

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ВНУТРІШНІХ СПРАВ
КАФЕДРА ФІНАНСОВОГО ПРАВА ТА
ФІСКАЛЬНОГО АДМІНІСТРУВАННЯ

ЗАТВЕРДЖУЮ

Т.в.о. завідувача кафедри

фінансового права та фінансового адміністрування

_____ Г.В. Козаченко

«__» _____ 2020 р.

ПЛАН-КОНСПЕКТ ПРОВЕДЕННЯ ЛЕКЦІЙНОГО
ЗАНЯТТЯ

Тема 8. Вирішення спорів між суб'єктами зовнішньоекономічних правовідносин.

З навчальної дисципліни: Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності.

Навчальна мета:

Домогтися обізнаності фахівців ступеня вищої освіти у теоретичних питаннях, що передбачаються програмою навчальної дисципліни, слугувати подальшому міцному засвоєнню знань, формуванню практичних умінь і навичок з навчального матеріалу дисципліни «Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності». Крім того, метою лекції є ознайомлення фахівців із сучасними тенденціями та особливостями міжнародно-правового регулювання зовнішньоекономічної діяльності, а також вироблення у фахівців навиків користування нормативно-правовими актами, та здійснення контролю за самостійним вивченням наукової, навчальної літератури.

Виховна мета:

Інформація з даної теми є дійовим інструментом в оволодінні знаннями

з метою використання їх в юридичній практиці, а також формування у фахівців наполегливості, впевненості у собі та самоповаги як кваліфікованого фахівця, любові до майбутньої професії.

Розвиваюча мета:

Розширити кругозір студентів, їх пам'ять, навчити мислити масштабно в інтересах держави, навчити правильно та чітко висловлювати свою думку. Фахівці повинні вміти, аналізувати норми діючого законодавства щодо зовнішньоекономічної діяльності і застосовувати їх до конкретних обставин, засвоїти основні проблеми даної дисципліни.

Обсяг навчального часу: 1 год.

Навчальне обладнання, ТЗН: дошка, мультимедійний проектор.

Наочні засоби: міжнародно-правові документи та національні нормативно-правові акти, що регулюють зовнішньоекономічну діяльність.

Міжпредметні та міждисциплінарні зв'язки:

Забезпечуючі дисципліни: Цивільне право, Господарське право. Міжнародне приватне право.

Забезпечувані дисципліни: Міжнародний комерційний арбітраж, Митне право.

План лекції (навчальні питання):

1. Вирішення зовнішньоекономічних спорів в державних судах.
2. Вирішення зовнішньоекономічних спорів шляхом арбітражу.

Література:

Правові акти:

1. Конституція України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>;
2. Договір між Україною і Китайською Народною Республікою про правову допомогу у цивільних та кримінальних справах від 30.10.92.

- [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/156_014;
3. Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_069;
4. Європейська конвенція про введення одноманітного закону про арбітраж [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_679?nreg=994_679&find=1&text=%E0%F0%E1%E8%F2%F0%E0%E6%ED+%F2%F0%E8%E1%F3%ED%E0%EB&x=8&y=5#w22;
5. Конвенція з питань цивільного процесу. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_083;
6. Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_070;
7. Конвенція про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_890;
8. Конвенція про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_922;
9. Конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_002;
10. Конвенція, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_082;
11. Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/997_009/page3;

12. Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/997_076;
13. Конвенція про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_594/page2?text=%E0%F0%E1%E8%F2%F0%E0%E6%ED+%F2%F0%E5%F2%E5%E9%F1%EA+%F2%F0%E8%E1%F3%ED%E0%EB+%F1%F3%E4#w31;
14. Типовий закон ЮНСІТРАЛ щодо міжнародного торговельного арбітражу. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_879;
15. European Convention on International Commercial Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf;
16. European Convention providing a Uniform Law on Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/056.htm>;
17. Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.jus.uio.no/lm/air.carriage.unification.convention.montreal.1999/>;
18. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html;
19. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf;

20. Господарський кодекс України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/436-15>;
21. Господарський процесуальний кодекс України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>;
22. Закон України «Про забезпечення функціонування української мови як державної». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2704-19#Text>;
23. Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/959-12>;
24. Закон України «Про міжнародне приватне право». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>;
25. Закон України «Про міжнародні договори України». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>;
26. Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>;
27. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2453-17>;
28. Закон України «Про третейські суди». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1701-15>;
29. Кодекс адміністративного судочинства України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>;
30. Цивільний кодекс України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>;
31. Консульський статут України, затверджений Указом Президента України від 02.04.94 N 127/94. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/127/94>;
32. Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 2010. [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-ukrainian.pdf>;

33. Інструкція про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень, затверджена наказом Міністерства юстиції України і Державної судової адміністрації України від 27.06.2007 року № 1092/5/54. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0573-08>;
34. Національний класифікатор України «Класифікація видів економічної діяльності» (ДК 009:2010), затверджений Наказом Держспоживстандарту України від 11.10.2010 № 457. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/FIN61334.html;
35. Конституція СРСР. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1977/red_1977/5478732/chapter/1/;
36. Арбітражний регламент Арбітражного інституту Торгової палати м. Стокгольму. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://sccinstitute.com/media/40121/arbitrationrules_ru_webbversion.pdf;
37. Арбітражний регламент Європейської економічної комісії ООН. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_337;
38. Лист Міністерства юстиції України від 26.12.2008 N 758-0-2-08-19 «Щодо практики застосування норм права у випадку колізії». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0758323-08>;
39. Регламент Лондонського Міжнародного Третейського суду. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_447;

40. Арбітражний регламент Міжнародного арбітражного суду при Міжнародній торговій палаті. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nkau.gov.ua/NSAU/pravonsau.nsf/9f8cead0b3bf2b88c3256a910055a85c/c53b2bb37fbaee60c2256cf7002386a3!OpenDocument>;
41. Регламент Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://arb.ucci.org.ua/icac/ru/rules.html>;
42. Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_059;
43. Типовий закон ЮНСІТРАЛ щодо міжнародного торговельного арбітражу. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_879;
44. Arbitration Rules of the Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf;
45. Arbitration rules of the United Nations Economic Commission for Europe. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.jstor.org/stable/756880?seq=1#page_scan_tab_contents;
46. Basic Principles on the Role of Lawyers, adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfLawyers.aspx>;
47. Code of Conduct for European Lawyers. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ordineavvocatibologna.net/documents/19808/42876/Charter+of+core+principles+of+the+european+legal+profession/0241ac52-f43b-4272-bc7f-770d581f925a>;

48. ICC Rules of Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>;
49. International Principles of Conduct the Legal Profession. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://r.search.yahoo.com/_ylt=A0LEV1pPxMhVOXkADkNXNyoA;_ylu=X3oDMTByNXM5bzY5BGNvbG8DYmYxBHBvcwMzBHZ0aWQDBHNIYwNzcg--/RV=2/RE=1439249616/RO=10/RU=http%3a%2f%2fwww.ibanet.org%2fDocument%2fDefault.aspx%3fDocumentUid%3dE8AE9C40-BA20-4E6F-97EE-DC99D002AC72/RK=0/RS=8wZAHvKKrGI4ZYQMIzITT4Av8.g;
50. LCIA Arbitration Rules. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx;
51. UNCITRAL Arbitration Rules. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>;
52. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.model.law.1985/>;
53. Charter of Core Principles of the European Legal Profession. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ordineavvocatibologna.net/documents/19808/42876/Charter+of+core+principles+of+the+european+legal+profession/0241ac52-f43b-4272-bc7f-770d581f925a>;
54. Роз'яснення Президії Вищого господарського суду України № 04-5/608 від 31.05.2002 «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v_608600-02;

Основна література:

55. Балюк І.А. Вирішення господарських спорів. - К., 2004. - 188 с.;
56. Комаров В.В. Международный коммерческий арбитраж. - Харьков: Основа, 1995. - 304 с.;
57. Крупчан А.Д. Оспаривание решений международных арбитражных судов по национальному и международному законодательству // Международный коммерческий арбитраж в Украине: законодательство и практика / Под общей ред. И.Г. Побирченко. - К.: Изд. Дом "Ин Юре", 2000.;
58. Міжнародне приватне право // Навчальний посібник // За загальною редакцією професора В. М. Гайворонського, професора В. П. Жушмана // Київ. Юрінком Інтер 2007. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://radnuk.info/pidrychnuku/privat/441-gaivoronsk/6402-s5---.html>;
59. Міжнародний комерційний арбітраж в Україні / Під заг. ред. І.Г. Побірченка. - К.: ІнЮре, 2007. - 578 с.;
60. Петрина В.Н. Термінологічні проблеми в українському законодавстві про міжнародний комерційний арбітраж. Часопис Київського університету права. № 2, 2019. – с. 209 – 215;
61. Петрина В.Н., Фещук В.В. Участь прокурора в господарському процесі. Підприємство, господарство і право. № 6, 2019. - с. 337 – 342;
62. Поєдинок В.В. Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності: Навчальний посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 288 с.;
63. Правові основи зовнішньоекономічної діяльності. Навчальний посібник. За відпов. ред.. Л.С.Сміяна- К.:КНТ, 2008. – 416 с.;
64. Чубарев В.Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.;
65. Цірат Г.А. Міжнародний комерційний арбітраж. - К.: Істина, 2002. - 302 с.;
66. Цират Г.А., Цират А.В. Международный арбитраж как способ разрешения внешнеэкономических споров. - К.: Довіра, 1997. - 368 с.;

67. Feshchuk, V., Petryna, V. Problems of Inconsistency of the Provisions of Ukrainian Legislation on the Legal Status of the Public Prosecutor's Office with the European Standards. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ 2017 рік # 4. - С. 40 – 49;

Додаткова література:

68. Притика Ю.Д. Проблеми захисту цивільних прав та інтересів у третейському суді. - К.: ІнЮре, 2006. - 633 с.;
69. Adofikwu, Aje R. Understanding the adversarial and inquisitorial justice system. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://thelawyerschronicle.com/understanding-the-adversarial-and-inquisitorial-justice-system/>;
70. Arbitrator. InvestorWords. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.investorwords.com/250/arbitrator.html>;
71. Black's Law Dictionary. Seventh Edition. - St. Paul, MN: West Publishing Co., 1999. - 1738 p. – P. 100;
72. Fox, William F. International commercial agreements: a primer for drafting, negotiations, and resolving disputes. – 2nd ed. – Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers.- 1992. - 491 p.;
73. Global Competitiveness Index 2014-2015. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/rankings/#indexId=GCI>;
74. Good, Roy. Commercial Law [Second edition]. - London: Penguin Books, 1995. – 1201 с. Сторінки 274 – 289.
75. ICC. Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/>
76. Institutional vs. 'ad hoc' arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.out-law.com/en/topics/projects--construction/international-arbitration/institutional-vs-ad-hoc-arbitration/>;

77. Lazareff Le Bars and Girard Gibbs LLP. International arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.internationalarbitrationlaw.com/arbitral-institutions/>;
78. The USLegal Dictionary. Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://administrativelaw.uslegal.com/alternative-means-of-dispute-resolution/arbitration/>;
79. What is the difference between a tribunal and a court? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ask.com/government-politics/difference-between-tribunal-court-f6afe8d52fa1b4bc>;
80. Who Are the Arbitrators? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://arbitration.uslegal.com/arbitration/who-are-the-arbitrators/>;
81. World Heritage Encyclopedia. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.worldheritage.org/articles/Arbitral_tribunal.

КОНСПЕКТ ЛЕКЦІЇ

1. Вирішення зовнішньоекономічних спорів в державних судах.

Порушення в державних судах провадження у справах з зовнішньоекономічних спорів. Суди, що розглядають зовнішньоекономічні спори

Приступаючи до розгляду даної теми, треба нагадати, що підставою виникнення зовнішньоекономічних правовідносин є зовнішньоекономічний договір, а тому, зовнішньоекономічні спори – це є спори між сторонами зовнішньоекономічних договорів з приводу форми та змісту зовнішньоекономічних договорів.

Перш за все, треба зауважити, що не існує будь-якого міждержавного чи наддержавного суду для вирішення зовнішньоекономічних спорів, тобто спорів між суб'єктами зовнішньоекономічних правовідносин. Таким чином,

зовнішньоекономічні спори за визначених нижче обставин можуть вирішуватись:

1) в порядку судочинства (англ. litigation) державними судами¹ (англ. courts of justice) тієї чи іншої країни, або

2) в порядку міжнародного комерційного арбітражу (англ. international commercial arbitration) арбітражними трибуналами (англ. arbitral tribunals).

Розглядаючи питання про вирішення зовнішньоекономічних спорів в порядку судочинства державними судами тієї чи іншої країни, природно виникає питання: державний суд якої саме країни має вирішувати спір, що виник між суб'єктами господарювання, що знаходяться в різних країнах?

Відповідаючи на це питання, треба зазначити, що державний суд будь-якої країни світу може прийняти до провадження і вирішити зовнішньоекономічний спір, за умови, що законодавство країни, де знаходиться такий державний суд, дозволяє йому це робити.

Зазвичай, законодавство тієї чи іншої країни світу дозволяє її судам приймати до провадження та вирішувати зовнішньоекономічні спори у випадках, якщо:

- однією із сторін зовнішньоекономічного спору є резидент цієї країни, або/та
- сторони зовнішньоекономічного договору уклади угоду (у вигляді умови зовнішньоекономічного договору або окремої угоди) про те, що спір між ними має розглядатися судами відповідної країни;
- на території цієї країни знаходиться майно (зазвичай нерухоме), що є предметом зовнішньоекономічного спору;
- відсутня угода сторін зовнішньоекономічного спору про те, що спір між ними має розглядатись в порядку арбітражу;
- в провадженні суду іншої країни або міжнародного арбітражного комерційного суду не знаходиться справа з розгляду цього самого спору;

¹ Під поняттям «державні суди» в даному посібнику мається на увазі певні органи судової гілки державної влади, що уповноважені згідно із законодавством відповідної країни здійснювати правосуддя в цій країні.

- не сплинув строк позовної давності;
- в деяких інших випадках, визначених законодавством тієї чи іншої країни.

Звернемось до положень українського законодавства щодо можливості розгляду зовнішньоекономічних спорів судами України.

Стаття 38 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» зазначає, що «спори, що виникають між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності, іноземними суб'єктами господарської діяльності у процесі такої діяльності можуть розглядатися судами України,... якщо це не суперечить чинним законам України або передбачено міжнародними договорами України».

Зовнішньоекономічні спори відносяться до господарських спорів, а тому згідно з пунктом 1) частини першої статті 12 Господарського процесуального кодексу України підвідомчі господарським судам. Згідно зі статтею 1 Господарського процесуального кодексу України українські та іноземні сторони зовнішньоекономічних спорів мають право звертатися за захистом своїх порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів, а також для вжиття передбачених цим Кодексом заходів, спрямованих на запобігання правопорушенням до господарських судів України згідно з встановленою підвідомчістю господарських справ.

Стаття 124 Господарського процесуального кодексу України наступним чином визначає підсудність судам справ за участю іноземних суб'єктів господарювання: «підсудність справ за участю іноземних суб'єктів господарювання визначається цим Кодексом, законом або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України».

Стаття 76 Закону України «Про міжнародне приватне право» встановлює підстави визначення підсудності справ з іноземним елементом судам України. У зв'язку із підсудністю судам України зовнішньоекономічних спорів ця стаття встановлює наступне:

Суди можуть приймати до свого провадження і розглядати будь-які справи з іноземним елементом у таких випадках:

1) якщо сторони передбачили своєю угодою підсудність справи з іноземним елементом судам України, крім випадків, передбачених у статті 77 цього Закону (тобто статті, де передбачена виключна підсудність українським судам);

2) якщо на території України відповідач у справі має місце проживання або місцезнаходження, або рухоме чи нерухоме майно, на яке можна накласти стягнення, або знаходиться філія або представництво іноземної юридичної особи - відповідача;

3) у справах про відшкодування шкоди, якщо її було завдано на території України;

4) якщо у справі про відшкодування шкоди позивач - фізична особа має місце проживання в Україні або юридична особа - відповідач - місцезнаходження в Україні;

5) дія або подія, що стала підставою для подання позову, мала місце на території України.

Стаття 77 вищезазначеного Закону визначає у яких випадках зовнішньоекономічні спори є у виключній підсудності українських судів. Так згідно з цією статтею «Підсудність українським судам є виключною у таких справах з іноземним елементом:

1) якщо нерухоме майно, щодо якого виник спір, знаходиться на території України;

2) якщо спір пов'язаний з оформленням права інтелектуальної власності, яке потребує реєстрації чи видачі свідоцтва (патенту) в Україні;

3) якщо спір пов'язаний з реєстрацією або ліквідацією на території України іноземних юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців;

4) якщо спір стосується дійсності записів у державному реєстрі, кадастрі України;

5) якщо у справах про банкрутство боржник був створений відповідно до законодавства України;

6) якщо справа стосується випуску або знищення цінних паперів, оформлених в Україні.

В усіх інших випадках, що не передбачені статтями 76 та 77 Закону України «Про міжнародне приватне право», зовнішньоекономічні спори не можуть розглядатися судами України.

Згідно зі статтею 75 Закону України «Про міжнародне приватне право» навіть у випадку, коли згідно із законодавством України відповідний зовнішньоекономічний спір відноситься до підсудності українських судів український суд має відмовити у відкритті провадження у справі, якщо у суді чи іншому юрисдикційному органі іноземної держави є справа із спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав.

Згідно з роз'ясненням Президії Вищого господарського суду України № 04-5/608 від 31.05.2002 «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» «місцеві господарські суди вправі вирішувати спори і у тих випадках, коли міжнародним договором передбачено можливість укладення письмової пророгаційної угоди між суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності України та іноземним суб'єктом господарської діяльності (угода про договірну підсудність).

Обираючи як орган вирішення спорів місцевий господарський суд України, сторони пророгаційної угоди повинні дотримуватись вимог міжнародного договору та статті 16 ГПК щодо виключної компетенції господарських судів України. Отже, у разі невідомості справи у спорі за участю іноземного суб'єкта господарювання господарський суд має відмовити у прийнятті позовної заяви на підставі пункту 1 частини першої статті 62 ГПК. З цієї ж підстави господарський суд повинен відмовити у прийнятті позовної заяви, якщо у пророгаційній угоді сторонами неправильно викладено назву суду або зазначено суд, існування якого не передбачено Законом України "Про судоустрій України".

У тому випадку, якщо зовнішньоекономічний спір згідно з законодавством України не може бути розглянутий і вирішений українськими судами не означає, що цей спір взагалі не може бути розглянутий і вирішений у державних судах. Такий спір може бути розглянутий і вирішений у судах іншої країни при умові, що законодавство цієї країни передбачає підсудність таких спорів судам цієї країни.

В інших країнах, в залежності від країни, зовнішньоекономічні спори можуть розглядатися комерційними судами (англ. commercial courts) або загальними судами.

Комерційні суди відрізняються від господарських судів України головним чином тим, що вони розглядають спори тільки між суб'єктами господарювання з приводу комерційної (підприємницької) діяльності, в той час, як господарські суди України розглядають набагато ширше коло спорів, визначених в статті 12 Господарського процесуального кодексу України.

Комерційні суди існують в цілій низці країн, зокрема в таких країнах, як Франція, Бельгія, Австрія, Швейцарія та ін.

Розглядаючи питання про вирішення зовнішньоекономічних спорів шляхом судочинства в державних судах не можна обійти увагою факт існування у світі двох систем судочинства, які в юридичній літературі мають такі назви: 1) змагальна (англ. adversarial) та 2) інквізиторська (англ. inquisitorial)².

Різниця між цими двома системами судочинства полягає, поряд з низкою інших відмінностей, в тому, яку роль відіграє суд в збиранні доказів у справі.

Так, в змагальній системі судочинства суд з власної ініціативи не вживає жодних дій, щоб отримати будь-які докази. Роль суду в цьому плані полягає тільки в оцінці доказів, що надаються сторонами спору, і вирішення спору на підставі цих доказів.

² Див., наприклад, Adofikwu, Aje R. Understanding the adversarial and inquisitorial justice system. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://thelawyerschronicle.com/understanding-the-adversarial-and-inquisitorial-justice-system/>

В так званій інквізиторській системі судочинства суд з власної ініціативи може збирати докази, які він вважає потрібними для всебічного з'ясування обставин справи.

Система судочинства є однією з ознак, за якою відрізняються між собою правові системи (чи типи правових систем). Так, змагальна система судочинства притаманна англо-американському типу (сім'ї) правових систем (англ. Common Law System). Цей тип правових систем називають ще прецедентним правом. До цього типу відносяться правові системи Англії, США, Канади, Австралії, Нової Зеландії тощо. Інквізиторська система судочинства притаманна романо-германському типу (сім'ї) правових систем (англ. Civil Law System). Цей тип правових систем називають ще континентальним правом. До цього типу фактично відносяться правові системи усіх країн континентальної Європи та Південної Америки.

При цьому треба зауважити, що, зазвичай, змагальна чи інквізиторська система судочинства в тій чи іншій країні існує як в кримінальному, так і в цивільному, комерційному та інших видах судочинства. Проте, в Україні система судочинства, як і в цілому українська правова система, є змішаною.

Так, система господарського судочинства України є змагальною. В статті 4-3 Господарського процесуального кодексу України зазначено, що «судочинство у господарських судах здійснюється на засадах змагальності. Сторони та інші особи, які беруть участь у справі, обґрунтовують свої вимоги і заперечення поданими судом доказами». Стаття 33 Господарського процесуального кодексу України, яка визначає на кого покладається обов'язок доказування і подання доказів в господарському процесі, встановлює, що «кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень. Докази подаються сторонами та іншими учасниками судового процесу». В той же час, наприклад, система адміністративного судочинства України є інквізиторського типу. Так, згідно з частиною 5 статті 71 Кодексу

адміністративного судочинства України «суд може збирати докази з власної ініціативи».

Строк позовної давності (англ. limitation period) щодо зовнішньоекономічних спорів

Однією з обставин, за якою державний суд може відмовити у відкритті провадження у справі по зовнішньоекономічному спору є вплив строку позовної давності, тобто строку, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу.

Треба мати на увазі, що строк позовної давності, точніше тривалість строку позовної давності, визначається правом, яке обрали сторони зовнішньоекономічного договору для застосування до їх договору.

Так, якщо за угодою сторін до зовнішньоекономічного договору буде застосовуватись право іншої, ніж Україна, країни, то тривалість строку позовної давності буде визначатись за правом такої країни.

