішення.

Таким чином, розглянуті проблемні питання застосування окремих джерел національного та позанаціонального (транснаціонального) права до суті спору в міжнародному комерційному арбітражі дозволяють наочно проілюструвати варіативність, наявну у сторін, та пов'язані з нею потенційні труднощі при правозастосуванні, що здійснюється складом арбітражу. Складність встановлення застосовного матеріального права при арбітражному розгляді у визначених випадках напряму корелює із забезпеченням застосування найбільш відповідних норм права щодо конкретних правовідносин та спору, що виникає на їхній основі, а отже, гарантує дотримання інтересів сторін не лише у світлі вирішення суперечки, але й подальшого здійснення комерційної діяльності. Важливими, зважаючи на це, інструментами, окрім національних правових систем, є міжнародні договори, зокрема Віденська конвенція 1980 р., та позанаціональні правові регулятори, що слугують втіленням загальновизнаних принципів міжнародного комерційного права. Чільне місце і як безпосередньо

застосовне до договору право і як ефективний засіб інтерпретації та тлумачення посідають Принципи УНІДРУА. Серед проблем звернення до позанаціональних джерел можливо виокремити їх невизначеність та наявність потенційних прогалин у регулюванні, що меншою мірою будуть притаманні джерелам внутрішнього національного права. Корисним для сторін за дотримання необхідних умов може бути й звернення до вирішення спорів на основі принципів «добра і справедливості» (*ex aequo et bono*), що дозволяє складу арбітражу виключати негативні ефекти застосовного до договору права або взагалі відступити від правових приписів і звернутись до загальних принципів права. Проте такий вибір слід робити з особливою обачністю, зважаючи на те, що гнучкість і легкість можуть обернутись правовою невизначеністю і недостатньою вмотивованістю арбітражного рішення.

4.2 Публічний порядок та його вплив на правозастосування і вирішення спорів в арбітражі

Зважаючи на складність та комплексність публічного порядку (*public policy, ordre public*) як категорії міжнародного приватного права, що є достатньо вивченою у вітчизняній та зарубіжній науці, звернемось до значення цієї концепції та пов'язаних особливостей правозастосування лише в контексті суперечності публічному порядку країни місця виконання як підстави для відмови у визнанні та приведенні до виконання арбітражних рішень. Так, за твердженням Джуліана Дж. М. Лью на практиці публічний порядок має значення стосовно міжнародного комерційного арбітражу в тих межах, у яких він зачіпає остаточне арбітражне рішення або впливає на нього [502, с. 540], в першу чергу, стосуючись його виконуваності.

Загальновизнано, що до обсягу публічного порядку входять основоположні правові, економічні, політичні, соціальні, моральні, а в окремих країнах й релігійні засади певного державного та суспільного устрою, зокрема й фундаментальні засади й принципи правосуддя, правила, які забезпечують

дотримання інтересів та обов'язків держави [126, с. 78]. Визначення конкретних, наскільки це можливо та потрібно, складових елементів публічного порядку залежить від особливостей правової системи кожної окремої юрисдикції, духу та букви її національного законодавства, покладених у його основу принципів і цінностей, а також усталеної судової практики. При цьому, у зв'язку з прийняттям Нью-Йоркської конвенції 1958 р. – міжнародної системи визнання та виконання арбітражних рішень, поступовою гармонізацією правових систем низки держав (зокрема, в рамках Європейського Союзу), деякі положення як складові міжнародного публічного порядку набули майже всезагального поширення, що буде проілюстровано нами далі. У контексті міжнародного комерційного арбітражу слід говорити, перш за все, про належність до змісту міжнародного публічного порядку загальновизнаних процесуальних принципів і правил.

В українській судовій практиці під час аналізу змісту категорії публічного порядку суди досі звертаються [259] до позицій постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» від 24 грудня 1999 року № 12 [188]. Так, у зазначеній постанові вказується, що під публічним порядком у цьому та інших випадках, коли незаподіяння йому шкоди обумовлює можливість визнання й виконання рішення, належить розуміти правопорядок держави, визначальні принципи й засади, які становлять основу наявного в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо).

Загалом 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. Серед найпоширеніших випадків у практиці застосування

публічного порядку державними судами в аналізованому контексті трапляються такі: встановлення судом факту упередженості арбітрів, відсутність належного обґрунтування (мотиваційної частини) арбітражного рішення, суттєві порушення правил процедури арбітражного розгляду, звинувачення арбітрів у винесенні незаконного рішення, вчинення корупційного правопорушення або введення в оману, присудження складом арбітражу обов'язку відшкодування штрафних (каральних) збитків, а також порушення норм конкурентного законодавства тощо [503, с. 723]. Стверджуючи про панування в судовій практиці загалом проарбітражного підходу до застосування публічного порядку при визнанні та приведенні до виконання арбітражних рішень, Р. Лузатто також підкреслює, що, хоча в цьому разі суду, в першу чергу, слід аналізувати зміст арбітражного рішення, така позиція в жодному разі не охоплює повторного розгляду обставин справи або перевірки норм права, застосованих складом арбітражу до суті спору (контролю за застосовним законом) [507, с. 84]. Застосування судом публічного порядку в досліджуваному контексті не скасовує дії інших базових принципів, що лежать в основі міжнародного комерційного арбітражу, зокрема автономії волі сторін та неможливості перегляду державним судом справи по суті, за наявності ухваленого арбітражного рішення.

Так, в ухвалі Шевченківського районного суду м. Києва у справі № 761/22253/15-ц від 17 грудня 2015 року [263] суд обґрунтовано дійшов висновку, що не можна посилалися на публічний порядок, якщо сторона, яка виступає проти постановленого арбітражного рішення, вважає, яка арбітри припустилися помилки в застосуванні закону, застосували неправильний закон чи неправильно оцінили фактичні обставини справи, оскільки суд, що розглядає клопотання, не вправі вивчати такі доводи, тому що це буде спробою перегляду арбітражного рішення по суті, що не допускається Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та Нью-Йоркською Конвенцією 1958 р. Відповідно не становлять порушення публічного порядку країни місця визнання або виконання арбітражного рішення будь-які відступлення від приписів

національних процесуальних кодексів, що не пов'язані з порушенням фундаментальних принципів належного розгляду справи чи вирішення справи на основі інших норм матеріального права, ніж ті, що були б застосовані до суті спору відповідним державним судом як у місці арбітражу, так і в місці виконання арбітражного рішення. Специфіка публічного порядку в цьому випадку полягає у виключності його застосування відповідним юрисдикційним органом.

Окремі автори висловлювались щодо конкретизації змісту публічного порядку, вказуючи на необхідність розроблення обмежувальної гармонізованої дефініції принципів публічного порядку при застосуванні до міжнародного комерційного арбітражу. До таких принципів мали б увійти фундаментальні положення природного права та базові вимоги до здійснення правосуддя: рівне та справедливе ставлення до сторін, забезпечення права сторони на представлення своєї позиції неупередженому судді тощо [529, с. 75].

На нашу думку, саме невизначеність та багатозначність як іманентні риси правової природи публічного порядку [502, с. 531] зумовлюють відсутність єдиного доктринального розуміння та нормативного визначення аналізованого поняття, адже за таких умов категорія публічного порядку здатна виконувати закріплені за нею функції контролю за збереженням суспільного ладу, покладених у його основу найважливіших цінностей, що досягти на такому ж рівні узагальнення було б неможливо при використанні негнучких та детально регламентованих правових інструментів, що можуть та повинні застосовуватись поруч з положенням про публічний порядок [147]. Так, у сфері міжнародного комерційного арбітражу як відокремлена частина публічного порядку розглядається визначення категорій спорів, що не можуть бути предметом арбітражного розгляду – є неарбітрабільними [367, с. 179]. Стосовно останніх, що досліджувалось нами вище, національне законодавство аналізованих держав містить деталізовані положення, чітко обмежуючи автономію волі сторін при зверненні в арбітраж з позовом щодо розгляду конкретного спору на основі того, що природа таких спорів зумовлює їх вирішення виключно внутрішніми юрисдикційними органами.

Дійсно, саме у зв'язку з цим, у літературі підкреслюється, що питання публічного порядку поруч з об'єктивною арбітрабільністю та процедурою визнання та приведення до виконання арбітражних рішень є трьома аспектами, що детально не окреслюються та не гармонізуються в положеннях Нью-Йоркської конвенції 1958 р., а тому їхнє регулювання повністю віднесено до сфери національного законодавства держав-членів [347, с. 1]. У світлі цього публічний порядок як підстава для відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення також є універсальною, оскільки притаманна всім розвиненим юрисдикціям, закріплюючись у ст. 36(1)(b)(ii) Типового закону ЮНСІТРАЛ, абз. 2 п. 2 ч. 1 ст. 36 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», ст. 1721(1)(b)(ii) Судового кодексу Бельгії, ст. 103(3) Арбітражного закону Англії та Вельсу тощо. Ст. 194 Федерального закону Швейцарії про міжнародне приватне право щодо правового регулювання визнання та приведення до виконання арбітражних рішень безпосередньо відсилає до норм Нью-Йоркської конвенції 1958 р.

Ст. 1498 ЦПК Франції передбачає, що арбітражні рішення визнаються у Франції на підставі доведення відповідною стороною факту їх існування, а також якщо їх визнання прямо не суперечить міжнародному публічному порядку. Також суперечність міжнародному публічному порядку закріплюється на рівні ст. 1502(5) ЦПК Франції щодо підстав для відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення. У світлі цього варто підкреслити, що положення французького закону відсилають до міжнародного публічного порядку, зумовлюючи відсутність потреби врахування внутрішнього публічного порядку зарубіжної юрисдикції або такою ж мірою принципів, що складають внутрішній французький публічний порядок. Утім, вважаємо обґрунтованою позицію щодо тлумачення міжнародного публічного порядку в тексті ЦПК Франції крізь призму розуміння змісту цієї категорії у французькому праві та практиці, а не у значенні дійсно міжнародного публічного порядку (*truly international public policy*), тобто як систему цінностей, порушення яких не допускається правопорядком Франції навіть у міжнародних справах

[380, с. 954–955].

Наведений аналіз французького підходу до закріплення змісту публічного порядку як категорії, застосовної при визнанні та приведенні до виконання арбітражних рішень, порушує важливе питання щодо того, який саме вид публічного порядку мали на увазі розробники Нью-Йоркської конвенції 1958 р.: внутрішній (*ordre public interne*) чи зовнішній або міжнародний (*ordre public externe*)? Послугуючись висновками, викладеними у праці Д. Ді Пьетро та М. Платте з цього приводу, зауважимо, що ключова відмінність між цими видами публічного порядку виявляється в обсязі та спрямованості застосування. Тоді як *ordre public interne* становить систему визначених принципів і правил, що стосуються внутрішнього правопорядку в державі та застосовуються в її межах для врегулювання суспільних відносин, *ordre public externe*, хоч і базується так само на приписах відповідного національного права, є вужчим за змістом, охоплюючи лише основоположні засади публічного порядку конкретної юрисдикції, притаманні більшості країн цивілізованого світу та пов'язані із взаємодією із міжнародним елементом у рамках відповідного правопорядку. Таким чином, автори, беручи за основу на дослідженні наукового вчення у цій сфері та судової практики, стверджують про впровадження у Нью-Йоркській конвенції 1958 р. та поширення вузького підходу до тлумачення змісту публічного порядку як міжнародного або зовнішнього, *i.e. ordre public externe* [367, с. 181–182].

Враховуючи вищевикладене, можемо зауважити, що основи розуміння та застосування публічного порядку в міжнародному комерційному арбітражі на сучасному етапі було закладено ще з прийняття Нью-Йоркської конвенції 1958 р. Так, ст. V(2) Нью-Йоркської конвенції 1958 р. до додаткових підстав відмови у визнанні та приведенні до виконання арбітражних рішень відносить випадки, коли компетентна влада країни, в якій запитується визнання та виконання, встановить, що: а) об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законами цієї країни; б) визнання та приведення до виконання цього рішення суперечить публічному порядку країни. У Керівництві

Міжнародної ради по комерційному арбітражу по тлумаченню Конвенції зазначається, що підстави, встановлені у ст. V(2), спрямовані на захист публічних інтересів держави, в якій запитується визнання та виконання арбітражного рішення, а тому суд може застосовувати ці положення на діючих *ex officio*, на власний розсуд та незалежно від посилання однієї зі сторін на наявність відповідної підстави (хоча традиційно стороною, проти якої винесено арбітражне рішення, ці підстави, зокрема й посилання на суперечність рішення публічному порядку країни виконання, також можуть зазначатись, якщо вона вважатиме їх застосовними щодо конкретного арбітражного рішення) [417].

Також важливо встановити, що положення ст. V(2)(b) Нью-Йоркської конвенції 1958 р. має на меті звужене застосування доктрини публічного порядку при посиланні на нього відповідним юрисдикційним органом як підстави відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення. Оскільки мова йде лише про порушення міжнародного публічного порядку, на противагу принципам, що належать до змісту внутрішнього публічного порядку, держави місця виконання рішення, коли в результаті останнього під загрозою можуть опинитись найважливіші засади моралі та справедливості. М. Л. Мозес, у зв'язку з цим вказує, що загалом судова практика дотримується проарбітражного підходу Конвенції, застосовуючи суперечність публічному порядку саме у вузькому значенні [522, с. 218].

Враховуючи сказане та можливість застосування державним судом посилання на суперечність публічному порядку *ex officio*, обґрунтованим є твердження про те, що застереження про публічний порядок, що міститься у ст. V(2)(b) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., є визнанням «права держави та її судових органів здійснювати остаточний контроль над арбітражним процесом» [503, с. 721–722]. При цьому, єдиною функцією публічного порядку при застосуванні щодо арбітражного рішення не є надання судді, що вирішує питання визнання та приведення до виконання арбітражного рішення, меж розсуду щодо встановлення відповідності такого рішення основоположним приписам права країни місця арбітражу, але й здійснення контролю в

процесуальному вимірі за формуванням складу арбітражу та порядком здійснення арбітражного розгляду [545, с. 858]. Таким чином, застереження про публічний порядок щодо визнання та приведення до виконання арбітражного рішення узгоджується із загальною метою виникнення та використання концепції публічного порядку, а саме встановленням достатньо гнучкого та одночасно загального механізму дотримання публічних інтересів, що суспільством покладено на державу та її органи.

У рекомендаціях Асоціації міжнародного права (*International Law Association – ILA*), викладених 2002 року у фінальному звіті щодо публічного порядку як бар'єру для виконання міжнародних арбітражних рішень [514] також стверджується про допустимість відступлення від загальних принципів остаточності та виконуваності арбітражних рішень у зв'язку з виключною обставиною суперечності наслідків визнання та виконання такого рішення міжнародному публічному порядку. Під останнім у тексті Рекомендації 1(с) пропонується розуміти систему принципів та правил, визнаних державою, що, за своєю природою можуть перешкоджати визнанню або виконанню арбітражного рішення, винесеного в рамках міжнародного комерційного арбітражу, коли визнання або виконання такого рішення може порушити зазначені принципи або щодо процедури, згідно з якою таке рішення було винесено (процесуальний міжнародний публічний порядок), або зважаючи на зміст такого рішення (матеріальний міжнародний публічний порядок). До змісту процесуального публічного порядку згідно з рекомендаціями можуть належати введення в оману при формуванні складу арбітражу; порушення принципу природної справедливості; упередженість арбітрів; відсутність обґрунтування арбітражного рішення; явна зневага до приписів закону; явна зневага до фактів справи; скасування рішення в місці арбітражу (*що становить окрему проблему, досліджувану на сучасному етапі розвитку міжнародного комерційного арбітражу – В.Н.*). Порушенням матеріальної складової міжнародного публічного порядку, у свою чергу, може визнаватись недотримання імперативних матеріальних положень закону; фундаментальних

правових принципів; вчинення дій, що суперечать суспільній моралі та національним інтересам чи міжнародним відносинам.

Посилання на аналізовані рекомендації трапляються й у сучасній українській судовій практиці. До прикладу, у постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду у справі № 824/65/19 від 13 лютого 2020 року [178] вказується, що при визначенні змісту поняття публічного порядку варто урахувувати рекомендації Асоціації міжнародного права щодо публічного порядку, прийняті в місті Нью-Делі у 2002 році, у яких зазначено, що остаточність арбітражних рішень у міжнародному комерційному арбітражі повинна поважатися, за винятком надзвичайних обставин. Далі суд зазначив, що ним не встановлено, а заявником не доведено обставини, які б свідчили про те, що визнання і надання дозволу на виконання рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України від 14 лютого 2019 року будь-яким чином суперечитиме публічному порядку України.

У літературі з приводу цієї класифікації та її складників відзначається, що її не можна вважати міжнародно визнаною, про що стверджує судова практика низки держав. Крім цього, вказується на те, що за своєю природою публічний порядок має динамічний характер, а отже, така класифікація дозволяє охопити зміст публічного порядку лише у визначений період часу [347, с. 21–22]. Справедливість цих тверджень не піддається сумніву, але оскільки рекомендації ІЛА покликані відобразити найкращі приклади (*best practice*) з національного законодавчого закріплення змісту публічного порядку та особливості його застосування в сучасній судовій практиці, цінність таких класифікацій є достатньо високою.

Дж. А. Берманн, стверджуючи про визнання обох видів міжнародного публічного порядку (процесуального та матеріального) у більшості юрисдикцій, також привертає увагу до ймовірної штучності та зайвості процесуальної складової, що вже, на думку деяких дослідників, ефективно охоплюється встановленою у ст. V(1)(b) Нью-Йоркської конвенції 1958 р. підставою для

відмови у визнанні та приведенні до виконання, що стосується фундаментальної процесуальної несправедливості (*fundamental procedural unfairness*) [323, с. 60]. Тим не менш, підстави, визначені у ст. V(1)(b) Конвенції, є достатньо обмеженими, охоплюючи лише ситуації, коли сторона, проти якої винесено рішення, не була належним чином повідомлена про призначення арбітра або про арбітражний розгляд або з інших причин не могла надати свої пояснення, тоді як застереження щодо порушення процесуального публічного порядку потенційно охоплює значно ширший спектр [144]. Відрізняється й механізм застосування державним судом підстави, визначеної у ст. V(1)(b) Нью-Йоркської конвенції, що здійснюється лише за заявою відповідної сторони; та посилення судом на порушення процесуального міжнародного публічного порядку *ex officio*. Прикладом серйозного порушення процесуального публічного порядку може слугувати справа *German Seller v. German Buyer*, в якій суд першої інстанції м. Мюнхен відмовив у виконанні арбітражного рішення на підставі того, що арбітражним судом не було досліджено та обґрунтовано факт наявності в нього компетенції на вирішення спору, тоді як одна зі сторін посилялась на закінчення строку звернення в арбітраж, а отже, й склад арбітражу не наділений компетенцією на вирішення спору [609, с. 425].

Додатково до наведеного, в рекомендації 1(d) також надано загальний перелік складників міжнародного публічного порядку, що дозволяють детальніше встановити його зміст щодо міжнародного комерційного арбітражу, а саме: 1) фундаментальні принципи, що стосуються справедливості та моралі, які держава хоче захистити, навіть якщо вони безпосередньо не зачіпаються; 2) правила, що слугують найголовнішим політичним, соціальним або економічним інтересам держави, відомі також як «*lois de police*» або «правила публічного порядку»; 3) обов'язок держави дотримуватись зобов'язань перед іншими державами та міжнародними організаціями. Виходитимемо з наведених позицій далі в тексті нашого дослідження, розуміючи під публічним порядком міжнародний публічний порядок як систему принципів, що застосовуються при оцінці наслідків визнання та приведення до виконання арбітражного рішення в

межах певного правопорядку в контексті взаємодії цього правопорядку з іноземним елементом.

Характеристика обсягу публічного порядку та умов застосування відповідного застереження як підстави для відмови у визнанні та приведенні до виконання арбітражних рішень міститься й у значимих судових прецедентах. Так, у справі *Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd* [518] сторона, проти якої було винесено арбітражне рішення (*Ferco*), порушувала й питання суперечності виконання рішення публічному порядку відповідно до ст. 103(3) Арбітражного закону Англії та Вельсу, що засновується на ст. V(2)(b) Нью-Йоркської конвенції 1958 р. Високий суд Англії та Вельсу у своєму рішенні встановив, що, якщо сторона прагне протидіяти виконанню арбітражного рішення, яке ґрунтується на Нью-Йоркській конвенції 1958 р. на підставі того, що таке виконання призведе до суттєвої несправедливості й, таким чином, суперечитиме англійському публічному порядку, як обґрунтування такої позиції потрібно взяти до уваги: 1) природу такої процесуальної несправедливості (*procedural injustice*); 2) чи зверталась така сторона до контролюючої юрисдикції за місцем арбітражу; 3) чи був доступним відповідний засіб захисту відповідно до положень права такої юрисдикції; 4) чи прийшли суди цієї юрисдикції в результаті розгляду звернення сторони до рішення щодо збереження дійсності арбітражного рішення; 5) з яких причин така сторона не змогла отримати задоволення в межах юрисдикції місця арбітражу (якщо зверталась відповідним чином) та чи не діяла вона при цьому нерозумно. З позиції суду в цій справі можливо зробити висновок, що за посилання сторони, проти якої винесено арбітражне рішення, на суперечність визнання та виконання останнього публічному порядку країни місця виконання англійський суд може додатково встановити, чи порушувалось це ж питання за місцем винесення рішення. Вбачається, що така перевірка переслідує дві цілі. По-перше, встановити, чи діяла така сторона добросовісно, чи використовує посилання на суперечність публічному порядку лише як додатковий інструмент затягування процесу виконання арбітражного рішення в рамках англійської

юрисдикції. По-друге, зважаючи на поступове взаємопроникнення та співзвучність ключових засад, що складають зміст міжнародного публічного порядку (принаймні в межах Європейської співдружності та інших розвинених проарбітражних юрисдикцій), встановлення факту невідповідності арбітражного рішення публічному порядку держави місця арбітражу і, як наслідок, його скасування з цієї підстави, може слугувати додатковим фактором, який прийматиме до уваги компетентний державний суд за місцем виконання при вирішенні відповідного питання вже в рамках власної юрисдикції.

У світлі сказаного посилання на суперечність арбітражного рішення публічному порядку держави місця його визнання та виконання часто використовується стороною, проти якої таке рішення винесено, як останній аргумент, за відсутності інших, більш конкретних та доказових заперечень, які ґрунтуються здебільшого на порушенні складом арбітражу процедурних правил або невідповідності арбітражного розгляду положенням арбітражного застереження. Так, судами різних держав констатовано відсутність порушення публічного порядку в ситуаціях, коли сторона посилалась на процесуальні порушення, зумовлені відступленням складу арбітражу від обов'язкових положень внутрішнього процесуального кодексу; встановлення в арбітражному рішенні непропорційно великого розміру стягнення за порушення договірних умов; відсутність фінансових можливостей для участі в арбітражному розгляді в іншій країні; виникнення підозри в неупередженості арбітрів (суд встановив, що за таких умов упередженість повинна бути явною та виражатись у конкретних діях); відсутність обґрунтування в арбітражному рішенні (зазвичай застосовується підхід, згідно з яким, якщо за законом держави місця виконання така вимога є обов'язковою, але за місцем винесення арбітражного рішення воно визнається дійсним) [417] та ін.

