

До спеціалізованої вченої ради
Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
НАПрН України
01024, м. Київ, вул. Раєвського, 23 А

ВІДГУК
офіційного опонента на дисертацію
Нагнибіди Володимира Івановича на тему
«Теоретичні засади правозастосування у міжнародному комерційному
арбітражі», подану на здобуття наукового
ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.04 –
господарське право; господарсько-процесуальне право

Актуальність теми дослідження обумовлена тим, що сучасний стан розвитку української економіки, наближення до правових стандартів розвинутих демократичних країн та Європейського Союзу, а також ріст загальної кількості продуктів, послуг і благ, що виготовляються і надаються в нашій державі неможливе без створення і підтримання належних нормативних регуляторів і механізмів міжнародної торгівлі. Поруч із цим значна частина комерційних транзакцій здійснюється з участю в межах недержавного сектору економіки, який прагне до автономності та саморегуляції власної комерційної діяльності, в межах, окреслених приписами господарського права. Одним з важливих інструментів для забезпечення такої автономності для світового бізнесу уже більше 100 років виступає міжнародний комерційний арбітраж – спосіб вирішення спорів, в основі якого лежить ідея можливості самостійного вирішення спорів учасниками міжнародного комерційного обороту.

Втім, міжнародний комерційний арбітраж має відповідне правове регулювання та не існує поза нормами права. Ця істина є одним з наріжних каменів у розумінні правової природи та призначення арбітражу, зустрічаючись у численних вітчизняних і зарубіжних наукових працях. А отже значення вивчення особливостей застосування права у міжнародному

комерційному арбітражі, можливості звернення до недержавних правових регуляторів (зокрема до Принципів УНІДРУА), специфіки застосування застереження про публічний порядок та надімперативних норм у арбітражному процесі неможливо применшити.

Разом із тим, в господарській правовій науці поки що можливо було зустріти лише поодинокі спроби вивчення механізмів правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі. Наслідком є існування значної прогалини в частині побудови загальних теоретично значимих та практично орієнтованих висновків і пропозицій, пов'язаних із вибором та застосуванням матеріального і процесуального права в арбітражі під час вирішення міжнародних комерційних спорів. Відсутні й комплексні пропозиції до вдосконалення існуючих підходів у цій сфері, що стосувались би як законодавчих новацій, так і практичних порад. Подолання цієї прогалини та вирішення означеної наукової проблеми на рівні докторської дисертації є довгоочікуваним етапом розвитку науки господарського права в Україні, віхою на шляху до наукового осмислення теорії міжнародного комерційного арбітражу.

Актуальність теми підтверджується також і тим, що робота виконана 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 (номер державної реєстрації: 0117U002140); «Інституційно-правове забезпечення майнових інтересів держави та суб'єктів приватного права в умовах регіональної нестабільності» на 2017-2021 (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 року, протокол № 7).

Наукова новизна, оцінка обґрунтованості наукових положень дисертації та їх достовірності. Новизна наукових положень дисертаційного дослідження В. І. Нагнибіди полягає в тому, що це перше у вітчизняній науці системне комплексне дослідження теоретичних і прикладних проблем правозастосування при вирішенні міжнародних комерційних спорів в порядку міжнародного комерційного арбітражу та нормативних засад його реалізації.

Рецензована праця В. І. Нагнибіди за своїм змістом відображає оригінальну концепцію правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі, пропонуючи розглядати цей процес у всій його системності та етапності – від визначення права, застосовуваного до арбітражної угоди, арбітрабільності предмета спору та здатності сторін на укладення такої угоди на етапі ініціювання арбітражного розгляду, до застосування права, що регулюватиме питання визнання і виконання арбітражного рішення, можливого звернення державного суду до застереження про публічний порядок тощо.