Якщо за угодою сторін до зовнішньоекономічного договору буде застосовуватись право України, то тривалість строку позовної давності буде визначатись за наступними правилами:

1) у випадку, якщо спір виникає з приводу умов зовнішньоекономічного договору купівлі-продажу товарів, стороною якого є іноземний суб'єкт господарювання, місцезнаходження якого є в одній із 29 країн, що є сторонами Конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів (Нью-Йорк, 1974 рік), то строк позовної давності буде чотири роки;

2) у випадку, якщо спір виникає з приводу умов інших, ніж договір купівлі-продажу товарів, видів зовнішньоекономічних договорів, або з приводу умов зовнішньоекономічного договору купівлі-продажу товарів, стороною якого є іноземний суб'єкт господарювання, місцезнаходження якого є будь-якій із країн, що не є стороною Конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів (Нью-Йорк, 1974 рік), то строк позовної давності, за загальним правилом, згідно зі статтею 257 Цивільного кодексу України буде становити три роки;

3) якщо зовнішньоекономічний спір, зазначений вище в пункті 2), буде стосуватися:

а) стягнення неустойки (штрафу, пені),

б) переведення на співвласника прав та обов'язків покупця у разі порушення переважного права купівлі частки у праві спільної часткової власності,

в) недоліків проданого товару,

г) перевезення вантажу, пошти,

то строк позовної давності згідно зі статтею 258 Цивільного кодексу України буде становити один рік;

4) якщо зовнішньоекономічний спір буде стосуватися недоліків некапітальних конструкцій, то строк позовної давності згідно зі статтею 322 Господарського кодексу України буде становити один рік;

4) якщо зовнішньоекономічний спір буде стосуватися недоліків некапітальних конструкцій, що не могли бути виявлені за звичайного способу прийняття роботи, то строк позовної давності згідно зі статтею 322 Господарського кодексу України буде становити два роки;

4) якщо зовнішньоекономічний спір буде стосуватися недоліків капітальних конструкцій, що не могли бути виявлені за звичайного способу прийняття роботи, то строк позовної давності згідно зі статтею 322 Господарського кодексу України буде становити десять років;

5) якщо зовнішньоекономічний спір буде стосуватися відшкодування збитків, завданих замовникові протиправними діями підрядника, які призвели до руйнувань чи аварій, то строк позовної давності згідно зі статтею 322 Господарського кодексу України буде становити тридцять років.

Згідно зі статтею 259 Цивільного кодексу України позовна давність, встановлена законом, може бути збільшена за домовленістю сторін. Договір про збільшення позовної давності укладається у письмовій формі. Позовна давність, встановлена законом, не може бути скорочена за домовленістю сторін.

Якщо сторони зовнішньоекономічного договору до досягли згоди з приводу того, право якої країни буде застосовуватись до такого договору, то тривалість строку позовної давності буде, зазвичай, визначатись згідно з Принципами міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 2010. Згідно зі статтею 10.2 зазначених Принципів загальний строк позовної давності складає три роки і починає спливати з дня наступного за днем, коли кредитор дізнався або повинен був дізнатися про факти, внаслідок яких його право може бути здійснене. В будь-якому випадку максимальний строк позовної давності складає десять років, починаючи з дня наступного за днем, коли право може бути здійснене.

Згідно зі статтею 10.3 зазначених Принципів сторони можуть змінити строки позовної давності. Проте, вони не можуть:

- а) зменшити загальний строк позовної давності до строку меншого, ніж один рік;
- б) зменшити максимальний строк позовної давності до меншого, ніж чотири роки;
- в) збільшити максимальний строк позовної давності до більшого, ніж п'ятнадцять років.

Треба зазначити, що вищенаведені правила щодо строку позовної давності стосуються як порядку вирішення зовнішньоекономічних спорів в державних судах, так і порядку вирішення зовнішньоекономічних спорів шляхом арбітражу.

Процедура розгляду зовнішньоекономічних спорів в державних судах

Процедура розгляду в державних судах зовнішньоекономічних спорів визначається процесуальним законодавством тієї країни, суд якої розглядає зовнішньоекономічний спір.

В Україні зовнішньоекономічні спори розглядаються господарськими судами України за процедурою, встановленою Господарським процесуальним кодексом України. Стаття 123 Господарського

процесуального кодексу зазначає, що «іноземні суб'єкти господарювання мають такі самі процесуальні права і обов'язки, що і суб'єкти господарювання України, крім винятків, встановлених законом або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України».

У зв'язку з процедурою розгляду зовнішньоекономічних спорів в українських господарських судах варто зауважити деякі особливості господарського процесу при розгляді зовнішньоекономічних спорів.

Серед таких особливостей треба зазначити те, що господарський суд приймає як докази офіційні документи, що походять з інших держав, за умови їх легалізації дипломатичними або консульськими службами України.

Консули України легалізують іноземні документи, що подаються до офіційних органів України, відповідно до статті 54 Консульського статуту України, затвердженого Указом Президента України від 02.04.94 N 127/94.

Посвідчення консулами зазначених документів означає встановлення і засвідчення справжності підписів на цих документах і відповідності їх законам держави перебування.

Легалізація іноземного документа є необхідною умовою для подання його як доказу у судовому процесі, але не виключає у разі необхідності перевірки з боку суду з метою встановлення правильності вміщених у ньому відомостей по суті.

Міжнародними договорами України про правову допомогу може передбачатися надання іноземних офіційних документів без консульської легалізації. Зокрема, без будь-якого спеціального засвідчення приймаються на території інших держав - учасниць СНД документи, які видано або засвідчено установою чи спеціально уповноваженою особою в межах їх компетенції за встановленою формою та скріплено офіційною печаткою на території однієї з держав - учасниць СНД.

Таким чином, господарський суд має право приймати іноземні офіційні документи без консульської легалізації у випадках, передбачених

міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Конвенція, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів (Гаага, 1961), ратифікована Верховною Радою України відповідно до Закону України від 10.01.2002 N 2933-III "Про приєднання України до Конвенції, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів" діє на території України з часу набрання чинності зазначеним Законом.

Згідно із статтею 3 цієї Конвенції єдиною формальною процедурою, яка може вимагатися для посвідчення автентичності підпису, статусу, в якому виступала особа, що підписала документ, та, у відповідному випадку, автентичності відбитку печатки або штампа, якими скріплений документ, є проставлення апостиля компетентним органом держави, в якій документ був складений.

Згідно із статтею 4 цієї ж Конвенції передбачений в статті 3 апостиль проставляється на самому документі або на окремому аркуші, що скріплюється з документом; він повинен відповідати зразку, що додається до цієї Конвенції. Разом з тим, згідно з пунктом b) частини 3 статті 1 Конвенції вона не поширюється на документи, що мають пряме відношення до комерційних або митних операцій.

Відповідно до статті 3 Господарського процесуального кодексу України «мова господарського судочинства визначається статтею 14 Закону України "Про засади державної мовної політики". Згідно зі статтею 14 Закону України "Про засади державної мовної політики" судочинство в Україні у цивільних, господарських, адміністративних і кримінальних справах здійснюється державною мовою. У межах території, на якій поширена регіональна мова (мови), що відповідає умовам частини третьої статті 8 цього Закону, за згодою сторін суди можуть здійснювати провадження цією регіональною мовою (мовами). Сторони, які беруть участь у справі, подають до суду письмові процесуальні документи і докази, викладені державною мовою. У

межах території, на якій поширена регіональна мова (мови), що відповідає умовам частини третьої статті 8 цього Закону, допускається подача до суду письмових процесуальних документів і доказів, викладених цією регіональною мовою (мовами), з перекладом, у разі необхідності, на державну мову без додаткових витрат для сторін процесу. Особам, що беруть участь у розгляді справи в суді, забезпечується право вчиняти усні процесуальні дії (робити заяви, давати показання і пояснення, заявляти клопотання і скарги, ставити запитання тощо) рідною мовою або іншою мовою, якою вони володіють, користуючись послугами перекладача у встановленому процесуальним законодавством порядку. У межах території, на якій поширена регіональна мова (мови), що відповідає умовам частини третьої статті 8 цього Закону, послуги перекладача з регіональної мови або мови меншини (мов), у разі їх необхідності, надаються без додаткових для цих осіб витрат.

Міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, також можуть передбачати норми про мову взаємовідносин щодо правової допомоги. Так, статтею 7 Договору між Україною і Китайською Народною Республікою про правову допомогу у цивільних та кримінальних справах від 30.10.92 встановлено, що при наданні правової допомоги кожна з Договірних Сторін користується державною мовою своєї країни з доданням завіреного перекладу всіх документів на державну мову іншої Сторони або на англійську мову.

Слід мати на увазі, що у разі нотаріального посвідчення перекладу нотаріус засвідчує лише оригінальність підпису перекладача, який стоїть під документом, а не відповідність перекладу оригіналові. Тому якщо у господарського суду чи учасника судового процесу виникнуть сумніви щодо автентичності перекладу документа, суд може призначити судову експертизу і доручити її проведення компетентному спеціалісту-перекладачу згідно з вимогами статті 41 Господарського процесуального кодексу України.

Оскільки на іноземних сторін зовнішньоекономічного спору поширюється національний режим судового процесу, зазначені особи повинні виконувати зобов'язання, передбаченні законодавством України, зокрема щодо сплати судових витрат.

Судові витрати можуть сплачуватися уповноваженими представниками - резидентами України, які ведуть справу у господарському суді від імені іноземних суб'єктів господарювання і мають відповідні повноваження згідно зі статтею Господарського процесуального кодексу України.

Стягнення судових витрат з суб'єктів господарювання може здійснюватися за наказом господарського суду з рахунків цих осіб та їх представництв і філій у банках України. В інших випадках стягнення судових витрат може здійснюватися в порядку виконання судових рішень на підставі міжнародних договорів. Такий порядок, зокрема, передбачено статтею 7 Угоди про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності³.

Вирішуючи спір за участю суб'єктів господарювання держав - учасниць СНД, слід враховувати, що Угоду про розмір державного мита та порядок його стягнення при розгляді господарських спорів між суб'єктами господарювання різних держав (Ашгабат, 24.12.93) і Угоду про порядок взаємного виконання рішень господарських та економічних судів на території держав - учасниць СНД (Москва, 06.03.98) Україною не підписано, а отже їх положення в Україні не діють.

У цьому зв'язку треба зазначити, що в Україні відсутній механізм виконання рішення господарського суду в частині стягнення з іноземної особи судового збору. Тому господарські суди приймають до свого провадження позовні заяви від іноземних осіб, а також заяви про збільшення розміру позовних вимог виключно за умови надання суду доказів про зарахування у доход державного бюджету суми судового збору у

³ Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/997_076

встановленому розмірі. У цьому випадку достатнім доказом факту надходження судового збору до державного бюджету України є довідка відповідного територіального органу Державного казначейства України.

Судові доручення

Під час розгляду державними судами зовнішньоекономічних спорів однієї країни виникає потреба провести певні процесуальні дії в іншій країні. У зв'язку з цим як міжнародне так і національне право країн світу передбачає інститут судових доручень, який регулює порядок звернень судів однієї країни до судів іншої країни з проханням виконати певні процесуальні дії.

Такі питання регулюються:

- Конвенцією з питань цивільного процесу⁴;
- Конвенцією про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах⁵;
- Конвенцією про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах⁶;
- двосторонніми міжнародними угодами України про правову допомогу;
- статтями 125 – 129 Господарського процесуального кодексу України;
- статтею 80 Закону України «Про міжнародне приватне право»;
- Інструкцією про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень, затвердженою наказом Міністерства юстиції України і Державної судової адміністрації України від 27.06.2007 року № 1092/5/54.

При вирішенні питання про забезпечення своєчасного повідомлення у належній формі іноземних учасників судового процесу про час і місце

⁴ Конвенція з питань цивільного процесу. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_083

⁵ Конвенція про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_890

⁶ Конвенцією про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_922

розгляду справи, господарському суду в українських господарських судах слід враховувати наступне.

Взаємодія судів України з судовими органами інших держав з цього питання, а також щодо виконання за кордоном інших процесуальних дій регулюються Конвенцією з питань цивільного процесу (Гаага, 1954) і угодами про взаємну правову допомогу, укладеними Україною з іншими державами. Відповідно до Законів України від 19.10.2000 N 2052-III та N 2051-III з 26 листопада 2000 року набрали чинності для України Конвенція про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах (Гаага, 1965) і Конвенція про отримання за кордоном доказів з цивільних і торгових справ (Гаага, 1970) із заявами та застереженнями. Цими заявами і застереженнями передбачено, зокрема, що названим у конвенціях центральним органом в Україні є Міністерство юстиції України, яке складає підтвердження про вручення документів і забезпечує передачу документів у цивільних або комерційних справах центральному органу юстиції іншої держави.

Особливий порядок надання правової допомоги встановлено Угодою про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, статтею 5 якої передбачено, зокрема, що у разі надання правової допомоги компетентні суди та інші органи держав - учасниць СНД зносяться один з одним безпосередньо. У разі звернення господарського суду з приводу надання правової допомоги документи, викладені українською або російською мовою, направляються поштовим зв'язком безпосередньо до суду, до компетенції якого належить вирішення господарських спорів на території відповідної держави - учасниці СНД, чи іншого органу цієї держави. При виконанні доручення про надання правової допомоги компетентні суди застосовують законодавство своєї країни.

Відповідно до Закону України "Про приєднання України до Конвенції про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах" Верховна Рада України постановила приєднатися

від імені України до названої Конвенції із заявами та застереженнями, згідно з якими Центральним органом, який має право отримувати документи від інших Договірних Сторін, а також складати підтвердження про вручення, є Міністерство юстиції України. Особливості виконання названої Конвенції визначено розділом VI Інструкції про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень, затвердженої наказом Міністерства юстиції України і Державної судової адміністрації України від 27.06.2008 N 1092/5/54 (далі - Інструкція).

Так, відповідне доручення про вручення документів за кордоном складається судом у формі прохання згідно з додатком до Інструкції. Заповненню з урахуванням приписів пунктів 6.2.1 і 6.2.2 Інструкції підлягають дві частини формуляра: "Прохання" і "Короткий виклад документа". Якщо формуляр складається українською мовою, то його обов'язково необхідно супроводжувати перекладом французькою чи англійською мовами або мовою запитуваної держави.

Доручення щодо вручення документів за кордоном надсилаються безпосередньо до Центрального органу іноземної держави, визначеного запитуваною державою згідно зі статтею 2 вищезгаданої Конвенції, або через Міністерство юстиції України.

Конвенцією про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах також визначено, що судові рішення не може бути винесено, поки не буде встановлено, що судовий документ було вручено або доставлено особисто відповідачеві і це було здійснено в належний строк, достатній для здійснення захисту. Разом з тим, пунктом 6 Закону України "Про приєднання України до Конвенції про вручення за кордоном судових і позасудових документів у цивільних або комерційних справах" встановлено, що якщо виконано всі умови, зазначені у частині другій статті 15 названої Конвенції, суддя, незалежно від положень частини першої статті 15 Конвенції, може винести рішення, навіть якщо не

надійшло жодного підтвердження про вручення або безпосередню доставку документів.

Таким чином, у випадку, передбаченому частиною другою статті 15 Конвенції, суд може прийняти рішення, якщо з дати направлення документа сплинув термін, який суддя визначив як достатній для даної справи і який становить щонайменше шість місяців. При цьому, беручи до уваги рекомендації Практичного керівництва по застосуванню Гаагської конвенції про вручення за кордоном судових та позасудових документів до статті 15 Конвенції, розробленого Постійним бюро Гаазької конференції з міжнародного приватного права, і яке по суті є узагальненням практики застосування зазначеної Конвенції судами держав - учасниць, у випадку, якщо на момент розгляду справи, призначеної в межах процесуальних строків, встановлених статтею 69 ГПК, сторона-нерезидент не з'явилась у судові засідання і не отримано жодного підтвердження про вручення або безпосередню доставку документів, суд, з огляду на приписи частини третьої статті 4 ГПК та статті 3 Закону України "Про міжнародне приватне право", продовжує строк вирішення спору з одночасним відкладенням розгляду справи (стаття 77 ГПК) в межах строків, передбачених частиною 2 статті 15 Конвенції.

У випадку прийняття рішення судом у шестимісячний термін з дати направлення документа за умови відсутності доказів про вручення або безпосередню доставку документа нерезиденту, таке рішення може бути скасоване на підставі статей 104, 111-10 ГПК у зв'язку з недотриманням вимог пункту "b" частини 2 статті 15 Конвенції про вручення за кордоном судових і позасудових документів у цивільних або комерційних справах.

Судові документи можуть направлятися також філіям, представництвам, іншим відособленим підрозділам іноземних підприємств і організацій, місцезнаходженням яких є територія України (з повідомленням про вручення таких документів), а також вручатися безпосередньо уповноваженому представникові. При цьому слід мати на увазі, що коло повноважень

відособленого підрозділу юридичної особи стосовно здійснення у господарському суді повноважень сторони у справі від імені цієї особи визначається установчими документами останньої, положенням про відособлений підрозділ, яке затверджене юридичною особою, або довіреністю, виданою нею ж у встановленому порядку керівникові цього підрозділу. У цьому випадку спір вирішується в межах процесуальних строків, встановлених ГПК.

Витрати, пов'язані з перекладом відповідних документів, а також з оплатою за вручення їх за кордоном згідно з цією Конвенцією, під час судового розгляду має нести заінтересована сторона. Після закінчення розгляду справи такі витрати розподіляються господарським судом на загальних підставах, визначених частиною п'ятою статті 49 ГПК".

Представництво сторін зовнішньоекономічних спорів в державних судах

За загальним правилом, в державних судах найбільш економічно розвинутих країнах незалежно від того, право якої країни застосовується до зовнішньоекономічного договору, з приводу якого виник спір, представляти інтереси будь-якої сторони зовнішньоекономічного спору можуть тільки правники.

Правниками в найбільш економічно розвинутих країнах вважаються ті особи, які згідно з законодавством відповідної країни мають право займатися юридичною практикою. В кожній найбільш економічно розвинутій країні є публічно доступний реєстр правників.

Законодавство найбільш економічно розвинутих країн, зазвичай, визначає яка робота/послуги може виконуватись тільки професійними правниками. До такої роботи відноситься представлення сторін в судах, складання юридичних документів, проведення юридичного аудиту (англ. Due Diligence), надання юридичних висновків (англ. Legal Opinions), надання юридичних порад та консультацій (англ. Legal Advice), тощо. В країнах Європейського Союзу, та й взагалі в економічно розвинутих країнах, ролі

правників у суспільстві приділяється надзвичайна увага. З приводу визначення функцій і принципів діяльності правників приймаються міжнародні конвенції та інші міжнародні документи. Серед таких міжнародних документів можна назвати такі документи, як:

1) Основні принципи щодо ролі правників (англ. the Basic Principles on the Role of Lawyers⁷), затверджені Восьмим Конгресом ООН 07.09.1990 р.;

2) Хартія основоположних принципів європейської юридичної професії (англ. Charter of Core Principles of the European Legal Profession⁸), затверджена Радою асоціацій правників та правничих товариств Європи 24.11.2006;

3) Кодекс поведінки для європейських правників (англ. Code of Conduct for European Lawyers⁹), затверджена Радою асоціацій правників та правничих товариств Європи 24.11.2006;

4) Міжнародні принципи поведінки для юридичної професії (International Principles of Conduct the Legal Profession¹⁰), прийняті Міжнародною асоціацією правників 28.05.2011 р.

Треба зазначити, що за загальним правилом (з певними виключеннями щодо країн Європейського Союзу), в державних судах найбільш економічно розвинутих країнах незалежно від того, право якої країни застосовується до зовнішньоекономічного договору, з приводу якого виник спір, представляти інтереси будь-якої сторони зовнішньоекономічного спору в державних судах можуть тільки місцеві правники. Під місцевими правниками маються на увазі такі правники, які у встановленому законодавством відповідної країни

⁷ Basic Principles on the Role of Lawyers, adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfLawyers.aspx>.

⁸ Charter of Core Principles of the European Legal Profession. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ordineavvocatibologna.net/documents/19808/42876/Charter+of+core+principles+of+the+european+legal+profession/0241ac52-f43b-4272-bc7f-770d581f925a>.

⁹ Code of Conduct for European Lawyers. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ordineavvocatibologna.net/documents/19808/42876/Charter+of+core+principles+of+the+european+legal+profession/0241ac52-f43b-4272-bc7f-770d581f925a>.

¹⁰ International Principles of Conduct the Legal Profession. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://r.search.yahoo.com/_ylt=A0LEV1pPxMhVOXkADkNXNyOA;_ylu=X3oDMTBvNXM5bzY5BGNvbG8DYmYxBHBvcwMzBHZ0aWQDBHNIYwNzcg--/RV=2/RE=1439249616/RO=10/RU=http%3a%2f%2fwww.ibanet.org%2fDocument%2fDefault.aspx%3fDocumentUID%3dE8AE9C40-BA20-4E6F-97EE-DC99D002AC72/RK=0/RS=8wZAHvKKrGI4ZYQMIZITT4Av8.g-

порядку допущені до зайняття юридичною практикою на території цієї країни. Якщо країна федеральна, то, як правило, в державних судах відповідного суб'єкта федерації представляти інтереси будь-якої сторони зовнішньоекономічного спору можуть тільки правники, які у встановленому законодавством відповідного суб'єкта федерації порядку допущені до зайняття юридичною практикою на території цього суб'єкта федерації. Так, наприклад, правник, який за законодавством штату Каліфорнія, США, допущений до зайняття юридичною практикою на території цього штату, не має права представляти інтереси будь-якої сторони зовнішньоекономічного спору в судах штату Флорида, США.

У зв'язку з тим, що українські юристи, як правило, не мають права представляти інтереси будь-якої сторони зовнішньоекономічного спору в іноземних державних судах, а це мають робити тільки місцеві правники, то українським суб'єктам господарювання та українським юристам варто знати те, як організована юридична професія в найбільш економічно розвинутих країнах і хто в цих країнах вважається професійними юристами (правниками), до яких можна звертатися за захистом інтересів українських суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності.

В першу чергу треба звернути увагу на організацію юридичної професії в країнах з правовою системою англо-американського типу (англ. Common Law System), яка в більшій мірі відрізняється від української правової системи, ніж романо-германська правова система (англ. Civil Law System).

Розглянемо питання про організацію юридичної професії в країнах з правовою системою англо-американського типу на прикладі США та Канади.

Канада та США є федеративними країнами, в кожному суб'єкті федерації яких (провінції - в Канаді, та штаті - в США) існує своя окрема система організації юридичної освіти та юридичної професії. Таким чином, можна говорити про десятки різноманітних систем. В той же час, в цих системах є певні спільні риси, які їх об'єднують.

Канада та США зазвичай вважаються країнами, правові системи яких відносяться до англо-американської (або прецедентної) правової сім'ї (англ. Common Law), проте правові системи деяких суб'єктів федерації обох країн відносяться до романо-германської (або континентальної) сім'ї правових систем (англ. Civil Law), зокрема, це провінція Квебек в Канаді та штат Луїзіана в США. В таких суб'єктах федерацій організація юридичної освіти та юридичної професії здійснюється за системою, наближеною до системи, що існує в країнах континентальної (або романо-германської) сім'ї правових систем, зокрема Франції.

В зазначених країнах особа, яка має професійний або академічний ступінь з права, називається юристом (англ. Jurist). Правником (англ. Attorney-at-Law або скорочено Attorney) називатися тільки та особа, яка допущена до заняття професійною діяльністю в галузі права (однією з умов допуску до заняття професійною діяльністю в галузі права є наявність професійного або академічного ступеня з права). На англійській мові така особа може ще називатися Lawyer.