У науці порушується й питання моменту встановлення відповідності арбітражного рішення та результату його визнання і приведення до виконання принципам відповідного публічного порядку. У французькій доктрині з цього приводу стверджується, що арбітражне рішення, яке не відповідає французькій

концепції міжнародного публічного порядку на час його винесення, може узгоджуватись з публічним порядком Франції на момент, коли запитується його виконання, як і навпаки. При цьому автори справедливо вказують на те, що така ситуація вимагатиме радикальних змін у парадигмі публічного порядку держави, а тому навряд чи виникне в міжнародному комерційному праві, але може пов'язуватись із економічною складовою публічного порядку [380, с. 956]. Вважаємо, що згаданий аспект дійсно має більшою мірою теоретичне, ніж практичне значення, що зумовлюється самою природою міжнародного публічного порядку як достатньо сталої концепції, зміни в якій відбуваються протягом тривалого часу, відповідаючи розвитку суспільно-політичному стану держав і суспільств та базовим цінностям, які на сьогодні не піддаються різким змінам чи нововведенням.

Аналіз останньої української судової практики вказує на 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. Так, в ухвалі Київського апеляційного суду у справі № 796/182/2018 від 23 жовтня 2018 року [262] розглянуто цивільну справу за заявою Публічного акціонерного товариства «Ключевський завод феросплавів» про визнання та надання дозволу на виконання рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при торгово-промисловій палаті Російської Федерації від 12 жовтня 2017 року у справі № 6/2017 за позовом Публічного акціонерного товариства «Ключевський завод феросплавів» до Публічного акціонерного товариства «Енергомашспецсталь» про стягнення боргу. Боржником ПАТ «Енергомашспецсталь» було надіслано заперечення на заяву про визнання та надання дозволу на виконання рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті Російської Федерації від 12 жовтня 2017 року, мотивовані таким: 1) у порушення норм Регламенту МКАС при ТПП РФ судом було відмовлено в задоволенні клопотання про відкладення розгляду спору, чим порушено право відповідача на надання пояснень та відповідно захисту своїх

прав; 2) у порушення норм Регламенту МКАС при ТПП РФ судом було відмовлено в задоволенні клопотання про призначення експертизи, на підставі чого виконання арбітражного рішення суперечить публічному порядку України. Враховуючи положення ст. 12 Закону України «Про міжнародне приватне право», суд вказав на те, що посилення на публічний порядок можуть мати місце тільки у випадках, коли виконання іноземного арбітражного рішення несумісне з основами правопорядку держави. За таких обставин, суд підбив підсумки, що відмова в задоволенні клопотання про призначення експертизи не свідчить про порушення публічного порядку України.

Важливим є й питання застосовного права при вирішенні державним судом питання відповідності арбітражного рішення публічному порядку країни місця виконання. Б. Р. Карабельніков з цього приводу відзначає, що на відміну від інших норм Нью-Йоркської конвенції 1958 р., що надають учасникам зовнішньоекономічних контрактів та арбітрам майже нічим не обмежену свободу у виборі застосовного права, ст. V(2) Конвенції (*як і відповідні національні закони про арбітраж, що імплементували її положення, зокрема й абз. 2 п. 2 ч. 1 ст. 36 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» – В.Н.*), жорстко закріплює застосування *lex fori* як до вирішення питання об'єктивної арбітрабільності (що вивчалось нами вище), так і щодо публічного порядку, які можуть ставитись у процесі приведення до виконання або оскарження рішення міжнародного комерційного арбітражу. А отже, як резюмує вчений, у суддів державних судів, що застосовують Нью-Йоркську конвенцію 1958 р. (*в Україні – й національний закон про арбітраж – В.Н.*), немає потреби у вивченні та застосуванні норм іноземного права в межах цих питань [72, с. 360]. Тісно пов'язаним з таким підходом розробників Нью-Йоркської конвенції 1958 р. до закріплення колізійної прив'язки *lex fori* для вирішення питання відповідності арбітражного рішення публічному порядку є бачення відмови в застосуванні іноземного права або визнання іноземного рішення, якщо цим порушено публічний порядок країни місця, суду є прямим застосуванням *lex fori*, оскільки є не питанням судової дискреції, а обов'язком

судді захистити національну доктрину публічного порядку [502, с. 535].

Таким чином, доктрина міжнародного публічного порядку, попри рідкісність випадків застосування на практиці, відіграє важливу роль для визнання та приведення до виконання остаточного арбітражного рішення. Виконуючи функції контролю за впливом іноземного елементу на національну правову систему та захисту публічних інтересів, базових суспільних цінностей, публічний порядок 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, застосовним до вирішення цього питання правом завжди буде *lex fori*, що відображає єдність суспільної мети та правових засобів її досягнення. Оскільки принципи публічного порядку інтегровані у право місця виконання арбітражного рішення, як зважаючи на національне законодавство, так і крізь призму сформованої правозастосовної практики.

4.3 Імперативні норми та їх вплив на правозастосування та вирішення спорів в арбітражі

Імперативні або надімперативні норми, інколи – норми безпосередньої дії (*mandatory rules of law, lois de police*) є інститутом міжнародного приватного права, застосування якого, втім, у контексті арбітражу вже давно вийшло за межі виключно колізійного регулювання МПрП. Концепція імперативних норм здійснює значний вплив на процес правозастосування, розгляду і вирішення спорів у міжнародному комерційному арбітражі, порядок визнання і виконання арбітражних рішень. Попри те, що класичним підходом до наукового аналізу цього питання слід вважати розгляд імперативних норм як надімперативних положень національного матеріального права, що переважають над встановленими міжнародним приватним правом колізійними прив'язками [9, с. 105] та визначеним на їхній основі правопорядком чи його окремими правовими нормами, у світлі потреб теорії та практики арбітражного розгляду

доречним є ширший підхід, який буде обґрунтовано нами далі. Зауважимо, що в тексті цього підрозділу використовуватимемо поняття імперативних та надімперативних норм як синонімічні.

Найчастіше поняття імперативних норм розкривається дослідниками через ключову рису останніх – їх обов’язковий характер, вказуючи, що ними є норми права, які повинні застосовуватись до угоди, яка включає іноземний елемент, незалежно від права, що регулює таку угоду. Таким чином, імперативні норми не можуть бути виключені або від них не може бути відступлено за згодою сторін [377, с. 1], що в теорії колізійного права трансформується в механізм заміни норм права, обраних сторонами або визначених судом (арбітражем), відповідними імперативними нормами. Іншими словами, імперативні норми права повинні застосовуватись до міжнародного правовідношення незалежно від права, що регулює таке правовідношення [513, с. 275]. Є. Д. Боярський до основних ознак надімперативних норм у МПрП відносить: 1) безпосередність застосування до правовідносин всупереч приписам як колізійних норм, так і норм компетентного права, визначеного на їхній підставі; 2) особливо важливий характер таких норм. У зв’язку з цим, як підкреслює вчений, мета, на реалізацію якої спрямована надімперативна норма, в очах законодавця є настільки важливою, що він ставить її вище за мету, на реалізацію якої спрямоване колізійне право взагалі [18, с. 104–105].

Проте звернення до імперативних норм як до застосовного права не вступає в протиріччя із засадами колізійного методу регулювання приватно-правових відносин, ускладнених іноземним елементом, а лише у виключних, встановлених законом випадках, коригує приписи колізійного права. Правова природа колізійних норм розкривається через їх призначення для розв’язання або запобігання юридичним колізіям між законами різних держав, і визначення, право якої держави підлягає застосуванню до конкретного відношення [245, с. 13]. Натомість надімперативні норми міжнародного приватного права, на думку дослідників, слід розуміти як засіб матеріально-правового методу міжнародного приватного права, що спрямований на забезпечення особливо

важливих інтересів держави, і тому наділений здатністю застосовуватися всупереч колізійно-правовому методу та/або автономії волі сторін [19, с. 237]. Подібно до застереження про публічний порядок, механізм застосування імперативних норм у рамках міжнародного приватного права не підриває основ колізійного регулювання, а лише окреслює його межі. При цьому, на відміну від концепції публічного порядку, надімперативні норми застосовуються за іншим принципом: тоді як застереження про публічний порядок спрямовано 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. Тому можна говорити про те, що застереження про публічний порядок є більш широким поняттям, виконує запобіжну та пасивну роль в механізмі правового регулювання приватно-правових відносин, ускладнених іноземним елементом, тоді як імперативні норми є конкретно визначеними та наділені законодавцем активною роллю.

Зі сказаного випливає застосування імперативних норм за принципом прямої дії, що означає безпосереднє звернення правозастосовного органу (суду або арбітражу) до положень, що визначені відповідним правопорядком як імперативні. Так, відповідно до ст. 14 Закону України «Про міжнародне приватне право» правила цього Закону не обмежують дії імперативних норм права України, що регулюють відповідні відносини, незалежно від права, яке підлягає застосуванню. Суд, незалежно від права, що підлягає застосуванню відповідно до цього Закону, може застосовувати імперативні норми права іншої держави, які мають тісний зв'язок з відповідними правовідносинами, за

винятком, встановленим частиною першою цієї статті. При цьому суд повинен брати до уваги призначення та характер таких норм, а також наслідки їх застосування або незастосування. Прикладом посилення на пряме застосування імперативних норм права України є абз. 2 п. 6 ч. 1 Кодексу торговельного мореплавства України, згідно з яким межі відповідальності судновласника та оператора ядерного судна, що плаває під прапором іноземної держави, регулюються законом держави, під прапором якої плаває судно. Якщо ці межі нижчі від установлених цим Кодексом, то під час розгляду спору про відповідальність у суді або господарському суді України застосовуються положення цього Кодексу.

У контексті міжнародного комерційного арбітражу імперативні норми розглядаються як один з важливих обмежень автономії волі сторін та меж розсуду складу арбітражу в частині визначення застосовного матеріального та процесуального права під час підпорядкування договору та суті спору певному правопорядку [545, с. 606–617] чи не прив'язаним до останнього джерелам транснаціонального права, наприклад такого як *lex mercatoria*. Принцип автономії волі сторін щодо визначення застосовного права є загальновизнаним та закріпленим на конвенційному і національному рівні. До прикладу, згідно зі ст. VII(1) Європейської конвенції 1961 р., сторони можуть на свій розсуд встановлювати за спільною згодою право, що підлягає застосуванню арбітрами при вирішенні спору по суті. Натомість обмеження автономії волі є виявом ідей національного суверенітету та спрямовані на захист публічних інтересів, що виявляються в обов'язковості застосування певних імперативних норм на території, де здійснюються юридично значимі дії [311, с. 63]. Заслуговує на увагу й проблема обов'язку складу арбітражу застосовувати та/або враховувати при розгляді справи та постановленні арбітражного рішення імперативні норми країни місця арбітражу, правопорядку, з яким пов'язаний договір чи питання правосуб'єктності сторони спору, приписи країни місця (місць) потенційного виконання арбітражного рішення, що корелює з обов'язком арбітрів постановити виконуване рішення.

Встановлені вище ознаки імперативних норм закладено й у дефініцію переважних імперативних норм, яка дається у ч. 1 ст. 9 Регламенту (ЄС) № 593/2008 Європейського парламенту та Ради «Про право, яке підлягає до застосування щодо договірних зобов'язань» (Регламент «Рим I») [555]: переважними імперативними положеннями є положення, дотримання яких визнано країною як таке, що має принципове значення для охорони її публічних інтересів – таких як: політичний, соціальний чи економічний устрій, такою мірою, що вони підлягають застосуванню до будь-якої ситуації, яка підпадає під їхню дію, незалежно від того, яке право в іншому випадку підлягало б застосуванню до договору згідно з цим Регламентом. Згідно з ч. 3 цієї ж статті Регламенту «Рим I» може надаватись дія переважним імперативним положенням права країни, де зобов'язання, що виникають на підставі договору, повинні бути або були виконані тією мірою, якою ці положення роблять виконання договору незаконним. При вирішенні питання про надання чинності цим положенням повинні враховуватися їхні характер і мета, а також наслідки їхнього застосування або незастосування.

Таким чином, сутність та мета застосування імперативних норм як самостійного інституту та функціонального механізму регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, є взаємопов'язаними: безпосередність та обов'язковість застосування імперативних норм, незалежно від права, обраного сторонами або визначеного юрисдикційним органом (судом, арбітражем), пов'язана з їхнім обов'язковим характером, прямо визначеним у нормативних актах, чи встановлювана на основі тлумачення їхніх положень. Тому погоджуємось з позицією, що лише особлива законодавча політика, яка виражається чітко сформульованою нормою матеріального права в поєднанні з наявністю тісного зв'язку ситуації з відповідною правовою системою є підставою для відходу від загального колізійного принципу, згідно з яким зобов'язальне правовідношення, ускладнене іноземним елементом, регулюється правом, обраним сторонами договору або встановленим внаслідок колізійного відсилання [72, с. 387].

Імперативні норми можуть мати національний, міжнародний або наднаціональний характер, слугувати положеннями матеріального або процесуального права за предметом регулювання та правовою природою. Національні або внутрішні імперативні норми приймаються законодавчим органом відповідної держави та можуть стосуватися широкого переліку питань: встановлювати та захищати принципи функціонування вільного ринку, бути частиною конкурентного, антимонопольного законодавства, нормативної бази захисту прав споживачів, валютного контролю, охорони навколишнього природного середовища при здійсненні господарської діяльності, регулювати особливості агентських договорів [513, с. 275], встановлювати додаткові вимоги до інших видів договорів, правила ліцензування окремих видів підприємницької діяльності, передбачати недійсність тих чи інших договірних штрафних санкцій [602] тощо. Натомість джерелами імперативних норм міжнародного та наднаціонального характеру є міжнародні договори або загальне публічне міжнародне право, або ж акти, прийняті наднаціональними організаціями (наприклад, конкурентне право Європейського Союзу) [602].

До імперативних норм національного характеру можливо віднести ч. 2 та ч. 3 ст. 17 Закону України «Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання» [200], згідно з якими суб'єкту господарювання України забороняється укладати зовнішньоекономічні договори (контракти) стосовно міжнародних передач будь-яких товарів або брати участь у їхньому виконанні в будь-який інший спосіб, ніж це передбачено цим Законом, якщо їм стало відомо, що такі товари можуть бути використані іноземною державою або іноземним суб'єктом господарської діяльності з метою створення зброї масового знищення чи засобів її доставки. Суб'єкт господарювання, державний замовник у сфері оборони зобов'язаний відмовитися від виконання зовнішньоекономічного договору (контракту) стосовно здійснення міжнародної передачі будь-якого товару, якщо йому стало відомо, що товар буде використано з іншою метою або іншим кінцевим споживачем, ніж це було визначено в

такому договорі (контракті) чи пов'язаних з ним документах, на підставі яких отримано дозвіл, висновок або міжнародний імпортерний сертифікат.

Також варто згадати положення ст. 2 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» [204], відповідно до якої цей Закон застосовується до відносин, у яких беруть участь суб'єкти господарювання у зв'язку з недобросовісною конкуренцією, в тому числі у разі вчинення ними дій за межами України, якщо ці дії мають чи можуть мати негативний вплив на конкуренцію на її території, якщо інше не встановлено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Слід погодитись і з позицією, що до надімперативних норм національного права належить норма ч. 5 ст. 13 Цивільного кодексу України, згідно з якою не допускаються використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція [223, с. 91].

Імперативним є положення ст. 27(2) Закону Англії та Вельсу про несправедливі умови договору 1977 року [611], згідно з яким цей закон застосовується незалежно від будь-якого положення договору, відповідно до якого застосовується або передбачається застосування права певної держави за межами Сполученого Королівства, у зв'язку з тим, що таке договірне положення, на думку судді або арбітра, було погоджено сторонами повною мірою або здебільшого з метою уникнення відповідною стороною дії цього закону. Як бачимо, ця норма спрямована й на недопущення обходу закону сторонами або стороною.

Прикладом застосування імперативних норм Європейського співтовариства може слугувати рішення Апеляційного суду Англії та Вельсу у справі *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc.* від 9 листопада 2000 року [477]. Суд постановив, що ст.ст. 17 та 18 Директиви Ради № 86/653/ЄЕС «Щодо зближення законодавств держав-членів ЄС стосовно незалежних комерційних агентів» [354], які гарантують певні права комерційним агентам після розірвання агентських контрактів, повинні

застосовуватися, коли комерційний агент здійснює свою діяльність у державі-члені ЄС, хоча довіритель знаходиться в країні, що не є членом, і пункт контракту передбачає, що договір регулюється законодавством цієї країни. Наголошується, що метою режиму, встановленого в ст.ст. 17–19 Директиви, який є обов'язковим за своєю суттю, є захист для всіх комерційних агентів свободи запровадження та функціонування неспотвореної конкуренції на внутрішньому ринку, щоб ці приписи повинні застосовуватися у всіх випадках, коли правова ситуація є тісно пов'язаною зі Співтовариством. Розглянуте рішення ілюструє також застосування імперативних норм не на основі обраного сторонами або визначеного юрисдикційним органом відповідно до колізійних прив'язок права, зважаючи на приписи самих надімперативних положень права ЄС, які поширюють своє регулювання на агентські правовідносини за встановлених у них умов (тут – здійснення комерційним агентом своєї діяльності в державі-члені ЄС, тобто в межах правового режиму, що має територіальні межі). У світлі цього виявляється ще одна особливість дії імперативних норм, коли їхнє поширення на певні правовідносини відбувається за суб'єктним та територіальним принципами, незалежно від підпорядкування відповідному правопорядку договору між сторонами.

За метою нормативного регулювання імперативні норми також розподіляють на ті, що: 1) спрямовані на захист публічного порядку (інтересів), до яких належать експортно-імпорتنі обмеження, торговельні ембарго, антимонопольне законодавство, законодавство про боротьбу з корупцією, у сфері валютного регулювання та ін.; 2) захищають слабку сторону угоди, зокрема законодавство про захист прав споживачів, норми щодо захисту інвестицій, законодавство, що регулює відповідальність перевізників тощо [96, с. 161].

Для міжнародного комерційного арбітражу більшою чи меншою мірою мають значення всі означені класифікації імперативних норм, особливо інтеграція в арбітражну процедуру та взаємодія матеріальних і процесуальних імперативних норм. Можна виокремити декілька ситуацій впливу імперативних

норм певного форуму на арбітражний розгляд та постановлене за його результатами арбітражне рішення:

1) необхідність застосування імперативних норм матеріального права до договору та/або сутності спору, що зумовлюється зазвичай безпосередньо приписами застосовного матеріального права, обраного сторонами або визначеного складом арбітражу;

2) здійснення впливу на матеріально-правове регулювання договірних відносин, що є предметом спору, імперативних норм права іншого, ніж обране сторонами або визначене складом арбітражу, зокрема за наявності юридичного зв'язку між стороною або відповідним договором (його елементами, місцем виконання тощо) з відповідним правопорядком. При цьому в обох з окреслених вище випадків мова йде саме про застосування окремих імперативних норм форуму, а не всієї правової системи останнього, що зумовлює співіснування таких норм із відмінним *lex contractus*. Тому склад арбітражу, за справедливим твердженням Б. Р. Карабельнікова, *поряд з обраним сторонами договірним статутом (виділення наше – В.Н.)* повинно вивчатися й питання про наявність і доцільність застосування надімперативних норм цивільного права [72, с. 387];

3) необхідність врахування та дотримання імперативних норм *lex arbitri*, тобто обов'язковості виконання вимог щодо процедури арбітражного розгляду, що встановлюються правом місця арбітражу;

4) необхідність виконання приписів застосовного права, що визначає дійсність арбітражу як такого – чинність та виконуваність арбітражної угоди [536, с. 38], здатність сторін до її укладення, можливість об'єкта спору бути предметом арбітражного розгляду тощо.

Визначення конкретного правопорядку, що регулює ці питання, є складним, з отриманням відмінних результатів на різних стадіях арбітражного розгляду: від застосування права місця арбітражу або іншого права, якому сторони могли підпорядкувати питання дійсності арбітражної угоди чи арбітрабільності на стадії ініціювання арбітражного розгляду, до звернення до права місця визнання і виконання арбітражного рішення, імперативні норми

якого й можуть становити частину публічного порядку форуму або виключати відповідний спір з категорії арбітрабельних згідно з положеннями Нью-Йоркської конвенції 1958 р.

Розвиваючи сказане, заслуговує на увагу позиція К. Лібшера, який пропонує можливими прив'язками для застосування надімперативних норм складом арбітражу такі випадки: 1) надімперативна норма є частиною застосовного до договору права; 2) надімперативна норма є частиною публічного порядку права, що діє в місці проведення арбітражного розгляду; 3) надімперативна норма є частиною права, що діє в місці приведення до виконання арбітражного рішення [108, с. 78].

Останні два випадки, на нашу думку, потребують уточнення. Так, обсяг застосування імперативних норм як частини *lex arbitri* складом арбітражу охоплює не лише ті з них, що є частиною публічного порядку, але й ті імперативні норми права місця арбітражу, що встановлюють процесуальні вимоги до проведення арбітражного розгляду, від яких сторони не можуть відступити, і визначають легітимність арбітражу як такого – дійсність та виконуваність арбітражної угоди, суб'єктивну та об'єктивну арбітрабельність тощо. Необхідність врахування як матеріальних (якщо право місця арбітражу та застосовне 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. До прикладу, ч. 2 ст. 34 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» поруч із суперечністю арбітражного рішення публічному порядку України до підстав скасування арбітражного рішення судом відносить і невідповідність складу третейського суду чи арбітражної процедури угоді сторін, якщо тільки така угода не суперечить будь-якому положенню цього Закону, від якого сторони не можуть відступати, або, за відсутності такої угоди, невідповідність цьому Закону; а також визначення судом *ex officio*, що об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законодавством України.

Щодо застосування імперативних норм як частини права місця визнання і

приведення до виконання арбітражного рішення, Нью-Йоркська конвенція 1958 р. (ст. V(2)(a)(b)) та національне законодавство держав-членів цієї Конвенції передбачають вузький перелік випадків, до яких належать: 1) звернення до національного законодавства (а саме – до його імперативних норм) для визначення судом питання об'єктивної арбітрабільності, тобто можливості об'єкта спору бути предметом арбітражного розгляду згідно з відповідними імперативними нормами; 2) суперечності визнання та приведення до виконання арбітражного рішення публічному порядку країни місця виконання.

У світлі другої з підстав варто підкреслити, що таким чином застосування імперативних норм країни місця визнання і виконання арбітражного рішення та відмова в такому визнанні й виконанні на підставі суперечності арбітражного рішення цим нормам можливі лише за умови належності останніх до тих правових положень, що конституюють публічний порядок відповідної держави. У рекомендаціях Асоціації міжнародного права (*International Law Association – ILA*), викладених 2002 року у фінальному звіті щодо публічного порядку як бар'єра для виконання міжнародних арбітражних рішень [514] з цього приводу наголошується на тому, що порушення простої «імперативної норми» (тобто норми, яка є обов'язковою, але не є частиною міжнародного публічного порядку держави, що зумовлювало б її застосування в розглянутій справі), не повинно перешкоджати визнанню або виконанню арбітражного рішення, навіть коли зазначене правило є частиною права місця виконання рішення, права, що регулює договір, права місця виконання договору або права місця арбітражу (рекомендація 3(a)). На пояснення цієї рекомендації далі зазначається, що «імперативна норма» означає імперативну норму права, яку неможливо виключити за домовленістю сторін, тоді як невідповідність імперативній нормі не повинна сама по собі бути підставою для відмови у виконанні арбітражного рішення. Тільки порушення тих обов'язкових правил, які одночасно є частиною публічного порядку, може бути підставою для відмови у виконанні. З цього приводу Б. Р. Карабельніков підкреслює, що не можна будь-яку невідповідність арбітражного рішення (або наслідків його виконання) національного

законодавства вважати порушенням публічного порядку: тільки порушення в результаті виконання арбітражного рішення норм публічного права, що складають основи правопорядку, або надімперативних норм цивільного права може дати привід послатися на порушення публічного порядку [72, с. 384].