Робота характеризується вдалою структурою, що дозволила ефективно вирішити поставлені основні завдання дослідження. Так, автор визначив поняття, ознаки та види правозастосування при вирішенні спорів; встановив правову природу міжнародного комерційного арбітражу як суб'єкта правозастосовної діяльності; сформулював засади арбітражного розгляду міжнародних комерційних спорів та їх значення для процесу правозастосування при вирішенні міжнародних комерційних спорів; визначив передумови правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі; виявив вплив арбітражної угоди, об'єктивної та суб'єктивної арбітрабільності й інших його передумов на правозастосування в арбітражі; визначив специфіку механізму правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі; обґрунтував особливості встановлення і застосування складом арбітражу різних правових систем, що регламентують

матеріальні і процесуальні аспекти арбітражного процесу; визначив специфіку звернення сторонами до встановлення і застосування складом арбітражу окремих національних і позанаціональних правових інструментів при вирішенні спорів в арбітражі; обґрунтував вплив на правозастосування в арбітражі категорій публічного порядку; охарактеризував вплив імперативних норм на процес правозастосування та запропонував підходи до вирішення пов'язаних із цим проблем; розробив пропозиції та рекомендації з питань удосконалення правового регулювання порядку вирішення міжнародних комерційних спорів в порядку арбітражу.

Автор на якісно новому рівні для досліджуваної проблематики використовує багатий методологічний інструментарій юридичної науки (зокрема, діалектичний та метафізичний метод, порівняльно-правовий аналіз, догматичний метод, формально-логічний метод), звертається до аналізу значного масиву вітчизняного та зарубіжного законодавства, актів права ЄС, багатой судової та арбітражної практики, важливих прецедентів ЄСПЛ. Насичена робота й вивченням численного наукового доробку українських та закордонних вчених, що дозволило дослідити не лише українські реалії правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі, але й вийти на міжнародний рівень наукових узагальнень і висновків.

Серед найбільш значимих висновків, що становлять основу наукової новизни роботи та викликають найбільшу підтримку у рецензента можливо відзначити те, що в дисертації вперше:

обґрунтовано, що право суб'єкта на звернення в арбітраж є елементом права на захист як суб'єктивного права. За своєю природою – це суб'єктивне право, тобто забезпечена нормами права провомочність учасника 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 та законних інтересів;

запропоновано наукову дефініцію терміну «передумови арбітражу», якими 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;

з'ясовано, що до особливостей правозастосування в арбітражі належать такі риси: 1) в арбітражі першій стадії правозастосування передують встановлення компетенції арбітражу на вирішення спору згідно з положеннями арбітражної угоди; 2) процес правозастосування в арбітражі має спеціального суб'єкта – склад арбітражу, який формується на підставі арбітражної угоди чи положень застосовуваного процесуального права; 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; 4) відступлення від суворої формалізації порядку надання й дослідження доказів на користь більш активної участі арбітрів у процесі доказування, залучення ширшого 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 напряму пов'язана із застосуванням різних правових систем (норм права) до різних аспектів арбітражного розгляду та окремо до суті спору;

сформульовано науковий підхід за яким до основних процесуальних засад арбітражного розгляду, які прямо впливають на механізм правозастосування належать: 1) принцип автономії волі сторін, що є інструментом при вирішенні спорів, який реалізовується учасниками на різних етапах арбітражного розгляду – від вибору застосовного матеріального права до окреслення правил процедури і загалом взаємодії між сторонами і 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 kompetenz-kompetenz; 6) конфіденційність арбітражного розгляду; 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.

обґрунтовано механізм взаємодії права, застосовуваного до суті спору при вирішенні спорів складом арбітражу, та права ЄС як застосовного до суті спору; 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. Однак 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 стосується таких сфер як захист прав споживачів, регулювання певних видів трудових відносин, захист прав комерційних агентів, відповідальність за якість продукції, торговельні стандарти, конкурентне право тощо.

Не можна не відмітити й значення здійсненого у дисертації аналізу проблемних питань застосування окремих джерел національного та позанаціонального (транснаціонального) права до суті спору в міжнародному комерційному арбітражі, що дозволило дисертанту наочно проілюструвати варіативність, наявну у сторін та пов'язані з нею потенційні труднощі при правозастосуванні, що здійснюється складом арбітражу. Стверджується, що 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 (с. 386 дисертації).

Окремого значення набувають й висновки про розмежування категорій імперативних норм та публічного порядку. Зокрема, вказується на те, що надімперативні норми застосовуються за іншим від застереження про публічний порядок 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 (с. 367-368 дисертації).

Робота містить й інші позитивні висновки, відображені в дисертації та авторефераті.