Англійське слово «Attorney» дослівно перекладається українською як повірений (тобто особа, яка має право вчиняти від імені другої особи певні юридичні дії). Тому треба мати на увазі, що в країнах, які ми розглядаємо, Attorney-at-Law означає правників, які без довіреності за відповідним договором про надання юридичних послуг (англ. Retainer Agreement) мають право представляти (в тому числі в судах) інтереси свої клієнтів/роботодавців. Attorney-at-Fact означає також повіреного. Attorney-at-Fact має право вчиняти певні юридичні дії від імені другої особи на підставі довіреності (англ. Power of Attorney), але не має права представляти в судах інтереси свої клієнтів.

Таким чином, представляти українських суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності в державних судах країн з англо-американською системою права можуть тільки особи, що мають статус Attorney-at-Law, тобто особи, які допущені до заняття професійною діяльністю в галузі права. Допуск до

заняття професійною діяльністю в галузі права здійснюється, як правило, шляхом прийняття до відповідної професійної організації правників (на англійській мові це називається «admission to the Bar»). В Канаді така організація називається Law Society (що можна перекласти як «правниче товариство», в США – Bar Association (що можна перекласти як об'єднання правників). Такі організації існують в кожному суб'єкті федерації. Вони складаються тільки з правників (тобто юристів-практиків, до яких викладачі права не відносяться), є самоврядовними і незалежними від державних органів влади. Держава не має в таких організаціях своїх представників¹¹. Правник може займатися професійною діяльністю в галузі права тільки в тому суб'єкті федерації, до професійної організації правників якої він прийнятий. Здійснення юридичної практики без прийняття до професійної організації правників зазвичай тягне за собою кримінальну відповідальність.

Для вступу до професійної організації правників в Канаді кандидат має пройти стажування, що організується такою організацією (1 рік), та пройти піврічні курси зі складання юридичних документів та скласти відповідні іспити перед відповідною комісією такої професійної організації правників. В США, як правило, складаються тільки іспити перед відповідною комісією професійної організації правників. В кількох штатах для допуску до заняття професійною діяльністю в галузі права вимагається складання державних іспитів, які приймаються представниками судової гілки влади. Професійні організації правників, як правило, не приймають до своїх лав випускників правничих шкіл, що не акредитовані цими організаціями. Як правило, професійні організації правників не приймають до своїх лав юристів, що навчалися в правничих школах заочно. Біля 40% випускників правничих шкіл не приймаються до професійних організацій правників або не стають правниками з інших причин. Перелік правників, тобто осіб допущених до

¹¹ Тут треба зауважити, що в країнах, де побудована демократія, правилом є коли громадські організації мають спостерігачів в державних органах, а не навпаки. Суспільство, побудоване на таких засадах, називаються громадянським суспільством (англ. Civil Society).

заняття професійною діяльністю в галузі права (англ. «admitted to the Bar»), в зазначених країнах є публічним.

Організаційно правники (англ. Attorneys-at-Law) можуть займаються професійною діяльністю в галузі права в наступних формах:

1) як фізичні особи-підприємці (англ. Sole Proprietorship);

2) об'єднавшись з іншими правниками в організації такої організаційно-правової форми, як партнерство (англ. Partnership). Поняття «партнерство» розглядалось нами в лекціях на 2 та 6 теми. Як правило (з певними виключеннями), в країнах з англо-американською системою права юридичні особи (англ. Corporations) не можуть надавати юридичні та інші професійні послуги, тому законодавство таких країн часто забороняє створювати юридичні фірми у формі юридичних осіб (англ. Corporations). Партнерства правників (англ. Attorneys-at-Law) називають юридичними фірмами (англ. Law Firms)

При наймі (англ. retainer) місцевих правників (англ. Attorneys-at-Law) для представлення інтересів українських суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності в судах країн з англо-американською системою права треба мати на увазі, що послуги правників (англ. Attorneys-at-Law), які займаються приватною практикою, зазвичай оплачується на погодинній основі. Ставка гонорару правників (англ. Attorneys-at-Law) може сягати 1000 і більше доларів США за 1 годину роботи. Таким чином, доходи деяких партнерів (англ. Partners) юридичних фірм, наприклад, в США сягають 5000000 (п'яти мільйонів) доларів США на рік;

3) на підставі трудових договорів з юридичними особами (англ. Corporations). В такому випадку вони мають право представляти інтереси (в тому числі і в судах) тільки цих юридичних осіб. Правників, що працюють на підставі трудового контракту в корпораціях, в побуті називають «хатніми правниками» (англ. In-house Lawyers);

4) на підставі трудових договорів з державою/державними органами, наприклад, в органах Департаменту юстиції (англ. Department of Justice) в

США або в Міністерства юстиції (англ. Ministry of Justice) в Канаді. Такі правники не мають права представляти інтереси (в тому числі в судах) інших сторін, ніж держави чи державних органів, де вони працюють.

Правники (англ. Attorneys-at-Law), що працюють, наприклад, в системі Департаменту юстиції в США здійснюють представництво інтересів держави в судах як у випадках, коли держава позивається/звинувачує, так і у випадку, коли держава захищається/виступає відповідачем. Правник (англ. Attorney-at-Law), який захищає особу, яку він представляє, називається захисником (англ. Defense Attorney). Правник (англ. Attorney-at-Law), який звинувачує певну особу від імені держави у справах державного звинувачення, називається звинувачувачем (англ. Prosecuting Attorney або Prosecutor). У справах приватного звинувачення, та в деяких інших випадках, звинувачувачем (англ. Prosecuting Attorney) може бути правник (англ. Attorney-at-Law), який займається приватною юридичною практикою як фізична-особа підприємець, або в рамках юридичної фірми.

Таким чином, на загал, захисник (англ. Defense Attorney) і звинувачувач (англ. Prosecuting Attorney) в країнах з англо-американською системою права не є професією, а є функцією, яку правник (англ. Attorney-at-Law) виконує в судовому процесі. Професією особи, що виступає в ролі захисника, і особи, що виступає в ролі звинувачувача, є правник (англ. Attorney-at-Law). Хоча, звісно є певна спеціалізація, але, в принципі, один і той самий правник (англ. Attorney-at-Law), жодним чином не змінюючи професію, в одному судовому процесі може виступати в якості захисника (англ. Defense Attorney), а в другому процесі – в якості звинувачувача (англ. Prosecuting Attorney). Це означає, що в кримінальному (чи іншому судовому процесі) в країнах з англо-американською системою права і з боку держави (чи іншої сторони, що висуває звинувачення чи позивається), і з боку звинуваченого (відповідача) виступають правники (англ. Attorneys-at-Law) з однаковим статусом і судочинство там є дійсно змагальним (англ. Adversarial).

В країнах з англо-американською системою права немає такого органу державної влади, як прокуратура, і відповідно немає такої професії/посади як прокурор в українському розумінні цього слова. Таким чином, узагальнюючи, можна сказати, що при розгляді зовнішньоекономічних спорів в судах країн з англо-американською системою права обидві сторони зовнішньоекономічного спору будуть представлені правниками (англ. Attorneys-at-Law) і крім правників (англ. Attorneys-at-Law) ніякі прокурори не можуть приймати участь у судових процесах.

У цьому зв'язку можна звернути увагу на той цікавий факт, що в українських засобах масової інформації та юридичній літературі часом говориться про Генерального прокурора США та про Міністра юстиції США, при цьому мається на увазі одна і та сама посадова особа – Attorney General, яка очолює Департамент юстиції США (англ. U.S. Department of Justice). Attorney General дослівно українською мовою перекладається як «генеральний повірений» чи «генеральний правник». Такий переклад достатньо точно віддзеркалює функції, які виконує ця посадова особа: Attorney General є головним повіреним/правником, що представляє інтереси держави, і головним юридичним радником держави. Але, враховуючи величезну різницю між організацією юридичної професії в Україні і США (та інших країн з англо-американською системою права), такий термін, як «генеральний повірений» чи «генеральний правник» був би просто незрозумілим для українців. Тому, Attorney General часто перекладається українською мовою як міністр юстиції, так як Департамент юстиції, який очолює Attorney General, виконує низку функцій певним чином схожих на функції, які в Україні виконує Міністерство юстиції України. Attorney General так само часто перекладається українською мовою як генеральний прокурор, тому, що правники (англ. Attorneys-at-Law), що працюють в Департаменті юстиції США і організаційно підпорядковуються Attorney General, в судових справах публічного звинувачення підтримують

звинувачення від імені держави, тобто виконують ту функцію, яку в Україні виконують прокурори.

Треба також зазначити, що в деяких країнах з англо-американською системою права, зокрема у Великій Британії, правники (англ. Attorneys-at-Law) поділяються на дві категорії: 1) соліситори (англ. Solicitors) та берістери (англ. Barristers). Серед цих двох категорій правників тільки берістери (англ. Barristers) мають право представляти сторін (в тому числі і сторін зовнішньоекономічного спору) в державних судах.

Соліситори зазвичай готують для берістерів відповідні аргументи, але представляють їх відповідному суду тільки берістери, акредитовані при цьому суді. Таким чином, для захисту своїх інтересів, скажімо в державному суді Англії, українському суб'єкту зовнішньоекономічної діяльності треба найняти англійського соліситора, який є спеціалістом в галузі матеріального права і буде надавати українському суб'єкту зовнішньоекономічної діяльності поради з матеріального права і готувати відповідні аргументи на його користь для суду, а також за порадою англійського соліситора найняти англійського берістера. Берістер є спеціалістом в галузі процесуального права і буде представляти у відповідному суді інтереси українського суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності, керуючись аргументами з матеріального права, підготовленими соліситором, та своїми знаннями з процесуального права. Тобто берістер не може давати поради клієнту (в тому числі і українському суб'єкту зовнішньоекономічної діяльності) з матеріального права і взагалі напряду контактувати з клієнтом. Це може робити тільки соліситор. З іншого боку, клієнт напряду також не може давати будь-які вказівки берістеру. Це може робити тільки соліситор.

В країнах з англо-американською системою права, на відміну від країн з романо-германською правовою системою, немає окремої професії нотаріуса (англ. Public Notary). Нотаріальні дії за загальним правилом вчиняють правники (англ. Attorneys-at-Law).

Суддями в країнах англо-американської системи права, як правило, обираються чи призначаються особи, які мають статус правників (англ. Attorney-at-Law), тобто є членами відповідної професійної організації правників (на англійській мові – admitted to the Bar).

Юристи, що не є членами професійної організації правників, тобто не допущені до заняття професійною діяльністю в галузі права (на англійській мові «not admitted to the Bar»), як правило, не мають права працювати ні правниками (англ. Attorneys-at-Law), ні суддями (англ. Judges). Виключення з професійної організації правників за порушення етичних та інших правил такої організації тягне за собою, як правило, втрату права займатися професійною діяльністю в галузі права як в якості правника (англ. Attorney-at-Law), так і в якості судді (англ. Judge). Рішення про виключення з професійної організації правників може бути прийняте тільки самою такою організацією.

В країнах, право яких відноситься до романо-германської сім'ї правових систем, організація юридичної професії відрізняється від її організації в країнах англо-американської системи права. Проте, якщо говорити про найбільш економічно розвинуті країни, то треба зазначити, що в цих країнах представляти будь-яку сторону зовнішньоекономічного спору також може тільки правник (франц. Avocat, італ. Avvocato, німецьк. Anwalt; голанд. Advocaat). Участь прокурора (в українському розумінні цього слова) у судовому процесі з розгляду зовнішньоекономічного спору неможлива тому, що прокурор (франц. Procureur; італ. Procuratore; німецьк. Staatsanwalt; голанд. Procureur) може бути учасником тільки кримінального процесу, так як його функцією є підтримання державного звинувачення в кримінальному процесі.

До речі, в країнах, право яких відноситься до романо-германської сім'ї правових систем (мова йде про найбільш економічно розвинуті країни), прокурори, тобто особи, що підтримують державне звинувачення, так би мовити, «вмонтовані» в систему відповідного міністерства юстиції або

систему судової влади, де виконують функції, схожі на функції слідчого судді в українському кримінальному процесі. Прокуратури, як окремого державного органу, що існує поряд і незалежно від відповідного міністерства юстиції (як це є в Україні і низці постсоціалістичних країн) за загальним правилом в цих країнах не існує.

В Україні представляти в господарських судах певну сторону зовнішньоекономічного спору може будь-яка особа, що отримали відповідну довіреність від такої сторони зовнішньоекономічного спору (це може бути особа з юридичною освітою і без будь-якої освіти взагалі). При цьому в одному судовому процесі певну сторону зовнішньоекономічного спору можуть представляти одразу два або більше представників, яким сторона зовнішньоекономічного спору видала відповідні довіреності.

Таким чином, іноземні правники із будь-яких країн можуть представляти інтереси сторін зовнішньоекономічного спору в судах України.

Українське законодавство, на відміну від законодавства найбільш економічно розвинутих країн, взагалі не передбачає обов'язкову і виключну участь правників на боці сторін при вирішенні господарського спору. Так, в принципі, сторони в українських господарських судах можуть бути представлені на підставі довіреності як правниками, так і двірниками. Правник (адвокат, юрисконсульт тощо) в українських господарських судах згідно з Господарським процесуальним кодексом України має такий же статус, який може мати і будь-який інший представник тієї чи іншої сторони (не правник), що діє від імені цієї сторони на підставі довіреності.

До того ж треба зауважити, що в Україні, на відміну від найбільш економічно розвинутих країн, поняття як «юрист», так і «правник» є невизначеними. Законодавчо юридична професія в Україні також не визначена і не забезпечена. Законодавство України не визначає які саме послуги можуть надаватися виключно правниками (тобто фізичними особами, що мають юридичну освіту і допущені до юридичної практики у встановленому законодавством порядку). Законодавство не встановлює

жодних вимог щодо допуску до юридичної практики осіб, що надають юридичні послуги (крім адвокатів), наприклад, вимог щодо освіти та інших кваліфікаційних вимог. Юридичні послуги (в тому числі і представництво сторін зовнішньоекономічного спору в судах) по факту можуть надавати як адвокати, так і фізичні особи-підприємці, або юридичні особи будь-яких організаційно-правових форм. При цьому, за виключенням адвокатів, юридичні послуги в Україні можуть надавати як особи, що мають юридичну освіту, так і особи без юридичної, і взагалі без будь-якої, освіти. Достатньо суб'єкту господарювання (фізичній чи юридичній особі) ініціювати внесення до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб підприємців запису, що він буде здійснювати діяльність у сфері права, позначену кодом 69.10 в Національному класифікаторі України «Класифікація видів економічної діяльності» (ДК 009:2010), затвердженому Наказом Держспоживстандарту України від 11.10.2010 № 457, і така особа може надавати юридичні послуги, не маючи юридичної освіти (якщо це фізична особа-підприємець), або не маючи в складі працівників жодної особи з юридичною освітою (якщо це юридична особа). Загального реєстру правників, що можуть в Україні надавати юридичні послуги, не існує. Є реєстр адвокатів, але немає реєстрів правників, що працюють в юридичних фірмах, та фізичних осіб-підприємців, що мають юридичну освіту і надають юридичні послуги.

Виконання рішень державних судів у справах у спорах між суб'єктами зовнішньоекономічних правовідносин

Рішення державних судів одних країн в інших країнах можуть бути виконанні за наявності однієї із таких двох умов:

- 1) наявності чинного міжнародного договору між відповідними країнами про взаємне визнання і виконання рішень державних судів;
- 2) наявності, так би мовити, разової домовленості між відповідними державними органами двох країн про те, що в порядку ad hoc за принципом взаємності рішення державного суду одної країни буде визнано і виконано та

території другої країни в обмін на те, що рішення державного суду цієї другої країни буде визнано і виконано на території цієї першої країни.

Згідно з українським законодавством рішення іноземного державного суду визнаються та виконуються, якщо їх визнання та виконання передбачено міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності. У разі якщо визнання та виконання рішення іноземного суду залежить від принципу взаємності, вважається, що він існує, оскільки не доведено інше.

Навіть за наявності вищезазначених обставин рішення іноземних судів не підлягають автоматичному виконанню у певній країні. Спочатку такі рішення мають бути в установленому законодавством країни, де передбачається виконання рішення, порядку визнані у цій країні і, у випадку необхідності примусового виконання, має бути надано відповідний дозвіл на примусове виконання такого рішення. При цьому слід зауважити, що країною, де може визнаватися і виконуватись рішення іноземного державного суду, не обов'язково має бути країна, де зареєстрований відповідач (чи інша сторона судового процесу/зовнішньоекономічного спору). За наявності зазначених вище умов рішення державного суду однієї країни за бажанням відповідної сторони судового процесу/зовнішньоекономічного спору може бути визнане і виконане у будь-якій країні світу.

Зазвичай визнання рішень іноземних судів і надання дозволів на їх примусове виконання здійснюється судами країн, де передбачається виконання рішення, згідно з процесуальним правом таких країн.

В Україні визнання рішень іноземних судів і надання дозволів на їх примусове виконання здійснюється судами загальної юрисдикції (не господарськими судами) згідно з розділом VIII Цивільного процесуального кодексу України, який так і називається: «Про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні».

Питання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду в Україні розглядається судом за місцем проживання (перебування) або місцезнаходженням боржника. Якщо боржник не має місця проживання (перебування) або місцезнаходження на території України або його місце проживання (перебування) або місцезнаходження невідоме, питання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду розглядається судом за місцезнаходженням в Україні майна боржника.

Рішення іноземного суду може бути пред'явлено до примусового виконання в Україні протягом трьох років з дня набрання ним законної сили, за винятком рішення про стягнення періодичних платежів, яке може бути пред'явлено до примусового виконання протягом усього строку проведення стягнення з погашенням заборгованості за останні три роки.

Клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду подається до суду безпосередньо стягувачем (його представником) або, відповідно до міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, іншою особою (її представником).

Якщо міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, передбачено подання клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду через органи державної влади України, суд приймає до розгляду клопотання, що надійшло через орган державної влади України.

Клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду подається у письмовій формі і повинно містити:

- 1) ім'я (найменування) особи, що подає клопотання, зазначення її місця проживання (перебування) або місцезнаходження;
- 2) ім'я (найменування) боржника, зазначення його місця проживання (перебування), його місцезнаходження чи місцезнаходження його майна в Україні;
- 3) мотиви подання клопотання.

Суд за заявою особи, яка подає клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, може вжити передбачені Цивільним процесуальним кодексом України заходи забезпечення позову. Забезпечення позову допускається на будь-якій стадії розгляду такого клопотання, якщо невжиття заходів забезпечення позову може ускладнити чи унеможливити виконання рішення суду.

До клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду додаються документи, передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Якщо міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, не визначено перелік документів, що мають додаватися до клопотання, або за відсутності такого договору, до клопотання додаються такі документи:

- 1) засвідчена в установленому порядку копія рішення іноземного суду, про примусове виконання якого подається клопотання;
- 2) офіційний документ про те, що рішення іноземного суду набрало законної сили (якщо це не зазначено в самому рішенні);
- 3) документ, який засвідчує, що сторона, стосовно якої постановлено рішення іноземного суду і яка не брала участі в судовому процесі, була належним чином повідомлена про час і місце розгляду справи;
- 4) документ, що визначає, в якій частині чи з якого часу рішення іноземного суду підлягає виконанню (якщо воно вже виконувалося раніше);
- 5) документ, що посвідчує повноваження представника (якщо клопотання подається представником);
- 6) засвідчений відповідно до законодавства переклад перелічених документів українською мовою або мовою, передбаченою міжнародними договорами України.

Суд, встановивши, що клопотання і документи, що додаються до нього, не оформлено відповідно до вимог, передбачених Цивільним процесуальним кодексом України, або до клопотання не додано всі перелічені документи,

залишає його без розгляду та повертає клопотання разом з документами, що додано до нього, особі, що його подала.

Про надходження клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду суд у п'ятиденний строк письмово повідомляє боржника і пропонує йому у місячний строк подати можливі заперечення проти цього клопотання.

Після подання боржником заперечень у письмовій формі або у разі його відмови від подання заперечень, а так само коли у місячний строк з часу повідомлення боржника про одержане судом клопотання заперечення не подано, суддя постановляє ухвалу, в якій визначає час і місце судового розгляду клопотання, про що сторони повідомляються письмово не пізніше ніж за десять днів до його розгляду.

За заявою будь-якої із сторін і за наявності поважних причин суд може перенести час розгляду клопотання, про що повідомляє сторони.

Розгляд клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду проводиться суддею одноособово у відкритому судовому засіданні.

Неявка без поважних причин у судові засідання будь-якої із сторін або їх представників, стосовно яких суду відомо про своєчасне вручення їм повістки про виклик до суду, не є перешкодою для розгляду клопотання, якщо будь-якою з сторін не було порушено питання про перенесення його розгляду.

Розглянувши подані документи та вислухавши пояснення сторін, суд постановляє ухвалу про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду або про відмову у задоволенні клопотання з цього питання. Копія ухвали надсилається судом сторонам у триденний строк з дня постановлення ухвали.

Якщо рішення іноземного суду вже виконувалося раніше, суд визначає, в якій частині чи з якого часу воно підлягає виконанню.

Якщо в рішенні іноземного суду суму стягнення зазначено в іноземній валюті, суд, який розглядає це клопотання, визначає суму в національній валюті за курсом Національного банку України на день постановлення ухвали.

Розгляд питання про вжиття передбачених заходів забезпечення позову здійснюється відповідно до статей 151-155 Цивільного процесуального кодексу України.

Клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду не задовольняється у випадках, передбачених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Якщо міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, такі випадки не передбачено, у задоволенні клопотання може бути відмовлено:

1) якщо рішення іноземного суду за законодавством держави, на території якої воно постановлено, не набрало законної сили;

2) якщо сторона, стосовно якої постановлено рішення іноземного суду, була позбавлена можливості взяти участь у судовому процесі через те, що їй не було належним чином повідомлено про розгляд справи;

3) якщо рішення ухвалене у справі, розгляд якої належить виключно до компетенції суду або іншого уповноваженого відповідно до закону органу України;

4) якщо ухвалене рішення суду України у спорі між тими самими сторонами, з того ж предмета і на тих же підставах, що набрало законної сили, або якщо у провадженні суду України є справа у спорі між тими самими сторонами, з того ж предмета і на тих же підставах до часу відкриття провадження у справі в іноземному суді;

5) якщо пропущено встановлений міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та цим Законом строк пред'явлення рішення іноземного суду до примусового виконання в Україні;

6) якщо предмет спору за законами України не підлягає судовому розгляду;

7) якщо виконання рішення загрожувало б інтересам України;

8) в інших випадках, встановлених законами України.

Ухвала про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду або про відмову у задоволенні клопотання з цього питання може бути оскаржена у порядку і строки, передбачені Цивільним процесуальним кодексом України.

