

В І Д Г У К

**офіційного опонента – доктора юридичних наук, професора
Щербини Валентина Степановича
на дисертацію Нагинбіди Володимира Івановича
«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**

Ступінь актуальності теми дослідження. Інституційний розвиток міжнародного комерційного арбітражу в сучасних розвинених державах прямо пов'язаний з розвитком ринків товарів та капіталів, задоволенням зростаючих потреб та інтересів компаній і держав як учасників міжнародних комерційних відносин. Саме арбітраж, завдяки своїй нейтральності, адаптивності і ефективності є визнаним у світі альтернативним способом вирішення міжнародних комерційних спорів, гарантуючи збереження ринкової моделі відтворення і перерозподілу суспільних благ.

При цьому міжнародний комерційний арбітраж залишається, передусім, правовим явищем, що перебуває у тісній взаємодії із різними правовими системами й інститутами, є невіддільним від загальних процесуальних принципів здійснення правосуддя, засад публічного порядку, наслідків дії надімперативних норм тощо. Це своєю чергою зумовлює об'єктивну необхідність визначення, виокремлення та дослідження фундаментальних правових аспектів розгляду і вирішення спорів у арбітражному порядку.

Зазначена взаємодія із відмінними за змістом, походженням і призначенням системами права створює безліч складних правових ситуацій, які потребують від сторін, складу арбітражу, секретаріату та, за певних обставин, національних державних судів, звертати особливу увагу на особливості правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі.

Доктринальною базою, безумовно, повинні слугувати глибокі наукові дослідження, в тому числі, здійснені на дисертаційному рівні. На жаль, досі таких досліджень проведено не було, відсутня єдина цілісна концепція, пов'язана із вибором (встановленням) та застосуванням права при вирішенні комерційних спорів у арбітражі, недостатньо уваги приділено питанням взаємодії правових систем та інститутів, що визначають матеріальні і процесуальні аспекти арбітражу, а також встановлюють його дійсність загалом, вирішуючи питання чинності арбітражної угоди, належності спору до категорії арбітрабельних тощо.

Таким чином, необхідними є не лише доктринальне осмислення зазначених питань, але й підготовка пропозицій щодо вдосконалення законодавства у сфері міжнародного комерційного арбітражу, модернізація підходів, закладених у правозастосовну практику, що у сукупності дозволить вийти на якісно новий рівень регулювання відповідних суспільних відносин та праворозуміння при розгляді і вирішенні спорів міжнародним комерційним арбітражем.

Враховуючи викладене, сміливо можна стверджувати, що дисертація В.І. Нагнибіди характеризується актуальністю, а її результати є цінними як для юридичної науки, так і для нормотворчої та практичної діяльності при вирішенні спорів в арбітражах.

Обґрунтованість наукових положень, висновків і рекомендацій, сформульованих у дисертації, їх достовірність і новизна, повнота.

Результати дослідження В.І. Нагнибіди науково обґрунтовані, в роботі комплексно опрацьовано досить широке коло проблем, пов'язаних із формуванням цілісної концепції правозастосування при вирішенні спорів у міжнародному комерційному арбітражі. Розроблено теоретичні засади для розв'язання наукових та прикладних проблем у зазначеній сфері, а також сформульовано пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства та правозастосовної практики.

Дисертантом вірно і логічно визначено об'єкт, предмет, методи, мету і завдання дослідження. Методологічну основу роботи становлять загальнонаукові та спеціальні методи наукового пізнання, які були застосовані цілком обґрунтовано, що дозволило дисертанту дійти правильних висновків.

Наукова новизна одержаних результатів полягає, насамперед, у тому, що дисертація є першим у вітчизняній науці системним комплексним дослідженням теоретичних і прикладних проблем правозастосування при вирішенні міжнародних комерційних спорів в порядку міжнародного комерційного арбітражу та нормативних засад його реалізації. Наукова новизна одержаних результатів конкретизується у сформульованих та належним чином обґрунтованих положеннях, висновках та пропозиціях, що характеризуються науковою новизною.

Так, дисертантом вперше введено у науковий обіг 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 (с. 137 дисертації). У світлі цього 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) факт звернення за захистом свого права до арбітражної установи. При цьому справедливо стверджується, що 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 ухвали про припинення провадження у справі та направлення сторін в арбітраж (с.с. 105, 390 дисертації).

Варто підтримати позицію дисертанта стосовно первинної важливості та складності у процесі правозастосування в міжнародному комерційному арбітражі стадії юридичної кваліфікації, яка передбачає встановлення складом арбітражу права, що застосовується: 1) до здатності сторін на укладення контракту, з якого виник спір; 2) до здатності сторін на укладення арбітражної угоди; 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) у процесі визнання та приведення до виконання арбітражного рішення тощо (с. 316-317 дисертації). Така позиція дисертанта безпосередньо пов'язана із запропонованим ним визначенням 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 (с. 242 дисертації).