Практична значимість результатів дослідження визначається пропозиціями щодо вдосконалення правового регулювання міжнародного комерційного арбітражу в Україні. Зокрема, автором запропоновано привести у відповідність до Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торгівельний арбітраж 1985 року ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» у частині розширення компетенції арбітражу. Пропонується закріпити, що 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: 1) 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; 2) місце, з яким найбільш тісно пов'язаний предмет спору.

Підготовлені дисертантом пропозиції можуть бути використані суб'єктами законодавчої ініціативи, органами виконавчої влади, вченими та викладачами вищих навчальних закладів при викладанні загальних та спеціальних дисциплін.

Зауваження до дисертації. Незважаючи на істотні здобутки, дисертація В. І. Нагнибіди має спірні моменти, щодо яких необхідно зробити певні застереження, або щодо яких дисертанту доцільно надати додаткові пояснення.

1. Перш за все привертає увагу висновок дисертанта щодо необхідності отримання фізичною особою «комерційного» статусу або статусу підприємця для реалізації здатності бути стороною арбітражної угоди (с. 162 дисертації). У той же час, аналіз тексту дисертації засвідчує, що автор дотримується широкого підходу щодо тлумачення міжнародних актів стосовно характеру спорів, які можуть вирішуватися міжнародними комерційними арбітражами (не обмежених виключно комерційними спорами, – с. 72 дисертації) та їх учасників (с. 165 дисертації).

Виходячи з вказаного, потребує уточнення позиція дисертанта щодо підстав для обмеження здатності фізичної особи бути стороною арбітражної угоди статусом підприємця. Адже, навіть надаючи згоду в арбітражній угоді на передання до арбітражу спорів, які впливають з комерційних відносин, потребують з'ясування низка важливих питань: чи можуть бути стороною

арбітражної угоди фізичні особи, що не мають статусу підприємця, але сама угода при цьому матиме комерційний характер, або чи можуть бути стороною арбітражних угод фізичні особи, котрі не мають статусу підприємця, але є самозайнятими особами.

2. У продовження першого питання, вважаємо, що потребує додаткового обґрунтування й твердження дисертанта стосовно *особливостей укладення* арбітражних угод щодо вирішення спорів у порядку арбітражу фізичними особами. Зокрема, автор зазначає, що таке укладення 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 (с. 167 дисертації).

Вбачається, що наведене твердження не відображає специфіки допустимості укладення арбітражних угод фізичними особами за українським та зарубіжним законодавством, а також не охоплює аспект не стільки вольової, скільки фактичної пов'язаності фізичної особи юридичним фактом укладення арбітражної угоди та необхідності подальшого виконання арбітражного рішення. Тому вважаємо, що це питання більш правильно було б досліджувати не лише у розрізі намірів фізичної особи та її волевиявлення, але й нормативного регулювання, яке в ряді країн містить з цього приводу спеціальні положення.

3. Недостатньо повною та цілісною вбачається дефініція удосконаленого автором та використовуваного у теорії та практиці терміну «ефективність арбітражу». Зокрема дисертантом обґрунтовано, 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 (с. 10 автореферату, с. 33, с. 113-114 дисертації).

На нашу думку, цих складових елементів недостатньо як для визначення ефективності конкретного арбітражного розгляду, так і міжнародного комерційного арбітражу як інституту та альтернативного способу вирішення спорів загалом. Оскільки слід враховувати й часові та адміністративні затрати (не лише прямі чи опосередковані фінансові витрати), пов'язані з ініціюванням арбітражного процесу, затрати, пов'язані із розглядом справи по суті, встановленням і застосуванням іноземного або іншого застосовного права, визначенням його змісту, викликом свідків, залученням експертів та їх опитуванням тощо. Також на ефективність арбітражу впливатиме потенційна можливість визнання і виконання такого рішення у відповідних юрисдикціях (місцезнаходження відповідача та/або його майна), врахування їх публічного порядку та приписів надімперативних норм. Суттєве значення також має результат – реальний захист прав та інтересів учасників комерційного обороту, тобто чи вдалось їх захистити (поновити) останнім за допомогою звернення до міжнародного арбітражу.