На підставі рішення іноземного суду та ухвали про надання дозволу на його примусове виконання, що набрала законної сили, суд видає виконавчий лист, який надсилається для виконання в порядку, встановленому законом.

Рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, визнається в Україні, якщо його визнання передбачено міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності.

Клопотання про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, подається заінтересованою особою до суду в порядку, встановленому статтями 392-394 Цивільного процесуального кодексу України для подання клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, з урахуванням особливостей, визначених цією главою.

До клопотання про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, додаються такі документи:

1) засвідчена в установленому порядку копія рішення іноземного суду, про визнання якого порушується клопотання;

2) офіційний документ про те, що рішення іноземного суду набрало законної сили, якщо це не зазначено в самому рішенні;

3) засвідчений відповідно до законодавства переклад перелічених документів українською мовою або мовою, передбаченою міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Про надходження клопотання про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, суд у п'ятиденний строк письмово повідомляє заінтересовану особу і пропонує їй у місячний строк подати можливі заперечення проти цього клопотання.

Після подання заінтересованою особою заперечень у письмовій формі або у разі її відмови від подання заперечень, а так само коли у місячний строк з часу повідомлення заінтересованої особи про одержане судом клопотання заперечення не подано, суддя постановляє ухвалу, в якій визначає час і місце судового розгляду клопотання, про що заінтересовані особи повідомляються письмово не пізніше ніж за десять днів до його розгляду.

За заявою заінтересованої особи і за наявності поважних причин суд може перенести час розгляду клопотання, про що повідомляє заінтересовані особи.

Розгляд клопотання про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, проводиться суддею одноособово у відкритому судовому засіданні.

Неявка без поважних причин у судові засідання заінтересованих осіб або їх представників, стосовно яких суду відомо про своєчасне вручення їм повістки про виклик до суду, не є перешкодою для розгляду клопотання, якщо будь-якою із заінтересованих осіб не було порушено питання про перенесення його розгляду.

За наслідками розгляду клопотання, а також заперечення у разі його надходження суд постановляє ухвалу про визнання в Україні рішення іноземного суду та залишення заперечення без задоволення або про відмову у задоволенні клопотання про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню.

У визнанні в Україні рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, може бути відмовлено з підстав, встановлених статтею 396 Цивільного процесуального кодексу України.

Копія ухвали надсилається судом заінтересованим особам у триденний строк з дня постановлення ухвали.

Ухвала про визнання в Україні рішення іноземного суду або про відмову у задоволенні клопотання про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, може бути оскаржена в порядку і строки, встановлені Цивільним процесуальним кодексом України.

Для виконання рішення українського господарського суду на території іншої країни стягувач має звернутися до компетентного органу цієї держави з клопотанням про примусове виконання такого рішення.

Порядок визнання і примусового виконання іноземного судового рішення визначено Конвенцією про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах (Мінськ, 22.01.93), Угодою про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, підписану у Києві 20 березня 1992 року Урядами держав - учасниць Співдружності Незалежних Держав; двосторонніми договорами України про взаємну правову допомогу, укладеними з наступними країнами:

- Монголією;
- Китайською Народною Республікою;
- Латвійською Республікою;
- Естонською Республікою;
- Литовською Республікою;
- Республікою Грузія та деякими іншими державами.

Господарський суд України, який прийняв рішення, на вимогу заінтересованої сторони надає документи для його виконання на території іноземної держави, а саме:

- 1) належним чином засвідчену копія рішення, про примусове виконання якого порушено клопотання;
- 2) офіційний документ про те, що рішення набрало законної сили, якщо це не впливає з тексту самого рішення;

3) документ про те, що відповідача своєчасно і належним чином повідомлено про судовий процес.

Слід також мати на увазі, що законами України господарські суди не уповноважено вирішувати питання про виконання на території України рішень іноземних судів, у тому числі господарських (арбітражних).

Треба зазначити, що визнання і виконання рішень іноземних судів на території України і рішень українських судів на території інших країн є доволі проблематичним і залежить від того чи уклала Україна з тією чи іншою державою міжнародний договір про взаємне визнання і виконання рішень судів. Якщо Україна не уклала такого договору з певною країною, то рішення українського суду не буде визнано і примусово виконано на території цієї країни і навпаки. Україна має договори про взаємне визнання і виконання рішень судів тільки з країнами СНД та колишніми країнами так званого соціалістичного табору, а з іншими країнами не має. Таким чином, скажімо, якщо український суд у спорі між українським та французьким підприємством прийме рішення про стягнення майна з французького підприємства, то визнати і виконати таке рішення, тобто реально стягнути таке майно з французького підприємства можна буде тільки в колишніх соціалістичних країнах. але не в самій Франції, чи, скажімо, Німеччині, Швейцарії, чи Великій Британії. Але, скажімо, якщо у спорі між вищезазначеними сторонами французький суд прийме рішення про стягнення майна з українського підприємства, то визнати і виконати таке рішення, тобто реально стягнути таке майно з українського підприємства можна буде в більшості країн світу, крім деяких країн, включаючи колишні соціалістичні країни, тому, що Франція, так само як і інші найбільш економічно розвинуті країни, мають такі договори з багатьма країнами світу.

2. Вирішення зовнішньоекономічних спорів шляхом арбітражу.

Основні джерела норм, що регулюють відносини в сфері міжнародного комерційного арбітражу.

Серед основних міжнародних документів, направлених на регулювання відносини, пов'язаних з міжнародним комерційним арбітражем, можна назвати такі документи, як:

- Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень (англ. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)¹²;

- Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж (англ. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)¹³. На підставі даного Типового закону кожна країна ООН мала прийняти свій власний закон про міжнародний комерційний арбітраж. Україна прийняла такий закон (Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж») 24 лютого 1994 року. Проте проблемою цього Закону стало те, що готуючи текст цього закону українські законодавці використовували термінологію радянського/російського права, яка часом суперечить як українській термінології/праву, так і міжнародній термінології/праву (більш детально мова про ці проблеми буде йти далі);

- Європейська конвенція про комерційний арбітраж, яку ще називають Європейською конвенцією про зовнішньоторговельний арбітраж (англ. European Convention on International Commercial Arbitration)¹⁴;

- Європейська Конвенція, яка передбачає типовий закон про арбітраж (англ. European Convention providing a Uniform Law on Arbitration)¹⁵;

В Україні на регулювання міжнародних комерційних арбітражних відносин направлено Закон України «Про міжнародний комерційний

¹² Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

¹³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

¹⁴ European Convention on International Commercial Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf

¹⁵ European Convention providing a Uniform Law on Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/056.htm>

арбітраж», який було прийнято в 1994 році на підставі вищезазначеного Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж. Але треба мати на увазі, що цей закон застосовується тільки в тому випадку, коли місце арбітражу є в Україні, що в практиці зовнішньоекономічних відносин буває не так часто.

Суспільні відносини, що складаються у сфері визнання і виконання арбітражних рішень, в Україні регулюються розділом VIII Цивільного процесуального кодексу України.

Безпосередньо арбітражний процес регулюється нормами, встановленими арбітражними правилами/регламентами.

Інституційний арбітраж здійснюється згідно арбітражними правилами (регламентами) міжнародних комерційних арбітражних судів/установ, під егідою яких здійснюється арбітраж (тобто таких міжнародних комерційних арбітражних судів/установ, які зазначені в арбітражній угоді сторін зовнішньоекономічного спору). Так, наприклад, інституційний арбітраж під егідою Лондонського суду міжнародного арбітражу (англ. London Court of International Arbitration, LCIA) здійснюється відповідно до Арбітражних правил Лондонського суду міжнародного арбітражу (англ. LCIA Arbitration Rules)¹⁶; інституційний арбітраж під егідою Міжнародного арбітражного суду Міжнародної торговельної палати (англ. ICC International Court of Arbitration) здійснюється відповідно до Арбітражних правил Міжнародного арбітражного суду Міжнародної торговельної палати (англ. ICC Rules of Arbitration)¹⁷; інституційний арбітраж під егідою Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України здійснюється відповідно до Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України¹⁸ тощо.

¹⁶ LCIA Arbitration Rules. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx

¹⁷ ICC Rules of Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>

¹⁸ Регламент Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://arb.ucci.org.ua/icac/ru/rules.html>

Арбітраж *ad hoc* здійснюється згідно з Арбітражними правилами ЮНСІТРАЛ (англ. UNCITRAL Arbitration Rules)¹⁹, або, за вибором сторін, арбітражними правилами визначеними самими сторонами зовнішньоекономічного спору в їх арбітражній угоді.

Поняття «арбітраж».

Як уже зазначалося, зовнішньоекономічні спори за певних обставин можуть вирішуватись:

1) в порядку судочинства (англ. litigation) державними судами (англ. courts of justice) тієї чи іншої країни, або

2) в порядку міжнародного комерційного арбітражу (англ. international commercial arbitration) арбітражними трибуналами (англ. arbitral tribunals).

Українське слово «арбітраж» походить від французького слова *arbitrage*. У французькій юридичній мові слово «*arbitrage*» означає вирішення спору третьою стороною. В англійській мові французькому слову «*arbitrage*» відповідає слово «*arbitration*».

В міжнародному праві та праві найбільш розвинутих країн поняття «арбітраж» (англ. *arbitration*; франц. *arbitrage*) визначається, як «спосіб вирішення спорів із залученням однієї або більшої кількості нейтральних третіх осіб, які зазвичай визначаються за домовленістю сторонами спору та чиє рішення є обов'язковим до виконання»²⁰. При чому, важливою характеристикою арбітражу є те, що він є способом вирішення спору поза державними судами. Так в літературі підкреслюється, що «арбітраж є способом вирішення спорів поза судами...»²¹, тобто поза державними судами.

Арбітраж, як метод урегулювання господарських спорів, в тому чи іншому вигляді існував вже в стародавньому Єгипті та Вавілоні. В джерелах стародавньої Греції, цей метод згадується в документі датованому 403 роком

¹⁹ UNCITRAL Arbitration Rules. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>

²⁰ Black's Law Dictionary. Seventh Edition. - St. Paul, MN: West Publishing Co., 1999. - 1738 p. – P. 100.

²¹ The USLegal Dictionary. Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://administrativelaw.uslegal.com/alternative-means-of-dispute-resolution/arbitration/>

до н.е. Існував цей інститут і в законодавстві Древнього Риму. Значного розвитку інститут арбітражу набуває в часи Ренесансу, коли бурхливого розвивається міжнародна торгівля.

Першим багатостороннім міжнародно-правовим актом, який було присвячено регулюванню міжнародного комерційного арбітражу, був женевський Протокол про арбітражні застереження 1923 р. В цьому ж році при Міжнародній торговельній палаті (в місті Париж, Франція) було створено Міжнародний арбітражний суд (англ. ICC International Court of Arbitration). Сама ж Міжнародна торговельна палата (англ. International Chamber of Commerce) була створена у 1919 році. Наступним за женевським Протоколом міжнародно-правовим актом була Конвенція про виконання іноземних арбітражних рішень, укладена в Женеві у 1927 р.

Важливою віхою в розвитку міжнародного комерційного арбітражу було укладення в 1958 році у м. Нью Йорк, США Конвенції про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень (англ. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards). Ця конвенція замінила два вищезазначені акти.

В 1961 році було підписану Європейську конвенцію про комерційний арбітраж (англ. European Convention on International Commercial Arbitration), яку українською часом називають Європейською конвенцією про зовнішньоторговельний²² арбітраж. В 1966 році біло укладено Арбітражний

²² Англійське слово «commercial» має те саме значення, що слово «комерційний» (чи «комерційна») має в назві глави 4 Господарського кодексу України, яка називається «Господарська комерційна діяльність (підприємництво)».

Слово «комерційна діяльність» в главі 4 Господарського кодексу України абсолютно правильно вживається як синонім слова «підприємництво». Підприємництво (а відтак і комерційна діяльність) згідно з визначенням, що дається в частині 1 статті 42 Господарського кодексу України, «- це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку».

Таким чином, в англійській мові слово «commercial» вживається для позначенні явищ, пов'язаних із самостійною, ініціативною, систематичною, на власний ризик господарською діяльністю, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку. Такою господарською діяльністю може бути і торгівля товарами, і надання послуг тощо.

В часи Радянського Союзу комерційна (підприємницька) діяльність, тобто будь-яка господарська діяльність, яка має на меті отримання прибутку, була заборонена. У цьому зв'язку в радянській літературі, коли мова йшла про певні міжнародні інститути, які в своїй назві мали англійське слово «commercial», в перекладі назв цих інститутів українською мовою зазвичай не вживалося слово «комерційний» чи

регламент Європейської економічної комісії ООН (англ. Arbitration rules of the United Nations Economic Commission for Europe). В 1976 році укладено Арбітражний регламент Комісії ООН з права міжнародної торгівлі, скорочено - Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ (англ. UNCITRAL Arbitration Rules). У 1985 році приймається Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж (англ. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration), який ще називають Типовим законом ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговельний арбітраж.

На підставі вищезазначеного Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж Україна 24 лютого 1994 року приймає Закон «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Треба зазначити, що в порядку арбітражу можуть розглядатися спори, як між державами, так і між суб'єктами приватного права.

Так, наприклад, в Гаазі, Нідерланди знаходиться Постійний арбітражний суд (англ. Permanent Court of Arbitration; франц. Cour Permanente D'arbitrage), який є міжнародною організацією, створеною для сприяння вирішенню міждержавних спорів шляхом арбітражу²³.

Арбітраж, який здійснюється між суб'єктами господарювання, називається комерційним арбітражем. Такий арбітраж, як правило, здійснюється на платній, тобто комерційній основі.

«підприємницький», а замінювалося словом «торговельний» чи «торговий». Це, думається, робилося для того, щоб не нагадувати зайвий раз радянським людям, що на міжнародному рівні комерційна (підприємницька) діяльність, яка була заборонена в Радянському Союзі, є звичайним і важливим явищем.

На жаль, користуючись цією радянською калькою, в українській літературі (і праві) дуже часто англійське слово «commercial» перекладається не як «комерційний», а як «торговий» чи «торговельний», чим певним чином спотворюється зміст англійського слова «commercial». Наприклад, ми можемо бачити як за рахунок такої підміни понять в Україні поняття «Комерційне право» (англ. Commercial Law) часом наповнюють іншим значенням, ніж воно має в найбільш економічно розвинутих країнах світу. Так, якщо у найбільш розвинутих країнах світу Commercial Law (укр. «комерційне право») зазвичай визначається наступним чином: «комерційне право, яке ще називається підприємницьким правом, має справу з підприємництвом і комерцією. Воно регулює відносини з торгівлі товарами, банківські операції, відносини з позики та гарантії, а також інші відносини, що стосуються торгівлі і комерції» (Legal-Explanations.com Home. Commercial Law. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legal-explanations.com/definitions/commercial-law.htm>), то в Україні Комерційне (торгове) право часто визначають виключно як сукупність правових норм, що регулюють торговельну діяльність, тобто відносини купівлі-продажу товарів.

²³ Цей арбітражний суд знаходиться за однією адресою - в Палаці Миру (англ. Peace Palace) – з Міжнародним судом (англ. International Court of Justice, франц. Cour internationale de Justice), що є головним міждержавним судовим органом ООН, який в судовому порядку вирішує спори між державами.

Міжнародним комерційним арбітражем комерційний арбітраж називається тоді, коли він має наступні ознаки:

- (а) якщо місцезнаходження сторін відповідної арбітражної угоди на момент її укладення є в різних державах;
- (б) якщо одне із зазначених нижче місць знаходиться за межами держави, в якій дані сторони здійснюють свою господарську діяльність:
- (і) місце арбітражу, якщо воно визначається в арбітражній угоді або відповідно до арбітражної угоди;
- (іі) будь-яке місце, де значна частина зобов'язань у комерційних правовідносинах має бути виконана, або місце, з яким предмет спорв тісно пов'язаний; або
- (с) якщо сторони чітко домовились про те, що предмет арбітражної угоди має відношення до більш ніж однієї країни²⁴.

Головна перевага вирішення зовнішньоекономічних спорів шляхом арбітражу над вирішенням зовнішньоекономічних спорів у державних судах полягає в тому, що арбітражне рішення може бути визнане і примусово виконане у більшості країн світу, а саме в тих країнах, які підписали і ратифікували Конвенцію про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень (а це на сьогодні 156 країн із 195 існуючих країн світу). З цієї та інших причин арбітраж став найпоширенішим способом вирішення міжнародних комерційних спорів.

Види арбітражу.

Виділяються два види арбітражу:

- 1) інституційний арбітраж, та
- 2) арбітраж ad hoc.

Інституційним арбітражем називається такий арбітраж, який здійснюється арбітражним трибуналом під егідою певного міжнародного комерційного арбітражного суду/установи (англ. arbitration court або arbitral

²⁴ Section (3) of Article 1 of UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

institution). «Під егідою» означає те, що певний міжнародний комерційний арбітражний суд/установа, зазначений сторонами зовнішньоекономічного спору в їх арбітражній угоді, за відповідну винагороду згідно зі своїми правилами здійснює адміністрування арбітражу. Адміністрування арбітражу означає, що відповідний міжнародний комерційний арбітражний суд/установа силами своїх працівників організує арбітражний процес і, за певних умов, надає для його проведення своє приміщення, технічні засоби і технічний персонал (наприклад, секретаря, який веде протоколи засідань арбітражного трибуналу).

Міжнародні комерційні арбітражні суди/установи є постійно діючими організаціями, які за певну винагороду надають послуги щодо адміністрування арбітражу. Треба добре запам'ятати, що самі міжнародні комерційні арбітражні суди/установи самі не вирішують зовнішньоекономічні спори. Зовнішньоекономічні спори вирішують арбітражні трибунали, які складаються з арбітрів, які з міжнародними комерційними арбітражними судами/установами ніяким чином не пов'язані (хіба що арбітражні трибунали користуються послугами, які надають міжнародні комерційні арбітражні суди/установи, але ці послуги оплачуються сторонами зовнішньоекономічного спору. Сторонами зовнішньоекономічного спору оплачуються також послуги і самих арбітрів).

Арбітражний процес за інституційного арбітражу відбувається згідно з арбітражними правилами (англ. Arbitration Rules) (які в українській літературі і законодавстві часто називаються «регламентом») обраного міжнародного комерційного арбітражного суду/установи.

Треба підкреслити, що інституційний арбітраж буде мати місце тільки у тому випадку, коли сторони зовнішньоекономічного спору у своїй арбітражній угоді чітко зазначили назву міжнародного комерційного арбітражного суду/установи, під егідою якого має відбуватися арбітраж.

Арбітражем *ad hoc* називається такий арбітраж, який здійснюється не під егідою певного міжнародного комерційного арбітражного суду/установи (англ. arbitration court або arbitral institution).

При цьому виді арбітражу будь-які міжнародні комерційні арбітражні суди/установи не надають сторонам зовнішньоекономічного спору послуг з адміністрування (організації) арбітражу і право користуватися їх арбітражними правилами/регламентами. Сторони зовнішньоекономічного спору мають самостійно визначити усі процесуальні та адміністративні аспекти арбітражу та подбати про їх реалізацію самостійно. Зокрема, сторони зовнішньоекономічного спору мають у своїй арбітражній угоді визначити арбітражну процедуру, згідно з якою буде вирішуватись спір, та силами своїх власних працівників організувати арбітражний процес, зокрема, знайти і оплатити приміщення, в якому будуть проходити відповідні слухання, забезпечити процес відповідними технічними засобами і технічним персоналом (наприклад, секретарем, який веде протоколи засідань арбітражного трибуналу) тощо.

При цьому треба зауважити, що при арбітражі *ad hoc*, так само як і при інституційному арбітражі, зовнішньоекономічні спори вирішують арбітражні трибунали, які складаються з арбітрів.

Для того, щоб вирішення спорів між сторонами зовнішньоекономічного договору відбувалось в порядку арбітражу *ad hoc*, сторонам зовнішньоекономічного спору достатньо того, щоб в своїй арбітражній угоді зазначити, що спори між ними будуть вирішуватись шляхом арбітражу (не зазначаючи в цій угоді будь-який міжнародний комерційний арбітражний суд/установа). Але в такому разі для сторін важливо визначити місце арбітражу (англ. place of the arbitration або seat of the arbitration), так як це має великий вплив на такі вирішальні питання арбітражу, як вибір процесуального права, що буде застосовуватись до арбітражу, та можливість виконання арбітражного рішення.

В сучасній арбітражній практиці сторони зовнішньоекономічних спорів, обираючи арбітраж *ad hoc*, дуже часто в своїх арбітражних угодах наділяють певний міжнародний комерційний арбітражний суд/установу повноваженням призначати арбітра/арбітрів (головуючого арбітра).

Для допомоги сторонам зовнішньоекономічних спорів, які обрали арбітраж *ad hoc* Комісія Організації Об'єднаних Націй з Міжнародного Торгового Права (UNCITRAL) розробила Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ (англ. UNCITRAL Arbitration Rules). Цей регламент може використовуватись для регулювання арбітражу *ad hoc*, якщо сторони зовнішньоекономічного спору послались на нього в своїй арбітражній угоді.

Поняття «міжнародний комерційний арбітражний суд/установа».

Міжнародними комерційними арбітражними судами (англ. international commercial arbitration courts) або міжнародними комерційними арбітражними установами (англ. international commercial arbitral institutions/institutes) називаються певні постійно діючі організації (що, зазвичай, мають статус юридичної особи), які за відповідну винагороду надають послуги з адміністрування (організації і сприяння) інституційного арбітражу. Наприклад, Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України (англ. International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry), Арбітражний інститут Торгової палати Стокгольму (англ. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) тощо.

Міжнародні комерційні арбітражні суди/установи не є якимось судовими органами, які здійснюють правосуддя і вирішують господарські спори між сторонами з різних країн (як часом про це говориться в українській літературі). Вони є звичайними собі приватними комерційними організаціями, які можуть бути створені в принципі будь-якими іншими приватними комерційними організаціями і фізичними особами (які і затверджують установчі документи таких міжнародних комерційних

арбітражних судів/установ)²⁵ з метою надання послуг з адміністрування інституційного арбітражу. Недарма ці суди/установи називаються комерційними. Головною рисою, що відрізняє міжнародні комерційні арбітражні суди/установи від інших приватних комерційних організацій, є вид послуг, що надаються такими організаціями.

Послуги, що надають міжнародні комерційні арбітражні суди/установи полягають, головним чином, в допомозі сторонам зовнішньоекономічного спору і арбітражному трибуналу провести арбітражний розгляд відповідного зовнішньоекономічного спору. Така допомога може полягати у: виборі та призначенні арбітрів, що увійдуть до арбітражного трибуналу і будуть вирішувати спір; організації комунікації між різними учасниками арбітражного процесу, включаючи арбітрів; надання права користуватися їх арбітражними правилами/регламентами; надання своїх приміщень для проведення слухань тощо; надання певних технічних засобів для проведення розгляду справ (наприклад, звукозаписуючі пристрої тощо); участі технічного персоналу цих організацій у розгляді справ (наприклад, участі працівника міжнародного комерційного арбітражного суду/установи в якості секретаря, який веде протоколи засідань арбітражного трибуналу на слуханнях у справі); засвідченні арбітражних рішень тощо.