Класичним прикладом реалізації такого підходу на рівні судової практики у праві ЄС слід вважати рішення Європейського суду у справі *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV* від 01 червня 1999 року [478]. Досліджуючи питання обов'язковості застосування складом арбітражу антимонопольних правил, встановлених ст. 81 Договору про заснування ЄЕС, у контексті стягнення з ліцензіара компенсації за дострокове розірвання ліцензійного договору, суд встановив, що якщо внутрішні норми процедури вимагають від національного суду задоволення заяви про скасування рішення арбітражу, коли ця заява ґрунтується на недотриманні національних правил публічного порядку, він також повинен задовольнити таку заяву, якщо в її основі лежить недотримання заборони, встановленої ст. 85 вказаного Договору. Далі Європейський Суд наголосив, що ця норма становить фундаментальне положення, яке є суттєвим для виконання завдань, доручених Співтовариству, і для функціонування внутрішнього ринку. Крім того, законодавство Співтовариства вимагає, щоб питання щодо тлумачення заборони, передбаченої ст. 85 Договору про заснування ЄЕС, були відкритими для розгляду національними судами, коли їх просять визначити обґрунтованість арбітражного рішення, і щоб ці питання могли бути передані за необхідності до Суду для ухвалення з цього приводу попереднього рішення. Рішення у справі *Eco Swiss* та низка інших дають змогу констатувати наявність однозначної позиції Європейського Суду щодо віднесення до публічного порядку Європейського Співтовариства, а отже, й необхідності врахування у відповідних випадках як надімперативні норми приписів регламентів та директив ЄС, оскільки «вони консоліднують законодавство держав-членів і призначені для однакового застосування закону як державними, так і арбітражними судами» [335, с. 22].

Таким чином, поняття імперативних норм, що застосовуються при вирішенні спорів складом арбітражу, охоплює імперативні норми матеріального

права, застосовного 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 входить до усталеного в розвинених країнах обсягу транснаціонального публічного порядку. При цьому імперативні норми як матеріального, так і процесуального права відповідного правопорядку повністю не замінюють застосовного права, обраного сторонами в силу дії принципу автономії волі, а лише коригують або доповнюють положення останнього в окремих, конкретно визначених питаннях.

Тісно пов'язаними із дослідженими вище загальними положеннями щодо сутності та значення імперативних норм у процесі правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі є проблемні питання обов'язку арбітрів застосовувати імперативні норми, в тому числі ті з них, що належать до правопорядків так званих «третіх країн». Зупинимось на них далі.

А. В. Асосков, вказуючи на те, що застосування надімперативних норм неминуче вступає в протиріччя з принципом автономії волі сторін, оскільки вилучає певні питання з-під дії узгоджених сторонами умов договору та обраного ними застосовного права, все ж визнає існування вагомих причин, що обумовили визнання в останні десятиліття наявності обов'язку в арбітрів застосовувати надімперативні норми. До таких причин дослідник відносить необхідність врахування імперативних норм для недопущення скасування або відмови у примусовому виконанні арбітражного рішення, що, попри відсутність прямої вказівки на таку підставу в Нью-Йоркській конвенції 1958 р., у сучасній судовій практиці обумовлюється тісним зв'язком між інститутом надімперативних норм та публічним порядком, ґрунтуючись на тому, що при порушенні надімперативних норм арбітражному рішенню може бути відмовлено в примусовому виконанні з посиланням на суперечність публічному порядку даної держави [8, с. 562]. Наведені міркування перегукуються з випадками застосування складом арбітражу імперативних норм, розглянутими

нами вище. При цьому дискусійним може вважатись ступінь обов'язковості (необхідності) врахування складом арбітражу імперативних норм місця арбітражу (для недопущення можливого скасування арбітражного рішення) та імперативних положень права ймовірного місця виконання рішення. Баланс між вимогами цих правопорядків повинен бути гнучким, перш за все переслідуючи мету ефективного розгляду і вирішення спору, постановлення виконуваного арбітражного рішення, що відповідатиме розумним очікуванням сторін та причинам звернення саме до арбітражного врегулювання.

У світлі сказаного, також вартим уваги є твердження, згідно з яким арбітри повинні в кожній справі враховувати потенційну можливість існування надімперативних норм, що претендують на своє застосування, питання про доцільність звернення, до яких склад арбітражу повинен поставити на обговорення сторін і з урахуванням думки сторін та використання певних фільтрів, винести остаточне рішення, в якому прийняти або не прийняти до уваги спірні надімперативні норми. До таких фільтрів А. В. Асосков пропонує відносити:

1) перевірку того, що просторово-персональна сфера дії надімперативної норми поширюється на спірне відношення (що надімперативна норма «бажає» свого застосування в ситуації, що розглядається);

2) умову про наявність тісного зв'язку між відносинами і правопорядком, до якого належить відповідна надімперативна норма;

3) аналіз характеру та мети, яку переслідує іноземний законодавець при прийнятті відповідної надімперативної норми, на предмет їх відповідності цінностям, визнаним у вітчизняному праві та праві більшості інших країн;

4) перевірку з погляду практичних результатів, які тягне за собою застосування або незастосування іноземної надімперативної норми (в тому числі на предмет відповідності розумним очікуванням сторін) [8, с. 567–568].

Щодо таких очікувань та рішень сторін з приводу виключення застосування конкретних імперативних норм певного правопорядку в літературі звертається увага на обов'язок арбітра поважати такі побажання сторін, якщо тільки вони не слугують єдино меті обходу таких норм, що вже порушуватиме

міжнародний публічний порядок, у випадку чого арбітр зобов'язаний застосовувати такі імперативні норми, незважаючи на аргументи сторін [364, с. 254–255]. У цьому разі важливо враховувати мету запровадження законодавцем таких імперативних норм, їх належність до тієї чи іншої системи або режиму. Також слід погодитись з тим, що склад арбітражу не зобов'язаний безумовно дотримуватись домовленості сторін щодо виключення визначених ними імперативних норм з обсягу застосовного права, зокрема якщо сторонами обрано як застосовне право законодавство однієї з країн-членів ЄС, але виключено застосування положень антимонопольного права [631, с. 109–110].

Пропоновані умови (фільтри) застосування надімперативних норм складом арбітражу вдало резюмують для арбітра досліджені вище дилеми щодо необхідності з одного боку, ґрунтуватись на реалізації принципу автономії волі сторін з приводу вибору застосовного права, підпорядкування відносин між ними певному правопорядку або позанаціональним правовим регуляторам (наприклад, *lex mercatoria*) і, з іншого, – запроваджених та втілених державами чи міжнародними організаціями імперативних положень, що повинні враховуватись в інтересах національного або міжнародного публічного порядку. Вбачається, що перевірка імперативних норм, які претендують на своє застосування до спірних відносин, на предмет відповідності цим умовам може розглядатись як один із аспектів (етапів) правозастосовної діяльності, що здійснюється складом арбітражу при розгляді і вирішенні справи.

Так, перевірка просторово-персональної сфери дії надімперативної норми з точки зору поширення на спірне ставлення, поруч із встановленням тісного зв'язку між відносинами і правопорядком, до якого належить відповідна надімперативна норма, можуть здійснюватися арбітрами одночасно з визначенням всього застосовного до суті спору нормативного масиву як визначеного сторонами чи встановленого на основі колізійних прив'язок самими арбітрами, так і «пропонованого» до застосування в силу імперативних приписів національних і міжнародних актів. Натомість перевірка практичних результатів, що можуть бути зумовлені застосуванням або незастосуванням іноземної

надімперативної норми, має вже прогностичну функцію та безпосередньо пов'язана із виконанням завдання постановлення виконуваного арбітражного рішення з низькою ймовірністю його скасування в місці арбітражу.

Цей принцип знаходить відображення у регламентах провідних арбітражних інституцій світу. Так, відповідно до ст. 42 Арбітражного регламенту ICC у всіх питаннях, прямо не урегульованим Регламентом, Суд і склад арбітражу діють у дусі Регламенту та докладають всіх зусиль для того, щоб арбітражне рішення було юридично виконуваним. Ст. 32 (2) Арбітражного регламенту LCIA передбачає, що з усіх питань, які прямо не визначені в арбітражній угоді, Суд LCIA, LCIA, Секретар, арбітражний суд і кожна зі сторін завжди повинні діяти добросовісно, дотримуючись духу арбітражної угоди, докладати розумних зусиль, щоб гарантувати, що будь-яке рішення є юридично визнаним та підлягає виконанню в місці арбітражу.

На практиці питання щодо необхідності застосування складом арбітражу імперативних норм, а отже, й виникнення в нього відповідного обов'язку, постає у двох випадках: 1) одна зі сторін (у поодиноких випадках обидві) вважає, що імперативні норми повинні бути застосованими, у випадку чого арбітру залишається лише вирішити, застосовувати чи ні вказані імперативні норми, навіть якщо вони не є складником *lex contractus*; 2) жодна зі сторін не заявляє з приводу необхідності застосування імперативних норм (або окремої норми) і відсутні підстав розглядати це положення як частину застосовного до суті спору матеріального права, що є відмінним від правопорядку, до якого належить така норма. У другому з випадків можливо говорити про звернення до надімперативних норм так званої «третьої країни», правової системи, що не визначена сторонами як застосовне право та здебільшого відмінна й від права місця арбітражу.

У контексті проблеми застосування імперативних норм права «третьої країни» О. Ландо вказує на необхідність врахування складом арбітражу імперативних положень права держави, що тісно пов'язана з контрактом, тією мірою, якою правова норма відповідного правопорядку прямо або

опосередковано (у зв'язку зі своєю нормативною конструкцією) вказує на обов'язковість свого застосування. Втім, вчений наголошує, що арбітр не повинен застосовувати будь-яке імперативне правило, що вимагає свого застосування, вказуючи на такі випадки, коли звернення до імперативних норм слід вважати виправданим:

1) арбітр повинен зважати на ймовірність виконання арбітражного рішення судами держави, законодавчий орган якої прийняв таку норму (норми), оскільки суперечність публічному порядку країни місця виконання *(тією мірою, якою відповідні імперативні норми є частиною публічного порядку, про що мова йшла вище – В.Н.)* може призвести до відмови у визнанні і приведенні до виконання арбітражного рішення;

2) арбітр повинен також враховувати, чи є контракт пов'язаним із економікою держави, що ухвалила імперативні норми, настільки, наскільки застосування такого імперативного правила є справедливим та обґрунтованим, зважаючи на наявність такого зв'язку. Наголошується, що арбітр повинен застосовувати такі норми, навіть якщо ймовірність втручання уповноважених органів відповідної держави є низькою, наприклад, коли виконання арбітражного рішення найвірогідніше відбуватиметься в іншій державі [492, с. 158].

Варто погодитись із тим, що арбітр повинен враховувати імперативні норми держави, чиє право фактично регулює договірні відносини. Зазвичай ним є право місця виконання договору, оскільки аморально і нереально змусити сторону виконати контракт, що є незаконним згідно із законом місця його виконання [404, с. 86].

З цього приводу в юридичній літературі справедливо вказується на те, що застосування імперативних норм «третьої країни» є визнанням близького зв'язку зарубіжних імперативних положень зі спором та є обов'язковим, навіть якщо такі правила не є частиною застосовного права. У свою чергу, такий підхід є визнанням факту зіткнення волі сторін з інтересами держави, пов'язаними із відповідним спором [511]. Деякі міркування практичного

характеру також вказують на необхідність врахування арбітрами імперативних приписів «зацікавленого» у спірних правовідносинах правопорядку. Серед таких аргументів вчені наводять такі думки: 1) оскільки міжнародний арбітраж є заміною судовому порядку вирішення спорів, арбітрам не можна дозволяти не зважати на публічні інтереси, які в інший спосіб були б захищені суддями. Нехтування такими інтересами може безпосередньо вплинути на майбутнє арбітражу як способу вирішення спорів, зокрема в контексті винятку особливо важливих для держави та суспільних інтересів категорій спорів із переліку арбітрабельних; 2) важливість врахування арбітрами імперативних норм права місця виконання договору є практично важливим, оскільки суди та інші органи державної влади такої держави можуть здійснювати *de facto* контроль за таким договором і пов'язаним із ним операціями; 3) арбітри завжди повинні поважати принципи транснаціонального публічного порядку, а одним із таких принципів є неприпустимість договорів, спрямованих на ухилення від дотримання інтересів публічного порядку іноземної юрисдикції [631, с. 111–114].

Наведені позиції щодо розв'язання конфлікту між обраним сторонами правом та імперативними приписами права «третьої країни» є не лише дискусійними в теоретичній площині, але й зумовлюють практичні проблеми для складу арбітражу у процесі правозастосування, розгляду і вирішення спору. Так, визначення арбітрами держави, в якій у майбутньому відбуватиметься виконання арбітражного рішення та врахування відповідних імперативних норм останньої, нерідко є складним завданням, особливо якщо таких правопорядків може бути декілька і вони характеризуються відмінними підходами до врегулювання тих чи інших аспектів правовідносин. У зв'язку з цим, застосування складом арбітражу імперативних норм права держави ймовірного місця виконання як права «третьої країни» більшою мірою постає, скоріше як додатковий захід для досягнення завдання арбітражного розгляду – постановлення виконуваного арбітражного рішення, ніж є обов'язковим для арбітрів у світлі відповідних нормативних приписів, подібно до того як це має місце у випадку звернення до імперативних норм застосовного матеріального

права або дотримання імперативних приписів *lex arbitri*, що висуваються до процедури арбітражного розгляду, питань дійсності і виконуваності арбітражної угоди тощо.

Також, враховуючи складність сучасних економічних зв'язків та можливість наявності тісного зв'язку зовнішньоекономічного договору з більше ніж одним правопорядком, проблематичним постає врахування імперативних норм держави, що має такий зв'язок із контрактом, з приводу якого виник спір. Оскільки таких держав може бути декілька, й різні правопорядки можуть регулювати різні аспекти виконання договірних чи недоговірних зобов'язань, встановлювати вимоги, пов'язані із суб'єктністю сторін, їх місцезнаходженням (як у аналізованій вище справі *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc.*), а також стосуватись питань дійсності й виконуваності арбітражної угоди тощо. Збалансованою є позиція щодо вирішення питання застосування імперативних норм права третьої країни не на основі універсальних принципів чи рекомендацій, а зважаючи на обставини конкретної справи, де склад арбітражу може спиратись на усталену судову й арбітражну практику, вирішувати конкретні колізії між законодавчими положеннями різних держав, враховуючи правову природу і спрямованість правового регулювання відповідних норм.

Таким чином, проблематика покладення на склад арбітражу обов'язку застосовувати (враховувати) надімперативні норми певного правопорядку, включно з імперативними приписами права «третіх країн», лежить у двох взаємопов'язаних площинах: нормативного регулювання, коли застосування імперативних норм зумовлюється поширенням положень останніх на правовідносини, що є предметом арбітражного розгляду; та площині досягнення мети і завдань арбітражу як альтернативного способу вирішення спорів, оскільки недотримання імперативних норм, до прикладу, ймовірного місця виконання арбітражного рішення або місця арбітражу, може нівелювати ефективність арбітражного розгляду, призвести до скасування або відмови у визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення.

Висновки до Розділу 4

На підставі вищенаведеного можна зробити такі висновки:

1. Резюмовано, що на міжнародному рівні відзначається існування трьох сценаріїв застосування Віденської конвенції 1980 р. як застосовного права при реалізації принципу автономії волі сторін: 1) сторони можуть безпосередньо обрати Конвенцію (прямий метод); 2) сторони можуть обрати застосовним матеріальним право національну правову систему держави-члена Конвенції (непрямий метод); 3) сторони можуть повністю виключити застосування Конвенції. Щодо непрямого вибору або виключення Віденської конвенції 1980 р., в літературі відзначається, що немає особливих розбіжностей між її застосуванням національними судами та арбітражними судами. В арбітражному ж провадженні, якби сторони міжнародного договору купівлі-продажу товарів обрали законодавство договірної держави згаданої Конвенції як право, що регулює договір (а не безпосередньо Конвенцію), арбітражний суд вправі застосувати Конвенцію як невід'ємну частину права цієї держави так само, як і національний суд.

2. Обґрунтовано, що використання міжнародно визнаних уніфікованих правових регуляторів як-то: звернення до Віденської конвенції 1980 р. та Принципів УНІДРУА, що довели свою універсальність та єдність у розумінні їх положень юристами і сторонами з країн з різних правових систем є виправданим та ефективним, на відміну від застосування «нейтральних» правових систем «третьох» країн. Вибір же правової системи «третьої» країни для гарантування його ефективності й дієвості повинен бути зваженим та обґрунтованим з погляду реальних потреб врегулювання договірних положень та з урахуванням перспектив подальшого арбітражного врегулювання можливих спорів і розбіжностей.

3. Досліджено роль права ЄС у механізмі розгляду і вирішення спорів у порядку арбітражу та встановлено той факт, що значення останнього поступово змінюється. Залишаючись доволі автономною системою, право ЄС

все ж вдається до взаємодії 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 арбітрабельність спору та / або через обрання (визначення) права ЄС як права, застосовуваного до відносин між сторонами.

4. Розглянуті проблемні питання застосування окремих джерел національного та позанаціонального (транснаціонального) права до суті спору в міжнародному комерційному арбітражі дозволяють наочно проілюструвати варіативність, наявну у сторін та пов'язані з нею потенційні труднощі при правозастосуванні, що здійснюється складом арбітражу. Складність встановлення застосовного матеріального права при арбітражному розгляді у визначених випадках напряму корелює із забезпеченням застосування найбільш відповідних норм права щодо конкретних правовідносин та спору, що виникає на їхній основі, а отже, гарантує дотримання інтересів сторін не лише у світлі вирішення суперечки, але й подальшого здійснення комерційної діяльності. Важливими, зважаючи на це, інструментами, окрім національних правових систем, є міжнародні договори, зокрема Віденська конвенція 1980 р., та позанаціональні правові регулятори, що слугують втіленням загальновизнаних принципів міжнародного комерційного права. Чільне місце і як безпосередньо застосовне до договору право і як ефективний засіб інтерпретації та тлумачення посідають Принципи УНІДРУА.

5. 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 прийняття 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

підстави відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення.

6. Досліджено питання застосовного права 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 до вирішення питання об'єктивної арбітрабільності (що вивчалось нами вище), так і щодо публічного порядку, які можуть ставитись у процесі приведення до виконання або оскарження рішення міжнародного комерційного арбітражу.

7. На відміну від концепції публічного порядку, надімперативні норми застосовуються за іншим принципом: тоді як застереження про публічний порядок спрямовано 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. Тому можна говорити про те, що застереження про публічний порядок є більш широким поняттям, виконує запобіжну та пасивну роль в механізмі правового регулювання приватно-правових відносин, ускладнених іноземним елементом, тоді як імперативні норми є конкретно визначеними та наділені законодавцем активною роллю.

8. Сформульовано розуміння обсягу поняття імперативних норм, що застосовуються при вирішенні спорів складом арбітражу, який охоплює імперативні норми матеріального права, застосовного 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 входить до усталеного в розвинених країнах обсягу транснаціонального публічного порядку. При цьому імперативні норми як матеріального, так і процесуального права відповідного правопорядку повністю не замінюють застосовного права, обраного сторонами в силу дії принципу автономії волі, а лише коригують або доповнюють положення останнього в окремих, конкретно визначених питаннях.

9. Доведено, що позиція щодо вирішення питання застосування імперативних норм права третьої країни не на основі універсальних принципів чи рекомендацій, а зважаючи на обставини конкретної справи, де склад арбітражу може спиратись на усталену судову й арбітражну практику, вирішувати конкретні колізії між законодавчими положеннями різних держав, враховуючи правову природу і спрямованість правового регулювання відповідних норм, є найбільш збалансованою.

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 до арбітражного 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 виконуваності; 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 посиланні 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 ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Александров Н. Г. Применение норм советского социалистического права: лекция, прочитанная на юридическом факультете МГУ. Москва, 1958. 40 с.
2. Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом обществе. Москва, 1966. 188 с.
3. Альтернативні способи вирішення спорів: навч. посіб. / [М.Я. Білак, Ю.Д. Притика, О.М. Спектор, М.М. Хоменко]; за ред. Ю.Д. Притики. Харків: Право, 2019. 264 с.
4. Ануров В. Н. Третейское соглашение : монография / В.Н. Ануров. М. : Проспект, 2011. 364 с.
5. Арбитражный процесс: учебник / под ред. проф. М. К. Треушникова. Москва: ООО «Городец-издат», 2003. 656 с.
6. Аристова Е. А. Ответственность трансграничных корпоративных групп : теория и практика. М.: Инфотропик Медиа, 2014. 248 с.
7. Аслаян Н. П. Основные начала российского частного права : автореф. дисс. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2002. 365 с.
8. Асосков А. В. Колизионное регулирование договорных обязательств. Москва : Инфотропик Медиа, 2012. 640 с.
9. Балдинюк В. Положення про обхід закону та дія імперативних (надімперативних) норм. Український часопис міжнародного права. 2005. № 1. С. 105. С. 101–106.
10. Барандич С. Правозастосування в сучасному вимірі юридичної науки. Науковий часопис Національної академії прокуратури України. 2014. № 4. С. 1–7.
11. Бардина М. П. О рассмотрении споров международным коммерческим арбитражем на основе норм права, согласованных сторонами. Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / под ред. А. А. Костина; МКАС при ТПП РФ. М.: Статут, 2012. С. 24–41.
12. Бахновська І. П. Риси принципів права: теоретичні аспекти. Науковий

вісник Ужгородського національного університету. 2013. № 23. Ч. 1. Том. 1. С. 18–22.

13. Белоглазек А. Защита прав потребителей в арбитраже. К.: Таксон, 2012. 640 с.

14. Берназюк Я. Поняття та критерії мотивованості судового рішення як однієї з гарантій дотримання судами принципу верховенства права. Судебно-юридическая газета. 2019. URL: https://sud.ua/ru/news/blog/133015-ponyattya-ta-kriteriyi-motivovanosti-sudovogo-rishennya-yak-odniyeyi-z-garantiy-dotrimannya-sudami-printsipu-verkhovenstva-prava?fbclid=IwAR1Yt8WX2AHwH1kc_iN8pf8s0eCPPYezBJ-1DYVN1EMNFkLKh5E-9h9TcyM.

15. 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.

16. Божко В. М. Аналіз співвідношення змісту термінів «засада» і «принцип» через призму правових позицій Конституційного Суду України. Радник. Український юридичний портал. URL: <http://radnuk.info/home/24188-2013-05-09-15-56-59.html>.

17. Бондар К. П. Особливості правової природи арбітражних механізмів Міжнародного центру з врегулювання інвестиційних спорів (ІКСІД): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11. НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 2016. 22 с.

18. Боярський Є. Д. Обмеження застосування колізійних норм у міжнародному приватному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2015. 219 с.

19. Боярський Є.Д. Інститут надімперативних норм у міжнародному приватному праві України: характер дії та методологічна приналежність. Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки». 2013. Том 26 (65). № 2-1 (Ч. 1). С. 232–239.

20. Бро Ю. Н. Проблемы применения советского права. Иркутск, 1980. 85 с.

21. Брун М. И. Международное частное право: лекции М. И. Бруна, читанные в 1908-9 акад. году. Москва: Изда-во студенческой комиссии Об-ва Взаимопомощи Студентов Моск. Коммерч. Инст-та, 1909. С. 13.

22. Винокурова Л.Ф. Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: стан та перспективи розвитку правового регулювання в умовах реформування судової системи. Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень : 60 річна історія успіху. Збірник доповідей і статей V Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І.Г.Побірченко. К. : МКАС при ТПП України. 2019. С. 137–153.

23. Винокурова Л. Ф. Зовнішньоекономічні контракти: укладення, виконання та арбітраж. Актуальні питання визначення застосовуваного права. Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство. За заг. ред. І. Г. Побірченко. К.: ІнЮре, 2007. С. 14–29. 584 с.