4. На с. 370 дисертації автором зроблений висновок, що поняття імперативних норм, які 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. Аналогічний висновок сформульований й на с. 26 автореферату, в якому зазначено, що при вирішенні спорів складом арбітражу обсяг застосування імперативних норм охоплюється й усталеним в розвинених країнах поняттям транснаціонального публічного порядку. При цього у роботі не наведено позиції автора щодо змісту «транснаціонального» публічного порядку та не зрозуміло, яким

чином склад арбітражу має його застосовувати і підставі яких критеріїв встановлювати.

5. Дисертант у п. 18 наукової новизни (с. 8 автореферату) відзначає, що 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. Далі автор наводить положення, які сторони можуть погодити (обрати) при укладенні договору з іноземним елементом. Очевидно, що одна частина вказаних автором положень належить до змісту зобов'язань сторін за договором, а інша – стосується порядку врегулювання спору міжнародним арбітражем.

Диспозитивність та свобода договору як засади приватно-правових відносин застосовуються незалежно від наявності у зобов'язанні іноземного елементу. Саме на них ґрунтується здатність фізичних та юридичних осіб визначати умови договірних відносин між ними. У той же час дисертантом не наведено пояснень щодо співвідношення засад *автономії волі*, властивих міжнародним приватноправовим відносинам, із засадами *диспозитивності* та *свободи договору*, які властиві господарським та цивільним правовідносинам. Вважаємо, що у світлі предмету дослідження та винесених на захист положень це питання також потребує висвітлення дисертантом під час публічного захисту.

6. Дисертант на с. 315-316 дисертації та у п. 22 наукової новизни (с. 9 автореферату) формулює думку, що хоча і відсутній нормативно визначений обов'язок врахування складом арбітражу при правозастосуванні висновків та правових позицій Верховного Суду в частині застосування положень українського матеріального права як права застосовуваного до суті спору, беручи до уваги необхідність забезпечення правової визначеності, склад арбітражу під час вирішення міжнародних комерційних спорів все ж повинен враховувати зазначені висновки та правові позиції.

Вважаємо, що такий висновок потребує уточнення з боку дисертанта, зважаючи на наступне. У дослідженні дисертант вірно робить висновок, що

під час вирішення спору склад арбітражу здійснює застосування не тільки права, яке підлягає застосуванню до суті спору, але й, зокрема, права, що застосовується до здатності сторін укласти контракт, з якого виник спір, та до здатності укласти арбітражну угоду, права, що застосовується до арбітражного розгляду. Тому цікаво дізнатися думку дисертанта щодо питання, чи є висновки та правові позиції Верховного Суду обов'язковими для застосування складом арбітражу до усіх названих систем права чи лише щодо права, застосовуваного до сутності спору, а також як діяти складу арбітражу у випадку суперечності таких висновків положенням інших правопорядків, які підлягають застосуванню при вирішенні спору.

Водночас, висловлені зауваження загалом не впливають на загальну високу позитивну оцінку дисертаційного дослідження, цілісність його змісту, логічну послідовність й обґрунтованість одержаних результатів.

Загальний висновок. Рецензована дисертаційна робота є ґрунтовним науковим дослідженням, що свідчить про вирішення важливої проблеми в науці господарського та господарського процесуального права, теорії міжнародного комерційного арбітражу, яка полягала у розробці цілісної концепції правозастосування при вирішенні 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 удосконалення чинного законодавства та правозастосовчої практики.

Дисертаційна робота В. І. Нагнибіди відповідає паспорту спеціальності 12.00.04 – господарське право; господарське процесуальне право. Змісту автореферату повністю відображає структуру, хід дослідження, основні положення і висновки підготовленої автором дисертації. Автореферат не містить положень, які не увійшли до основного змісту дисертації.

Таким чином, дисертація Нагнибіди Володимира Івановича на тему «Теоретичні засади правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі» відповідає вимогам Порядку присвоєння наукових ступенів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 24 липня

2013 року № 567, а її автор – Нагнибіда Володимир Іванович – заслуговує на присудження наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.04 – господарське право; господарсько-процесуальне право.

Офіційний опонент:

доктор юридичних наук, доцент,
арбітр МКАС при ТПП України, адвокат,
керівник наукового центру
правового забезпечення розвитку науки і технологій
Науково-дослідного інституту
інтелектуальної власності НАПрН України

Ю. Є. Атаманова

*Підпис доктора юридичних наук
Атаманової Ю.Є. засвідчено*

Директор

НДІВ



Ю. Доромашко