Варто ще раз наголосити, що міжнародні комерційні арбітражні суди/установи не вирішують зовнішньоекономічних спорів і не приймають арбітражних рішень. Так, Міжнародна торговельна палата (ICC) зазначає, що «арбітражні установи організують і надають послуги, пов'язані з проведенням арбітражу»²⁶. Арбітражний регламент Міжнародного арбітражного суду Міжнародної торговельної палати (англ. ICC Rules of Arbitration) зазначає, що «даний суд сам не вирішує спори. Він сприяє

²⁵ Тільки в пострадянських державах з тривалими тоталітарними традиціями (наприклад, Україна) установчі документи міжнародних комерційних арбітражних судів/установ затверджуються законами цих держав. Так, наприклад, Положення про Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України затверджене Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

²⁶ ICC. Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/>

арбітражним трибуналам у вирішенні ними спорів у відповідності до Арбітражного регламенту Міжнародного арбітражного суду Міжнародної торговельної палати»²⁷. Правознавці найбільш економічно розвинутих країн чітко зазначають, що «арбітражні суди сприяють і наглядають за арбітражним процесом, в той час як конкретні спори вирішуються арбітрами»²⁸.

Слово «суд» (англ. court) в назві міжнародних комерційних арбітражних судів є умовним, бо самі ці організації не вирішують зовнішньоекономічних спорів ні шляхом судочинства, ні шляхом арбітражу і не приймають арбітражних рішень. Зовнішньоекономічні спори шляхом арбітражу вирішуються арбітражними трибуналами, що складаються із арбітрів, які приймають обов'язкові до виконання арбітражні рішення. Арбітри є особами, незалежними від міжнародних комерційних арбітражних судів/установ. Вони не є ні працівниками, ні посадовими особами, ні учасниками міжнародних комерційних арбітражних судів/установ та не отримують від міжнародних комерційних арбітражних судів/установ будь-якої платні (заробітної плати, винагороди, дивідендів тощо). Самі арбітри так само не сплачують міжнародним комерційним арбітражним судам/установам будь-яких внесків чи інших платежів. Арбітрів зазвичай призначають сторони зовнішньоекономічного спору і тільки в деяких випадках - відповідні посадові особи міжнародних комерційних арбітражних судів/установ чи організацій, при яких ці суди/установи знаходяться. В поважних міжнародних комерційних арбітражних судах/установах, що знаходяться в найбільш економічно розвинутих країнах (наприклад, в Лондонському суді міжнародного арбітражу) немає свої власних списків арбітрів, закріплених за цими судами/установами чи рекомендованих цими судами, тому і сторони, і міжнародні комерційні арбітражні суди/установи обирають, зазвичай,

²⁷ Article 1 of the ICC Rules of Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>

²⁸ Lazareff Le Bars and Girard Gibbs LLP. International arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.internationalarbitrationlaw.com/arbitral-institutions/>

арбітрів серед професійних правознавців, користуючись публічно доступними реєстрами.

Усього в світі існує приблизно 1200 організацій, які надають послуги у сфері міжнародного комерційного арбітражу і які можна назвати міжнародними комерційними арбітражними судами/установами²⁹. Такі міжнародні комерційні арбітражні суди/установи є в більшості країн світу.

Найбільш визнаними і популярними серед таких організацій є:

в Європі:

- Лондонський суд міжнародного арбітражу (англ. London Court of International Arbitration), що знаходиться в м. Лондон, Велика Британія. Це найстарший із існуючих міжнародних комерційних арбітражних судів/установ (заснований у 1892 році);

- Міжнародний арбітражний суд Міжнародної торговельної палати (англ. ICC International Court of Arbitration), що знаходиться в м. Париж, Франція.

В Європі є також сотні менш визнаних і популярних міжнародних комерційних арбітражних судів/установ, серед яких можна виділити:

- Нідерландський арбітражний інститут (англ. Netherlands Arbitration Institute), що знаходиться в м. Роттердам, Нідерланди;

- Німецький інститут арбітражу (англ. German Institution of Arbitration) що знаходиться в м. Кьольн, Німеччина);

- Арбітражний інститут Стокгольмської торговельної палати (англ. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce), що знаходиться в м. Стокгольм, Швеція;

- Міжнародний арбітражний суд Федеральної палати економіки Австрії у Відні (англ. Vienna International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber), що знаходиться в м. Відень, Австрія.

²⁹ Institutional vs. 'ad hoc' arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.out-law.com/en/topics/projects--construction/international-arbitration/institutional-vs-ad-hoc-arbitration/>

В часи Радянського Союзу фактично усі арбітражні угоди за участі радянських учасників зовнішньоекономічних відносин практично передбачали інституційні арбітражі під егідою виключно двох останніх міжнародних комерційних арбітражних судів/установ, тобто Арбітражного інституту Стокгольмської торговельної палати та Міжнародного арбітражного суду Федеральної палати економіки Австрії у Відні. Це пояснюється тим, що і Швеція і Австрія, в яких знаходились зазначені суди/установи, були нейтральними країнами і не належали до Організації Північноатлантичного договору (НАТО). За старою радянською традицією і українські учасники зовнішньоекономічних відносин в своїх арбітражних угодах частіше за все зазначають ці дві організації для цілей адміністрування інституційного арбітражу з їх участю. Особливо популярним у українців є Арбітражний інститут Стокгольмської торговельної палати;

В Америці:

- Американська арбітражна асоціація (англ. American Arbitration Association), що знаходиться в м. Нью-Йорк, США;

в Азії:

- Японська комерційна арбітражна асоціація (англ. Japan Commercial Arbitration Association), що знаходиться в м. Токіо, Японія;

- Сінгапурський міжнародний арбітражний центр (англ. Singapore International Arbitration Centre), що знаходиться в Сінгапурі³⁰;

- Гонконгський міжнародний арбітражний центр (англ. Hong Kong International Arbitration Centre), що знаходиться в м. Гонконг, Китай;

- Дубайський міжнародний арбітражний центр (англ. Dubai International Arbitration Centre), що знаходиться в м. Дубай, Об'єднані Арабські Емірати.

В Україні також є організації, які можна назвати міжнародними комерційними арбітражними судами/установами. Це, наприклад, Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті

³⁰ Сінгапур – це місто-держава

України та Морська арбітражна комісія при Торгово-промисловій палаті України.

Кожен із міжнародних комерційних арбітражних судів/установ має свої арбітражні правила/регламент, тобто документ, в якому містяться правила, згідно з якими повинні діяти сторони та арбітражний трибунал при вирішенні зовнішньоекономічного спору шляхом інституційного арбітражу, що здійснюється під егідою даного міжнародного комерційного арбітражного суду/установи.

Поняття «арбітр».

Арбітр (англ. arbitrator) – це «нейтральна особа, яка вирішує спори між сторонами головним чином шляхом формального арбітражу»³¹. Арбітр не є посадовою особою міжнародного комерційного арбітражного суду/установи на відміну від судді державного суду, який є посадовою особою такого суду. Кваліфікаційною ознакою арбітра, як підкреслюється в літературі, є те, що арбітром має бути «на відміну від державного суду приватна нейтральна особа, що обрана вирішити суперечку шляхом арбітражу»³².

Арбітр не є якимось суддею, начальником, посадовою особою тощо. Це приватна особа, підприємець, яка має відповідні знання в певній галузі (зазвичай в галузі права), і за відповідну винагороду надає відповідні послуги. Діяльність арбітрів є комерційною діяльністю тому власне і арбітраж називається комерційним. Послуги арбітра полягають в тому, що він виступає в якості посередника між сторонами зовнішньоекономічного спору з метою, скоріше, не чинити правосуддя в ім'я закону, а з метою примирити сторони. Проте, якщо рішення, яке б примирило сторони спору, знайти не вдається, то арбітражний трибунал (тобто арбітр чи колегія арбітрів) приймають обов'язкове для обох сторін спору рішення, яке може бути виконане в примусовому порядку.

³¹ Black's Law Dictionary. Seventh Edition. - St. Paul, MN: West Publishing Co., 1999. - 1738 p. – P. 100.

³² Arbitrator. InvestorWords. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.investorwords.com/250/arbitrator.html>

«Арбітр може бути використаний для вирішення будь-якого, крім кримінального, спору»³³.

Арбітрів зазвичай призначають сторони зовнішньоекономічного спору і тільки в деяких випадках - відповідні посадові особи міжнародних комерційних арбітражних судів/установ чи організацій, при яких ці суди/установи знаходяться.

Арбітри мають бути безсторонніми і незалежними від сторін зовнішньоекономічного спору. Жоден з арбітрів, що здійснює арбітраж, не має права діяти як адвокат або представник будь-якої із сторін зовнішньоекономічного спору. Арбітри не мають права надавати сторонам зовнішньоекономічного спору будь-які поради, пов'язані з арбітражем.

Як правило, арбітрами можуть обиратися будь-які особи, які мають відповідну кваліфікацію. В найбільш економічно розвинутих країнах ведеться єдиний національний реєстр арбітрів³⁴. В поважних міжнародних комерційних арбітражних судах/установах, що знаходяться в найбільш економічно розвинутих країнах (наприклад, в Лондонському суді міжнародного арбітражу), немає своїх власних списків арбітрів, закріплених за цими судами/установами чи рекомендованих ними. Тому і сторони, і міжнародні комерційні арбітражні суди/установи обирають, зазвичай, арбітрів із числа арбітрів, зареєстрованих в національних реєстрах арбітрів. Так, наприклад, в Національному реєстрі арбітрів і посередників (англ. National Roster of Arbitrators and Mediators) в США значиться біля 17000 осіб³⁵. В країнах, що не відносяться до найбільш економічно розвинутих країн, зокрема в Україні та Російській Федерації, за старою тоталітарною традицією тримати все під контролем, списки арбітрів, що рекомендується сторонам зовнішньоекономічних спорів, затверджуються міжнародними комерційними арбітражними судами/установами або організаціями при яких

³³ Arbitrator. InvestorWords. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.investorwords.com/250/arbitrator.html>

³⁴ Такі реєстри ведуться в порядку, схожому на порядок ведення Єдиного реєстру адвокатів України

³⁵ Who Are the Arbitrators? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://arbitration.uslegal.com/arbitration/who-are-the-arbitrators/>

ці суди/установи знаходяться. Так, списки рекомендованих арбітрів для Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України затверджує строком на 5 років Президія Торгово-промислової палати України за поданням Президії Міжнародного комерційного арбітражного суду.

Сторони зовнішньоекономічного спору, за загальним правилом, можуть призначити для розгляду їх справи будь-яких арбітрів, які на їх думку, зможуть розібратися в суті спору і справедливо вирішити спір. Зазвичай арбітрами призначають правників або інших спеціалістів, що мають спеціальні знання щодо предмету спору.

Арбітри є незалежними від міжнародних комерційних арбітражних судів/установ особами. Вони не є ні працівниками, ні посадовими особами, ні учасниками міжнародних комерційних арбітражних судів/установ та не отримують від міжнародних комерційних арбітражних судів/установ будь-якої платні (заробітної плати, винагороди, дивідендів тощо). Самі арбітри так само не сплачують міжнародним комерційним арбітражним судам/установам будь-яких внесків чи інших платежів.

Як правило, у вирішенні зовнішньоекономічного спору шляхом міжнародного комерційного арбітражу приймає непарна кількість арбітрів: один, три або більше.

Кількість арбітрів, що будуть вирішувати зовнішньоекономічний спір шляхом арбітражу, мають визначати сторони спору в арбітражній угоді. Як правило, в арбітражних угодах передбачають, що зовнішньоекономічний спір буде вирішуватись одним, або трьома арбітрами.

При визначені кількості арбітрів, що будуть вирішувати зовнішньоекономічний спір, на сторін зовнішньоекономічного договору (які одночасно є і сторонами арбітражної угоди) впливають дві обставини:

- по-перше, та обставина, що робота арбітрів оплачується сторонами спору (арбітражний трибунал вирішує в якій пропорції кожна із сторін зовнішньоекономічного спору несе ці витрати). Враховуючи, те, що: 1)

арбітри є зазвичай юристами, робота яких оплачується на погодинній основі; 2) погодинна ставка арбітра може становити кількесот доларів США; 3) кількість годин, на протязі яких арбітру доводиться працювати для вивчення і вирішення зовнішньоекономічного спору може рахуватися на сотні і, таким чином, винагорода арбітрів може сягати дуже великих сум. У цьому зв'язку з метою економії коштів доцільним вважається обрання арбітражного трибуналу у складі усього одного арбітра;

- по-друге, та обставина, що сторони часто побоюються, що у випадку, якщо у арбітражній угоді буде передбачено, що спір має вирішувати один арбітр, і такого арбітра призначить не відповідна сторона, а певна посадова особа відповідного міжнародного комерційного арбітражного суду/установи, то ця особа з певних причин може діяти в інтересах противної сторони спору. У цьому зв'язку з метою забезпечення більшої гарантії неупередженості арбітражного трибуналу доцільним вважається обрання арбітражного трибуналу у складі трьох арбітрів.

Таким чином, в залежності від того, яка із двох вищеназваних обставин в більшій мірі вплине на сторін зовнішньоекономічного спору, ці сторони в своїй арбітражній угоді визначають кількісний склад арбітражного трибуналу, який має розглядати їх спір.

Якщо сторони в арбітражній угоді не визначили кількість арбітрів, що будуть вирішувати зовнішньоекономічний спір, то тоді кількість арбітрів визначається згідно з правилами/регламентом того міжнародного комерційного арбітражного суду/установи, під егідою якого згідно з арбітражною угодою має вирішуватись зовнішньоекономічний спір. В такому випадку зазвичай відповідною посадовою особою відповідного міжнародного комерційного арбітражного суду/установи призначається один арбітр.

За загальним правилом, у випадку, коли в арбітражній угоді визначається, що зовнішньоекономічний спір буде вирішуватись арбітражним трибуналом у складі трьох арбітрів, то визначається наступний

порядок призначання арбітрів: кожна сторона призначає по одному арбітру, а два призначені сторонами арбітри обирають третього арбітра, яких головує на засіданнях арбітражного трибуналу, або такий третій арбітр призначається тим міжнародним комерційним арбітражним судом/установою, під егідою якого згідно з арбітражною угодою має вирішуватись зовнішньоекономічний спір.

У випадку, коли в арбітражній угоді визначається, що зовнішньоекономічний спір буде вирішуватись арбітражним трибуналом у складі одного арбітра, то, за загальним правилом, зазначається, що такий арбітр буде призначений тим міжнародним комерційним арбітражним судом/установою, під егідою якого згідно з арбітражною угодою має вирішуватись зовнішньоекономічний спір.

Існує правило, що у випадку, якщо арбітражний трибунал має складатись з одного арбітра, то такий єдиний арбітр має бути іншої національності³⁶, ніж сторони зовнішньоекономічного договору. Таке саме правило стосується головуючого арбітра, якщо арбітражний трибунал складається з трьох арбітрів.

Поняття «арбітражний трибунал».

Арбітражним трибуналом (англ. arbitral tribunal) в міжнародному праві та праві найбільш економічно розвинутих країн називають того арбітра або тих арбітрів, які безпосередньо розглядають і вирішують конкретний зовнішньоекономічний спір, тобто приймають арбітражне рішення (англ. arbitral award). «Арбітражний трибунал – це один або кілька арбітрів, які призначені для вирішення спору шляхом арбітражу»³⁷.

Арбітражні трибунали (англ. arbitral tribunals) не треба плутати з міжнародними комерційними арбітражними судами/установами (англ. arbitration courts або arbitral institutions). Так, арбітражними трибуналами

³⁶ В міжнародному праві і праві найбільш економічно розвинутих країн поняття «національність» означає громадянство особи.

³⁷ World Heritage Encyclopedia. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.worldheritage.org/articles/Arbitral_tribunal

називаються ті арбітри, які безпосередньо розглядають і вирішують конкретний зовнішньоекономічний спір, тобто приймають арбітражне рішення. В той час, як міжнародними комерційними арбітражними судами/установами називаються такі організації, які, як уже зазначалося вище, за відповідну винагороду адмініструють інституційний арбітраж, тобто силами своїх працівників надають послуги з організації та проведення арбітражного розгляду і вирішення зовнішньоекономічних спорів шляхом інституційного арбітражу (ці послуги оплачуються відповідними сторонами зовнішньоекономічних спорів), що потребуються ними для цілей інституційного арбітражу (наприклад, Міжнародний арбітражний суд Міжнародної торговельної палати (англ. ICC International Court of Arbitration), Лондонський суд міжнародного арбітражу (англ. London Court of International Arbitration), Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України (англ. International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry) тощо).

Арбітражний трибунал є повністю незалежним від міжнародного комерційного арбітражного суду/установи і не може розглядатися як орган чи структура міжнародного комерційного арбітражного суду/установи. Міжнародні комерційні арбітражні суди/установи опосередковано надають арбітражним трибуналам послуги з організації арбітражного процесу, але ці послуги оплачують сторони зовнішньоекономічного спору. Арбітри, з яких складаються арбітражні трибунали є незалежними від міжнародних комерційних арбітражних судів/установ особами. Вони не є ні працівниками, ні посадовими особами, ні учасниками міжнародних комерційних арбітражних судів/установ та не отримують від міжнародних комерційних арбітражних судів/установ будь-якої платні (заробітної плати, винагороди, дивідендів тощо). Самі арбітри так само не сплачують міжнародним комерційним арбітражним судам/установам будь-яких внесків чи інших платежів.

Треба зазначити, що в юридичній літературі в перекладі англomовного терміну «arbitral tribunal» українською та російською мовами є суттєва непослідовність. Так, англomовний термін «arbitral tribunal» досить рідко перекладається українською та російською мовами як «арбітражний трибунал». Зазвичай цей термін перекладається в одних документах як «арбітражний суд», в других – як «третейський суд», в третіх - як «склад суду». Такий різнобій в перекладах, на нашу думку, можна пояснити тим, що і українські, і російські правники керуються ще постулатом радянського права, згідно з яким трибуналами називалися лише військові суди. Тому перекладачі міжнародних документів українською та російською мовами намагаються уникати в своїх перекладах терміну «трибунал».

У цьому зв'язку треба мати на увазі, що в міжнародному праві і праві найбільш економічно розвинутих країн поняття «трибунал» (англ. tribunal) зовсім не пов'язане виключно з військовими судами. Під трибуналами в міжнародному праві і праві найбільш економічно розвинутих країн зазвичай маються на увазі певні фізичні особи чи колегії фізичних осіб, яким доручено вирішити певний спір чи справу³⁸. Трибунали виконують функції певним чином схожі на функції судів (як кримінальних, так і цивільних чи комерційних), але вони зазвичай не є органами державної судової влади, а створюються для вирішення певних справ і розпускаються після вирішення цих справ.

Вживання в перекладах, в українському законодавстві та юридичній літературі замість терміну «арбітражний трибунал» інших термінів, наприклад «третейські суди», веде до суперечностей з іншими нормативно-правовими актами України і відповідних непорозумінь. Так, наприклад, коли для позначення такого явища, як «арбітражний трибунал» (англ. arbitral tribunal), в перекладах міжнародних документів чи законодавстві України вживати термін «арбітражний суд», (як це дуже часто робиться в українській

³⁸ Див., наприклад, What is the difference between a tribunal and a court? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ask.com/government-politics/difference-between-tribunal-court-f6afe8d52fa1b4bc>

і російській літературі та законодавстві), то тоді стає незрозумілим хто насправді вирішує зовнішньоекономічний спір шляхом арбітражу і приймає арбітражне рішення. Так, наприклад, у випадку, коли інституційний арбітраж здійснюється під егідою Міжнародного комерційного арбітражного суду при ТПП України, при вживанні слів «арбітражний суд», стає незрозумілим про кого йде мова: чи про, скажімо, єдиного арбітра, який вирішує зовнішньоекономічний спір і є незалежною від Міжнародного комерційного арбітражного суду при ТПП України особою, чи про Міжнародний комерційний арбітражний суд при ТПП України, який є приватноправовою організацією, що на платній основі надає послуги сторонам зовнішньоекономічного спору щодо адміністративного та технічного забезпечення проведення арбітражного процесу, але сама не вирішує зовнішньоекономічні спори.

Про співвідношення понять «арбітражний трибунал» та «третейський суд» мова буде йти нижче.

Арбітражний трибунал, як уже пояснювалося вище, може складатися як з одного арбітра, так і із колегії арбітрів (англ. panel of arbitrators). Колегії арбітрів, як правило, складаються із трьох арбітрів.

Поняття «арбітражна угода».

Рішення про те, що певний зовнішньоекономічний спір буде вирішуватись шляхом арбітражу мають право прийняти тільки сторони цього спору шляхом укладення арбітражної угоди. За відсутності арбітражної угоди зовнішньоекономічний спір не може бути вирішений шляхом арбітражу.

Арбітражна угода (англ. arbitration agreement) – це, зазвичай, письмова угода сторін зовнішньоекономічного договору про вирішення шляхом арбітражу всіх або певних спорів, які виникли або можуть виникнути між ними в зв'язку із певними або будь-якими зовнішньоекономічними відносинами.

Арбітражна угода може бути укладена в письмовій формі двома шляхами:

1) шляхом включення арбітражної угоди у відповідний зовнішньоекономічний контракт у вигляді розділу (статті, пункту тощо) такого зовнішньоекономічного контракту. Тобто в такому випадку арбітражна угода є не окремим документом, а складовою частиною зовнішньоекономічного контракту, яка називається «арбітражним застереженням» (англ. arbitration clause);

2) шляхом укладення окремої угоди. При чому така окрема угода може бути, в свою чергу, укладена двома шляхами: а) шляхом складення одного документа, який підписується сторонами зовнішньоекономічного спору і, як правило, так і називається – «арбітражна угода» (англ. arbitration agreement), або б) шляхом обміну листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням інших засобів електрозв'язку, що забезпечують фіксацію такої угоди.

Арбітражна угода може бути укладена як до виникнення зовнішньоекономічного спору, так і після його виникнення.

Арбітражна угода зазвичай має містити наступні положення:

- визначення виду арбітражу, який обирають сторони арбітражної угоди. Якщо сторони обирають інституційний арбітраж, то вони обов'язково мають зазначити міжнародний комерційний арбітражний суд/установу, під егідою якої буде здійснюватись такий арбітраж;

- визначення кількості арбітрів, з яких буде складатися арбітражний трибунал, що буде вирішувати відповідний зовнішньоекономічний спір шляхом арбітражу. Таких арбітрів має бути непарне число (як правило, один або три).

Якщо сторони інституційного арбітражу в своїй арбітражній угоді не визначають кількості арбітрів, з яких буде складатися арбітражний трибунал,, то така кількість буде визначена згідно з регламентом того міжнародного

комерційного арбітражного суду/установи, під егідою якого буде здійснюватись такий арбітраж;

- визначення порядку призначення арбітрів, що будуть складати арбітражний трибунал;

Якщо сторони інституційного арбітражу в своїй арбітражній угоді не визначають порядок призначення арбітрів, то такі арбітри будуть призначені в порядку, визначеному в регламенті того міжнародного комерційного арбітражного суду/установи, під егідою якого буде здійснюватись такий арбітраж;

- визначення місця проведення арбітражу.