Слід окремо звернути увагу на зроблені дисертантом висновки стосовно проявів реалізації засади автономії волі, яка дозволяє сторонам міжнародних комерційних відносин: 1) обрати (погодити) будь-які істотні та інші умови зовнішньоекономічного договору (контракту); 2) обрати право, яке буде застосовуватись до змісту зобов'язань за таким контрактом, у т.ч. право, за яким здійснюється тлумачення договору; 3) обрати право, за яким вирішуватиметься спір у разі його виникнення або будь-які інші розбіжності чи вимоги сторін; 4) обрати арбітраж як інструмент для вирішення всіх спорів, розбіжностей та вимог за контрактом та визначити: а) вид арбітражу (*ad hoc* чи інституційний); б) регламент, на підставі якого вирішуватиметься спір; в) кількість арбітрів; г) застосовуване арбітражем 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; 6) пріоритетність дії тієї чи іншої редакції договору, залежно від мови договору; 7) чинність сканкопій договору в часі, або застосування між сторонами системи електронного документообігу (СЕД); 8) порядок повідомлення про всі зміни у сторін, у тому числі їхніх контактних даних тощо (с. 86-88 дисертації).

У дисертації, крім цього, наводяться також аргументи щодо удосконалення наукових суджень та теоретичних положень з предмету дослідження. Наприклад, дисертантом вдосконалено 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 неможливий.

Удосконалено дефініцію терміну «мета арбітражного розгляду», який, на думку дисертанта, 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 винесення вмотивованого та дійсного арбітражного рішення, яке відповідно до вимог застосовуваного права може бути пред'явлене до виконання.

Дисертантом удосконалено також наукові положення про обсяг застосування імперативних норм як частини *lex arbitri* складом арбітражу; 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 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 арбітрабільність тощо.

Подальшого доктринального розвитку дістала прикладна модель ієрархічної взаємодії норм, що аналізуються при вирішенні питання місця арбітражу; цю модель запропоновано розглядати за такою схемою: 1) імперативні норми *lex arbitri*; 2) правила, погоджені сторонами в арбітражному застереженні та/або контракті; 3) правила процедури, встановлені арбітражним регламентом або іншим інструментом, обраним сторонами чи визначеним складом арбітражу; 4) диспозитивні норми *lex arbitri*, що можуть доповнювати приписи зазначених вище джерел.

Загалом виконане дослідження характеризується значною кількістю опрацьованої що літератури та нормативної бази, що, в свою чергу, свідчить про високий науковий ступінь обґрунтованості та достовірності отриманих результатів.

Виклад наукових положень в опублікованих працях.

Зі змісту наукової роботи видно, що дисертант поєднує глибоку обізнаність у реальних законодавчих та практичних проблемах встановлення застосовного права при розгляді справ у арбітражному порядку. Підтвердженням цьому є його публікації за темою дисертаційного дослідження як у наукових фахових виданнях України, так і в іноземних виданнях. Як географія публікацій, так і часовий проміжок оприлюднення наукових здобутків дисертанта свідчать про творчий характер праці, а також тривалий і водночас безперервний процес дослідження обраної проблеми.

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. Основні результати дисертації викладено у 37 наукових працях: одноосібній монографії, 24 наукових статтях, з яких 17 вийшли друком у вітчизняних фахових юридичних виданнях (зокрема, 2 статті у виданнях України, які включено до міжнародних наукометричних баз) і 7 – у

наукових виданнях іноземних держав, а також у 9 тезах доповідей на науково-практичних конференціях і 3 публікаціях у іншому науковому виданні.

Наукова і практична цінність дисертації

Слід підкреслити, що дисертація характеризується вдалим поєднанням наукової новизни і практичної цінності викладених у ній положень. Зокрема, вагоме значення одержаних результатів у теоретичній і практичних сферах зумовлюється тим, що сформульовані та обґрунтовані в дисертації висновки та пропозиції в сукупності складають цілісну концепцію, спрямовану на удосконалення правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі.

Дискусійні положення та зауваження до дисертації

Загалом висновки та рекомендації, сформульовані в дисертаційній роботі, є досить обґрунтованими, а використання дисертантом різних наукових методів дозволило йому досягти повноти та всебічності аналізу поставлених завдань дослідження. Проте, окремі положення дисертації мають дискусійний характер або потребують уточнення, що, загалом, притаманно подібним творчим роботам і не применшує загальної цінності та позитивної оцінки роботи. Зупинюся на окремих з таких положень докладніше.

1. Було б доцільним додаткове, більш повне розкриття дисертантом змісту правомочності вимоги як третього складового елементу суб'єктивного права на захист у порядку арбітражу. Так, дисертант відзначає, що правомочність вимоги – це 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. Дисертант додає, що сюди ж можна віднести можливість особи звернутись за

підтримкою до державних судів, наприклад, щодо забезпечення позову, як це передбачено ч. 3 ст. 149, ч. 7 ст. 151 ЦПК України (с. 98-99 дисертації).