24. Винокурова Л. Ф. Порядок розгляду спорів у міжнародному комерційному арбітражі. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. 2013. №3(97). С. 28–34.

25. Волощук О. Т., Гетманцев М. О. Правовий статус арбітра міжнародного комерційного арбітражу: монографія / за ред. О. Д. Крупчана. Київ : Науково-дослідний інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020. 170 с.

26. Воронов К.М. Принцип «компетенції-компетенції» в міжнародному комерційному арбітражі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків. Нац. ун-т ім. В. Н. Каразіна. Харків, 2018. 16 с.

27. Гаврік Р. До питання про вимоги, які ставляться до судових рішень у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень. Вісник Національної академії Державної прикордонної служби України. 2017. Вип. 1. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&I

[MAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/vnadpcurn_2017_1_8.pdf.](#)

28. Гайдулін О. Інтерпретація застосовуваного права європейськими арбітражами: розмежування базових понять. Матеріали III Міжнародних арбітражних читинь пам'яті академіка Побирченко І. Г. «Применимое право в міжнародном коммерческом арбитраже. Практика применения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров». Сборник докладов. МКАС при ТПП України. 2016. С. 97–105.

29. Галущенко Г. Вибір іноземного права міжнародним комерційним арбітражним судом при Торгово-промисловій палаті України. Підприємництво, господарство і право. 2019. № 11. С. 373–376.

30. Галущенко Г. Встановлення змісту іноземного права арбітражем. Матеріали III Міжнародних арбітражних читинь пам'яті академіка Побирченко І. Г. «Применимое право в міжнародном коммерческом арбитраже. Практика применения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров». Сборник докладов. МКАС при ТПП України. 2016. С. 131–136.

31. Гнатюк М. Д. Правозастосування та його місце в процесі реалізації права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2007. 20 с.

32. Головченко В. В., Головченко О. В. Правозастосування і захист прав людини в суверенній Україні: монографія. Чернігів: Вид. В. М. Лозового, 2012. 327 с.

33. Гончаренко О. М. Міжнародний комерційний арбітраж: навч. посіб. Київ. нац. торг.-екон. ун-т, Каф. комерц. права. Ніжин: Вид-во НДУ ім. М. Гоголя, 2014. 203 с.

34. Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. Москва, 1972. 256 с.

35. Господарський кодекс України від 16.01.2003р. № 436-IV. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>.

36. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 р.

№ 1798-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 6. Ст. 56.

37. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / науч. ред.: В. С. Ем; редкол.: Н. В. Козлова, С. М. Корнеев, Е. В. Кулагина, П. А. Панкратов. Москва: Статут, 2000. 411 с.

38. Гриняк А.Б. Новітні підходи до закріплення автономії волі сторін у комерційних правовідносинах. Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень : 60 річна історія успіху. Збірник доповідей і статей V Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І.Г.Побірченко. К. : МКАС при ТПП України. 2019. С. 40–45.

39. Гришко С. Гибридные арбитражные оговорки: взгляд с Днепра. Международный коммерческий арбитраж: вызовы современности. Сборник статей и докладов. К 25-летию деятельности МКАС при ТПП Украины и развития международного коммерческого арбитража в Украине. К.: 2017. С. 82–85.

40. Гуменюк В. І. Особливості розгляду зовнішньоторгових спорів комерційним арбітражем України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Нац. акад. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. К., 2012. 229 с.

41. Гусарев С. Д., Олійник А. Ю., Слюсаренко О. Л. Теорія держави і права: підручник. Київ: Правова єдність, 2008. 270 с.

42. Данишевская В. В судах наблюдается значительный рост количества дел: глава Верховного Суда. Судебно-юридическая газета. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/162564-v-sudakh-nablyudaetsya-znachitelnyy-rost-kolichestva-del-glava-verkhovnogo-suda>.

43. Де Сильва М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб.: Юридический Центр Пресс, 2004. 1072 с.

44. Дело № 1 (Решение от 7 июня 2006 года). Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України. URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Case-No.-1.pdf>

45. Дело № 101 (Решение от 5 июня 2014 года). Міжнародний

комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України. URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Case-No.-101.pdf>

46. Дело № 123 (Решение от 2 сентября 2016 года). Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України. URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Case-No.-123.pdf>

47. Дело № 124 (Решение от 6 октября 2016 года). Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України. URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Case-No.-124.pdf>

48. Дело № 36 (Решение от 27 июля 2009 года). Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України. URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Case-No.-36.pdf>

49. Дело № 48 (Решение от 29 апреля 2010 года). Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України. URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Case-No.-48.pdf>

50. Дело № 63 (Решение от 31 мая 2011 года). Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України. URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Case-No.-63.pdf>

51. Дело № 89 (Решение от 26 февраля 2013 года). Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України. URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Case-No.-89.pdf>

52. Деятельность ICAC в 2019 году. Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України. URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/otchet-2019.pdf>.

53. Донченко О. І. Особливості правозастосування як форми реалізації права. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Юриспруденція. 2014. № 11. Том 1. С. 40–42.

54. Друг О. Визнання та виконання арбітражних рішень проти осіб, які не є сторонами арбітражної угоди – погляд з України. Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень : 60 річна історія успіху. Збірник доповідей і статей V Міжнародних арбітражних читань пам'яті

академіка І.Г.Побірченко. К.: МКАС при ТПП України. 2019. С. 55–60.

55. Друг О. Практика українських судів стосовно дійсності опціональних арбітражних застережень. Юридична газета. 2012. № 41-42. URL: https://www.sk.ua/sites/default/files/yur-gazeta_no.41-42_drug_0.pdf

56. Дюрягин И. Я. Применение норм советского права. Свердловск, 1973. 248 с.

57. Ємельянова І. Ефективний арбітраж – який він? Правовий тиждень. 2019. № 23–24. URL: <http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=124822>.

58. Закон Республики Молдова «О международном коммерческом арбитраже» от 22 февраля 2008 года № 24-XVI. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=23314.

59. Залізко О.М. Вирішення спорів, що виникають з міжнародних приватних спортивних відносин спортивним арбітражним судом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2018. 17 с.

60. Захарченко Т. Міжнародний комерційний арбітраж в Україні. Право України. 2012. № 1/2. С. 454–460.

61. Захарченко Т. Визнання та виконання арбітражних рішень на території України. Право України. 2008. № 10. С. 130–138.

62. Захарченко Т. Г. Арбітражна угода як правова основа передачі спору на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж. Міжнародний комерційний арбітраж в Україні. Теорія та законодавство / за заг. ред. І. Г. Побірченка. К.: Ін Юре, 2007. С. 30–45.

63. Захватаев В. Н. Комментарии к мировой практике международного коммерческого арбитража. Киев: Алерта, 2015. Книга 1. 906 с.

64. Захватаев В. Н. Комментарии к мировой практике международного коммерческого арбитража. Киев: Алерта, 2015. Книга 2. 810 с.

65. Зозуля О. О. Міжнародний змішаний арбітраж: досвід та національна практика: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11. Укр. держ. ун-т фінансів та міжнар. торгівлі. К., 2008. 206 с.

66. Зыков Р. О. Международный арбитраж в Швеции: право и практика. М.: Статут, 2014. 285 с.

67. Калачова О. Вмотивованість судових рішень як гарантія захисту прав і основоположних свобод людини. Науковий часопис Національної академії прокуратури України. 2016. № 4. С. 78–84.

68. Калмыков Ю. Х. Вопросы применения гражданско-правовых норм. Саратов: Издательство Саратовского университета, 1976. 268 с.

69. Калькулятор арбітражних витрат ICAC. Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України. URL: <https://icac.org.ua/ru/arbitrazh/kalkulyator/>.

70. Канашевский В. А. Методы установления применимого права в практике международного коммерческого арбитража. Журнал российского права. 2007. № 5. С. 114–122.

71. Карабельников Б. Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. 3-е изд. М.: Статут, 2008. 606 с.

72. Карабельников Б. Р. Международный коммерческий арбитраж : учебник. М.: Инфотропик Медиа, 2012. 576 с.

73. Каса И. Арбитраж (третейский суд): история создания и правовая природа. Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. 2018. Т. 22. № 2. С. 271–272.

74. Кисіль В.І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації. монографія. К.: Україна, 2005. 478 с.

75. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.

76. Колодій А. М. Конституція і розвиток принципів права України (методичні питання): дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.01; 12.00.02. Київ, 1999. 373 с.

77. Комаров В. В. Международный коммерческий арбитраж. Х.: Право,

2009. 164 с.

78. Комаров В. В., Погорецкий В. Н. Международный коммерческий арбитраж. Х.: Право, 2009. 164 с.

79. Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, Нью-Йорк, 1958 г. Комиссия ООН по праву международной торговли. URL: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-R.pdf>.

80. Кондратьев Р. І. Принципи права та їх роль у регулюванні суспільних відносин. Право України. 2000. № 2. С. 43–45.

81. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

82. Корецкий В. М. Униформизм в праве. Избранные труды : в 2 кн. / гл. ред. В.Н. Денисов. Київ: Наукова думка, 1989. Кн. 1. С. 89–104.

83. Король В. І. Концептуально-правові засади визнання і виконання арбітражних рішень щодо спорів із зовнішньоекономічних договірних правовідносин. Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень : 60 річна історія успіху. Збірник доповідей і статей V Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І.Г.Побірченко. К.: МКАС при ТПП України. 2019. С. 24–31.

84. Костишина О. Новий арбітражний регламент ICAC: ефективніше, швидше, економніше. Юридична газета. 2017. № 43–44. URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Novyj-Arbitrazhnyj-reglament-ICAC-efektyvnishe-shvydshe-ekonomnishe.pdf>.

85. Коструба А. В. Механізм правозастосування в забезпеченні правового регулювання цивільних відносин в Україні. Актуальні проблеми приватного права (науково-практична конференція, присвячена 94-й річниці з дня народження доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента АН УРСР В. П. Маслова) (Харків, 19 лютого 2016 р.). Харків: «Право», 2016. С. 66. С. 65–67.

86. Коструба А. В. Юридические факты в механизме прекращения гражданских отношений: монография. К.: Ин Юре, 2014. 416 с.

87. Кот А. Сравнительный анализ норм Венской конвенции и национального законодательства. Материалы III Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И. Г. «Применимое право в международном коммерческом арбитраже. Практика применения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров». Сборник докладов. К.: МКАС при ТПП Украины. 2016. С. 65–72.

88. Кот А. А. Арбитражное соглашение и изменение субъектного состава обязательства. Международный коммерческий арбитраж: вызовы современности. Сборник статей и докладов. К 25-летию деятельности МКАС при ТПП Украины и развития международного коммерческого арбитража в Украине. К.: 2017. С. 108–113.

89. Кот О. Суперечність арбітражного рішення публічному порядку України як підстава для відмови у наданні дозволу на його виконання. Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень: 60 річна історія успіху. Збірник доповідей і статей V Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І.Г.Побірченко. К.: МКАС при ТПП України. 2019. С. 82–87.

90. Кочин В.В. Визнання арбітражного рішення: правова природа, механізм та значення. Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень: 60 річна історія успіху. Збірник доповідей і статей V Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І.Г.Побірченко. К.: МКАС при ТПП України. 2019. С. 88–93.

91. Кравцов С. А. Современные теории международного коммерческого арбитража. Проблемы законности. 2012. № 118. С. 255–264.

92. Кравцов С. О. Міжнародний комерційний арбітраж та національні суди: монографія. Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків: Право, 2014. 230 с.

93. Кравцов С. О. Формування складу арбітрів, забезпечувальні заходи,

отримання, збереження та забезпечення доказів у міжнародному комерційному арбітражі. Часопис цивільного і кримінального судочинства. 2013. № 3. С. 160–168.

94. Кравчук Г. Арбитрабельность споров в контексте статьи 12 Хозяйственного процессуального кодекса Украины. Материалы II Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И. Г. Сборник докладов. Киев : МКАС при ТПП Украины, 2015. С. 15–21.

95. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

96. Крохмаль В. Применение императивных норм в арбитраже. Материалы III Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И. Г. Сборник докладов. Киев: МКАС при ТПП Украины, 2016. С. 160–166.

97. Крупко П.М. Правонаступництво в арбітражі. Практика МКАС. Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень: 60 річна історія успіху. Збірник доповідей і статей V Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І.Г. Побірченко. К.: МКАС при ТПП України. 2019. С. 154–158.

98. Крупчан О. Нью-Йоркська конвенція ООН 1958 року і генеза застереження про публічний порядок. Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень: 60 річна історія успіху. Збірник доповідей і статей V Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І.Г.Побірченко. К.: МКАС при ТПП України. 2019. С. 9–19.

99. Крупчан О. Д. Оспорювання рішень міжнародного комерційного арбітражу. Актуальні питання визначення застосовуваного права. Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство. За заг. ред. І. Г. Побірченко. К.: ІнЮре, 2007. С. 56–63.

100. Купцова М. В. Арбітражна угода як основа компетенції міжнародного комерційного арбітражного суду: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. К., 2012. 20 с.

101. Купцова М. В. Арбітрабельність спорів у міжнародному комерційному арбітражі. Адвокат. 2012. № 5. С. 41–45.
102. Курочкин С. А. Третейское разбирательство в Российской Федерации / под ред. О. Ю. Скворцова. М.: ВолтерсКлувер, 2010. 251 с.
103. Курочкин С. А. Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж как формы частного правоприменения. Правоприменение. 2017. Т. 1. № 2. С. 225. С. 219–226.
104. Лаврусь С. Ю. Реализация принципов права в юридической практике: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Самара, 2005. 239 с.
105. Лазарев В. В. Применение советского права. Казань, 1972. 200 с.
106. Лапшина А. С. К вопросу о праве, применимом международным коммерческим арбитражем. Сибирский юридический вестник. 2011. № 1 (52). С. 142–147.
107. Лебедев С. Н. Международное сотрудничество в области коммерческого арбитража. Москва : Издательство ТПП СССР, 1979. 216 с.
108. Либшер К. Императивные нормы в международном коммерческом арбитраже. Третейский суд. 2005. № 1. С. 78. С. 69–80.
109. Лис Г.І. Арбітрабельність спорів: порівняльно-правовий аспект. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. 2012. Випуск 19. Том 4. С. 229–232.
110. Лисенков С. Л., Копейчиков В. В. Теорія держави і права / за ред. В. В. Копейчикова. Київ: Юрінком Інтер, 2002. 368 с.
111. Лобовик Б. С. До питання про застосування ненаціонального права міжнародним комерційним арбітражем. Часопис Київського університету права. 2011. № 4. С. 383–386. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Chkup_2011_4_94.pdf.
112. Лобовик Б. С. Застосування міжнародним комерційним арбітражем ненаціонального матеріального права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Борис Сергійович Лобовик. Київ, 2012. 205 с.
113. Лобовик Б. С. Застосування міжнародним комерційним арбітражем ненаціонального матеріального права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук:

12.00.03. Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. К., 2013. 20 с.

114. Лобовик Б. С. Особливості застосування міжнародним комерційним трибуналом норм міжнародного публічного права і загальних принципів права. Вісник Запорізького національного університету. 2011. № 4. С. 41–47.

115. Лунц Л. А. Курс международного частного права. Общая часть. Москва : Юрид. лит., 1973. 384 с.

116. Майданик Р.А. Выбор применимого права к договору по законодательству Украины и Европейского Союза. Международный коммерческий арбитраж: вызовы современности. Сборник статей и докладов. К 25-летию деятельности МКАС при ТПП Украины и развития международного коммерческого арбитража в Украине. К.: 2017. С. 118–143.

117. Мальский М. Особенности применения «ex aequo et bono» или «amiable compositeur». Материалы III Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И. Г. «Применимое право в международном коммерческом арбитраже. Практика применения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров». Сборник докладов. К. : МКАС при ТПП Украины. 2016. С. 120–130.

118. Мальський М., Богуцький А. Забезпечувальні заходи в міжнародному арбітражі. Проблеми застосування. Юридична газета. 2014. № 5-6. URL: https://arzinger.ua/files/file/file_collection/ua/Interim%20measures%20in%20international%20arbitration.pdf

119. Мальський М. М. Арбітражна угода: теоретичні та практичні аспекти. Львів: Літопис, 2013. 374 с.

120. Мамон З. Проблеми визначення права, що підлягає застосуванню при вирішенні суперечок міжнародним комерційним арбітражем. Підприємництво, господарство і право. 2005. № 8. С. 32–34.

121. Мамон З. В. Співвідношення міжнародного публічного і міжнародного комерційного арбітражів: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11. Ін-т законодавства Верховної Ради України. К., 2011. 185 с.

122. Международное частное право / под ред. Г. К. Матвеева. Киев, 1985.

173 с.

123. Международный коммерческий арбитраж: учебник / Б. Р. Карабельников. М.: Инфотропик Медиа: б. и., 2012. 576 с.

124. Международный коммерческий арбитраж: вызовы современности. Сборник статей и докладом. К 25-летию деятельности МКАС при ТПП Украины и развития международного коммерческого арбитража в Украине. К.: 2017. 256 с.

125. Міжнародне приватне право: підручник / А. С. Довгерт, В. І. Кисіль, О. М. Бірюков та ін. / під ред. А. С. Довгерта і В. І. Кисіля. Київ: Алерта, 2012. Загальна частина. 376 с.

126. Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. д.ю.н., проф. А. Довгерта. Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. 352 с.

127. Міжнародний інвестиційний арбітраж: деякі тенденції та досвід України. К.: Юстиніан, 2012. 312 с.

128. Міжнародний комерційний арбітраж / Білоусов Ю. В., Конащук В. М., Коссака В. М. та ін.; під ред. У. Гелльманна, В. М. Коссака. Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2015. 204 с.

129. Міжнародний комерційний арбітражний суд: відповідність сьогоденню: зб. наук. пр. / НАПрН, НДІ приват. права і підприємництва; за ред. акад. НАПрН України О.Д. Крупчана. К.: Ред. журн. «Право України», 2013. 360 с.

130. Міжнародний комерційний арбітраж: навч. посіб. / О. Т. Волощук; Чернів. нац. ун-т ім. Ю. Федьковича. Чернівці: Чернівецький нац. ун-т, 2011. 260 с.

131. Міжнародний арбітраж в Україні та світі: доктрина і практика: зб. матеріалів круглого столу / НДІ приват. права і підприємництва Нац. акад. прав. наук України, Міжнар. комерц. арбітр. суд при Торг.-пром. палаті України, Юрид. журн. «Право України»; [ред. кол.: О. Д. Крупчан (голова) та ін.]. К.: НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України, 2010. 72 с.

132. Нагнибеда В.И. Участие юридических лиц публичного права как стороны арбитражных соглашений при разрешении споров в международных арбитражах. *Leges et Vita*. 2020. № 6-7. С. 104–109.

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

134. 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. URL: <https://doi.org/10.25313/2520-2308-2020-3-5763>

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

136. 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.

137. 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.

138. 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.

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

140. 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.

141. 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.

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

143. 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.

144. 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.

145. Нагнибіда В. І. Правосуб'єктність фізичних осіб як сторони арбітражних угод при вирішенні спорів в міжнародних арбітражах. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Юридичні науки*. 2020. № 43. С. 196–199.

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

147. 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.

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

149. 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.

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

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

152. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. 3-є вид., перероб. і доп. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. Київ: Юрінком Інтер, 2008. Т. I. 831 с.

153. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм : монография. Москва: Госюриздат, 1960. 512 с.
154. Николюкин С. В. Арбитражные соглашения и компетенция международного коммерческого арбитража. Проблемы теории и практики. М.: Юриспруденция, 2009. 144 с.
155. Об арбитраже : Закон Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года № 488-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 21.01.2019 г.). URL: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=35110250#pos=3;-247.
156. Очерки международного частного права. Под ред. А.С. Довгерт. Х.: Одиссей, 2007. 816 с.
157. Павлишин О. В. Правозастосування та його ознаки в контексті семіотико-правового аналізу правової реальності. Філософські та методологічні проблеми права. 2017. № 1 (13). С. 164–165.
158. Панов А. А. Принцип «*jura novit curia*» в международном коммерческом арбитраже. Новые горизонты международного арбитража. Вып. 1: сб.ст. / Под ред. А. В. Асоскова, Н. Г. Вилковой, Р. М. Ходыкина. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 285. С. 270–296.
159. Пахомова Л. А. Требования, предъявляемые к форме и содержанию постановлений суда первой инстанции в гражданском судопроизводстве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2010. 20 с.
160. Перепелинская Е. Арбитрабельность споров по законодательству Украины: проблемные вопросы. Материалы II Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И. Г. Сборник докладов. Киев: МКАС при ТПП Украины, 2015. С. 32–33.
161. Перепелинська О. Які спори (не) можна передавати на вирішення міжнародного арбітражу за законодавством України? URL: <https://www.integrites.com/uk/publications/yaki-spori-ne-mozhna-peredavati-na-virishennya-mizhnarodnogo-arbitrazhu-za-zakonodavstvom-ukraini/>
162. Перепелинська О. Арбітрабельність корпоративних спорів в Україні. Юридичний журнал. 2012. № 7/8. С. 171–176.

163. Перепелюк А. М. Механізм застосування права: структура та критерії ефективності (загальнотеоретичний аспект): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2016. С. 94. 224 с.

164. Петров Я. Право, применяемое к определению правоспособности сторон арбитражного спора. Материалы III Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И. Г. «Применимое право в международном коммерческом арбитраже. Практика применения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров». Сборник докладов. К.: МКАС при ТПП Украины. 2016. С. 106–110.

165. Петров Я. Чрезвычайный пошел: Вопрос признания и исполнения обеспечительных мер, вынесенных чрезвычайным арбитром, стал актуальным и для Украины. Юридическая практика. 2017. № 29 (969). URL: http://arbitration.kiev.ua/Uploads/kucher/Petrov_YP_July2016.pdf

166. Петров Я. Деякі міркування щодо арбітрабельності спорів за українським законодавством. Юридичний Радник. 2008. № 1. С. 6–9.

167. Пильков К. Право, применяемое к вопросам доказывания. Материалы III Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И. Г. «Применимое право в международном коммерческом арбитраже. Практика применения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров». Сборник докладов. К. : МКАС при ТПП Украины. 2016. С. 111–120.

168. Пільков К. М. Доказування у міжнародному комерційному арбітражі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Нац. акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва ім. Ф. Г. Бурчака. Київ, 2016. 20 с.

169. Пільков К. М. Теорія і практика доказування у міжнародному комерційному арбітражі: монографія. Київ: Освіта України, 2016. 239 с.

170. Подцерковний О.П. Процедури міжнародного комерційного арбітражу та порядок виконання (оспорювання) арбітражних рішень як новий правовий кластер. Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень: 60 річна історія успіху. Збірник доповідей і

статей V Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І.Г.Побірченко. К.: МКАС при ТПП України. 2019. С. 94–101.

171. Подцерковный О. Соотношение диспозитивных и императивных норм в международном коммерческом праве с учетом Венской конвенции 1980 года. Материалы III Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И. Г. «Применимое право в международном коммерческом арбитраже. Практика применения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров». Сборник докладов. К. : МКАС при ТПП Украины. 2016. С. 167–177.

172. Пожоджук Р. Правова природа арбітражної угоди. *Юридична Україна*. 2014. № 5. С. 95–103. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/urykr_2014_5_18.

173. Пономаренко В. А. Мотивированность судебного решения в гражданском и арбитражном процессе: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2007. 19 с.

174. Постанова Великої Палати Верховного Суду у справі за № 906/493/16 від 28 серпня 2018 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78977571>.

175. Постанова Верховного Суду від 13 лютого 2020 року. Єдиний унікальний № 824/166/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL :<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87793666>.

176. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі за № 904/927/18 від 3 вересня 2019 р. Верховний Суд. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/84094948>.

177. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі за № 907/930/15 від 17 березня 2020 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88360066>.

178. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду у справі за № 824/65/19 від 13 лютого 2020 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87733035>.

179. Постанова Вищого господарського суду України у справі за № 923/790/15 від 03.11.2015 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53191326>.

180. Постанова Дніпропетровського апеляційного господарського суду у справі за № 904/3721/16 від 11 липня 2016 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58900063>.

181. Постанова Другої судової палати Касаційного цивільного суду Верховного Суду у справі за № 755/11937/16-ц від 30.01.2019 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79744770>.

182. Постанова Другої судової палати Касаційного цивільного суду Верховного Суду у справі за № 755/4608/16-ц від 13.06.2018 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74963416>.

183. Постанова Касаційного цивільного суду Верховного суду у справі за № 824/97/2019 від 27.02.2020 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88016374>.

184. Постанова Касаційного цивільного суду Верховного суду у справі за № 307/2675/18 від 21.02.2020 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87793689>.

185. Постанова Касаційного цивільного суду Верховного суду у справі за № 824/168/19 від 20.02.2020 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87888082>.

186. Постанова Київського апеляційного господарського суду у справі за № 910/5253/18 від 21 червня 2018 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74879426>.

187. Постанова Одеського апеляційного господарського суду у справі за № 923/789/15 від 14.07.2015 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/46764865>.

188. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 грудня

1999 року № 12. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-99#Text>.

189. Постановление о прекращении арбитражного разбирательства в деле № 109 от 29 апреля 2015 года. Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Украины. URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Case-No.-109.pdf>.

190. Практика МКАС при ТПП Украины. Внешнеэкономические споры / под общ. ред. И. Г. Побирченко. К.: Праксис, 2006. 864 с.

191. Притика Ю.Д. Онлайн-арбітраж: поняття, ознаки та перспективи впровадження. Практика МКАС. Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень: 60 річна історія успіху. Збірник доповідей і статей V Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І.Г.Побірченко. К.: МКАС при ТПП України. 2019. С. 159–167.

192. Притика Ю. Д. Міжнародний комерційний арбітраж: питання теорії і практики / Ю.Д. Притика. К.: Ін Юре, 2005. 516 с.

193. Притика Ю. Д. Теоретичні проблеми захисту прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді: дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ, 2006. 630 с.

194. Притика Ю. Д., Амборський А. В. Щодо поняття і складових арбітрабельності: теоретичний аналіз. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки. 2016. Випуск 1. Том 2. С. 13. С. 10–13.

195. Притика Ю. Д. Формирование доктрины арбитрабельности в украинском праве. Международный коммерческий арбитраж: вызовы современности. Сборник статей и докладов. К 25-летию деятельности МКАС при ТПП Украины и развития международного коммерческого арбитража в Украине. Киев: МКАС при ТПП Украины, 2017. С. 205–215.

196. Про виконавче провадження : Закон України від 02.06.2016 р. № 1404-VIII. Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>

197. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду

з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV. Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/3477-15>.

198. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03.10.2017 р. № 2147-VIII. Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19/ed20171003/print>.

199. Про внесення змін до деяких законів України (щодо вдосконалення порядку діяльності третейських судів та підвищення відповідальності третейських суддів з метою відновлення довіри до третейського розгляду): проект Закону України від 3045-1 від 26.02.2020. Верховна Рада України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=68253.

200. Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання: Закон України від 20.02.2003 р. № 549-IV. Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/549-15#Text>

201. Про державно-приватне партнерство: Закон України від 01.07.2010 р. № 2404-VI. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2404-17>

202. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 01.07.2004 р. № 1952-IV. Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1952-15>.

203. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань: Закон України від 15.05.2003 р. № 755-IV. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15#n697>.

204. Про захист від недобросовісної конкуренції: Закон України від 07.06.1996 р. № 236/96-ВР. Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/236/96-%D0%B2%D1%80#Text>

205. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон Верховної Ради УРСР

від 16.04.1991 р. № 959-XII. Відомості Верховної Ради УРСР. 1991. № 29. Ст. 377.

206. Про концесію: Закон України від 03.10.2019 р. № 155-IX. Верховна Рада України. Законодавство України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/155-20>

207. Про медіацію: проект Закону України від 19.05.2020 р. № 3504. Верховна Рада України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68877.

208. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV. Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>

209. Про міжнародний комерційний арбітраж : Закон України від 24.02.1994 р. № 4002-XII. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 25. Ст. 198.

210. Про обов'язковість висновків Верховного Суду. URL: <https://lexinform.com.ua/dumka-eksperta/pro-obov-yazkovist-vysnovkiv-verhovnogo-sudu/>.

211. Про приватизацію державного і комунального майна : Закон України від 18.01.2018 р. № 2269-VIII. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2269-19>

212. Про створення вільної економічної зони «Крим» та про особливості здійснення економічної діяльності на тимчасово окупованій території України: Закон України від 12.08.2014 р. № 1636-VII. URL : <https://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1636-18>

213. Про судовий збір: Закон України від 08.07.2011 р. № 3674-VI. Офіційний вісник України. 2011. № 59. Ст. 2349.

214. Про третейські суди: Закон України від 11.05.2004 р. № 1701-IV. Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1701-15>

215. Про фінансову реструктуризацію: Закон України від 14.06.2016 р. № 1414-VIII. Верховна Рада України. Законодавство України. URL:

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1414-19>

216. Прохорко Т. Н. Диспозитивность как принцип российского гражданского права: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Пермь, 2010. 186 с.

217. Прусенко Г. Є. Забезпечувальні заходи у міжнародному комерційному арбітражі: монографія. Київ: Правова єдність: Алерта, 2017. 193 с.

218. Прусенко Г. Є. Поняття «патологічного» арбітражного застереження у міжнародному комерційному арбітражі. Часопис Київського університету права. 2013. № 1. С. 392–395.

219. Пугинский Б. И. Теория и практика договорного регулирования. Москва: Зерцало–М, 2008. 224 с.

220. Рабенко С. Л. Захист прав суб'єктів господарювання міжнародним комерційним арбітражем: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. К., 2013. 15 с.

221. Рада суддів України. Українське право. URL: <https://ukrainepravo.com/news/ukraine/navantazhennya-na-suddyu-sumskogo-apelyatsiynogo-sudu-mozhe-u-12-raziv-perevyshchyty-pokaznyk-vyznach/>.

222. Рамзайцев Д. Ф. Внешнеторговый арбитраж в СССР / Д. Ф. Рамзайцев. М.: Внешторгиздат, 1957. 184 с.

223. Ребриш Б. Ю. Застосування судами України надімперативних норм при розгляді справ, що виникають із транскордонної недобросовісної конкуренції. Проблеми законності. 2017. Вип. 136. С. 91. С. 89–105.

224. Регламент Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України, затверджений Рішенням Президії Торгово-промислової палати України від 27.07.2017 р. № 25(6). Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України. URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Reglament-ISAS-pry-TPP-Ukrayiny.pdf>.

225. Решение по делу № 122 от 19.08.2016 г. Практика Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины. URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Case-No.-122.pdf>.

226. Рішення Конституційного Суду України від 10.01.2008 р. № 1-рп/2008 у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців сьомого, одинадцятого статті 2, статті 3, пункту 9 статті 4 та розділу VIII «Третейське самоврядування» Закону України «Про третейські суди» (справа про завдання третейського суду). Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-08>.

227. Рішення Шевченківського районного суду м. Києва у справі за № 761/25718/17 від 26.10.2017 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69973094>.

228. Розгляд зовнішньоекономічних спорів у комерційних арбітражах і морських арбітражних комісіях: зб. наук. пр. / Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.», Півд. регіон. центр Нац. акад. прав. наук України; [заг. ред. О. П. Подцерковний]. О.: Фенікс, 2012. 178 с.

229. Рубанов А. А. Вопросы теории правоотношения в международном частном праве. XXVI съезд КПСС и проблемы гражданского и трудового права, гражданского процесса. Москва, 1982. С. 89–94.

230. Савельева Т. А. Мотивированность решения арбитражного суда: новеллы законодательства. Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2020. № 3 (134). С. 165–170.

231. Селивон Н. Ф. МКАС при ТПП Украины: 25 лет эффективной деятельности в соответствии с мировыми стандартами. Международный коммерческий арбитраж: вызовы современности. Сборник статей и докладов. К 25-летию деятельности МКАС при ТПП Украины и развития международного коммерческого арбитража в Украине. К.: 2017. С. 7–23.

232. Селивон Н. Ф. Взаимодействие судебной власти с международным коммерческим арбитражем. Ежегодник украинского права. Харьков, 2012. № 4. С. 274–284.

233. Селівон М. Ф. Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: стан і перспективи розвитку. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2013. № 2. С. 5–18.

234. Семчик В. І. Проблеми реалізації права. Альманах права. 2011. Вип. 2. С. 8–11.
235. Сидоренко М. В. Правова природа права на судовий захист. Актуальні проблеми держави і права. 2011. № 59. С. 257–262.
236. Ситкарева Е. В. Эффективность разбирательства в международном коммерческом арбитраже: сторонам есть о чем договориться. Пробелы в российском законодательстве. Юридический журнал. 2012. № 3. С. 99–105. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/effektivnost-razbiratelstva-v-mezhdunarodnom-kommercheskom-arbitrazhe-storonam-est-o-chem-dogovoritsya>.
237. Скакун О. Ф. Теория государства и права: учебник. Харьков: Консум, 2000. 704 с.
238. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підручник. Київ: Алерта, 2017. 528 с.
239. Слипачук Т.В. Возрождение правила «voie directe»: некоторые аспекты и современные тенденции определения арбитрами применимого права в международном коммерческом арбитраже. Юридическая практика. 2008. № 20. URL: <https://pravo.ua/articles/vozrozhdenie-pravila-voie-directe/>
240. Слипачук Т. Перекрестный опрос свидетеля в международном арбитражном процессе: как к нему готовиться и как проводить. Международный коммерческий арбитраж: вызовы современности. Сборник статей и докладов. К 25-летию деятельности МКАС при ТПП Украины и развития международного коммерческого арбитража в Украине. К.: 2017. С. 215–222.
241. Слипачук Т. В. Арбитрабельность международных коммерческих споров в Украине. Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. № 1. С. 133–142.
242. Сліпачук, Т. Практичні аспекти процесу доказування у міжнародному комерційному арбітражі. Право України. 2011. № 1. С. 122–129.
243. Словник української мови: в 11 т. К.: Наук. думка, 1975. Т. 6 (П). 832 с.

244. Статистика розгляду справ судами України за 2019 рік. Судова влада України. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2019.

245. Стрельцова Є.Д. До дискусії щодо змістовних положень колізійного права. Правова держава. 2011. № 13. С. 13–16.

246. Сырых В. М. Логические основания общей теории права: современное правопонимание. Москва : РАП, 2007. Том. 3. 512 с.

247. Сырых В. М. Теория государства и права. Москва : ЗАО Юстицинформ, 2007. 591 с.

248. Тарахонич Т. І. Механізм дії права, механізм правового регулювання, механізм реалізації права: особливості взаємодії. Держава і право. 2010. Вип. 50. С. 12–18.

249. Теорія держави і права / О. В. Зайчук, А. П. Заєць, В. С. Журавський та ін. / під ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 688 с.

250. Теплюк С.М. Застереження про публічний порядок як підстава для відмови у визнанні і виконанні іноземних арбітражних рішень: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 2018. 19 с.

251. Тимченко Г. П. Способи та процесуальні форми захисту цивільних прав: дис. ... канд юрид. наук: 12.00.03 / Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. Харків, 2002. 203 с.

252. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (с изменениями 2006 года). Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. URL: https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf.

253. Трояновский А. Определение применимого права в практике международного коммерческого арбитража. Розгляд зовнішньоекономічних спорів у комерційних арбітражах і морських арбітражних комісіях: зб. наук. праць / за ред. О. П. Подцерковного. Одеса : Фенікс, 2012. С. 101. С. 96–107.

254. Україна – дружня арбітражу юрисдикція: статистично-аналітичний огляд, 2013–2014 [Текст] / укл.: К. Пільков. К.: Cai&Lenard, 2014. 29 с.

255. Ухвала Господарського суду Івано-Франківської області у справі за № 909/1113/18 від 26 грудня 2018 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78925507>.

256. Ухвала Господарського суду міста Києва від 10 червня 2020 року. Єдиний унікальний № 910/4796/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89739407>

257. Ухвала Господарського суду Сумської області від 25 червня 2020 року. Єдиний унікальний № 920/551/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/90024794>

258. Ухвала Київського апеляційного суду у справі за № 796/147/2018 від 08 листопада 2019 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85646014>

259. Ухвала Київського апеляційного суду у справі за № 824/175/19 від 9 грудня 2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86394070>.

260. Ухвала Київського апеляційного суду у справі за № 824/199/2019 від 24 січня 2020 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87242403>

261. Ухвала Київського апеляційного суду у справі за № 824/66/20 від 22 червня 2020 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/90020647>

262. Ухвала Київського апеляційного суду у справі за № 796/182/2018 від 23 жовтня 2018 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77324473>

263. Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва у справі за № 761/22253/15-ц від 17 грудня 2015 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56199103>

264. Ушаков А. А., Реутов В. П. Социально-управленческая природа применения права. Применение советского права : сб. науч. трудов. Свердловск, 1974. Вып. 30. С. 8–9.

265. Хахалев К. Р. К вопросу о способах применения права. Теория и практика общественного развития. 2014. № 21. С. 145–147.

266. Хвале́й В. В. Дерогационный эффект арбитражного соглашения. Арбитражная практика. 2009. № 10. С. 37–47.

267. Хертцфельд Дж. Место проведения арбитражного разбирательства и выбор применимого права. Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 75-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2007. С. 470–482

268. Храпуцкий А. Имплементация принципов инквизиционного процесса арбитражем как механизм сокращения его сроков и стоимости. Международный коммерческий арбитраж: вызовы современности. Сборник статей и докладов. К 25-летию деятельности МКАС при ТПП Украины и развития международного коммерческого арбитража в Украине. К.: 2017. С. 232–236.

269. Храпуцький О. Взаємодія Нью-Йоркської конвенції 1958 року з національним законодавством та іншими міжнародними договорами. Більш сприятливий режим. Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень: 60 річна історія успіху. Збірник доповідей і статей V Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І.Г.Побірченко. К.: МКАС при ТПП України. 2019. С. 20–23.

270. Цивільне право України. Загальна частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2010. 976 с.

271. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

272. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р № 1618-IV. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

273. Цират Г. А. Реформа процедур признания и исполнения судебных решений по гражданским и коммерческим делам в Европейском Союзе. Закон и жизнь. 2013. №8/3. С. 289–293.

274. Цірат Г. Особливості застосування ст. II (3) Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. у практиці українських судів. Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень: 60 річна історія успіху. Збірник доповідей і статей V Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І.Г.Побірченко. К.: МКАС при ТПП України. 2019. С. 46–54.

275. Цірат Г.А. Міжнародний комерційний арбітраж. К.: Істина, 2020. 304 с.

276. Чепурна С., Легка О. Нові правила арбітрабельності спорів: крок вперед чи два назад? URL: https://www.asterslaw.com/ua/press_center/publications/new_rules_of_dispute_arbitrability_in_ukraine/

277. Черных Ю.С. Соотношение Венской конвенции и национального законодательства при исчислении убытков. Материалы III Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И. Г. «Применимое право в международном коммерческом арбитраже. Практика применения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров». Сборник докладов. К. : МКАС при ТПП Украины. 2016. С. 84–88.

278. Черных Ю.С. Толкование контрактов: материально-правовые и процессуальные аспекты. Международный коммерческий арбитраж: вызовы современности. Сборник статей и докладов. К 25-летию деятельности МКАС при ТПП Украины и развития международного коммерческого арбитража в Украине. К.: 2017. С. 237–246.

279. Чи обов'язково судам враховувати правові позиції ВСУ і хто може від них відступати: теорія та практика. URL: https://protocol.ua/ua/chi_obov_yazkovo_sudam_vrahovuvati_pravovi_pozitsii_vsu_i_hto_moge_vid_nih_vidstupati_teoriya_ta_praktika/.

280. Чому практика Верховного Суду України не є обов'язковою. URL: <https://kuniansky.com.ua/all/omitted-case-canon/>

281. Шелкопляс Н. Арбитражное соглашение: теоретические вопросы, имеющие практическое значение. Белорусский журнал международного права и

международных отношений. 1998. № 3. URL: <http://evolutio.info/ru/journal-menu/1998-3/1998-3-shelkoplyas>

282. Шемелин Д. Исполнение многоуровневых арбитражных оговорок: проблемы и перспективы. Юрист&Закон. 2016. № 31. URL: https://uz.ligazakon.ua/magazine_article/EA009484

283. Шепель Т. П., Чагін С. М., Колотило М. М. Третейські суди в Україні: стан та розвитку, статистика, практика та перспективи розвитку. Київ: USAID, 2018. 52 с.

284. Юсупов В. А. Правоприменительная деятельность органов управления. Москва, 1979. 136 с.

285. Яремко В.В. Особенности рассмотрения строительных споров в международном коммерческом арбитраже. Международный коммерческий арбитраж: вызовы современности. Сборник статей и докладов. К 25-летию деятельности МКАС при ТПП Украины и развития международного коммерческого арбитража в Украине. К.: 2017. С. 247–250.

286. AAA Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures, Including Procedures for Large, Complex Commercial Disputes, Rules Amended and Effective October 1, 2013. American Arbitration Association. URL: https://www.adr.org/sites/default/files/CommercialRules_Web.pdf

287. Agarwal A. K., D. Harsh Jain «Commerciality» in International Commercial Arbitration. Indian Institute of Management. Ahmedabad. URL: <http://vsilir.iima.ac.in:8080/jspui/bitstream/11718/32/1/2006-04-10agarwal.pdf>.

288. AIAC Fast Track Arbitration Rules as of March 9, 2018. Asian International Arbitration Centre. URL: <https://www.aiac.world/wp-content/arbitration/AIAC-Fast-Track-Arbitration-Rules-v3.pdf>.

289. Albert Jan van der Berg The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981. 480 pp.

290. Alexander J. Bělohávek B2C: Consumer Protection in Arbitration. Huntington, NY, USA: Juris, 2012. P. 554.

291. Al-Obaidli J. Concern About the Enforceability of Arbitral Awards in Qatar.

Arbitration. Chartered Institute of Arbitrators. 2014. Vol. 80. Issue 3. P. 326–331.

292. Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration: Report of the Secretary-General, 18th session of UNCITRAL, June 3-21, 1985, UN Doc. A/CN.9/264. The United Nations Commission on International Trade Law. URL: <https://undocs.org/en/A/CN.9/264>.

293. Annex V– Emergency Arbitrator Rules. ICC Rules of Arbitration (1 March 2017). International Chamber of Commerce. URL: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>.

294. Anzorena S. I. The Incapacity Defence Under the New York Convention / Ignacio Suarez Anzorena // Цит. за: Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice Gaillard, Emmanuel, and Domenico Di Pietro. Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention 1958 in Practice. London: Cameron May, 2007. 988 p.

295. Appendix II «Emergency Arbitrator» of the Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce: adopted by the Stockholm Chamber of Commerce and in force as of 1 January 2017 (revised as of 1 January 2020). Stockholm Chamber of Commerce. URL: https://sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules_eng_2020.pdf.

296. Appendix IV – Case Management Techniques. ICC Rules of Arbitration (1 March 2017). International Chamber of Commerce. URL: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>.

297. Arbitrability: International and Comparative Perspectives. Ed. by Mistelis Loukas A. and Brekoulakis L. Stavros. New York: Kluwer Law International, 2009. 408 pp.

298. Arbitral Proceedings Reform Act (German Arbitration Act), entered into force on January 1998. URL: <https://sccinstitute.com/media/29988/german-arbitration-act.pdf>.

299. Arbitration Act 1996. HM Government. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

300. Arbitration Award of July 7, 1998: Case of Mr. Franz Sedelmayer vs. Russian Federation. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0757.pdf>.

301. Arbitration Between States, State Enterprises, or State Entities, and Foreign Enterprises: Resolution as of September 12, 1989. Eighteenth Commission, Rapporteur: Session of Santiago de Compostela – 1989. The Institute of International Law. URL: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1989_comp_01_en.pdf.

302. Arbitration in Belgium. June 6 2019. URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=80c90c48-8b7f-49cb-9ad6-6a6dc095ad4b>

303. Arbitration Law of the People's Republic of China, as of September 1, 1995 (as amended on September 1, 2017). URL: <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?cgid=83c8fbd6da8a6eb8bdfb&lib=law>.

304. Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce: adopted by the Stockholm Chamber of Commerce and in force as of 1 January 2017 (revised as of 1 January 2020). Stockholm Chamber of Commerce. URL: https://sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules_eng_2020.pdf

305. Austrian Arbitration Act, as amended by SchiedsRÄG 2013 in force as of 1 January 2014. URL: <https://www.viac.eu/en/arbitration/content/austrian-arbitration-act-2013>.

306. Austrian Code of Civil Procedure as of 1 August 1895 as amended by the 2013. URL: <https://www.viac.eu/en/arbitration/content/austrian-arbitration-act-2013#Arbitrability>.

307. Austrian Labour and Social Courts Act (ASGG) BGBl. No. 104/1985. URL: <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/42850/99654/F-382056107/AUT42850%20Ger.pdf>.

308. Award of June 29, 2007: Case of Tokios Tokeles v. Ukraine. International Centre for Settlement of Investment Disputes. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0866.pdf>.

309. Award of September 15, 2003: Case of Generation Ukraine, Inc. v.

Ukraine. International Centre for Settlement of Investment Disputes. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf>.

310. Bagner H. Confidentiality – A Fundamental Principle in International Commercial Arbitration? *Journal of International Arbitration*. 2001. Volume 18. Issue 2. P. 243–249.

311. Baniassadi M.R. Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration. *Berkeley Journal of International Law*. 1992. Vol. 10. Issue 1. P. 63. P. 59–84.

312. Bantekas I. The foundations of arbitrability in international commercial arbitration. *Australian Yearbook of International Law*. 2008. Vol. 27. 194 p.

313. Baron Patrick M., Liniger Stefan A Second Look at Arbitrability. *Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany*. *Arbitration International*. 2003. Vol. 19. No. 1. P. 27–54.

314. Basedow, J. Private Enforcement of EC Competition Law. *Aplphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV*, 2007. 345 pp.

315. Bassler W. G. The Enforceability of Emergency Awards in the United States: or When Interim Means Final. *Arbitration International*. 2016. 32. P. 559–574.

316. Bederman J. David *International Law in Antiquity*. Cambridge University Press, 2001. 322 p.

317. Belgian Employment Contract Act [ECA], 3 July 1978, as last amended on 05.03.2017. URL: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?cn=1978070301&la=F&language=fr&table_name=loi.

318. Belgian Judicial Code, in force as from September 1, 2013 (as amended on December 25, 2016). URL: <http://www.cepani.be/en/arbitration/belgian-judicial-code-provisions>.

319. Bělohávek A. J. Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur. *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*. Borders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings. 2013. P. 25–51.

320. Benedettelli M. Applying the UNIDROIT Principles in International

Arbitration: An Exercise in Conflicts. *Journal of International Arbitration*. 2016. Volume 33. Issue 6. P. 653–686.

321. Berger K. P. Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion? ICCA Congress ser no. 13. *International Arbitration 2006: Back to Basics?* / ed. Albert Jan van den Berg. New York: Kluwer Law International, 2007. P. 301–334.

322. Bermann A. George Navigation EU Law and the Law of International Arbitration. *Arbitration International*. 2012. Volume 28. Issue 3. P. 397–447.

323. Bermann G. A. Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts. *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*. Springer International Publishing AG, 2017. P. 1–78.