Якщо сторони інституційного арбітражу в своїй арбітражній угоді не визначають місце арбітражу, то таке місце буде визначене в порядку, визначеному в регламенті того міжнародного комерційного арбітражного суду/установи, під егідою якого буде здійснюватись такий арбітраж. В такому випадку, як правило, місцем проведення арбітражу визначається місцезнаходження даної арбітражної інституції;

- визначення мови, на якій має проводитись арбітраж.

Якщо сторони інституційного арбітражу в своїй арбітражній угоді не визначають мову, на якій має проводитись арбітраж, то така мова буде визначена в порядку, визначеному в регламенті того міжнародного комерційного арбітражного суду/установи, під егідою якого буде здійснюватись такий арбітраж. В найбільш поважних міжнародних комерційних арбітражних судах/установах однією з мов арбітражу, як правило, є англійська мова;

- визначення матеріального права, яке має бути застосоване при вирішенні зовнішньоекономічного спору шляхом арбітражу.

Якщо сторони інституційного арбітражу в своїй арбітражній угоді не визначають право якої країни має бути застосоване при вирішенні зовнішньоекономічного спору шляхом арбітражу, то таке право буде визначене в порядку, визначеному в регламенті того міжнародного

комерційного арбітражного суду/установи, під егідою якого буде здійснюватись такий арбітраж. Як правило, таким правом визначається право країни, в якій є місце арбітражу;

- у випадку, якщо сторони зовнішньоекономічного договору бажають, щоб арбітраж здійснювався тільки на підставі документів без заслуховування сторін зовнішньоекономічного спору та інших учасників арбітражного процесу (усних слухань, дебатів тощо), то вони мають зазначити це в своїй арбітражній угоді;

- у випадку, якщо сторони зовнішньоекономічного договору бажають, щоб зовнішньоекономічний спір між ними вирішувався шляхом арбітражу *ad hoc*, то у своїй арбітражній угоді вони мають: а) або зазначити, що арбітражний процес буде здійснюватись згідно з Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ (англ. UNCITRAL Arbitration Rules), б) або визначити арбітражні правила/арбітражний регламент в своїй арбітражній угоді;

- навіть, якщо сторони зовнішньоекономічного договору обирають арбітраж *ad hoc*, то у своїй арбітражній угоді вони мають право наділити відповідний міжнародний комерційний арбітражний суд/установу правом призначати арбітрів. В такому випадку арбітр/арбітри будуть призначатися міжнародним комерційним арбітражним судом/установою в порядку, визначеному в регламенті цього суду/установи.

В якості зразка арбітражного застереження до зовнішньоекономічного контракту, можна навести текст арбітражного застереження до зовнішньоекономічного контракту, що рекомендується вживати Регламентом Лондонського суду міжнародного арбітражу:

«Будь-який спір, що виникає щодо цього контракту або у зв'язку з ним, в тому числі будь-яке питання відносно існування, чинності або припинення цього контракту, підлягає передачі на розгляд та остаточне вирішення шляхом арбітражу згідно з Регламентом Лондонського суду міжнародного арбітражу, який в результаті посилання на нього вважається частиною цього застереження.

Кількість арбітрів - [один / три].

Місце арбітражу - [місто та/або країна].

Мова, на якій має вестись арбітражний процес, - [...].

Правом, що має регулювати цей контракт, буде матеріальне право [країни]»

В якості зразка арбітражної угоди, яка укладається після виникнення зовнішньоекономічного спору, можна навести текст такої угоди, що рекомендується вживати Регламентом Лондонського суду міжнародного арбітражу:

«Сторони в цій угоді домовляються, що спір, що виник між сторонами щодо [...]»³⁹, підлягає передачі на розгляд та остаточне вирішення шляхом арбітражу згідно з Регламентом Лондонського суду міжнародного арбітражу, який в результаті посилання на нього вважається частиною цього застереження.

Кількість арбітрів - [один / три].

Місце арбітражу - [місто та/або країна].

Мова, на якій має вестись арбітражний процес, - [...].

Правом, що має регулювати цей контракт, є матеріальне право [країни]».

Поняття «арбітражні правила»/«арбітражний регламент».

Арбітражні правила (англ. arbitration rules) – це зведення правил, згідно з якими має здійснюватись арбітраж. Арбітражні правила в українській мові зазвичай називають арбітражним регламентом. В цьому посібнику вживаються обидві назви: і «арбітражні правила», і «арбітражний регламент».

При інституційному арбітражі застосовуються арбітражні правила того міжнародного комерційного арбітражного суду/установи, під егідою якого здійснюється такий арбітраж (тобто той міжнародний комерційний арбітражний суд/установа, який зазначений в арбітражній угоді). В кожному

³⁹ Тут треба дати деталі зовнішньоекономічного договору.

міжнародному комерційному арбітражному суді/установі є свої правила, які існують у вигляді окремого документу.

При арбітражі *ad hoc* сторони можуть користуватися Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ (англ. UNCITRAL Arbitration Rules), а у випадку, якщо сторони зовнішньоекономічного спору не послалися в своїй арбітражній угоді на Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ, то вони мають користуватися арбітражними правилами, що мають бути прописані в їх арбітражній угоді.

Порядок розгляду і вирішення зовнішньоекономічних спорів шляхом арбітражу.

Треба зауважити, що процедура/порядок розгляду і вирішення зовнішньоекономічних спорів шляхом арбітражу залежить від виду арбітражу, тобто порядок розгляду і вирішення зовнішньоекономічних спорів в порядку інституційного арбітражу певним чином відрізняється від порядку розгляду і вирішення зовнішньоекономічних спорів шляхом арбітражу *ad hoc*.

Треба також зауважити, що порядок вирішення зовнішньоекономічних спорів шляхом інституційного арбітражу в свою чергу також залежить від того, під егідою якого міжнародного комерційного арбітражного суду/установи буде здійснюватись арбітраж. Так, арбітражні регламенти різних міжнародних комерційних арбітражних судів/установ можуть передбачати різний порядок вирішення зовнішньоекономічних спорів шляхом арбітражу.

Розглянемо порядок розгляду і вирішення зовнішньоекономічних спорів шляхом інституційного арбітражу на прикладі Арбітражних правил Лондонського суду міжнародного арбітражу (англ. LCIA Arbitration Rules) з певними узагальненнями.

Порушення арбітражного провадження здійснюється на підставі документу, який на англійській мові називається *Request for Arbitration*, що українською мовою найбільш наближено можна перекласти як «запит на

арбітраж». **Запит на арбітраж** в письмовій формі подається стороною зовнішньоекономічного спору, яка називається «позивачем» (англ. Claimant), до міжнародного комерційного арбітражного суду/установи, який зазначено в арбітражній угоді сторін.

В Запиті на арбітраж має міститись (або додаватись до нього) наступна інформація:

1) повне ім'я і реквізити (поштова адреса, електронна адреса, номери телефону і факсу) позивача (або його юридичного представника) та інших учасників арбітражного процесу, необхідні для доставки їм арбітражних процесуальних документів;

2) повний текст арбітражної угоди разом з копією зовнішньоекономічного договору або іншого документу, що містить повний текст арбітражної угоди;

3) стислий виклад суті і обставин виникнення спору, ціну позову, і суть позовних вимог до відповідача/відповідачів;

4) заяви позивача з усіх питань, які він має зробити згідно із арбітражною угодою. Наприклад, щодо місця проведення арбітражу, мови арбітражного процесу, кількості арбітрів, їх кваліфікації та персоналій. Якщо позивач має право призначати арбітрів, то він має зазначити повні імена цих арбітрів, поштові адреси, номери телефонів і факсів арбітрів, яких він призначає;

5) доказ того, що відповідний реєстраційний збір був сплачений відповідному міжнародному комерційному арбітражному суду/установі;

6) доказ того, що копії запиту на арбітраж (включаючи усі супроводжувальні документи) були отримані усіма іншими сторонами арбітражного процесу.

Дата отримання відповідним міжнародним комерційним арбітражним судом/установою запиту на арбітраж вважається **датою початку арбітражного процесу**.

Відповідач (англ. Respondent), отримавши запит на арбітраж, на протязі строку, встановленого в арбітражних правилах відповідного міжнародного комерційного арбітражного суду/установи, або самим міжнародним комерційним арбітражним судом/установою, має надати даному міжнародному комерційному арбітражному суду/установі та позивачу **відзив на запит на арбітраж** (англ. Response to the Request for Arbitration), в якому, зазвичай, має міститись наступна інформація:

1) повне ім'я і реквізити (поштова адреса, електронна адреса, номери телефону і факсу) позивача (або його юридичного представника), необхідні для доставки йому арбітражних процесуальних документів;

2) підтвердження обґрунтованості або відхилення в цілому або частково позовних вимог позивача, викладених в запиті на арбітраж. У випадку відхилення в цілому або частково позовних вимог - стислий виклад суті і обставин виникнення спору, мотивів повного або часткового відхилення вимог позивача, заяви про те, чи буде відповідач заявляти зустрічний позов (англ. Counterclaim), ціни претензій відповідача до позивача (якщо такі є);

3) відповідь на будь-які процесуальні заяви, зроблені позивачем, включаючи власні заяви відповідача з усіх питань, які він має зробити згідно із арбітражною угодою. Наприклад, щодо місця проведення арбітражу, мови арбітражного процесу, кількості арбітрів, їх кваліфікації та персоналій. Якщо позивач має право призначати арбітрів, то він має зазначити повні імена цих арбітрів, поштові адреси, номери телефонів і факсів арбітрів, яких він призначає;

4) доказ того, що копії відзиву відповідача на запит на арбітраж (включаючи усі супроводжувальні документи) були отримані усіма іншими сторонами арбітражного процесу.

Неподача відповідачем в зазначені вище строки відзиву на запит на арбітраж, як правило, позбавляє відповідача права призначати арбітрів, відхиляти в подальшому позовні вимоги та заявляти зустрічні позови.

Формування арбітражного трибуналу здійснюється, як правило, сторонами зовнішньоекономічного спору за участю міжнародних комерційних арбітражних судів/установ.

Обрані сторонами або відповідним міжнародним комерційним арбітражним судом/установою в якості арбітрів особи для того, щоб отримати статус арбітра к конкретному процесі, мають бути затверджені відповідним міжнародним комерційним арбітражним судом/установою для здійснення арбітражу у даній справі. Для затвердження кожен кандидат в арбітри у відповідний строк має надати у письмовій формі відповідному міжнародному комерційному арбітражному суду/установі: 1) інформацію про свою кваліфікацію і професійну діяльність; 2) визначення погодинної ставки своєї винагороди. Межі погодинної ставки винагороди арбітрів зазвичай визначаються у відповідних правилах міжнародного комерційного арбітражного суду/установи, під егідою якого здійснюється арбітраж, і коливаються в середньому від 200 до 500 доларів США за одну годину роботи; 3) заяву, в якій зазначити: а) чи є обставини, які можуть викликати сумнів у безсторонності і незалежності кандидата в арбітри, і, якщо є, то зазначити ці обставини; б) чи готовий і бажає такий кандидат в арбітри приймати участь у даному арбітражі з усією належністю і старанністю.

Відповідний міжнародний комерційний арбітражний суд/установа затверджує кандидатуру арбітра, якщо усі надані кандидатом у арбітри документи є задовільними.

Затверджений належним чином арбітр залишається в цій посаді до того часу, поки арбітраж не буде завершено. З певних причин, зазначених у відповідних арбітражних правилах, відповідна особа у встановленому в арбітражних правилах порядку може бути позбавлена статусу арбітра у даній справі відповідним міжнародним комерційним арбітражним судом/установою і замість неї на місце відповідного арбітра призначена інша особа.

Відповідний міжнародний комерційний арбітражний суд/установа, як правило, затверджує склад арбітражного трибуналу відразу після отримання від відповідача відзиву на запит на арбітраж, або на протязі визначеного в арбітражних правилах строку у випадку, якщо відповідач не надав відзив на запит на арбітраж.

Після того, як арбітражний трибунал сформовано, відповідний міжнародний комерційний арбітражний суд/установа передає матеріали справи арбітражному трибуналу і з того часу усі контакти між арбітражним трибуналом і сторонами арбітражного процесу здійснюються напряду (з наданням, як правило, копій відповідних документів міжнародному комерційному арбітражному суду/установі, під егідою якого здійснюється арбітраж). Арбітражний трибунал є повністю незалежним від міжнародного комерційного арбітражного суду/установи і не може розглядатися як орган чи структура міжнародного комерційного арбітражного суду/установи.

Після отримання від міжнародного комерційного арбітражного суду/установи повідомлення про затвердження складу арбітражного трибуналу позивач на потязі строку, визначеного у відповідних арбітражних правилах, має надати в письмовій формі арбітражному трибуналу та іншим сторонам арбітражного процесу: 1) **позовну заяву** (англ. Statement of Case) (разом з відповідними документами), в якій детально викладаються усі відповідні обставини та факти, що стосуються спору, позовні вимоги, а також аргументи позивача з посиланнями на відповідні норми відповідного права, або 2) заяву про те, щоб його заява на арбітраж використовувалась в якості позовної заяви.

Після отримання позовної заяви або заяви позивача про те, щоб його заява на арбітраж використовувалась в якості позовної заяви, відповідач на потязі строку, визначеного у відповідних арбітражних правилах, має надати в письмовій формі арбітражному трибуналу та іншим сторонам арбітражного процесу: 1) **відзив на позовну заяву** (англ. Statement of Defence) та зустрічну позовну заяву (у випадку, якщо відповідач у своєму відзиві на

заяву на арбітраж зазначав, що він буде подавати зустрічний позов), в якій детально викладаються усі відповідні обставини та факти, що стосуються спору, позовні вимоги, а також відповідні аргументи з посиланнями на відповідні норми відповідного права, або 2) заяву про те, щоб його відзив на заяву на арбітраж використовувався в якості відзиву на позовну заяву та зустрічної позовної заяви (у випадку, якщо відповідач у своєму відзиві на заяву на арбітраж зазначав, що він буде подавати зустрічний позов).

Після отримання відзиву на позовну заяву та зустрічної позовної заяви (якщо заявляється зустрічний позов) або заяви відповідача про те, щоб його відзив на заяву на арбітраж використовувався в якості відзиву на позовну заяву та зустрічної позовної заяви (якщо заявляється зустрічний позов), позивач на потязі строку, визначеного у відповідних арбітражних правилах, має надати в письмовій формі арбітражному трибуналу та іншим сторонам арбітражного процесу документ, який на англійській мові називається Statement of Reply, що українською мовою можна перекласти як **відповідь на відзив на позовну заяву** (надалі – «Відповідь»). У випадку, якщо було заявлено зустрічний позов, то Відповідь має слугувати відзивом на зустрічну позовну заяву.

У тому випадку, коли Відповідь слугує відзивом на зустрічну позовну заяву, то тоді на протязі строку, встановленого арбітражними правилами, відповідач має надати арбітражному трибуналу та іншим учасникам арбітражного процесу документ, який на англійській мові називається Statement of Defence to Cross-claim, що українською мовою можна перекласти як відзив на зустрічний позов. Після подачі даного документу жодна із сторін вже не може без дозволу арбітражного трибуналу подавати будь-які письмові заяви.

У випадку, якщо відповідач не подасть будь-якого документу, який він має подати, або позивач не подасть відзив на зустрічний позов, арбітражний трибунал може продовжувати розгляд справи і винести відповідне арбітражне рішення.

Після обміну вищезазначеними письмовими документами арбітражний процес здійснюється в тому порядку, який був погоджений сторонами.

Як уже зазначалося вище арбітражний процес згідно з арбітражною угодою може здійснюватись тільки на підставі документів без заслуховування сторін зовнішньоекономічного спору та інших учасників арбітражного процесу (усних слухань, дебатів тощо).

Якщо в арбітражній угоді не було зазначено, що арбітражний процес буде здійснюватись тільки на підставі документів без заслуховування сторін зовнішньоекономічного спору та інших учасників арбітражного процесу (усних слухань, дебатів тощо), то сторони мають бути заслухані арбітражним трибуналом, тобто сторони усно мають представити свої аргументи арбітражному трибуналу.

Усні слухання можуть бути призначенні в місці (будинку, вулиці, місті, країні) іншому, ніж місце арбітражу, визначене в арбітражній угоді, чи визначене згідно з відповідними арбітражними правилами.

Про час і місце усних слухань арбітражний трибунал має заздалегідь письмо повідомити усіх учасників процесу.

Слухання проводяться в закритому режимі, якщо сторони не погодяться в письмовій формі про відкритті слухання.

Будь-яка із сторін арбітражного процесу може бути представлена в процесі належним чином уповноваженими **юридичними представниками**, які мають особисто приймати участь в процесі.

В якості доказів сторони можуть подавати арбітражному трибуналу письмові **показання свідків**.

На письмовий запит будь-якої сторони арбітражний трибунал може ухвалити щоб були заслухані усні показання свідків.

У випадку, якщо сторона бажає, щоб було заслухано відповідного свідка, то до початку слухань у справі така сторона має надати арбітражному трибуналу інформацію про особу такого свідка, про предмет їх свідчень, зміст їх показань і відношення цих показань до справи.

Арбітражний трибунал після консультацій зі сторонами може залучити до участі у справі **експерта** (експертів) для дачі письмового експертного висновку з питань, які потребують спеціальних знань. На запит арбітражного трибуналу сторони мають надавати експертам відповідну інформацію, документи, речі, матеріали, товари, зразки, доступ на відповідні території і у відповідні приміщення, якщо на думку арбітражного трибуналу це може сприяти вирішенню справи.

Після надання експертом арбітражному трибуналу письмового або усного висновку арбітражний трибунал на запит будь-якої із сторін або за власною ініціативою може ухвалити щоб експерт прийняв участь в слуханнях справи, на яких сторони мають право задавати запитання щодо його висновку та надавати своїх свідків-експертів для надання показань зі спірних питань.

До повноважень арбітражного трибуналу входить:

- приймати рішення щодо того, чи дана справа належить до його юрисдикції чи ні, та приймати рішення щодо своєї компетенції, включаючи питання про дійсність та зміст арбітражної угоди. Арбітражний трибунал на свій розсуд може або ухвалити окреме рішення щодо відношення справи до його юрисдикції та своєї компетенції у справі до початку розгляду справи по суті, а може викласти рішення щодо відношення справи до його юрисдикції та своєї компетенції у справі як частину основного рішення у справі по завершенню розгляду справи по суті;

- дозволяти за певних умов стороні доповнювати, змінювати свої позовні вимоги, заперечення на позовні вимоги іншої сторони, зустрічні позовні вимоги та відзив на зустрічний позов;

- скорочувати або продовжувати за певних умов будь-які строки, передбачені арбітражною угодою чи будь-якою іншою угодою сторін чи ухвалою арбітражного трибуналу;

- досліджувати такі питання, які на думку арбітражного трибуналу мають відношення до справи;

- зобов'язувати сторони надавати для дослідження арбітражним трибуналом, іншими сторонами арбітражного процесу та експертами, що приймають участь в арбітражному процесі, будь-які документи, товари, зразки, майно, територію чи приміщення або речі, що знаходяться під їх контролем;

- оцінювати докази на предмет їх належності, допустимості та достатності та визначати строки та порядок подачі доказів сторонами;

- зобов'язувати сторони: дотримуватись відповідних юридичних обов'язків; сплачувати відшкодування за порушення ними будь-яких юридичних обов'язків; виконувати положення будь-якого відповідного договору у конкретний спосіб;

- допускати за певних умов до участі у справі третіх осіб;

- об'єднувати за певних умов в одне провадження кілька позовних вимог або кілька арбітражних справ, у яких беруть участь ті ж самі сторони;

- прийняти за певних умов ухвалу про припинення арбітражу у випадку, якщо виявиться, що сторони відмовились від арбітражу, або від своїх позовних вимог.

Арбітражний трибунал може зобов'язати сторони вносити проміжні чи остаточні платежі для покриття арбітражних витрат в тих розмірах, які визначить арбітражний трибунал. Такі платежі можуть бути зроблені авансом на рахунок відповідного міжнародного комерційного арбітражного суду/установи. За рахунок таких платежів будуть сплачуватись витрати, пов'язані з роботою самого арбітражного трибуналу, призначених арбітражним трибуналом експертів, та міжнародного комерційного арбітражного суду/установи. Відмова від сплати таких платежів трактується як відмова від позову чи зустрічного позову.

Арбітражний трибунал за клопотанням будь-якої із сторін має право:

- а) зобов'язати сторону, що є відповідачем за певним позовом чи зустрічним позовом, надати забезпечення виконання своїх зобов'язань на

усю суму позову чи зустрічного позову шляхом внесення відповідної суми грошей авансом, або у інший визначений арбітражним трибуналом спосіб;

б) зобов'язати відповідну сторону зберігати, продати або іншим чином розпорядитися будь-яким майном або річчю, що знаходиться під контролем даної сторони і відноситься до предмету спору;

с) в межах своєї компетенції зобов'язати відповідну сторону тимчасово, з можливими змінами і уточненнями в остаточному рішенні арбітражного трибуналу, провести відповідні дії щодо задоволення позовних вимог іншої сторони, включаючи сплату грошей та передачу майна іншій стороні.

Арбітражний трибунал має право за клопотанням відповідної сторони зобов'язати сторону, яка висуває позовні вимоги, надати забезпечення щодо судових витрат, витрат на юридичні послуги та будь-яких інших витрат інших сторін арбітражного процесу шляхом внесення авансу, банківської гарантії або в інший спосіб, який визначить арбітражний трибунал та в сумі, який визначить арбітражний трибунал. Відмова відповідної сторони від надання такого забезпечення арбітражний трибунал може призупинити розгляд таких позовних вимог або відмовити в їх задоволенні у остаточному арбітражному рішенні.

Розгляд зовнішньоекономічного спору шляхом арбітражу припиняється остаточним арбітражним рішенням або постановою арбітражного трибуналу про припинення арбітражного розгляду.

Арбітражний трибунал приймає постанову про припинення арбітражного розгляду, коли:

- позивач відмовляється від своєї вимоги, якщо тільки відповідач не висуне заперечень проти припинення розгляду і арбітражний трибунал не визнає законний інтерес відповідача в остаточному врегулюванні спору;

- сторони домовляються про припинення розгляду;

- арбітражний трибунал визнає, що продовження розгляду стало з якоїсь причини непотрібним або неможливим.

Дія мандата арбітражного трибуналу припиняється одночасно з припиненням арбітражного розгляду, за виключенням повноважень арбітражного трибуналу здійснювати виправлення та роз'яснення арбітражного рішення та приймати додаткове рішення у випадку, якщо державний суд, до якого подано клопотання про скасування арбітражного рішення, надасть арбітражному трибуналу можливість відновити арбітражний розгляд або вжити інших дій, які, на думку арбітражного трибуналу, дадуть можливість усунути підстави для скасування арбітражного рішення.