При цьому не наводиться повний перелік уповноважених суб'єктів, до яких може звертатись сторона за захистом у випадку порушення її суб'єктивного права з боку зобов'язаної особи. Чи охоплює такий перелік лише склад арбітражу і відповідний державний суд? Чи може входити до нього виконавча служба або інші органи державної влади? Чи включає право на захист у цьому розумінні право на скасування арбітражного рішення, коли ми говоримо про право на захист відповідача?

2. Потребує, на мою думку, додаткового обґрунтування позиція дисертанта щодо віднесення відсутності належного повідомлення учасника справи до другої категорії передумов, що за характером впливу на правозастосування в арбітражі є такою, яка є передумовою розгляду справи арбітражем по суті, і без з'ясування якої не може бути розпочато арбітражний розгляд конкретної справи, а не до першої з виділених категорій – без яких загалом арбітражний процес не може бути розпочато (с. 141 дисертації).

Видається, що належне повідомлення сторін є одним з фундаментальних процесуальних принципів як правосуддя, так і вирішення спорів у порядку міжнародного комерційного арбітражу, порушення якого відповідно до ст. V(1)(b) Конвенції ООН про визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень є однією з підстав для відмови у визнанні і виконанні іноземного арбітражного рішення. Тому важливість належного повідомлення сторін є важливою гарантією законності арбітражного процесу, потенційного визнання та виконуваності арбітражного рішення, відіграючи ключову роль як передумова правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі.

3. Не зовсім зрозумілим видається висновок автора на с. 252 дисертації про те, 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 неарбітрабільним і 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, можна розглядати, якщо не обов'язком арбітрів, то одним із завдань, вирішення якого гарантуватиме подальше визнання та виконання арбітражного рішення у відповідних державах.

Як таке твердження реалізовуватиметься практично складом арбітражу при вирішенні конкретного спору? Чи покладається на склад арбітражу обов'язок зі здійснення вказаного «прогностичного» дослідження впливу положень права «можливого місця визнання і виконання арбітражного рішення» на арбітрабільність спору?

4. Значний інтерес становлять висновки дисертанта щодо ролі права ЄС у механізмі розгляду і вирішення спорів у порядку арбітражу, яка на сьогодні поступово змінюється. Так, дисертант зазначає, що «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. Далі стверджується, що 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 (с. 346 дисертації).

Вважаю, що ці твердження потребують поглибленого обґрунтування із зазначенням конкретних варіантів застосування права ЄС у міжнародному

комерційному арбітражі як застосовуваного до суті спору, або ж прогнозування сценаріїв, за яких таке застосування може бути ефективним для вирішення спору по суті і не становитиме загрози для подальшого визнання та виконання арбітражного рішення.

5. Дисертанту також варто було б більш глибоко дослідити проблеми правозастосування, пов'язані із застосуванням відомих арбітражній практиці презумпцій, преюдицій, принципів пріоритетності застосування правових норм, особливо вирішення інтерлокальних колізій норм права при вирішенні спорів в арбітражі, що додало б ще більш прикладного характеру його роботі.

Загалом висловлені зауваження носять дискусійний характер і не применшують значного теоретичного та практичного значення основної змістовної частини дисертації, а також зроблених у ній висновків та пропозицій.

Загальний висновок по дисертації. Дисертація В.І. Нагнибіди на тему «Теоретичні засади правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі» є самостійною, завершеною науковою працею, що містить нові, самостійні, науково обгрунтовані результати, спрямовані на вирішення конкретної для науки господарського права та господарського процесуального права проблеми. Викладені в дисертації рекомендації та конкретні пропозиції теоретично обгрунтовані та аргументовані.

Основні положення дисертації були належним чином відображені у наукових статтях, опублікованих автором дисертації, кількість і якість яких відповідає вимогам щодо публікації основних положень дисертацій на здобуття наукових ступенів у фахових виданнях.

Зміст автореферата повністю відображає структуру дослідження, а також містить основні положення і висновки дисертації. Автореферат не містить положень, які не увійшли до основного змісту дисертації.

Враховуючи вищенаведене, можна стверджувати про достатній рівень науковості та обгрунтованості викладених у дисертації наукових суджень, положень, висновків і рекомендацій. З урахуванням цього, дисертаційна

робота В.І. Нагнибіди є завершеним науковим дослідженням, а висновки, зроблені у дисертації, мають усі необхідні ознаки наукової новизни, властиві для дисертацій на здобуття наукового ступеня доктора наук.

Підсумовуючи викладене, вважаю, що дисертація В.І. Нагнибіди на тему: «Теоретичні засади правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі», подана на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук, відповідає вимогам Порядку присвоєння наукових ступенів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 24 липня 2013 року № 567, а дисертант – Володимир Іванович Нагнибіда за результатами публічного захисту заслуговує на присвоєння йому наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.04 – господарське право, господарсько-процесуальне право.

Офіційний опонент:
професор кафедри господарського права
та господарського процесу
Інституту права Київського національного
університету імені Тараса Шевченка,
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України



В. С. Щербина