324. Bilder R. B. An overview of International Dispute Settlement. *Emory Journal of International Dispute Resolution*. 1986. Vol. 1 No. 1. P. 1–32.

325. Binder P. *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*. London: Sweet & Maxwell: Thomson Reuters, 2010. 716 p.

326. Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009. 549 p.

327. *Black's Law Dictionary* / ed. Bryan A. Garner. Ninth ed. (June 25, 2009). West, 2009. 1920 p.

328. Boog Ch. The Lazy Myth of the Arbitral Tribunal's Duty to Render an Enforcement Award. *Kluwer Arbitration Blog*. Wolters Kluwer. URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/01/28/the-lazy-myth-of-the-arbitral-tribunals-duty-to-render-an-enforceable-award/>.

329. Boog Ch., Moss B. Arbitrability, Foreign Mandatory Law and the Lazy Myth of the Arbitral Tribunal's Obligation to Render an Enforceable Award : A Case Note on Swiss Federal Supreme Court Cases 4A_654/2011 and 4A_388/2012. *ASA Bulletin*. 2013. Vol. 31 No. 3. P. 647–658. URL: https://www.swlegal.ch/media/filer_public/bd/d0/bdd0566f-43c2-49ee-8d58-

[5a05955c7535/130919_christopher-boog_benjamin-moss_asab-31-3_arbitrability-foreign-mandatory-law-and-the-lazy-myth-of-the-arbitral-tribunal-s-obligation-to-render-an-enforceable-award.pdf](#).

330. Born G. International Commercial Arbitration. 2nd edition. The Netherlands: Wolters Kluwer Law & Business. 2014. 806 p.

331. Born G. International Commercial Arbitration: International and USA Spectra commentary and Materials. Kluwer Law International, 2001. 1149 p.

332. Born G. B. International Commercial Arbitration. Second Edition. Kluwer Law International, 2014. 4408 p.

333. Bouwers G. J. Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts – A Turkish Study. Scientific Cooperations 2nd International Conference on Social Sciences, 2-3 April 2016, Istanbul-Turkey. 2016. P. 169–181. URL: http://ase-scoop.org/papers/IWLP-2016/2.Bouwers_IWLP.pdf.

334. Bulgarian Private International Law Prom. SG. 42/17 May 2005, amend. SG. 59/20 Jul 2007, amend. SG. 47/23 Jun 2009. URL: <https://kenarova.com/law/Code%20of%20the%20International%20Civil%20Law.pdf>.

335. Calavros C. The application of substantive mandatory rules in International Commercial Arbitration from the perspective of an EU UNCITRAL Model Law jurisdiction. Arbitration International. 2018. P. 1–22. URL: <https://academic.oup.com/arbitration/advance-article-abstract/doi/10.1093/arbint/aiy005/4930713>.

336. Calster Van G. Kerpow! The United Kingdom courts, and the arbitration Exception in the Brussels I regulation. Geert Van Calster. European Review of Private Law. 2013. Vol. 21. Issue 1. Pp. 205–220.

337. Carbonneau T. E., Janson F. Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability. Tulane Journal of International and Comparative Law. 1994. Vol. 2. P. 193–222.

338. Caron D. D., Caplan L. M. The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary. Second Edition. Oxford University Press, 2013. 1136 p.

339. Carter J. Arbitration and Company Law in England and Wales. European

Company Law. 2015. Volume 12. Issue 3. P. 138–143.

340. Chang M.-L. Harmonisation of Procedural Law in International Commercial Arbitration. University of Stirling, 2009. 343 p. URL: <https://dspace.stir.ac.uk/handle/1893/9931#.XuNojkUzZPY>

341. Chiwitt-Oberhammer T. Der fehlerhafte Der fehlerhafte Schiedsspruch. Vienna, Verlag Österreich, 2000, 290 pp.

342. Choice of Venue in International Arbitration / edited by Michael Ostrove, Claudia Salomon, and Bette Shifman. Oxford University Press, 2014. 656 p.

343. CIETAC Online Arbitration Rules, as of January 1, 2015. China International Economic and Trade Arbitration Commission. URL: <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=2770&l=en/>

344. Claxton J. Tailoring International Arbitration for Efficiency: Harmonizing Trade Law to Enable Private Sector Regional Development. Wellington : Victoria University, 2019. Volume XX. P. 149–170.

345. Clyde & Co LLP and another v Winkelhof: QBD 22 Mar 2011. URL: <https://swarb.co.uk/clyde-and-co-llp-and-another-v-winkelhof-qbd-22-mar-2011/>

346. Code de procédure civile et administrative De la Republique Algeriennenn°08-09 du 18 Safar 1429 correspondant au 25 février 2008. URL: <https://www.commerce.gov.dz/reglementation/loi-n-deg-08-09>.

347. Concise International Arbitration / ed. by Loukas A. Mistelis. New York: Kluwer Law International, 2010. 1115 p.

348. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950. United Nations Treaty Collection. United Nations Organization. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20213/volume-213-I-2889-English.pdf/>

349. Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels, 1968 «Brussels convention». URL: <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm>.

350. Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards, Geneva, 26

September 1927. Treaty Collection. United Nations Organization. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/LON/PARTII-7.en.pdf>

351. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). United Nations Organization. URL: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>.

352. Cordero Moss G. Legal capacity, Arbitration and Private International Law. Convergence and Divergence in Private International Law / ed. by K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides. Liber Amicorum Kurt Siehr. Utrecht: Eleven International Publishing, 2010. 917 p.

353. Cordero-Moss G. Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules: Further Steps. Stockholm International Arbitration Law Review. 2010. Vol. 13. Issue 3. P. 96–99.

354. Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents. The Council of the European Communities. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31986L0653>.

355. Council Directive 91/493/EEC of 22 July 1991 laying down the health conditions for the production and the placing on the market of fishery products. The Council of the European Communities. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1433818013802&uri=CELEX:31991L0493>.

356. Council Directive 92/25/EEC of 31 March 1992 on the wholesale distribution of medicinal products for human use. The Council of the European Communities. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1433818374898&uri=CELEX:31992L0025>.

357. Council Directive 96/49/EC of 23 July 1996 on the approximation of the laws of the Member States with regard to the transport of dangerous goods by rail. The Council of the European Communities. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1433818013802&uri=CELEX:31996L0049>.

358. Council Regulation (EEC) No 2340/90 of 8 August 1990 preventing trade by the Community as regards Iraq and Kuwait. The Council of the European

Communities.

URL:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31990R2340>.

359. Croff C. The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is It Still a Conflict of Laws Problem? *International Lawyer*. 1982. Vol. 16. No. 4. P. 613–645.

360. D'Ascoli Silvia, Scherr Kathrin Maria The Rule of Prior Exhaustion of Local Remedies in the International Law Doctrine and its Application in the Specific Context of Human Rights Protection. URL: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6701/LAW_2007_02.pdf;

361. Dardana Ltd v Yukos Oil Co Opinion of the United States Court of Appeals, Second Circuit in the case No. 02-9383, dated 26 June, 2003 «Sarhank Group v Oracle Corp». The United States Court of Appeals. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1476967.html>.

362. Decision of 12 December 1975 :Case of Provenda S.A v. Alimenta S.A and Geneva. Court of Justice (Switzerland). URL: http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=559.

363. Decision of the England and Wales Court of Appeal (Civil Division) case No. A3/2001/1029, dated 18 April, 2002. England and Wales Court of Appeal. URL: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjCzva468jbAhWGDywKHSeIDaoQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.newyorkconvention.org%2F11165%2Fweb%2Ffiles%2Fdocument%2F1%2F8%2F18132.pdf&usg=AOvVaw0VGyYhIEZCgP4A96FA2Zya>.

364. Derains Y. Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration. *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress series. 1987. No. 3. P. 227–258.

365. Derains Y., Schwartz E. A Guide to the ICC Rules of Arbitration. Kluwer Law International, 2005. P. 384–385.

366. DeWitt B. S. A Judgment Without Merits: The Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Confirming, Recognizing, or Enforcing Arbitral Awards. *Texas International Law Journal*. 2015. Vol. 50. Issue 3. P. 495–517.

367. Di Pietro D., Platte M. Enforcement of International Arbitration Awards. The New York Convention of 1958. Cameron May Ltd., 2001. 282 p.

368. Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights (codified version). The European Parliament and the Council of the European Union. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1433818570966&uri=CELEX:32006L0116>.

369. Dursun A. G. S. A Critical Examination of the Role of Party Autonomy In International Commercial Arbitration and an Assessment of its Role and Extent. Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2012. № 1. P. 161–188.

370. Dutch Code of Civil Procedure Effective 1 October 2019. Book 4. Arbitration. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilprocedureleg.htm>.

371. Egyptian Law Concerning Arbitration in Civil and Commercial Matters. See: Amazu A. Asouzu The Egyptian Law Concerning Arbitration in Civil and Commercial Matters. African Journal of International and Comparative Law. 1996. № 27. P. 139–168.

372. Elgar Encyclopedia of International Economic Law / ed. by Thomas Cottier. Cheltenham-Northampton : Edward Elgar Publishing, 2017. P. 319–321.

373. Estonia Code of Civil Procedure, entry into force 01.01.2006. URL: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/513122013001/consolide>

374. European Convention on International Commercial Arbitration. Geneva, 21 April 1961. Treaty Collection. United Nations Organization. URL: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf.

375. Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law. IISD Best Practices Series – January 2017. URL: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf>

376. Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006. The United Nations

Commission on International Trade Law. URL:
https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

377. Fazilatfar H. Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration. Edward Elgar Publishing Limited, 2019. 224 p.

378. Final Judgment of District Court of Rotterdam in Anema BV v. Broekman Motorships BV: Case 4127/86. [1991] I.L.Pr. 1991. P. 285.

379. Fouchard P., Gaillard E. Berthold. *Traité del'arbitrage commercial International*. Editions Litec, 1996. 651 p.

380. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration / Philippe Fouchard, Berthold Goldman, Emmanuel Gaillard, John Savage. Kluwer Law International, 1999. 1280 p.

381. Fountoulakis C. The Parties' Choice of 'Neutral Law' in International Sales Contracts. *European Journal of Law Reform*. 2006. Vol. VII. No. 3/4. P. 303–329.

382. Franz T. Schwarz, Christian W. Konrad *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009. 1136 pp.

383. Freimane N. Arbitrability: problematic issues of the legal term. Riga, 2012. Riga Graduate School of Law. URL:
<https://sccinstitute.com/media/56097/arbitrability-problematic-issues.pdf>.

384. French Code of Civil Procedure. URL:
<https://www.legifrance.gouv.fr/content/location/1745>

385. Frick J. G. *Arbitration and Complex International Contracts*. Schulthess Verlag, Zürich, 2001. 332 p.

386. Friedland P. *Arbitration Clauses for International Contracts*. New York: Juris Publishing, 2007. 370 p.

387. Gao Xiaoli Report of P.R.China on the Arbitrability Exception in the New York Convention. URL:
<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=04504A31-6996-4E94-A72A-BE4FDB927ADA>

388. Gelander J. L. *Judicial Review of International Arbitral Awards*:

Preserving Independence in International Commercial Arbitrations. *Marquette Law Review*. 1997. Volume 80. Issue 2. P. 625–644.

389. Georgios I. Zekos Antitrust/Competition Arbitration in EU versus U.S. *Law. Journal of International Arbitration*. 2008. Vol. 25. Issue 1. Pp. 1–29.

390. Gluck G. Great Expectations: Meeting the Challenge of a New Arbitration Paradigm. *The American Review of International Arbitration*. 2012. Vol. 23. P. 231–243.

391. Green Paper on the review of Council Regulation (EC) no 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels, 2009). Commission of the European Communities. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52009DC0175>.

392. Guide sur l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme: Droit à un recours effectif (31 Octobre 2019). Conseil de l'Europe / Cour européenne des droits de l'homme. URL: https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_13_FRA.pdf.

393. Guide to Good Practice in Respect of Domestic Remedies, adopted by the Committee of Ministers of member States of the Council of Europe on 18 September 2013. Council of Europe: Directorate General. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Pub_coe_domestic_remedies_ENG.pdf.

394. Guideline 3, Comment 15 of IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses (adopted by a resolution of the IBA Council 7 October 2010). URL: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=D94438EB-2ED5-4CEA-9722-7A0C9281F2F2>.

395. Hanotiau B. The Law Applicable to Arbitrability. *Singapore Academy of Law Journal*. 2014. 26. P. 874–885.

396. Harris B., Planterose R., Tecks J. *The Arbitration Act 1996: a commentary*. 4th ed. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2007. 507 p.

397. Hascher D.T. The Law Governing Procedure: Express or Implied Choice by the Parties – Contractual Practice. ICCA Congress Series No. 7. XIIth International Arbitration Congress (Vienna, 3-6 November 1994). Kluwer Law International, 1996. P. 322–336.

398. Hascher D. T. Commentary on the European Convention on International Commercial Arbitration of 1961. Yearbook Commercial Arbitration. 2011. Vol. XXXVI. P. 516. URL: https://www.arbitration-icca.org/media/4/49305067580462/media113534204360520hascher_commentary_on_the_european_convention_1961.pdf.

399. Heiskanen V. And/Or: The Problem of Qualification in International Arbitration. Arbitration International. 2010. Vol. 26. No. 4. P. 441–466.

400. Herinckx Y. Belgium: no longer a proper guerrilla terrain for arbitration. Arbitration Newsletter. February 2014. URL: http://www.herinckx.be/publications/Y._Herinckx,_Belgium_no_longer_a_proper_guerrilla_terrain_for_arbitration.pdf

401. Heuman L. Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure, New-York 2003. 872 p.

402. HKIAC Administered Arbitration Rules 2018. The Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC). URL: https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018_hkiac_rules.pdf

403. Hobér K. Arbitration Involving States // Lawrence W. Newman, Richard D. Hill The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration 3rd ed. New York : Juris Publishing, 2014. 1079 pp.

404. Hochstrasser D. Choice of Law and «Foreign» Mandatory Rules in International Arbitration. Journal of International Arbitration. 1994. Vol. 11. No. 1. P. 57-86.

405. Hollander P., Draye M. Arbitration Guide. IBA Arbitration Committee. BELGIUM (Updated February 2018). URL: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=E41B7EF2-24A3-4456-B311-8B51DDE1AAB4>.

406. Holtzmann H. M., Neuhaus J. E. A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary. The Hague : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1995. 1320 p.

407. Horton D., Andrea Cann Chandrasekher After the Revolution: an Empirical Study of Consumer Arbitration. Georgetown Law Journal. 2015. Vol.124. No. 8. Pp. 57–124.

408. Huleatt-James M., Gould N. International Commercial Arbitration : a handbook. London-Hong-Kong: LLP, 1999. 226 p.

409. Hungary Act LX of 2017 on arbitration (as in force on 2 January 2018). URL: http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/106843/131257/F-266585574/J2017T0060P_20180102_FIN.pdf

410. Hunter M. Introduction: The Law Governing the Procedure. ICCA Congress Series No. 7. XIIth International Arbitration Congress (Vienna, 3-6 November 1994). Kluwer Law International, 1996. P. 320–321.

411. IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses (adopted by a resolution of the IBA Council 7 October 2010). URL: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=D94438EB-2ED5-4CEA-9722-7A0C9281F2F2>.

412. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. International Bar Association. URL: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

413. ICC International Court of Arbitration (First Partial Award) 7110. URL: <http://www.unilex.info/principles/case/713>

414. ICC International Court of Arbitration. Case № 10504. URL: <http://www.unilex.info/principles/case/2109>

415. ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator («EA») Proceedings. International Chamber of Commerce. URL: https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/03/_icc-arbitration-adr-commission-report-on-emergency-arbitrator-proceedings.pdf

416. ICC Rules of Arbitration, as of March 1, 2017. International Chamber of Commerce. URL: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>

417. ICCA's Guide to The Interpretation of the 1958 New York Convention: A

Handbook for Judges. URL: https://www.arbitration-icca.org/media/12/78086121165466/judges_guide_nyc_english_2018_reprint.pdf

418. Iceland Act No. 53.1989, on Contractual Arbitration. URL: <http://www.newyorkconvention.org/national+arbitration+law+-+iceland>

419. Illmer M. Brussels I and arbitration revisited : the European Commission's proposal COM(2010) 748 final. Martin Illmer // *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* / ed. by Ju. Basedow, Folger Fleischer, Reinhard Zimmermann. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. Pp. 645–670.

420. Improving access to remedy in the area of business and human rights at the EU level : Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights (1/2017, as of April 10, 2017, Vienna). The European Union Agency for Fundamental Rights (FRA). URL: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-opinion-01-2017-business-human-rights_en.pdf.

421. Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention. ICCA Congress Series /edited by Albert Jan van den Berg. 1998. Volume 9. Paris: Kluwer Law International, 1999. 145 p.

422. Incoterms® 2020: International Commercial Terms. International Chamber of Commerce. URL: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-2020/>

423. International Arbitration: Guidelines & Ethics. Chartered Institute of Arbitrators. URL: <https://www.ciarb.org/resources/guidelines-ethics/international-arbitration/>.

424. International Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration'. *Arbitration International*. 2010. Vol. 26. No. 2. P. 193–220.

425. Introductory Act to the German Civil Code in the version promulgated on 21 September 1994, last amended by Article 17 of the Act of 20 November 2015. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html.

426. Italian Code of Civil Procedure as of 28 October 1940. URL:

<http://www.ipsoa.it/codici/cpc/l4/t8>.

427. JAIAC Fast Track Arbitration Rules as of January 1, 2017. Jamaica International Arbitration Centre. URL: <https://jaiac.org/jaiac-fast-track-arbitration-rules/>.

428. Janssen A. The relationship between the CISG and international arbitration: a love with obstacles? *Contratto e impresa / Europa*. CEDAM, 2015. P. 44-74. URL: https://www.researchgate.net/publication/282993811_The_Relationship_Between_the_CISG_and_International_Arbitration_A_Love_with_Obstacles#read

429. Japan's Private International Law: Act on the General Rules of Application of Laws, Law No. 10 of 1898 (as newly titled and amended 21 June 2006). URL: http://blog.hawaii.edu/aplpj/files/2011/11/APLPJ_08.1_anderson.pdf.

430. Judgement of the Court on 13 February 2014 within the case 109/88 *Handelsog Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening* («Danfoss»). Court of Justice of the EU. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61988CJ0109>.

431. Judgement of the Court on 13 February 2014 within the case C-555/13 *Merck Canada Inc.* («Merck Canada») and *Accord Healthcare Ltd, Alter SA, Labochem Ltd, Synthon BV and Ranbaxy Portugal*. Court of Justice of the EU. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CO0555&rid=1>.

432. Judgement of the Court on 17 September 1997 within the case C-54/96 *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH v Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*. Court of Justice of the EU. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61996CJ0054>.

433. Judgement of the Court on 27 January 2005 within the case C-125/04 *Guy Denuit, Betty Cordenier v. Transorient – Mosaique Voyages et Culture SA*. Court of Justice of the EU. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62004CJ0125#Footnote1>.

434. Judgement of the Court on 30 May 2002 within the case C-516/99

«Schmid» Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland (Austria). Court of Justice of the EU. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=47369&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4183>.

435. Judgement of the Supreme Court of the United Kingdom, dated 3 November 2010 in the case «Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v. Ministry of Religious Affairs». Supreme Court of the United Kingdom. URL: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12996309461120/dallah_real_estate_v_ministry_of_religious_affairs.pdf.

436. Judgement of the Svea Court of Appeal, dated 17 December 2007, Case No. T 3108-06 «State of Ukraine v. Norsk Hydro ASA». Svea Court of Appeal. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7723_2.pdf.

437. Judgment of 01 February 1996: Case of Re Carter et al. and McLaughlin et al. Ontario Court, Canada. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V01/847/23/PDF/V0184723.pdf?OpenElement>.

438. Judgment of 10 February 1994: Case of Kamani Engineering Corp. v. Societe de Traction. Supreme Court of India. URL: https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/rm_investments_trading_co_pvt_ltd_v_boeing_co_10-02-1994.pdf.

439. Judgment of 10 May 2001: Case of Lithgow and others v. The United Kingdom: Apl. № 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57526>.

440. Judgment of 10 May 2001: Case of T. P. and K. M. v. The United Kingdom: Apl. № 28945/95. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59456>.

441. Judgment of 10 September 2010: Case of McFarlane v. Ireland: Apl. № 31333/06. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-100413>.

442. Judgment of 12 July 2001: Case of Prince Hans-Adam II of Liechtenstein

v. Germany: Apl. № 42527/98. European Court of Human Rights. URL: <http://echr.ketse.com/doc/42527.98-en-20010712/view/>.

443. Judgment of 12 May 2000: Case of Khan v. The United Kingdom: Apl. № 35394/97. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-58841>.

444. Judgment of 14 December, 2011 : Case of Figueiredo Ferraz v. Republic of Peru. United States Court of Appeals, Second Circuit. URL: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/09-3925/09-3925.combined_opn-2011-12-14.html.

445. Judgment of 15 November 1996: Case of Chahal v. The United Kingdom: Apl. № 22414/93. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-58004>.

446. Judgment of 16 December 2003: Case of Transado-Transportes Fluviais do Sado, S.A. v. Portugal: Apl. № 35943/02. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-44660>.

447. Judgment of 18 February 1999: Case of Waite and Kennedy v. Germany: Apl. № 26083/94. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58912>.

448. Judgment of 18 November, 1980 : Case of Birch Shipping Corporation v. Embassy of the United republic of Tanzania. United States District Court, District of Columbia. URL: <http://www.uniset.ca/other/cs3/507FSupp311.html>.

449. Judgment of 19 February 1998: Case of Kaya v. Turkey: Apl. № 158/1996/777/978. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-58138>.

450. Judgment of 2 March 1983: Case of B. V. Bureau Wijsmuller v. United States of America as Owner of the Warship Julius A. Furer. United States Court of Appeal, Second Circuit. URL: <https://openjurist.org/702/f2d/333/bv-bureau-wijsmuller-v-united-states>.

451. Judgment of 20 October, 2005: Case of AIG Capital Partners, Inc and CJSC Tema Real Estate Company Limited v. The Republic of Kazakhstan. High

Court Of Justice. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0022.pdf>.

452. Judgment of 23 September 1982 : Case of Sporrang and Lönnroth v. Sweden: Apl. № 6289/73. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57580>.

453. Judgment of 24 October 1989 : Case of H. v. France: Apl. № 10073/82. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57502>.

454. Judgment of 25 September 1997: Case of Aydin v. Turkey: Apl. № 57/1996/676/866. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-58371>.

455. Judgment of 26 October 2000: Case of Kudla v. Poland: Apl. № 30210/96. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-58920>.

456. Judgment of 27 February 1980: Case of Deweer v. Belgium: Apl. № 6903/75. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57469>.

457. Judgment of 28 July 1998: Case of Ergi v. Turkey: Apl. № 66/1997/850/1057. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-58200>.

458. Judgment of 28 June 1978 : Case of König v. Germany: Apl. № 6232/73. European Court of Human Rights. URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57512>.

459. Judgment of 28 June 1984: Case of Campbell and Fell v. The United Kingdom: Apl. № 7878/77. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57456>.

460. Judgment of 29 November 2016 : Case of Lupeni Greek Catholic Parish and others v. Romania: Apl. № 76943/11. European Court of Human Rights. URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169054>.

461. Judgment of 29 October 2015: Case of Ustimenko v. Ukraine: Apl. № 32053/13. European Court of Human Rights. URL: <http://www.humanrightsnorway.com/wp-content/uploads/2015/10/CASE-OF-USTIMENKO-v.-UKRAINE.pdf>.

462. Judgment of 3 April 2008: Case of Regent Company v. Ukraine: Apl. № 773/03. European Court of Human Rights. URL: <http://echr.ketse.com/doc/773.03-en-20080403/view/>.