До основних особливостей процедури/порядку розгляду і вирішення зовнішньоекономічних спорів шляхом арбітражу ad hoc можна віднести:

1) те, що арбітраж ad hoc здійснюється арбітражними трибуналами, які як правило, формуються без участі міжнародних комерційних арбітражних судів/установ, та

2) те, що розгляд і вирішення зовнішньоекономічних спорів здійснюється за арбітражними правилами, визначеними самими сторонами зовнішньоекономічного спору в їх арбітражній угоді, або за їх вибором - за Арбітражними правилами ЮНСІТРАЛ (англ. UNCITRAL Arbitration Rules).

В практиці вирішення зовнішньоекономічних спорів їх сторони набагато рідше вдаються до арбітражу ad hoc, ніж до інституційного арбітражу.

Арбітражне рішення.

За результатами розгляду зовнішньоекономічного спору по суті арбітражний трибунал приймає арбітражне рішення (англ. Arbitral Award).

Арбітражне рішення викладається у письмовій формі та підписується всіма арбітрами, які брали участь у розгляді зовнішньоекономічного спору. У випадку, коли арбітражний трибунал складався із колегії арбітрів, то достатньо наявності підписів більшості всіх членів арбітражного трибуналу за умови зазначення причини відсутності інших підписів.

В арбітражному рішенні повинні бути зазначені мотиви, на яких воно ґрунтується, висновок про задоволення або відхилення позовних вимог, сума

арбітражного збору і витрат по справі, їх розподіл між сторонами, дата рішення та місце арбітражу.

Після винесення арбітражного рішення кожній стороні повинна бути передана його копія, підписана відповідними арбітрами.

Протягом, як правило, 30 днів після отримання рішення, якщо сторонами не узгоджено інший строк:

- будь-яка із сторін, повідомивши про це іншу сторону, може просити арбітражний трибунал виправити будь-яку допущену в рішенні помилку в підрахунках, описку чи друкарську помилку або інші помилки аналогічного характеру;

- за наявності відповідної домовленості між сторонами будь-яка із сторін, повідомивши про це іншу сторону, може просити арбітражний трибунал дати роз'яснення якого-небудь конкретного пункту або частини арбітражного рішення.

Арбітражний трибунал, якщо він визнає прохання виправданим, повинен протягом, як правило, 30 днів після його отримання внести відповідні виправлення або дати роз'яснення. Таке роз'яснення стає складовою частиною арбітражного рішення.

Арбітражний трибунал протягом, як правило, 30 днів, рахуючи від дати арбітражного рішення, може за своєю ініціативою виправити будь-яку допущену в арбітражному рішенні помилку в підрахунках, описку чи друкарську помилку або інші помилки аналогічного характеру.

Якщо сторони не домовились про інше, будь-яка із сторін, повідомивши про це іншу сторону, може протягом, як правило, 30 днів після отримання арбітражного рішення просити арбітражний трибунал винести додаткове рішення стосовно вимог, які були заявлені в ході арбітражного розгляду, проте не були відображені в рішенні. Арбітражний трибунал, якщо він визнає прохання обґрунтованим, повинен протягом, як правило, 60 днів винести додаткове рішення.

Арбітражний трибунал в разі необхідності може продовжити строк, протягом якого він повинен виправити помилки, дати роз'яснення або винести додаткове рішення.

Виправлення арбітражного рішення, роз'яснення арбітражного рішення та додаткове арбітражне рішення мають оформлюватись так само, як і арбітражне рішення.

Оспорення арбітражних рішень.

За загальним правилом, державні суди не мають право втручатися в процес вирішення зовнішньоекономічних спорів шляхом арбітражу. Проте, законодавством певної країни світу державним судам можуть бути надані повноваження на здійснення по відношенню до арбітражних трибуналів певних допоміжних і наглядових функцій. Головним таким повноваженням державних судів є повноваження відмінити оспорювані арбітражні рішення.

Можливість оспорення арбітражних рішень в державних судах залежить від законодавства країни місця арбітражу. Так, у низці країн діє норма, згідно з якою у випадку, якщо у своїй арбітражній угоді сторони зовнішньоекономічного спору передбачили, що рішення арбітражного трибуналу є остаточним, то таке рішення не може бути оспорене в державному суді.

За загальним правилом оспорювання в суді арбітражного рішення може бути проведено тільки шляхом подання до відповідного державного суду країни місця арбітражу клопотання про скасування арбітражного рішення.

Арбітражне рішення може бути скасоване відповідним державним судом країни місця арбітражу лише у разі, якщо:

1) сторона, що заявляє клопотання про скасування, подасть докази того, що:

- одна із сторін в арбітражній угоді була якоюсь мірою недієздатною; або ця угода є недійсною за законом, якому сторони цю угоду підпорядкували, а в разі відсутності такої вказівки - за законом місця арбітражу; або

- її не було належним чином повідомлено про призначення арбітра чи про арбітражний розгляд або з інших поважних причин вона не могла подати свої пояснення; або

- рішення винесено щодо не передбаченого арбітражною угодою спору або такого, що не підпадає під її умови, або містить постанови з питань, що виходять за межі арбітражної угоди, проте, якщо постанови з питань, які охоплюються арбітражною угодою, можуть бути відокремлені від тих, що не охоплюються такою угодою, то може бути скасована тільки та частина арбітражного рішення, яка містить постанови з питань, що не охоплюються арбітражною угодою; або

- склад арбітражного трибуналу чи арбітражна процедура не відповідали угоді сторін, якщо тільки така угода не суперечить будь-якому положенню законодавства країни місця арбітражу, від якого сторони не можуть відступати, або, за відсутності такої угоди, не відповідали законодавству країни місця арбітражу; або

2) державний суд країни місця арбітражу визначить, що:

- об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законодавством країни місця арбітражу; або

- арбітражне рішення суперечить публічному порядку країни місця арбітражу.

Клопотання про скасування арбітражного рішення, як правило, не може бути заявлено після закінчення трьох місяців, рахуючи з дня, коли сторона, що заявляє це клопотання, отримала арбітражне рішення, а в разі, якщо було подано прохання згідно про виправлення арбітражного рішення, роз'яснення арбітражного рішення, або прийняття додаткового арбітражного рішення, - з дня винесення арбітражним трибуналом рішення з цього прохання.

Суд, до якого подано клопотання про скасування арбітражного рішення, може, якщо визнає це належним і якщо про це просить одна із сторін, зупинити провадження з питання про скасування на встановлений ним строк з тим, щоб надати арбітражному трибуналу можливість відновити

арбітражний розгляд або вжити інших дій, які, на думку арбітражного трибуналу, дадуть можливість усунути підстави для скасування арбітражного рішення.

Визнання та виконання арбітражних рішень.

Арбітражне рішення, незалежно від того, в якій країні воно було винесено, визнається обов'язковим і при поданні до компетентного суду письмового клопотання виконується в порядку, встановленому Конвенцією про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень та законодавством країни, де арбітражне рішення підлягає визнанню та виконанню (в частині, не урегульованій зазначеною конвенцією. В Україні це розділ VIII Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та розділ VIII Цивільного процесуального кодексу України).

Сторона, що спирається на арбітражне рішення або порушує клопотання про його виконання, повинна подати оригінал належним чином засвідченого арбітражного рішення або належним чином засвідчену копію такого, а також оригінал арбітражної угоди або належним чином засвідчену копію такої угоди. Якщо арбітражне рішення або угода викладені іноземною мовою, сторона повинна подати належним чином засвідчений переклад цих документів на українську або російську мову.

У визнанні або у виконанні арбітражного рішення, незалежно від того, в якій державі воно було винесено, може бути відмовлено лише:

1) на прохання сторони, проти якої воно спрямоване, якщо ця сторона подасть компетентному суду, у якого просить визнання або виконання, доказ того, що:

- одна із сторін в арбітражній угоді була якоюсь мірою недієздатною; або ця угода є недійсною за законом, якому сторони цю угоду підпорядкували, а в разі відсутності такої вказівки, - за законом держави, де мав місце арбітраж; або

- сторону, проти якої винесено рішення, не було належним чином сповіщено про призначення арбітра чи про арбітражний розгляд або з інших поважних причин вона не могла подати свої пояснення; або

- рішення винесено щодо спору, не передбаченого арбітражною угодою, або такого, що не підпадає під її умови, або містить постанови з питань, що виходять за межі арбітражної угоди; проте, якщо постанови з питань, охоплених арбітражною угодою, можуть бути відокремлені від тих, які не охоплюються такою угодою, то та частина арбітражного рішення, яка містить постанови з питань, що охоплені арбітражною угодою, може бути визнана і виконана; або

- склад арбітражного трибуналу або арбітражна процедура не відповідали угоді між сторонами або, за відсутності такої, не відповідали закону тієї держави, де мав місце арбітраж; або

- рішення ще не стало обов'язковим для сторін, або було скасовано, або його виконання зупинено судом держави, в якій або згідно із законом якої воно було прийнято; або

2) якщо суд визнає, що:

- об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законодавством країни, де визнається і виконується арбітражне рішення; або

- визнання та виконання цього арбітражного рішення суперечить публічному порядку країни, де визнається і виконується арбітражне рішення.

Якщо в суді держави, в якій або згідно із законом якої арбітражне рішення було прийняте, заявлено клопотання про скасування або зупинення виконання арбітражного рішення, суд, в якому запитується визнання або виконання, може, якщо визнає це за належне, відкласти винесення свого рішення і може також, за клопотанням тієї сторони, яка просить про визнання або виконання арбітражного рішення, зобов'язати іншу сторону надати належне забезпечення.

Треба зауважити, що на підставі Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень (англ. Convention on the Recognition and

Enforcement of Foreign Arbitral Awards), що приймалася під егідою ООН і стороною якої є Україна, арбітражні рішення визнаються і виконуються в переважній більшості країн світу (156 із 195), включаючи Україну. В той же час рішення іноземних державних судів, як уже зазначалося, визнаються і виконуються, як правило, на підставі двосторонніх міжнародних договорів. Не набереться і двадцяти країн, з якими Україна має подібні договори, і ці країни, на загал, не відносяться до найбільш економічно розвинутих країн. Тому очевидно, що учасникам зовнішньоекономічних правовідносин доцільно укласти арбітражні угоди, згідно з якими спори між ними будуть розглядатись в порядку арбітражу. Також, на нашу думку, в арбітражних угодах доцільно передбачати інституційний арбітраж, зазначаючи міжнародний комерційний арбітражний суд/установу, під егідою якого буде проводитись арбітраж.

Проблеми термінології в українському законодавстві, що регулює відносини з міжнародного комерційного арбітражу.

Головна проблема українського права в сфері регулювання суспільних відносин у сфері міжнародного комерційного арбітражу, на нашу думку, полягає в тому, що воно до цього часу послуговується радянською термінологією та російськомовними текстами/перекладами відповідних документів у сфері міжнародного арбітражу, зробленими ще в Радянському Союзі або вже в Російській Федерації.

Справа в тому, що і радянське, і російське законодавство, направлене на регулювання пов'язаних з арбітражем суспільних відносин, значним чином відрізняються як від українського законодавства, так і від міжнародних норм і законодавства найбільш економічно розвинутих країн світу. Термінологія, що використовувалась в радянському законодавстві і використовується в законодавстві Російської Федерації, була прилаштована для потреб саме цього законодавства і не підходить до потреб (концепцій, понять тощо) українського права. Некоректне запозичення термінології з російськомовних текстів/перекладів міжнародно-правових документів, так і із російського

законодавства веде до значних суперечностей в нормах українського права та плутанини в українській юридичній термінології в даній сфері, що дезорієнтує не тільки студентів, а й викладачів права.

Але щоб зрозуміти суть проблеми треба зробити певний історично-правовий екскурс.

В Радянському Союзі, на загал, за виключенням певних коротких відрізків часу, була заборонена приватна власність і підприємницька діяльність. Суб'єктами господарювання які виробляли і реалізовували продукцію/товари, були, головним чином, державні підприємства. Як і в сучасній Україні, державні підприємства не могли бути суб'єктами права власності, і, таким чином, не мали реальної провосуб'єктності. Усе, чим державні підприємства користувалися (земля, приміщення, обладнання тощо), для того щоб виробляти продукцію, знаходилося у власності держави і закріплювалось за ними на праві повного господарського відання. Усе, що б вони не набули на будь-яких підставах, також ставало державною власністю. Так, наприклад, продукція, яку виробляли державні підприємства, теж не ставала їх власністю, а належала на праві власності державі. Таким чином, фактично державне підприємство були структурним підрозділом єдиної радянської господарської системи з удаваними правами юридичної особи. Треба зазначити, що в країнах з вільною ринковою економікою, включаючи сучасні найбільш економічно розвинуті країни світу, такого явища, як державні підприємства, не існує.

В Радянському Союзі, на загал, господарська діяльність здійснювалась не заради прибутку, а заради виконання наказів державних органів (які, в свою чергу, ґрунтувалися на так званих планах розвитку народного господарства, що приймалися з'їздами Комуністичної партії Радянського Союзу, яка згідно зі статтею 6 Конституції СРСР була «керівною і направляючою силою радянського суспільства»). Держава як власник державних підприємств та власник усього майна державних підприємств напрямую управляла цими підприємствами, тобто виконувала функції

менеджменту. В СРСР самі державні підприємства не мали права вирішувати яку продукцію і в якій кількості виробляти, кому і за якою ціною цю продукцію продавати тощо (як це роблять суб'єкти господарювання в країнах з ринковою економікою, керуючись механізмом попиту і пропозиції). Питання про те, яку продукцію і в якій кількості мали виробляти державні підприємства, та кому (і за якою ціною) цю продукцію передавати, вирішували державні органи. Такі рішення доводились до державних підприємств у вигляді команд (планів, наказів) і державні підприємства мали просто виконувати ці команди так само, як в армії виконують команди командира.

За умов, коли, все майно державних підприємств, включаючи продукцію, не було їх власністю, а було власністю держави, і діяльність підприємств здійснювалась за командами від держави, то, звичайно, спір між державними підприємствами міг виникнути тільки з приводу того, хто і чому невчасно або неправильно виконав певну державну команду (скажімо, команду на поставку продукції). В цьому випадку виглядало певним чином непослідовним розглядати господарсько-виробничі спори (що є головним чином майновими спорами) в судах, бо майно усіх учасників спору їм не належало, а належало державі, а самі учасники спору діяли за командою держави. Тому господарські спори в Радянському Союзі судами не розглядались, а радянські правотворці придумали концепцію, так званого, державного арбітражу, взявши у країн з вільною ринковою економікою ідею комерційного арбітражу і прилаштувавши її до командно-адміністративної системи.

Концепція державного арбітражу передбачала, що неначебто спір між двома підприємствами розглядав такий собі посередник-арбітр. Але так як в Радянському Союзі не було нічого комерційного (підприємницького), то і підприємства були державними, і арбітр та арбітраж також були державними. Метою порушення справи в державному арбітражі для державного підприємства було не отримання майна, бо майно за будь-яких

обставин залишалося державною власністю, чи якогось відшкодування, а забезпечення належного виконання команди (плану), наданої державою. Фактично відносини у сфері державного арбітражу були більш схожі не на відносини з комерційного арбітражу, а на відносини командира, що розглядає спір між двома підлеглими йому солдатами з приводу того, хто з них винуватий у невиконанні команди.

Розгляд господарських спорів в Радянському Союзі здійснювався тільки шляхом арбітражу наступними органами державної виконавчої влади:

1) відповідним міністерством, якщо усі сторони господарського спору підпорядковувались цьому міністерству (в Радянському Союзі міністерства були як командні центри, за якими закріплювались підприємства, якими вони командували). В кожному міністерстві був юридичний відділ, в якому працювали крім юрисконсультів арбітри, які і розглядали господарські спори. Такий арбітраж був за природою державним, але називався відомчим арбітражем;

2) державними арбітражами, які існували при виконкомах обласних рад народних депутатів, радах міністрів республік СРСР та Раді Міністрів СРСР. Державні арбітражі розглядали спори між державними підприємствами, які підпорядковувались різним міністерствам.

Арбітри і державних, і відомчих арбітражів були державними службовцями, а державні арбітражі були державними органами виконавчої влади. Цікаво, що закінчувався державний арбітражний процес, так як і в армії, видачею наказу. Як ми знаємо, в Україні до цього часу за старою радянською адміністративно-командною традицією виконання рішень господарських судів, які постали в Україні на базі радянських державних арбітражів, провадиться на підставі виданих ними наказів, в той час, як, наприклад, виконання рішень цивільних судів провадиться на підставі виконавчих листів.

Як ми бачимо, в СРСР орган, який здійснював державний арбітраж, так і називали – державний арбітраж.

Таким чином, в СРСР в результаті метаморфози, якої там зазнало поняття «арбітраж» (яке десятиріччями, якщо не сторіччями, використовувалось у міжнародній і внутрішній торгівлі країн з вільною ринковою економікою для позначення виключно певного способу вирішення спору), це поняття набуло ще одного значення і стало означати: 1) як певний спосіб вирішення господарських спорів, так і 2) орган, що вирішував господарські спори шляхом арбітражу.

Коли в Радянському Союзі арбітраж став поняттям, пов'язаним з відповідними державними органами, то виникло питання, а як же називати, щоб не заплутатись в термінах, справжній (тобто комерційний) арбітраж, що може здійснюватись десь за кордоном (а гіпотетично і в СРСР)? І його назвали третейським розглядом, а організації, що його здійснюють - третейськими судами.

Визначивши в радянському праві терміни таким чином, радянські перекладачі, а за ними російські та українські перекладачі стали перекладати англійські слова «court of arbitration» чи «arbitration court», або французькі слова «cour d'arbitrage» російською/українською мовою як третейский суд/ третейський суд. Так, наприклад, ми бачимо, що назву Лондонського суду міжнародного арбітражу, яка англійською мовою позначається як London Court of International Arbitration ⁴⁰, російською мовою іменують як Лондонский Международный Третейский суд ⁴¹. Хоча за логікою речей французьке слово «arbitrage», від якого походить російське і українське слово «арбитраж/арбітраж», мало б перекладатись російською/українською саме як «арбитраж/арбітраж» і, таким чином, cour d'arbitrage (франц.) та «court of arbitration» (англ.) мало б перекладатися російською/українською як арбітражний суд/арбітражний суд.

Після розвалу Радянського Союзу і проголошення деякими республіками, що входили до його складу (зокрема Україною та Російською

⁴⁰ Див. https://en.wikipedia.org/wiki/London_Court_of_International_Arbitration

⁴¹ Див. http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_447

Федерацією), переходу до ринкової економіки державні (і відомчі) арбітражі були скасовані, а замість них для розгляду господарських спорів були створені судові органи (тобто органи державної судової влади), які називались (а в Російській Федерації вони так називаються до цього часу) арбітражними судами⁴². Це створило певним чином дивну ситуацію, коли за пострадянською термінологією господарське судочинство здійснювалось арбітражними судами, а арбітраж здійснювався третейськими судами.

Така термінологічна неадекватність у радянському та пострадянському праві потягнула за собою проблеми у викладені і перекладі міжнародно-правових документів російською/українською мовою, тобто створила певну термінологічну плутанину, яка не дає юристу, що користується не англійським, а російським/українським текстом міжнародних документів, зрозуміти про які саме суди в цих документах йдеться.

Так, наприклад, ми можемо бачити, що один і той самий англomовний термін - «arbitral tribunal», який використовується в міжнародних документах, наприклад, в англomовному тексті статті 4 Європейської конвенції, яка передбачає типовий закон про арбітраж (цю конвенцію на офіційному сайті Верховної Ради України <http://zakon4.rada.gov.ua/laws> позначають як Європейська конвенція про введення одноманітного закону про арбітраж) (англ. European Convention providing a Uniform Law on Arbitration⁴³), пункту 1 статті 5 Додатку I до Європейської конвенції, яка передбачає типовий закон про арбітраж (англ. European Convention providing a Uniform Law on Arbitration⁴⁴), статті 34 Конвенції про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень (англ. Convention for the

⁴² Після того, як Україна майже десять років викликала подив і насмішки світової юридичної і бізнесової спільноти тим фактом, що її державні суди, що в порядку судочинства вирішували господарські спори, називалися арбітражними судами, в 2001 році арбітражні суди України були, нарешті, перейменовані в господарські суди. В Російській Федерації радянська традиція виявилась більш живучою і там ще досі державні суди, що в порядку судочинства вирішують господарські спори, називаються арбітражними судами.

⁴³ European Convention providing a Uniform Law on Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/056.htm>

⁴⁴ Там само

Unification of Certain Rules for International Carriage by Air.⁴⁵), статті 13 Арбітражного регламенту Арбітражного інституту Торгової палати м. Стокгольму (англ. Arbitration Rules of the Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce⁴⁶), в перекладах зазначених документів російською/українською мовою в одному випадку позначається терміном «третейський суд» (стаття 4 Європейської конвенції про введення одноманітного закону про арбітраж⁴⁷), в другому - терміном «арбітражний суд» (пункт 1 статті 5 Додатку I до Європейської конвенції про введення одноманітного закону про арбітраж⁴⁸), в третьому - терміном «арбітражний трибунал» (стаття 34 Конвенції про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень⁴⁹), а в четвертому - терміном «склад суду» (статті 13 Арбітражного регламенту Арбітражного інституту Торгової палати м. Стокгольму⁵⁰).

Здобувши незалежність, Україна почала входити у міжнародне співтовариство, приєднуватись до відповідних міжнародних конвенцій та приводити своє законодавство до міжнародних стандартів. Зокрема, з метою привести своє законодавство у відповідність до рекомендацій ООН, а саме до Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж (англ. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration), прийнятого ЮНСІТРАЛ в 1985 році, Україна в 1994 році прийняла Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Метою підготовленого ЮНСІТРАЛ Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговельний арбітраж (англ. UNCITRAL Model Law on

⁴⁵ Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.jus.uio.no/lm/air.carriage.unification.convention.montreal.1999/>.

⁴⁶ Arbitration Rules of the Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf

⁴⁷ Європейська конвенція про введення одноманітного закону про арбітраж. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_679

⁴⁸ Там само

⁴⁹ Конвенція про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_594/page2?text=%E0%F0%E1%E8%F2%F0%E0%E6%ED+%F2%F0%E5%F2%E5%E9%F1%EA+%F2%F0%E8%E1%F3%ED%E0%EB+%F1%F3%E4#w31

⁵⁰ Арбітражний регламент Арбітражного інституту Торгової палати м. Стокгольму. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://sccinstitute.com/media/40121/arbitrationrules_ru_webbversion.pdf

International Commercial Arbitration) було забезпечити уніфікацію законодавства усіх країн світу. Але, на жаль, автори Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», взявши в цілому за основу Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж (англ. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration), в значній мірі наповнили цей закон радянськими термінами і поняттями, які вступають у суперечність з Типовим законом ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж (англ. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) і іншими міжнародно-правовими актами, направленими на регулювання суспільних відносин у сфері міжнародного комерційного арбітражу. Таким чином, ця та інші обставини дають підстави міжнародним експертам давати дуже низькі оцінки законодавству України, яке регулює порядок вирішення господарських (в тому числі і зовнішньоекономічних) спорів. Так, наприклад, в Глобальному індексі конкурентоспроможності економік країн світу, що ведеться такою міжнародною організацією, як Світовий економічний форум (англ. World Economic Forum), відомою своїми щорічними зустрічами в м. Давос, Швейцарія, в 2014 році за таким показником, як якість законодавства, що регулює порядок вирішення господарських спорів (англ. efficiency of legal framework in settling disputes) Україна посіла – 129 місце серед 144 країн, що приймали участь в дослідженні⁵¹.