463. Judgment of 30 April 2002: Case of Ross v. Christian and Timbers Inc. Ontario Superior Court of Justice. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/600/35/PDF/V0460035.pdf?OpenElement>.

464. Judgment of 30 August 2007: Case of Milantic Trans S.A. v. Ministerio de la Producción (Astilleros Río Santiago y otro. Court of Appeal in Administrative matter in La Plata. URL: http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=4572&opac_view=2.

465. Judgment of 30 June 1981: Indian Organic Chemical Ltd v. Chemtex Fibers Inc. Bombay High Court. URL: <https://indiankanoon.org/doc/250191/>.

466. Judgment of 30 October 1991: Case of Vilvarajah and others v. The United Kingdom: Apl. № 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-57713>.

467. Judgment of 4 May 2000: Case of Rotaru v. Romania: Apl. № 28341/95. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-58586>.

468. Judgment of 6 November 2008: Case of M/SComed Chemical Ltd. v. C. N. Ramchand. Supreme Court of India. URL: <https://indiankanoon.org/doc/55003/>.

469. Judgment of 7 July 1989: Case of Soering v. The United Kingdom: Apl. № 14038/88. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-57619>.

470. Judgment of 8 June 2006: Case of Sürmeli v. Germany: Apl. № 75529/01. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-75689>.

471. Judgment of 9 October 1979 : Case of Airey v. Ireland: Apl. № 6289/73. European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420>.

472. Judgment of June 20, 1995: Case of Estate Sandefur v. Greenway. Missouri Court of Appeals. Western District. URL:

<https://www.casemine.com/judgement/us/5914840cadd7b049344b0dbe#p669>.

473. Judgment of June 8, 2011: Case of URL: Democratic Republic of the Congo v. FG Hemisphere Associates. The Court of Final Appeal of the Hong Kong Special Administrative Region. URL: http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/congo_et_al_v_fg_hemisphere_associates_llc_facv_no_5-7_of_2010.pdf.

474. Judgment of May 5, 1998 : Case of Westridge Investment Group, L.P. v. McAtee. Missouri Court of Appeals. Western District. URL: <https://www.casemine.com/judgement/us/591480ceadd7b049344793d3>.

475. Judgment of November 15, 2002: Case of Monegasque de Reassurances S.A.M. (Monde Re), v. NAK Naftogaz of Ukraine and State of Ukraine. United States Court of Appeals, Second Circuit. URL: <https://openjurist.org/311/f3d/488/arbitration-between-monegasque-de-reassurances-sam-v-nak-naftogaz-of-ukraine>.

476. Judgment of November 4, 2005: Case of Svenska Petroleum Exploration AB v. Government of the Republic of Lithuania. High Court Of Justice. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7449.pdf>.

477. Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 9 November 2000. – Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0381>

478. Judgment of the Court of 1 June 1999 – Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0126>

479. Jurgita Petkutė-Gurienė. The competence-competence principle in commercial arbitration: a comparative analysis. Social Transformations in Contemporary Society, 2017 (5). P.88–98. URL: http://stics.mruni.eu/wp-content/uploads/2017/07/STICS_2017_5_88-98.pdf.

480. Kahn-Freund O. General Problems of Private International Law. Netherlands: Springer, 1980. 336 p.

481. Karrer A. P. Glossary of arbitration and ADR terms and abbreviations.

Basel: Swiss Arbitration Association, 2009. 32 pp.

482. Kingdom of Saudi Arabia Law of Arbitration. See: Jean-Benoît Zegers. Arbitration Guide. IBA Arbitration Committee. URL: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=B771EC7D-1691-4B32-8EFD-595A3F8315C7>

483. Kirby J. Efficiency in International Arbitration: Whose Duty Is It? *Journal of International Arbitration*. 2015. Vol. 32. No. 6. P. 689–696.

484. Kirry A. Arbitrability: Current Trends in Europe. *Arbitration International*. 1996. Vol. 12. 376 p.

485. Klein F.-E. *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé: précédées d'une étude de législation, de doctrine et de jurisprudence comparées en la matière*. Helbing & Lichtenhahn, 1955. 320 p.

486. Kreindler R., Kopp T., Gerardy P. Arbitration Guide. IBA Arbitration Committee. GERMANY (Updated February 2018). URL: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=72111D60-6585-412C-B239-189ABF22108F>

487. Krejci H. *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*. 3 Aufl. Bd. II. Wien, 2002. 856 p.

488. Kronke H., Nacimiento P., Dirk O., Port Ch. N. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary of the New York Convention*. New York : Kluwer Law International, 2010. P. 33–35.

489. Kubalczyk A. M. Evidentiary Rules in International Arbitration – A Comparative Analysis of Approaches and the Need for Regulation. *Groningen Journal of International Law*. 2015. 3(1). P. 85–109.

490. L. G. R. di Brozolo Applying the Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration: What Role for Inherent Powers? URL: <https://ssrn.com/abstract=3093985>

491. Lalive P. On the Reasoning of International Arbitral Awards. *Journal of International Dispute Settlement*. 2010. Vol. 1(1). P. 55–65.

492. Lando O. *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*. Essays on

International Commercial Arbitration / edited by Petar Sarcevic. London-Norwell : Graham & Trotman, 1989. P. 129–159.

493. Latvian Arbitration Law as of November 28, 2014. URL: http://vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/Arbitration_Law.pdf.

494. Lauterpacht E. International Law Reports. 1982. Vol. 63. P. 524–529.

495. Law No. 27/1994 Promulgating the Law Concerning Arbitration in Civil and Commercial Matters. URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/eg/eg020en.pdf>

496. Law of Arbitration: Royal Decree of the Kingdom of Saudi Arabia, dated 24/5/1433H – 16/4/2012 of approving the Law of Arbitration No. M/34. URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/sa/sa057en.pdf>.

497. Law of Georgia on Arbitration as of June 19, 2009. URL: <http://giac.ge/wp-content/uploads/2016/04/Georgian-Law-on-Arbitration.pdf>.

498. Law of the People's Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations (Adopted at the 17th session of the Standing Committee of the 11th National People's Congress, 28 October 2010). URL: <https://conflictoflaws.net/News/2011/01/PIL-China.pdf>.

499. LCIA Arbitration Rules (2014), effective 1 October 2014. London Court of International Arbitration. URL: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Translations.

500. Legal and Practical Aspects of Arbitration in Georgia: Report, February, 2018. Caucasus Research Resource Center. URL: https://www.undp.org/content/dam/georgia/docs/publications/DG/UNDP_GE_DG_Arbitration_Study_20180312_eng.pdf.

501. Leonardo V.P. de Oliveira The English Law Approach to Arbitrability of Disputes. International Arbitration Law Review. 2016. 19 (6). P. 155–167.

502. Lew J. D. M. Applicable Law in International Commercial Arbitration. Oceana Publications, Inc., 1978. 633 p.

503. Lew J. D. M., Mistelis L. A., Kröll S. Comparative International

Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2003. 953 p.

504. Lörcher G. Enforceability of Agreed Awards in Foreign Jurisdictions. *Arbitration International*. 2001. Vol. 17. № 3. P. 275–285.

505. Lord Mustill, Boyd S.C. Mustill & Boyd: Commercial Arbitration: 2001 Companion Volume. Butterworths Tolley, 2000. 600 p.

506. Louise E. Matthaei The Place of Arbitration and Mediation in Ancient Systems of International Ethics. *The Classical Quarterly*. 1908. Vol. 2, No. 4 (Oct., 1908). 241 p.

507. Luzzatto R. International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States. *Recueil des cours*. 1977. Vol. 157. 120 p.

508. Malskyy M., Yaremko V. The largest Ukrainian arbitration case to date: Naftogaz v RosUkrEnergo. *Arbitration News. Newsletter of the International Bar Association*. Vol. 16, No. 1, March 2011. P. 83–85. URL: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=9B5BAF14-DD8B-4B54-8139-79088AF7A611>

509. Maniruzzaman A. F. M. Conflict of Laws Issues in International Arbitration: Practice and Trends. *Arbitration International*. 1993. Vol. 9. No. 4. P. 371–403.

510. Mann F. A. «Lex Facit Arbitrum». *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke/ ed.P. Sanders*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1967. P. 157–183.

511. Mann-Long Chang A Study of Mandatory Rules and Public Policy in International Commercial Arbitration. URL: http://www.zhongwang.com.tw/page.php?menu_id=70&p_id=78#_ftnref28

512. Mathilde C. When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach. *Washington and Lee Law Review*. 2015. Vol. 72(2). P. 483–571. URL: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=4449&context=wlulr>.

513. Mayer P. Mandatory Rules of Law in International Arbitration. *Arbitration*

International. 1986. 2. P. 275. P. 274–293.

514. Mayer P., Sheppard A. Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. *Arbitration International*. 2003. 19(2). P. 249–263.

515. Mehren A. T. International Commercial Arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence. *Louisiana Law Review*. 1986. Vol. 46. No. 5. P. 1045–1059.

516. Memorandum Opinion and Order: Case of Hoffman v. Cargill, Inc., As of August 2, 1999. United States District Court, N.D. Iowa, Central Division. URL: <https://casetext.com/case/hoffman-v-cargill-incorporated-ndiowa-1999>.

517. Mietrechtsgesetz: Bundesgesetz vom 12. November 1981 über das Mietrecht (Mietrechtsgesetz – MRG). The Legal Information System of the Republic of Austria. URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002531>

518. Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd. England and Wales High Court, 20 January 1999. URL: http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=456

519. Mistelis L. A., Brekoulakis S. L. Arbitrability: International and Comparative Perspectives. Kluwer Law International, 2009. 408 p.

520. Mistelis L. A., D. Di Pietro Concise International Arbitration. New York: Kluwer Law International, 2010. 1115 p.

521. Morissey J.F., Graves J.M. International Sales Law and Arbitration. Problems, Cases and Commentary. Kluwer Law International, 2008. 500 p.

522. Moses M. L. The Principles and Practice of International Commercial Arbitration. Cambridge University Press, 2008. 340 p.

523. Naon H. A. G. Choice-of-law problems in international commercial arbitration. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. 2001. Vol 289. 396 p.

524. Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond

Hochseefischerei Nordstern AG, Case 102/81, [1982] ECR 1095; Denuit and Cordenier v. Transorient Mosaïque Voyages and Culture, S.A., Case C-125/04, [2005] ECR I-923 (para. 13).

525. Nouveau Code de Procédure Civile Libanais : Legislative Decree No. 90/83 dated 1983 (amended 1993). URL: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjhiY3oueDoAhXqlIsKHflpCyUQFjAAegQIARAB&url=http%3A%2F%2Fwww.newyorkconvention.org%2F11165%2Fweb%2Ffiles%2Fdocument%2F2%2F1%2F21085.pdf&usg=AOvVaw1gDsc1ZSKOylqpTYEqWkFS>.

526. Nowaczyk P. Efficient Arbitrator – Call for Safety of Arbitrators. Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України. URL: https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Nowaczyk_Call-fo-Safety-of-Arbitrators.pdf.

527. Nygh P. Autonomy in International Contracts. Oxford: Clarendon Press, 1999. 320 p.

528. Oberlandesgericht Frankfurt a. M., Germany, 20 Sch 01/02, 14 March 2003. URL: <http://www.dis-arb.de/en/47/datenbanken/rspr/olg-frankfurt-am-case-no-20-sch-01-02-date-2003-03-14-id240>.

529. Onyema E. Introduction to International Commercial Arbitration. Chartered Institute of Arbitrators, 2012. 76 p.

530. Opinion No. 11 (2008) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the quality of judicial decisions, adopted by the CCJE at its 10-15th meeting (Strasbourg, 18 December 2008). Consultative Council of European Judges (CCJE). URL: http://euromed-justice.eu/files/repository/20100716094018_10.CCJE.OPn11.pdf.

531. Opinion No. 7 (2005) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on «Justice and Society», adopted by the CCJE at its 6th meeting (Strasbourg, 23-25 November 2005). URL: [https://www.euromed-](https://www.euromed-justice.eu/files/repository/20100716094018_10.CCJE.OPn11.pdf)

justice.eu/en/system/files/20100908161822_Opinionno7CCJEJusticeandSocietyCoedoc.pdf.

532. Opinion of the Court as of April 27, 2010 : Case of Stolt-Nielson S.A. v. Animal Feeds International Corp. Supreme Courts of the United States. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/662/#tab-opinion-1963109>.

533. Opinion of the United States Court of Appeals, Third Circuit in the case No. 02-2897, 02-3542, dated 26 June, 2003 «China Minmetals Materials Import and Export Co., Ltd. v. Chi Mei Corporation». The United States Court of Appeals. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1158356.html>.

534. Park W. W., Paulsson J. The Binding Force of International Arbitral Awards. Virginia Journal of International Law. 1983. 23(2). P. 253–286.

535. Paulsson J. Jurisdiction and Admissibility. URL: <http://associationarbitri.com/wp-content/uploads/2016/10/Paulsson-Jurisdiction-and-Admissibility.pdf>

536. Perepelynska O. S. Party Autonomy vs. Mandatory Rules in International Arbitration. The Ukrainian Journal of Business Law. 2012. January – February 2012. P. 38–39.

537. Permesly J. L. What's Law Got to do with it?: The Role of Governing Law in International Commercial Arbitration. 2018. P. 453-468. URL: <https://www.skadden.com/insights/publications/2018/07/whats-law-got-to-do-with-it-the-role-of-governing>

538. Petillion F., Janssen J., Noesen D. Arbitration procedures and practice in Belgium: overview. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-013-9378?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-013-9378?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1).

539. Petsche M. A. Choice of Law in International Commercial Arbitration. Private International Law. Springer, Singapore, 2017. P. 19–37.

540. Piatek W. The right to an effective remedy in European law: significance, content and interaction. China-EU Law Journal. 2019. № 6. P. 163–174. URL: <https://rdcu.be/b3FA0>.

541. Planning efficient arbitration proceedings: The Law Applicable in

International Arbitration / edited by Albert Jan van den Berg. Hague: Law International, 1996. 603 p.

542. Polish Civil Procedure Code – Act of 17 November 1964. URL: http://arbitration-poland.com/legal-acts/139,polish_civil_procedure_code_-_act_of_17_november_1964_valid_from_10_january_2017_.html

543. Pollicino O. Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint. German Law Journal. 2004. Vol. 5(3). P. 283–317.

544. Porterfield M.C. Exhaustion of Local Remedies in Investor-State Dispute Settlement: An Idea Whose Time Has Come? URL: <https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2017/09/Porterfield-Exhaustion-of-local-remedies-2015.pdf>.

545. Poudret J.-F., Besson S. Comparative Law of International Arbitration. Sweet & Maxwell, 2007. 952 p.

546. Private International Law of Dutch Civil Code. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle10101011.htm>.

547. Protocol for E-disclosure in Arbitration. Chartered Institute of Arbitrators. URL: <https://www.ciarb.org/docs/defaultsource/practice-guidelines-protocols-and-rules/e-discolusure-in-arbitration.pdf?sfvrsn=2>.

548. Protocol on arbitration clauses, Geneva, 24 September 1923. Treaty Collection. United Nations Organization. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/LON/PARTII-6.en.pdf>.

549. Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 20 March 1952. European Court of Human Rights. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

550. Ralston J. H. International Arbitration from Athens to Locarno. The Lawbook Exchange, Ltd, 2004. 415 p.

551. Rana R. The Enforceability of Awards Set Aside at The Seat: An Asian And European Perspective. Fordham International Law Journal. 2017. Vol. 40. Issue 3. P. 813–838.

552. Reasons for Judgment of 02 May 2001: Case of The United Mexican States v. Metalclad Corporation 2001 BCSC 664. Supreme Court of the British Columbia. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0512.pdf>.

553. Redfern A., Hunter M., Blackaby N. Partasides C. Redfern and Hunter on International Arbitration. 5-th ed. Oxford University Press, 2009. 776 p.

554. Redfern A., Hunter M. Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2004. 661 p.

555. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). European Parliament, Council of the European Union. EUR-Lex. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593>.

556. Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II). European Parliament, Council of the European Union. EUR-Lex. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:EN:PDF>.

557. Regulation (EU) no 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters («Brussels I bis»). European Parliament and Council. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:EN:PDF>.

558. Regulation (EU) no 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (“Brussels I”). European Parliament and Council. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:en:PDF>.

559. Reichert K., Murphy R. Enforce ability of Foreign Arbitration Decisions: Publicis Communications & Publicis SA v True North Communications Inc. Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, CI Arb. 2001. Vol. 67. Issue 4. P. 369–373.

560. Reimann M. Die Entstaatlichung des Rechts und die Rechtsvergleichung.

Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts / hrsg. Von Reinhard Zimmermann. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. Teilband 2: Nichtstaatliches Privatrecht Geltung und Genese (Rechtsvergleichung Und Rechtsvereinheitlichung). Pp. 1–120.

561. Reiner Andreas Schiedsverfahren und Vereinsstatuten. GesRZ. 2007. Heft 3. 151 s.

562. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Reducing Time and Costs in Arbitration: Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration: ICC Publication 861-1 Eng. International Chamber of Commerce (ICC). URL: <https://www.iccwbo.be/wp-content/uploads/2012/03/20151101-Controlling-Time-and-Costs-Report.pdf>.

563. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. International Chamber of Commerce. URL: <http://www.iccwbo.org/about-icc/policy-commissions/arbitration/commission-rules,-reportsand-guidelines>.

564. Report of the Working Group on International Contract Practices on the Work of its Third Session A/CN.9/216 (New York, 16-26 February 1982). United Nations Commission on International Trade Law. URL: <https://undocs.org/en/A/CN.9/216>.

565. Research Handbook on EU Private International Law / edited by Peter Stone, Youseph Farah. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015. 416 p.

566. Resolution of the General Assembly of the United Nations Organization No A/RES/40/72, dated 11 December 1985. United Nations Organization. URL: <https://undocs.org/en/A/RES/40/72>.

567. Resolution of the General Assembly of the United Nations Organization No A/RES/61/33, dated 4 December 2006. United Nations Organization. URL: <https://undocs.org/en/A/RES/61/33&Lang=E>.

568. Richardson v. Mellish, 130 Eng. Rep. 294, 303 (Ex. 1824). United Settlement. URL: <http://www.uniset.ca/other/css/130ER294.html>.

569. Rubellin-Devichi J. L'arbitrage: Nature Juridique: Droit Interne et Droit International Privé. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965. 412 p.

570. Rubinstein J. International Commercial Arbitration: Reflections at the Crossroads of the Common Law and Civil Law Traditions Perspective. Chicago Journal of International Law. 2004. Vol. 5. No. 1. P. 303–310.

571. Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules). URL: https://praguerules.com/prague_rules/.

572. Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules). URL: <https://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf>

573. Salomon C., Sivachenko I. When International Arbitration Becomes Domestic. Law 360. November, 14, 2018. URL: <https://www.lw.com/thoughtLeadership/When-International-Arbitration-Becomes-Domestic>.

574. Sampaio A. N. The law governing the arbitration agreement: Why we need it and how to deal with it. International Bar Association. URL: <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=699FD751-0BD4-4A15-BF84-E2542A8219C9>

575. Sanders P. Arbitration in Settlement of International Commercial Disputes Involving the Far East and Arbitration in Combined Transportation, (Interim Meeting – Tokyo, 1988). ICCA Congress Series. 1989. No. 4. Springer: Netherlands, 1989. 438 p.

576. Sanders P. Trends in the Field of International Commercial Arbitration. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. 1975. Vol. 145. 296 p.

577. Sauser-Hall G. L'arbitrage en Droit International Privé. Inst. de Droit International, 1952. 469 p.

578. Scherer M. The Place or «Seat» of Arbitration (Possibility, and/or Sometimes Necessity of its Transfer?) – Some Remarks on the Award in ICC Arbitration n.º10'623. ASA Bulletin. 2003 No. 1. P. 112–119.

579. Schmitthoff C. M. Finality of arbitral awards and judicial review. Contemporary Problems in International Arbitration / J.D.M. Lew (ed.). 1987. P. 230-237.

580. Schwebel Stephen M. Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies

Revisited. URL: <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2688&context=til>.

581. SCIA Online Arbitration Rules, as of February 21, 2019. Shenzhen Court of International Arbitration. URL: <http://www.sccietac.org/files/fckFile/file/SCIA%20Online%20Arbitration%20Rules.pdf>.

582. Shelkopyas N. The Application of EC law in Arbitration Proceedings. Natalya Shelkopyas. Groningen: Europa Law Publishing, 2003. 488 pp.

583. Shore L. Defining 'Arbitrability' The United States vs. the rest of the world. New York Law Journal. 2009. Vol. 15. URL: <https://indiacorplaw.in/wp-content/uploads/2016/08/shore-definingarbitrability.pdf>.

584. SIAC Rules 2016: Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (6th Edition, 1 August 2016). Singapore International Arbitration Centre. URL: <https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>

585. Slipachuk T. What Law is Applicable to Arbitration Agreements: Who Is to Decide and How? Or Yet Again About the Things That Truly Matter. Юридический Журнал. URL: https://www.sk.ua/sites/default/files/article_slipachuk_intl_arbitration_yurzhurnal_eng_2_0.pdf.

586. Soft law in international arbitration / edited by Lawrence W. Newman and Michael J. Radine. New York: Juris, 2014. 458 p.

587. Spanish Civil Code. URL: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=5a8ad42e4>

588. Status of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). United Nations Organization. URL: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&clang=en#14.

589. Status of the European Convention on International Commercial Arbitration (Geneva, 21 April 1961): Declarations and Reservations. Notification. United Nations Organization. Treaty collection. URL: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=en#8.

590. Stone A. Paradox in the Theory of Commercial Arbitration. Dispute

Resolution Journal. 1966. Vol. 21. No. 3. URL:
<https://arbitrationlaw.com/library/paradox-theory-commercial-arbitration-dispute-resolution-journal-vol-21-no-3>.

591. Swiss Federal Statute on Private International Law of December 18, 1987.
 URL: https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPRG_english.pdf

592. Swiss Rules of International Arbitration (Swiss Rules), as of June, 2012.
 Swiss chamber's arbitration institution. URL:
https://www.swissarbitration.org/files/837/Swiss%20Rules%202019/Web%20versions%202019/Arbitration%20Web%202019/Arbitration/SwissRules2012_English_2019.pdf

593. Text of the Convention as provisionally approved by the Drafting Committee on 6 June 1958, E/CONF.26/L.61, p. 3. United Nations Organisation.
 Travaux préparatoires. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N58/135/71/PDF/N5813571.pdf?OpenElement>.

594. The Czech Republic Act dated 25th January 2012 Governing Private International Law. URL: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Act-Governing-Private-International-Law.pdfio>

595. The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts, Third / Jan Paulsson, Nigel Rawding, et al. (eds). KluwerLawInternational, 2010. 192 p.

596. The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (Approved on 19 March 2015). URL:
<https://assets.hcch.net/docs/5da3ed47-f54d-4c43-aaef-5eafc7c1f2a1.pdf>

597. The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.
 International Bar Association. URL:
http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

598. The Interviewing of Prospective Arbitrators : Practice Guideline 16.
 Chartered Institute of Arbitrators. URL: <http://www.ciarb.org/docs/default-source/practice-guidelines-protocols-and-rules/practice-guideline-16-april2011.pdf?sfvrsn=2>.

599. The Republic of Lithuania Law on Commercial Arbitration 2 April 1996

No I-1274. URL: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2013/07/Lithuania-Arbitration-Law.pdf>

600. The Swedish Arbitration Act as of 1st April 1999. URL: <http://sccinstitute.se/media/37089/the-swedish-arbitration-act.pdf>.

601. The top 10 ways to make arbitration faster and more cost effective. American Arbitration Association. URL: https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/the-top-10-ways-to-make-arbitration-faster-and-more-cost-effective.pdf.

602. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016 (UPICC). International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome. URL: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>

603. Theodore Eisenberg et al., Arbitration's Summer Soldiers: An Empirical Study of Arbitration Clauses in Consumer and Nonconsumer Contracts. The University of Michigan Journal of Law Reform. 2008. Vol. 41. Issue 4. Pp. 871-896. URL: <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol41/iss4/5/>.

604. Time and Cost – Considering the Impact of Settling International Arbitrations: Arbitration Report. International Centre for Dispute Resolution. American Arbitration Association. URL: https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/AAA241_ICDR_Time_and_Cost_Study.pdf?_ga=2.223058777.333320042.1587203289-820512861.1587203289.

605. Trakman L. «Legal Traditions» and International Commercial Arbitration. American Review of International Arbitration. 2007. 35 p. URL: https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/International-Arbitration-Doctrine-41international_arbitration.pdf

606. Transnational rules in international commercial arbitration. Edited by Emmanuel Gaillard. Paris: ICC Pub., International Law Association, 1993. 274 p.

607. Tunisian Arbitration Code as of April 26, 1993 No. 93-42. Publications de l'Imprimerie Officielle de la République Tunisienne. URL: <https://www.droit->

afrique.com/uploads/Tunisie-Code-2017-arbitrage.pdf.

608. Turkish International Private and Procedural Law (Act No. 5718) enacted on 27 November 2007 was entered into force on 12 December 2007. URL: <https://www.ispramed.com/wp-content/uploads/2018/07/IPPL-Turkey.pdf>.

609. Tweeddale A., Tweeddale K. Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice. Oxford University Press, 2005. 1190 p.

610. UK Insolvency Act 1986. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents>

611. UK Unfair Contract Terms Act 1977. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50>

612. UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010). United Nations Commission on International Trade Law. URL: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.

613. UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013) UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. The United Nations Commission on International Trade Law. URL: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf>.

614. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (with amendments as adopted in 2006). The United Nations Commission on International Trade Law. URL: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.

615. UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016). The United Nations Commission on International Trade Law. URL: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf>.

616. United Nations Conference on International Commercial Arbitration, Summary Records of the Seventeenth Meeting, E/CONF.26/SR.17, P. 9. United Nations Organisation. Travaux préparatoires. URL: <http://www.uncitral.org>

[/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf](/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf).

617. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. United Nations Commission on International Trade Law. URL: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>.

618. Vakharia A. Splitting Procedural Law: Examining the Implications of Union of India v. McDonnell Douglas. Dispute Resolution Journal. 2019. Vol. 73. No. 4. URL: <https://arbitrationlaw.com/library/splitting-procedural-law-examining-implications-union-india-v-mcdonnell-douglas-dispute>

619. Varady T., Barcello J., Mehren A. T. International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective. West Academic Publishing, 2012. 1120 p.

620. Vienna Rules 2018: Rules of Arbitration and Mediation, in force as from 1 January 2018. Vienna International Arbitral Centre. URL: <https://www.viac.eu/en/arbitration/content/vienna-rules-2018-online>

621. Volkov O., Kliuchkovskyi M. Kiev Appellate Court refuses to recognise and enforce SCC emergency arbitrator award in investment dispute against Ukraine. Thomson Reuters. 03.02.2017. URL: <http://arbitration.kiev.ua/Uploads/Admin/Kiev%20Appellate%20Court%20refuses%20to%20recognise%20and%20enforce%20SCC%20emergency%20arbitrator%20award.pdf>

622. Volkov V. Party Autonomy and Choice of Law. Kyiv Arbitration Days 2015. URL: https://uba.ua/documents/presentation/Volkov_V_2015.pdf

623. Wautelet P. Arbitration of Distribution Disputes Revisited. A Comment on Sebastian International Inc. v Common Market Cosmetics NV. The Practice of Arbitration. Essays in Honor of Hans van Houtte. Hart Publishing, 2012. P. 217-231.

624. Weintraub R. J. International Litigation and Arbitration: Practice and Planning, 3rd ed. Durham. North Carolina : Carolina Academic Press, 2001. 718 p.

625. William W. Park The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration. The International and Comparative Law Quarterly. 1983. Vol. 32. No. 1. P. 21–52.

626. Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz: Bundesgesetz vom 8. März 1979 über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen (Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz –

WGG). The Legal Information System of the Republic of Austria. URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10011509>.

627. Yaremko V. Case summary: Joseph Charles Lemire v. Ukraine. Arbitration News. Newsletter of the International Bar Association. Vol. 16, No. 2, September 2011. P. 20–22.

628. Yoshida I. Determination of the Seat of Arbitration under the Arbitration Act 1996. Arbitration: the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators. 1998. Vol. 64, No. 4. P. 292–294.

629. Zhang M. Enforceability: Foreign Arbitral Awards in Chinese Courts. San Diego International Law Journal. 2018. Vol. 20. URL: <https://digital.sandiego.edu/ilj/vol20/iss1/2>.

630. Zheng S. Tang Non-State Law in Party Autonomy – A European Perspective. International Journal of Private Law. 2012. Vol. 5. No. 1. Pp. 22–39.

631. Zhilsov A. N. Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration. Netherlands International Law Review. Volume 42. Issue 01. P. 81–119.

632. Zivilprozessordnung Gesetz vom 1 August 1895, RGBI. Nr. 113/1895. URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699>

633. Zuigao Renmin Fayuan Guanyu Shiyong «Zhonghua Renmin Gongheguo Shewai Minshi Guanxi Falü Shiyong Fa» Ruogan Wenti de Jieshi (Yi) (最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释(一)) [Interpretation of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Application of the Law of the People's Republic of China on the Application of Foreign-related Civil Relations Law (1)] (promulgated by the Sup. People's Ct., Apr. 23, 2013, effective Apr. 23, 2013).

ДОДАТОК А

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ ТА ВІДОМОСТІ ПРО АПРОБАЦІЮ РЕЗУЛЬТАТІВ 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 арбітрабельності 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. *Leges et Vita*. 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.

34. 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.

35. 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.

36. 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:

37. 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.

Відомості про апробацію результатів дисертації:

Основні положення дисертації обговорювалися і були схвалені 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., особиста участь); Четверта міжнародна науково-практична конференція «Проблеми теорії і практики виконання рішень судів та інших органів» (м. Хмельницький, 18–19 жовтня 2013 р., особиста участь); Міжнародна науково-практична конференція «Дванадцяті осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 8–9 листопада 2013 р., особиста участь); Міжнародна наукова конференція «Тринадцяті осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 14–15 листопада 2014 р., особиста участь); Міжнародна наукова конференція «Чотирнадцяті осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 23–24 жовтня 2015 р., особиста участь); П'ята міжнародна науково-практична конференція «Проблеми теорії і практики виконання рішень судів та інших органів» (м. Хмельницький, 13–14 червня 2019 р., особиста участь); 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., заочна участь); Міжнародна

науково-практична конференція «Юридична наука в ХХІ столітті: перспективні та пріоритетні напрями досліджень (м. Запоріжжя, 8–9 травня 2020 р., заочна участь); Міжнародна науково-практична конференція «Дев'ятнадцяті осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 23 жовтня 2020 р., особиста участь).

ДОДАТОК Б
ПРОПОЗИЦІЇ ДО УДОСКОНАЛЕННЯ ЧИННОГО ЗАКОНОДАВСТВА
УКРАЇНИ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ ДОСЛІДЖЕННЯ

ПРОЕКТ

ЗАКОН УКРАЇНИ

**«Про внесення змін до Закону України «Про міжнародний
комерційний арбітраж» (щодо вдосконалення переліку категорій спорів,
що можуть передаватись до міжнародного комерційного арбітражу за
угодою сторін)»**

Верховна Рада України п о с т а н о в л я є:

I. Внести зміни до таких законодавчих актів України:

1. У Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (Відомості Верховної Ради України, 1994 р., № 25, ст. 198 із наступними змінами):

1) частину першу та другу статті 1 викласти у такій редакції:

«1. Цей Закон застосовується до міжнародного комерційного арбітражу, якщо місце арбітражу знаходиться на території України. Однак положення, передбачені статтями 8, 9, 35 і 36 цього Закону, застосовуються і в тих випадках, коли місце арбітражу знаходиться за кордоном.

2. До міжнародного комерційного арбітражу можуть за угодою сторін передаватися:

спори з договірних та інших цивільних правовідносин, що виникають з або пов'язані зі здійсненням зовнішньоекономічної та інших видів міжнародної комерційної діяльності між юридичними особами приватного права, юридичними особами публічного права та/або фізичними особами, якщо на момент укладання арбітражної угоди місцезнаходження або місце проживання хоча б однієї зі сторін такої угоди знаходиться за кордоном;

спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їхніми учасниками, а так само їхні спори з іншими суб'єктами права України;

спори з договірних та інших цивільних правовідносин незалежно від суб'єктного складу, якщо одне з наступних місць знаходиться за межами держави, в якій сторони мають свої місцезнаходження або місце проживання:

- будь-яке місце, в якому повинна бути виконана значна частина

зобов'язань, що виникають із договірних або інших цивільних правовідносин або у зв'язку з ними;

- місце, з яким найбільш тісно пов'язаний предмет спору».

II. Прикінцеві та перехідні положення

1. Цей Закон набирає чинності з дня, наступного за днем його опублікування.

**Голова Верховної Ради
України**

Д. О. РАЗУМКОВ

ДОДАТОК В



ВЕРХОВНА РАДА УКРАЇНИ

ІНСТИТУТ ЗАКОНОДАВСТВА

04053, Київ, пров. Несторівський, 4, тел. 235 96 01, факс. 235 96 05, e-mail: zak_norm@rada.gov.ua

№ 22/31-1-15

„03” 03 2014 р.

АКТ

впровадження результатів дисертаційного дослідження НАГНИБІДИ Володимира Івановича у законотворчу діяльність

Пропозиції, викладені у дисертаційному дослідженні старшого наукового співробітника Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України Нагнибіди Володимира Івановича на тему: «Теоретичні засади правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі», стосовно вдосконалення переліку категорій спорів, що можуть передаватись до міжнародного комерційного арбітражу за угодою сторін, мають важливе теоретичне та практичне значення.

Представлене на розгляд дисертаційне дослідження наділене необхідним методологічним теоретичним рівнем, а також має наукову цінність. В результаті дослідження обґрунтовано та сформульовано пропозиції щодо удосконалення категорій спорів, що можуть передаватись на розгляд і вирішення до міжнародного комерційного арбітражу (є арбітрабельними).

Докторантом запропоновано викласти частину першу та другу статті 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» у такій редакції:

«1. Цей Закон застосовується до міжнародного комерційного арбітражу, якщо місце арбітражу знаходиться на території України. Однак положення, передбачені статтями 8, 9, 35 і 36 цього Закону, застосовуються і в тих випадках, коли місце арбітражу знаходиться за кордоном.

2. До міжнародного комерційного арбітражу можуть за угодою сторін передаватися:

спори з договірних та інших цивільних правовідносин, що виникають з або пов'язані зі здійсненням зовнішньоекономічної та інших видів міжнародної комерційної діяльності між юридичними особами приватного права, юридичними особами публічного права та/або фізичними особами, якщо на момент укладання арбітражної угоди місцезнаходження або місце проживання хоча б однієї зі сторін такої угоди знаходиться за кордоном;

спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їхніми учасниками, а так само їхні спори з іншими суб'єктами права України;

спори з договірних та інших цивільних правовідносин незалежно від суб'єктного складу, якщо одне з наступних місць знаходиться за межами держави, в якій сторони мають свої місцезнаходження або місце проживання:

- *будь-яке місце, в якому повинна бути виконана значна частина зобов'язань, що виникають із договірних або інших цивільних правовідносин або у зв'язку з ними;*
- *місце, з яким найбільш тісно пов'язаний предмет спору».*

Результати дисертаційного дослідження, викладені в науково-обґрунтованих пропозиціях, можуть бути враховані та використані у науково-експертній діяльності Інституту законодавства Верховної Ради України у співпраці з комітетами Верховної Ради України під час законопроектної роботи.

В. о. директора

Д.В. Хруст

ДОДАТОК Г



НАРОДНИЙ ДЕПУТАТ УКРАЇНИ

01008, м. Київ, вул. Грушевського, 5

Вих. № 4399/10-2021/76937
 від 03.03.2021 р.

Директору
 Науково-дослідного інституту
 приватного права і підприємництва імені
 академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України,
 академіку НАПрН України
 О. Д. Крупчану
 01042, Київ, вул. М. Расвського, 23а

Шановний Олександр Дмитровичу!

Мною, як народним депутатом України, розглянуто проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (щодо удосконалення категорій спорів, які можуть передаватись до міжнародного комерційного арбітражу за угодою сторін)», розроблений Нагнибідом Володимиром Івановичем, кандидатом юридичних наук, доцентом, старшим науковим співробітником Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва ім. Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, на основі його наукових досліджень в межах теми: «Інституційно-правове забезпечення майнових інтересів держави та суб'єктів приватного права в умовах регіональної нестабільності».

Висновки, пропозиції та рекомендації, що містяться в законопроекті мають науково-прикладний характер і будуть використані під час законопроектної роботи у Верховній Раді України з метою удосконалення положень чинного законодавства.

З повагою

Народний депутат України

Д. Монастирський

ДОДАТОК Д



НАРОДНИЙ ДЕПУТАТ УКРАЇНИ

вул. Грушевського, 5, м. Київ, 01008

№ 38

04 березня 2021 року

Директору Науково-дослідного
інституту приватного права і
підприємництва імені академіка
Ф. Г. Бурчака НАПрН України,
академіку НАПрН України
О. Д. Крупчану

01042, Київ, вул. М. Раєвського, 23а

Шановний Олександр Дмитровичу!

Мною, як народним депутатом України, розглянуто проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (щодо удосконалення категорій спорів, які можуть передаватись до міжнародного комерційного арбітражу за угодою сторін)», розроблений Нагнибідом Володимиром Івановичем, кандидатом юридичних наук, доцентом, старшим науковим співробітником Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва ім. Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, на основі його наукових досліджень в межах теми: «Інституційно-правове забезпечення майнових інтересів держави та суб'єктів приватного права в умовах регіональної нестабільності».

Доводжу до Вашого відома, що вказаний проект обговорено в рамках роботи підкомітету з питань виконання рішень Європейського суду з прав людини та альтернативного розв'язання спорів Комітету Верховної Ради України з питань правової політики та буде використано при розгляді законопроектів у цій сфері з метою удосконалення положень чинного законодавства.

З повагою

**Народний депутат України,
Голова підкомітету з питань
виконання рішень Європейського суду з прав людини
та альтернативного розв'язання спорів
Комітету Верховної Ради України
з питань правової політики**

Р. В. Бабій

ДОДАТОК Е



НАРОДНИЙ ДЕПУТАТ УКРАЇНИ
ВАТРАС ВОЛОДИМИР АНТОНОВИЧ

01008, м. Київ, вул. Грушевського, 5

«08» 08 2021 р.
 Вихід. № 210303/1

Директору
 Науково-дослідного інституту
 приватного права і підприємництва
 імені академіка Ф. Г. Бурчака
 НАПрН України,
 академіку НАПрН України
 О. Д. Крупчану

01042, Київ, вул. М. Расєвського, 23а

Шановний Олександр Дмитровичу!

Мною, як Народним депутатом України, розглянуто проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (щодо удосконалення категорій спорів, які можуть передаватись до міжнародного комерційного арбітражу за угодою сторін)», розроблений Нагнибідю Володимиром Івановичем, кандидатом юридичних наук, доцентом, старшим науковим співробітником Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва ім. Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, на основі його наукових досліджень в межах теми: «Інституційно-правове забезпечення майнових інтересів держави та суб'єктів приватного права в умовах регіональної нестабільності».

Довожу до Вашого відома, що вказаний проект обговорено на одному із засідань комітету та буде використано при розгляді законопроектів у цій сфері з метою удосконалення положень чинного законодавства.

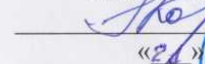
З великою повагою

народний депутат України

В. А. Ватрас

ДОДАТОК Ж

ЗАТВЕРДЖУЮ
ректор Хмельницького університету
управління та права
імені Леоніда Юзькова


«24» січня 2021 р.
І. Б. Ковтун



А К Т

**про реалізацію результатів наукових досліджень
НАГНИБІДИ Володимира Івановича на тему:
«Теоретичні засади правозастосування
у міжнародному комерційному арбітражі»**

Комісія у складі: голови, першого проректора університету, доктора юридичних наук, професора, заслуженого юриста України Омельчука Олега Миколайовича, членів комісії: завідувача кафедри цивільного права та процесу, доктора юридичних наук, професора, заслуженого юриста України Гринько Світлани Дмитрівни, завідувача кафедри міжнародного та європейського права, кандидата юридичних наук, доцента Черняк Олени Юріївни стверджує цим актом, що розроблені в ході дисертаційного дослідження Нагнибіди Володимира Івановича наукові положення і висновки за темою: «Теоретичні засади правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі» були детально вивчені колективом кафедри цивільного права та процесу та міжнародного і європейського права Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова і реалізовані у навчальному процесі.

Зокрема, дисертантом було надано комісії для ознайомлення перераховані в авторефераті наукові публікації:

1. Нагнибіда В.І. Механізм правозастосування при вирішенні спорів у міжнародному комерційному арбітражі / За наук. ред. проф. О. Д. Крупчана. К., 2020. 492 с.
2. Нагнибіда В.І. Глава 4 «Рішення арбітражу та його виконання» / Вступ до альтернативного вирішення спорів / За ред. У. Гелльманна, Н. Бондаренко-Зелінської. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2017. С. 168-174. 214 с.
3. Нагнибіда В.І. Глави 4, 6 «Процесуальні та матеріальні передумови

розгляду спору міжнародним комерційним арбітражем». «Арбітражні витрати» / Міжнародний комерційний арбітраж / За ред. У. Гелльманна, В. Коссака. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2015. С. 101-136, 163-175. 204 с.

4. Нагнибеда В.І. Предисловие, Главы 1, 5 «Основы договорного регулирования международных экономических отношений», «Договоры международного подряда и связанные с ними отношения» / Международные коммерческие сделки / Под ред. У. Хелльманна, С. А. Балащенко, В.І. Нагнибеды. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2015. С. 14-17, 23-53, 258-290. 524 с.

5. Статті 10-12, 15, 46, 51, 58, 59 / Закон України «Про третейські суди» : науково-практичний коментар / Куфтирєв П.В., Нагнибеда В.І., Стефанчук Р.О та ін. К. : Правова єдність, 2008. С. 48-86, 194-197, 207-216, 250-258. 432 с.

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

7. Нагнибеда В. І. Правові наслідки неналежного повідомлення сторони в практиці визнання та виконання іноземних арбітражних рішень. *Приватне право і підприємництво*. 2016. № 15 С. 179-182.

8. Нагнибеда В. І. Звернення в арбітраж як суб'єктивне право. *Приватне право і підприємництво*. 2017. № 17. С. 167-171.

9. Нагнибеда В. І. Визначення здатності учасників міжнародних комерційних відносин до укладення арбітражної угоди. *Університетські наукові записки*. 2018. № 66. С. 69-80.

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

11. Нагнибеда 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.

12. 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.

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

14. Нагнибіда В. І. Правосуб'єктність фізичних осіб як сторони арбітражних угод при вирішенні спорів в міжнародних арбітражах. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Юридичні науки. 2020. № 43. С. 196-199.

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

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

17. 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.

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

19. 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.

20. 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.

21. Нагнибіда В. І. Загальна характеристика застосування імперативних норм при вирішенні спорів у порядку міжнародного комерційного арбітражу. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Юриспруденція. 2020. №45. С. 77-81.

22. 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.

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

24. 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.

25. 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.

26. 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.

27. Нагнибеда В.И. Участие юридических лиц публичного права как стороны арбитражных соглашений при разрешении споров в международных арбитражах. *Leges et Vita*. 2020. № 6-7. С. 104-109.

28. 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.

29. 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.

30. Нагнибіда В. І., Стецков Д. Д. Направлення сторін в арбітраж та застосування забезпечувальних заходів як інструменти забезпечення арбітражного розгляду [Текст] / В. І. Нагнибіда, Д. Д. Стецков // Проблеми модернізації приватного права в умовах євроінтеграції : зб. наук. пр. / Нац. акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, Лабораторія з

проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів ЄС, Хмельниц. ун-т упр. та права. Хмельницький : ФОП Мельник А. А., 2015. С. 422-431.

31. 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, 2015. С. 308-324. 326 с.

32. Нагнибіда В.І. Оспорування компетенції складу арбітражу та доктрина «компетенс-компетенс» // Міжнародний арбітраж в Україні та світі: доктрина і практика (м. Київ, 9 грудня 2010 року): науково-практичний круглий стіл: Збірник матеріалів круглого столу / Ред. кол.: О.Д. Крупчан, І.Г. Побірченко, М.Ф. Селівон, О.Д. Святоцький, В.І. Король та ін. Київ : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2010. С. 34-42.

33. 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 року) : у 4-х ч. Частина друга. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2013. С. 96-97.

34. 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 року) : у 3-х ч. Частина перша. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2014. С. 116-118.

35. Нагнибіда В.І. Оспорування юрисдикції міжнародного комерційного арбітражу як підстава для відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення / Нагнибіда Володимир Іванович // Проблеми теорії і практики виконання рішень судів та інших органів : зб. наук. пр. / 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.

36. 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 року) : у 2-х ч. Частина перша. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2015. С. 123-125.

37. Нагнибіда В. І. Проблеми теорії і практики виконання рішень міжнародних комерційних арбітражів. Проблеми теорії і практики виконання рішень судів та інших органів: зб. наук. пр. / за ред. Ю.В.Білоусова. Хмельницький: ФОП Мельник А. А., 2019. С.29-37.

38. 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 року). Хмельницький : Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова, 2020. С.261-264.

39. 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 року. За заг. ред. Т.О. Коломоєць. Запоріжжя : ЗНУ, 2020. С. 58-61.

40. 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 року). Хмельницький : Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова, 2020. С. 146-150.

Наведені наукові публікації були включені під час викладання навчальних дисциплін «Міжнародне приватне право», спецкурсу «Міжнародний комерційний арбітраж», «Проблеми міжнародного приватного права» для підготовки підручників, навчальних посібників і навчально-методичних матеріалів, у ході проведення занять із зазначених дисциплін у Хмельницькому університеті управління та права імені Леоніда Юзькова.

Теоретичні положення та висновки дисертаційного дослідження використовуються у робочих програмах та навчально-методичних матеріалах із навчальної дисципліни «Міжнародне приватне право», спецкурсу «Міжнародний комерційний арбітраж», «Проблеми міжнародного приватного права» для здобувачів вищої освіти юридичного факультету денної та заочної форм навчання за спеціальністю 081 Право. Включення до наведених матеріалів положень та висновків, які містяться у дисертації, сприяє більш глибокому вивченню навчального матеріалу студентами університету, а також виробленню практичних навичок у застосуванні отриманих теоретичних знань в подальшій професійній діяльності.

Голова комісії

перший проректор університету,
доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України



О.М. Омельчук

Члени комісії

завідувач кафедри цивільного
права та процесу,
доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України



С. Д. Гринько

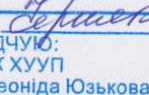
завідувач кафедри
міжнародного та європейського права,
кандидат юридичних наук, доцент



О.Ю. Черняк

Підпис 
ЗАСВІДЧУЮ:
Нач. ВК ХУУП
імені Леоніда Юзькова

Підпис 
ЗАСВІДЧУЮ:
Нач. ВК ХУУП
імені Леоніда Юзькова

Підпис 
ЗАСВІДЧУЮ:
Нач. ВК ХУУП
імені Леоніда Юзькова