В результаті застосування в сучасному українському праві термінології і понять часів радянської адміністративно-командної економічної системи на сьогодні ми маємо наступні найбільш суттєві проблеми в українському законодавстві, направленому на регулювання суспільних відносин у сфері міжнародного комерційного арбітражу:

1). Надання поняттю «арбітраж» іншого значення, ніж воно має в міжнародному праві та в праві найбільш економічно розвинутих країн.

⁵¹ Global Competitiveness Index 2014-2015. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/rankings/#indexId=GCI>

Українське право, не дивлячись на те, що в Україні проголошено перехід до ринкової економіки і вже не існує такий державний орган, як державний арбітраж, всупереч міжнародному праву продовжує услід за радянським правом в свої нормах зазначати, що арбітраж це не тільки спосіб вирішення господарських спорів, але і організація, що вирішує такі спори.

Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» зазначає, що арбітраж – це «будь-який арбітраж (третейський суд) незалежно від того, чи утворюється він спеціально для розгляду окремої справи, чи здійснюється постійно діючою арбітражною установою, зокрема Міжнародним комерційним арбітражним судом або Морською арбітражною комісією при Торгово-промисловій палаті України (додатки N 1 і N 2 до цього Закону)»⁵². Таким чином, арбітраж з зазначеному законі визначається як третейський суд, тобто певна організаційна структура.

Так само за старою радянською традицією в українській юридичній літературі зазначається, що «терміном "міжнародний комерційний арбітраж" позначають три взаємопов'язаних поняття, які відображують різні аспекти цього явища: по-перше, під міжнародним комерційним арбітражем розуміють орган, завданням якого є вирішення міжнародних комерційних спорів; по-друге, цей термін означає процедуру (механізм, порядок) вирішення спорів; по-третє, міжнародним комерційним арбітражем називають конкретний склад арбітражу, що вирішує певний спір»⁵³.

У зв'язку з цим треба зазначити, що таке розуміння відповідає тому розумінню арбітражу, яке було в радянському союзі, де арбітражем був і спосіб вирішення спорів, і державним органом, і складом арбітрів (які були службовцями державного арбітражу).

Можна, звичайно, і далі собі так по-радянському розуміти арбітраж і писати про це в літературі, але займатись юридичною практикою у сфері

⁵² Стаття 2 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>

⁵³ Міжнародне приватне право. Особлива частина. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pidruchniki.com/1728092456831/pravo/mizhnarodniy_komertsyinyi_arbitrazh

міжнародного комерційного арбітражу з таким розумінням просто неможливо з тієї простої причини, що в міжнародному праві (тому, що виходить за рамки пострадянських країн) чітко розмежовуються поняття: а) «арбітраж» (англ. arbitration), як спосіб вирішення спорів; б) «арбітражний суд/установа» (англ. arbitration court/institution), як орган, під егідою якого здійснюється арбітраж; в) «арбітражний трибунал» (англ. arbitral tribunal), як склад арбітрів, що безпосередньо вирішують зовнішньоекономічний спір. Жоден із зазначених термінів не може підміняти один одного.

Треба ще раз підкреслити, що під арбітражем в міжнародному праві та праві найбільш економічно розвинутих країн розуміється виключно «спосіб вирішення спорів із залученням однієї або більшої кількості нейтральних третіх осіб, які зазвичай визначаються за домовленістю сторонами спору та чиє рішення є обов'язковим до виконання»⁵⁴;

2). Використання різних термінів для позначення одного і того самого поняття.

Так, наприклад в пункті 3 статті 33 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» зазначено наступне:

«Якщо сторони не домовились про інше, будь-яка із сторін, повідомивши про це іншу сторону, може протягом 30 днів після отримання арбітражного рішення просити третейський суд винести додаткове рішення стосовно вимог, які були заявлені в ході арбітражного розгляду, проте не були відображені в рішенні. Арбітражний суд, якщо він визнає прохання виправданим, повинен протягом 60 днів винести додаткове рішення».

Таким чином, ми бачимо, що в зазначеному законі паралельно використовуються терміни «третейський суд» і «арбітражний суд». При цьому не зрозуміло чи мається на увазі один і той же суд чи якісь різні суди, бо ніде в законі не дається роз'яснення з цього приводу.

Якщо ми звернемось до, так би мовити, першоджерела, тобто до оригіналу Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний

⁵⁴ Black's Law Dictionary. Seventh Edition. - St. Paul, MN: West Publishing Co., 1999. - 1738 p. – P. 100.

арбітраж (англ. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration⁵⁵) на англійській мові, який ліг в основу Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», то побачимо, що там для позначення і того, що в Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» називається третейським судом, і того, що називається арбітражним судом, використовується один і той же термін «arbitral tribunal» (дослівно українською – арбітражний трибунал).

Таким чином, ми можемо констатувати, що в Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» для позначення одного і того самого поняття часом використовуються різні терміни і при цьому не дається з цього приводу будь-яких пояснень. Така ситуація, безумовно, ускладнює розуміння положень Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» і в цілому погіршує якість законодавства України, що регулює порядок вирішення господарських спорів (англ. efficiency of legal framework in settling disputes);

3). Позначення одним і тим самим терміном різних понять.

В статті 2, назві розділу III, пунктах 2 і 3 статті 13, статтях 16, 17, 19, 20, статтях 22 – 29, пункті 1 статті 30, пункті 1 статті 31, статтях 32, 33, 34, пункті 1 статті 36 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» використовується термін «третейський суд».

Якщо ми звернемось до першоджерела, тобто до оригіналу Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж (англ. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration⁵⁶) на англійській мові, який ліг в основу Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», то побачимо, що там в деяких статтях для позначення того, що в Законі України «Про міжнародний комерційний

⁵⁵ Article 33 of UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.model.law.1985/33.html>

⁵⁶ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.model.law.1985/>

арбітраж» називається «третейським судом», використовуються різні терміни, які мають в англійській мові цілком відмінне значення.

Так, наприклад, в статті 2 Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж (англ. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration⁵⁷) для позначення того, що в статті 2 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» називається третейським судом, в пункті (а) використовується термін «arbitration» (дослівно українською - арбітраж), який означає «спосіб вирішення спорів із залученням однієї або більшої кількості нейтральних третіх осіб, які зазвичай визначаються за домовленістю сторонами спору та чиє рішення є обов'язковим до виконання»⁵⁸; а в пункті (b) використовується термін «arbitral tribunal» (дослівно українською – арбітражний трибунал). «Арбітражний трибунал – це один або кілька арбітрів, які призначені для вирішення спору шляхом арбітражу»⁵⁹.

Таким чином, ми можемо констатувати, що в Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» часом різні поняття позначаються одним і тим самим терміном. Така ситуація, безумовно, ускладнює розуміння положень Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» і в цілому погіршує якість законодавства України, що регулює порядок вирішення господарських спорів (англ. efficiency of legal framework in settling disputes);

Однією з найбільш серйозних проблем українського права в цій царині є не розмежування таких понять, як «арбітражна установа» (тобто, міжнародний комерційний арбітражний суд/установа) та «третейський суд» (тобто арбітражний трибунал), та використання терміну «третейський суд» для позначення цих двох різних понять.

⁵⁷ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.model.law.1985/2.html>

⁵⁸ Black's Law Dictionary. Seventh Edition. - St. Paul, MN: West Publishing Co., 1999. - 1738 p. – P. 100.

⁵⁹ World Heritage Encyclopedia. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.worldheritage.org/articles/Arbitral_tribunal

Суть цієї проблеми полягає в тому, що в українському праві, на відміну від міжнародного права та права найбільш економічно розвинутих країн, поняття «міжнародний комерційний арбітражний суд/установа» та поняття «арбітражний трибунал» ототожнюються і називаються терміном «третейський суд». Цій помилці українське право завдячує радянському праву, концепціями якого в Україні до цього часу керуються. В радянській системі арбітраж здійснювався державною установою (державним арбітражем), арбітри якої були працівниками/посадовими особами цієї установи, тобто були єдиним цілим з цією установою. Але в сучасних умовах, навіть в Україні, не дивлячись на її некоректну правову термінологію в цій сфері, арбітри не є працівниками/посадовими особами арбітражних установ (наприклад, Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України) і не є єдиним цілим з цими установами. Арбітражні установи і арбітри, які вирішують зовнішньоекономічні спори (тобто арбітражні трибунали), є різними організаційними структурами.

З цього приводу треба зазначити наступне.

Як уже зазначалося вище, в міжнародному праві та праві найбільш економічно розвинутих країн міжнародними комерційними арбітражними судами (англ. international commercial arbitration courts) або міжнародними комерційними арбітражними установами (англ. international commercial arbitration institutions/institutes) називаються певні постійно діючі організації, що, зазвичай, мають статус юридичної особи.

Міжнародні комерційні арбітражні суди/суди (англ. international commercial arbitration courts/institutions) є приватними комерційними організаціями, які можуть бути створені в принципі будь-якими іншими приватними комерційними організаціями і фізичними особами з метою надання послуг (які і затверджують установчі документи таких міжнародних

комерційних арбітражних судів/установ)⁶⁰. На сьогодні по усьому світу нараховується близько 1200 таких організацій

Створюються міжнародні комерційні арбітражні суди/установи (англ. international commercial arbitration courts/institutions) для виконання єдиної функції: наданні за винагороду послуг сторонам зовнішньоекономічних спорів в створенні і забезпеченні роботи арбітражних трибуналів (англ. arbitral tribunals), які вирішують зовнішньоекономічні спори шляхом арбітражу. Діяльність міжнародних комерційних арбітражних судів/установ є комерційною діяльністю тому власне вони самі називається комерційними.

Слово «суд» в назві міжнародних комерційних арбітражних судів/установ є умовним, так, як ці організації не вирішують зовнішньоекономічних спорів і не приймають арбітражних рішень⁶¹, вони лише «організують і надають послуги, пов'язані з проведенням арбітражу»⁶², «сприяють і наглядають за арбітражним процесом, в той час як конкретні спори вирішуються арбітрами»⁶³.

Зовнішньоекономічні спори шляхом арбітражу вирішуються арбітражними трибуналами (англ. arbitral tribunals), що складаються із арбітрів (англ. arbitrators), які приймають обов'язкові до виконання арбітражні рішення. «Арбітражний трибунал – це один або кілька арбітрів, які призначені для вирішення спору шляхом арбітражу»⁶⁴.

Арбітр (англ. arbitrator) – це «нейтральна особа, яка вирішує спори між сторонами головним чином шляхом формального арбітражу»⁶⁵. Арбітром має бути «на відміну від державного суду приватна нейтральна особа, що обрана

⁶⁰ Тільки в державах, які мають радянські тоталітарні традиції (наприклад, Україна) установчі документи комерційних арбітражних судів/установ затверджуються законами цих держав. Так, наприклад, Положення про Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України затверджене Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

⁶¹ Article 1 of the ICC Rules of Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>

⁶² ICC. Arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/>

⁶³ Lazareff Le Bars and Girard Gibbs LLP. International arbitration. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.internationalarbitrationlaw.com/arbitral-institutions/>

⁶⁴ World Heritage Encyclopedia. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.worldheritage.org/articles/Arbitral_tribunal

⁶⁵ Black's Law Dictionary. Seventh Edition. - St. Paul, MN: West Publishing Co., 1999. - 1738 p. – P. 100.

вирішити суперечку шляхом арбітражу»⁶⁶. Арбітр (англ. arbitrator) повністю незалежний від міжнародного комерційного арбітражного суду/установи: він не працює в міжнародному комерційному арбітражному суді/установі, не є його посадовою особою, членом чи учасником та не отримує від міжнародного комерційного арбітражного суду/установи будь-якої платні (заробітної плати, винагороди, дивідендів тощо). Як правило, міжнародні комерційні арбітражні суди/установи не мають навіть своїх власних списків арбітрів, а арбітри обираються із єдиного загальнонаціонального реєстру арбітрів⁶⁷. Арбітр (англ. arbitrator) є, як правило, фізичною особою-підприємцем, яка, маючи відповідні знання в певній галузі (права тощо), за відповідну винагороду від учасників зовнішньоекономічного спору надає учасникам зовнішньоекономічного спору відповідні послуги. Діяльність арбітрів є комерційною діяльністю тому власне і арбітраж називається комерційним. Арбітрів зазвичай призначають сторони зовнішньоекономічного спору і тільки в деяких випадках інституційного арбітражу - відповідні посадові особи міжнародних комерційних арбітражних судів/установ чи організацій, при яких ці суди/установи знаходяться.

Не дивлячись на те, що в міжнародному праві, в тому числі і в Типовому законі ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж (англ. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration), який мав лягти в основу Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», чітко розмежовуються поняття «арбітражна установа» (англ. arbitration institution) та «арбітражний трибунал» (англ. arbitral tribunal), українські законодавці, керуючись радянською концепцією арбітражу, в Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» ототожнили ці поняття та назвали і «арбітражні установи» (англ. arbitration institutions), і «арбітражні трибунали» (англ. arbitral tribunals) третейськими судами.

⁶⁶ Arbitrator. InvestorWords. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.investorwords.com/250/arbitrator.html>

⁶⁷ Виключення з цього правила існують в деяких пострадянських країнах.

Ознайомлюючись із Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» ми можемо бачити, що українські законодавці, керуючись Типовим законом ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж (англ. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration), який ліг в основу вищезазначеного закону, спочатку здавалось би розмежовують такі організаційні структури, як арбітражний трибунал (хіба що некоректно називають його третейським судом, про що мова буде йти далі) та арбітражна установа. Так, ми можемо бачити, що в статті 2, назві розділу III, пунктах 2 і 3 статті 13, статтях 16, 17, 19, 20, статтях 22 – 29, пункті 1 статті 30, пункті 1 статті 31, статтях 32, 33, 34, пункті 1 статті 36 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» використовується термін «третейський суд». В той же час в статтях 2, 11 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» використовується термін «арбітражна установа» або «установа». При чому із тексту Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» здавалось би є очевидним, що «третейський суд» і «арбітражна установа» чи «установа» є різними організаційними структурами.

Так, згідно з абзацом третім статті 2 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» третейським судом є одноособовий арбітр або колегія арбітрів, а згідно зі статтею 11 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» установа може приймати участь у призначенні арбітрів. Таким чином, якщо арбітражна установа може приймати участь у формуванні третейського суду (тобто у призначенні арбітрів), то, очевидно, що сама арбітражна установа не є цим третейським судом.

Але, уже в статті 1 Положення про Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України, що є Додатком № 1 до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», зазначається, що «Міжнародний комерційний арбітражний суд є самостійною постійно діючою арбітражною установою (третейським судом)», а в статті 1

Положення про Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті України, що є Додатком № 2 до даного закону, зазначається, що «Морська арбітражна комісія є самостійною постійно діючою арбітражною установою (третейським судом)».

Таким чином, можемо бачити, що в результаті в українському законодавстві радянське розуміння арбітражу перемогло концепцію арбітражу, існуючу в міжнародному праві і закладену в Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж (англ. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration), і українські законодавці ототожнили поняття «арбітражна установа» та поняття «третейський суд».

Таке суперечливе вживання в Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» терміну «третейський суд» ще більше ускладнює розуміння українськими юристами уставленої у світі і, зокрема, в Європейському Союзі концепції міжнародного комерційного арбітражу;

4). Використання терміну «третейський суд» в законодавстві про міжнародний комерційний арбітраж.

Як уже зазначалося, в Радянському Союзі арбітраж здійснювався відповідними державними органами, які називалися державними арбітражами. Організаційні структури, які здійснювали справжній (тобто комерційний) арбітраж (десь за кордоном чи, гіпотетично, в СРСР) в радянському праві називали третейськими судами.

Після розвалу Радянського Союзу і проголошення деякими республіками, що входили до його складу (зокрема Україною та Російською Федерацією), переходу до ринкової економіки державні (і відомчі) арбітражі були скасовані, а замість них для розгляду господарських спорів були створені судові органи (тобто органи державної судової влади), які називались арбітражними судами. Таким чином, і в пострадянські часи в Україні був період, коли вже за пострадянською термінологією господарське судочинство здійснювалось арбітражними судами, а арбітраж здійснювався третейськими судами.

21 червня 2001 року в Україні не стало державних арбітражних судів: вони були перетворені в господарські суди.

11 травня 2004 року було прийнято Закон України «Про третейські суди». Предметом регулювання цього Закону є суспільні відносини в сфері «утворення та діяльності третейських судів в Україні та встановлює вимоги щодо третейського розгляду з метою захисту майнових і немайнових прав та охоронюваних законом інтересів фізичних та юридичних осіб»⁶⁸. Згідно зі статтею 6 даного закону, що визначає підвідомчість справ третейським судам, «третейські суди в порядку, передбаченому цим Законом, можуть розглядати будь-які справи, що виникають із цивільних та господарських правовідносин, за винятком...справ, коли хоча б одна із сторін спору є нерезидентом України».

Таким чином, виходячи із Закону України «Про третейські суди», є цілком очевидним, що третейські суди в Україні не можуть здійснювати міжнародний комерційний арбітраж, тобто вирішувати шляхом арбітражу зовнішньоекономічні спори. Адже кваліфікуючою ознакою зовнішньоекономічного спору є участь у спорі нерезидента.

В той же час ми бачимо, що в преамбулі, пункті 5 статті 1, статті 2, назві розділу III, пунктах 2 і 3 статті 13, статтях 16, 17, 19, 20, статтях 22 – 29, пункті 1 статті 30, пункті 1 статті 31, статтях 32, 33, 34, пункті 1 статті 36 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та в пункті 1 Положення про Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України, що є Додатком № 1 до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» використовується термін «третейський суд».

При чому термін «третейський суд» використовується:

1) як для позначення способу вирішення спорів (преамбула, пункт 5 статті 1, абзац другий статті 2);

⁶⁸ Стаття 1 Закон України «Про третейські суди». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1701-15>

2) так і для позначення арбітрів, які безпосередньо вирішують спори (абзац третій статті 2, назва розділу III, пункт 2 і 3 статті 13, статті 16, 17, 19, 20, 22 – 29, пункт 1 статті 30, пункт 1 статті 31, статті 32, 33, 34);

3) а також і для позначення міжнародного комерційного арбітражного суду/установи, під егідою якої здійснюється арбітраж (пункт 1 Положення про Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України, що є Додатком № 1 до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», та пункт 1 Положення про Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті України, що є Додатком № 2 до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»).

Таким чином, в Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» термін «третейський суд» використовується у зв'язку з розглядом справ, що виникають із господарських правовідносин, за участю нерезидентів України.

У цьому зв'язку очевидною є колізія (суперечність) зазначених норм Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та Закону України «Про третейські суди» і виникає питання: як ця колізія норм права має вирішуватись?

Якщо ми звернемось до загальних правил подолання колізій, згідно з якими: а) «у разі існування неузгодженості між нормами, виданими одним і тим самим нормотворчим органом, застосовується акт, виданий пізніше, навіть якщо прийнятий раніше акт не втратив своєї чинності»⁶⁹, б) «при розбіжності між загальним і спеціальним нормативно-правовим актом перевага надається спеціальному, якщо він не скасований виданим пізніше загальним актом»⁷⁰, то стає очевидним, що нам треба керуватися нормами Закону України «Про третейські суди». Адже Закон України «Про третейські

⁶⁹ Пункт 1 Листа Міністерства юстиції України від 26.12.2008 N 758-0-2-08-19 «Щодо практики застосування норм права у випадку колізії». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0758323-08>

⁷⁰ Пункт 4 Листа Міністерства юстиції України від 26.12.2008 N 758-0-2-08-19 «Щодо практики застосування норм права у випадку колізії». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0758323-08>

суди»: а) був виданий пізніше; б) є спеціальним законом у сфері регулювання суспільних відносин з «утворення та діяльності третейських судів в Україні»⁷¹. Ну, а Закон України «Про третейські суди» передбачає, що третейські суди не можуть розглядати зовнішньоекономічні спори.

Таким чином, використання терміну «третейські суди» в Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» є некоректним.

Шляхи вирішення проблем термінології в українському законодавстві, що регулює відносини з міжнародного комерційного арбітражу.

Остаточно вирішити зазначену вище колізію норм права та усі зазначені вище термінологічні проблеми українського права у сфері регулювання відносин з міжнародного комерційного арбітражу і, таким чином, привести законодавство України до міжнародних, в тому числі і європейських стандартів, можна в наступний спосіб:

а) видалити термін «третейський суд» (у відповідних відмінках) в преамбулі, пункті 5 статті 1, абзаці другому статті 2 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» і використовувати тільки термін «арбітраж» для позначення відповідного способу вирішення зовнішньоекономічних спорів;

б) видалити термін «третейський суд» (у відповідних відмінках) в абзаці третьому статті 2, назві розділу III, пункті 2 і 3 статті 13, статтях 16, 17, 19, 20, 22 – 29, пункті 1 статті 30, пункті 1 статті 31, статтях 32, 33, 34 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» і замінити його на термін «арбітражний трибунал» (у відповідних відмінках) для позначення тих арбітрів, що безпосередньо вирішують зовнішньоекономічний спір;

в) видалити слова «(третейським судом)» в пункті 1 Положення про Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України, що є Додатком № 1 до Закону України «Про міжнародний

⁷¹ Стаття 1 Закону України «Про третейські суди». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1701-15>

комерційний арбітраж», та в пункті 1 Положення про Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті України, що є Додатком № 2 до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»;

г) провести відповідну заміну термінів в інших нормативно-правових актах України.

Але навіть до внесення відповідних правок до українського законодавства українським учасникам зовнішньоекономічної діяльності і правникам треба добре пам'ятати, що, укладаючи зовнішньоекономічний договір, вони за будь-яких обставин входять у сферу регулювання міжнародного права, яке превалює над правом національним. У цьому зв'язку їм потрібно керуватися термінологією і концепціями міжнародного права, в якому поняття «арбітраж» (англ. arbitration), «арбітражний суд» або «арбітражна установа» (англ. arbitration court або arbitral institution) та «арбітражний трибунал» (англ. arbitral tribunal) чітко розмежовуються, тобто означають різні речі і не можуть заміняти собою одне одного. Також треба запам'ятати, що на відміну від українського права, в міжнародному праві не існує будь-якого поняття, яке б одразу означало і арбітражну процедуру, і арбітражну установу, і арбітражний трибунал.

Укладачі:

Доцент кафедри фінансового права та фіскального адміністрування, кандидат юридичних наук **В.Н. Петрина.**

Професор кафедри фінансового права та фіскального адміністрування, кандидат юридичних наук, доцент **І.Г. Андрущенко.**