

natural portion and the correlation between natural portion and legal and/or testamentary portions which frequently occur in the law-enforcement activity. The author also examines the legal status of forced heirs including their incompetence of natural portion refusal for the benefit of another heir as well as incompetence of the alteration of the natural portion size. The practical significance of the research results consists in the original author's suggestions for improving the current civil legislation in order to promote the efficiency of regulation in this area and to resolve problems related to natural portion inheritance in the law-enforcement practice in Ukraine.

**Key words:** inheritance, legacy, natural portion, forced heir.

Отримано 27.03.2013

УДК 341.6

**Г. Є. ПРУСЕНКО**

*Галина Євгеніївна Прусенко, студентка II курсу магістратури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

### **ПОНЯТТЯ «ПАТОЛОГІЧНОГО» АРБІТРАЖНОГО ЗАСТЕРЕЖЕННЯ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ**

Частиною першою статті 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» арбітражна угода визначена як угода сторін про передачу до арбітражу всіх або певних спорів, які виникли або можуть виникнути між ними в зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами, незалежно від того, чи мають вони договірний характер, чи ні. Арбітражна угода може бути укладена у вигляді арбітражного застереження у контракті або у вигляді окремої угоди.

Арбітражне застереження у міжнародному контракті свідчить про відмову сторін від юрисдикції державних судів і досягнення ними згоди щодо передачі спору за таким контрактом на розгляд у визначений міжнародний суд (інституційний арбітраж) або арбітраж ad hoc. Подібний підхід відображає, зазвичай, рівне договірне положення сторін<sup>1</sup>.

Т. Г. Захарченко підкреслює, що арбітражна угода «[...] є наріжним каменем будь-якого арбітражного розгляду. Саме арбітражна угода є правовою основою для звернення в міжнародний комерційний арбітраж, що визначає всю подальшу арбітражну процедуру та, врешті-решт, долю арбітражного рішення»<sup>2</sup>.

Враховуючи зазначене, надзвичайно важливо при укладенні арбітражного застереження та окремої арбітражної угоди уникнути невдалих і двозначних формулювань, які б унеможливили встановлення волевиявлення сторін угоди.

Правова проблематика так званих «патологічних» арбітражних застережень недостатньо розроблена у вітчизняній юридичній науці. Серед українських дослідників увагу теорії «патологічних» («дефектних») арбітражних застережень приділили Л. Винокурова, З. Литвиненко, О. Перепелицька, В. Погорецький, Ю. Черних.

У 1974 р. Фредерік Айземанн (Frédéric Eisemann) у своїй праці «Патологічне арбітражне застереження» вперше використав термін «патологічні», щоб описати арбітражні застереження, «[...] сформульовані таким чином, що це може призвести до спорів щодо інтерпретації арбітражної угоди, мати результатом невиконання арбітражного застереження або неможливість виконання рішення»<sup>3</sup>.

Як зауважують Ф. Шерман і С. Беннетт, до «патологічних» арбітражних застережень відносяться застереження, які неможливо або надзвичайно складно виконати, ті, які, швидше за все, викличуть суперечності під час арбітражу, або вірогідно призведуть до проблем під час вирішення спору. Такі застереження зазвичай є результатом надмірної специфікації («надмірного врегулювання»), недостатньої далекоглядності щодо можливого ходу розгляду справи в арбітражі, або наявності двозначності / невідповідності у застереженні<sup>4</sup>.

З. Литвиненко визначає «патологічні» арбітражні застереження як застереження, що мають «[...] суттєві дефекти, нечіткі або подвійні формулювання, що не дають змоги встановити справжні наміри сторін щодо арбітражного розгляду»<sup>5</sup>. Як зазначає З. Литвиненко, практика розгляду справ у Міжнародному комерційному арбітражному суді при Торгово-промисловій палаті України показує, що у контрактах дотепер часто трапляються неточності формулювань арбітражної угоди, які ставлять сторони у скрутне становище.

Л. Винокурова зазначає, що арбітражні застереження з істотними дефектами називають патологічними: «[...] нечітке, туманне, незрозуміле формулювання арбітражної угоди не дозволяє встановити дійсні наміри сторін щодо арбітражного механізму вирішення спору, що, як правило, тягне визнання арбітражної угоди недійсною»<sup>6</sup>.

З. Литвиненко виокремлює дві причини виникнення дефектів: надмірне врегулювання або творчість сторін та непоінформованість сторін під час складання договору про арбітражне застереження<sup>7</sup>.

Проблеми «патологічних» арбітражних застережень торкається у своєму дослідженні О. Перепелинська, вживаючи термін «дефектність» арбітражної угоди. О. Перепелинська посилається на випадки в арбі-

ражній практиці, коли сторони невірно вказують в арбітражній угоді найменування обраного ними арбітражного суду, або зовсім його не називають, хоча й мають на увазі саме інституційний арбітраж, а не арбітраж *ad hoc*. Коли спір вже виник, сторонам важно домовитися, відповідач намагається скористатися ситуацією, уникнути арбітражного провадження<sup>8</sup>.

Ю. Черних розмежовує поняття «дефектного» та «патологічного» арбітражного застереження наступним чином: дефектним є арбітражне застереження, волевиявлення сторін може бути встановлене, незважаючи на певну неточність формулювання, у той час, як патологічне арбітражне застереження містить недоліки, які не дають можливості або надзвичайно ускладнюють виконання арбітражного застереження, не дають можливості встановити волевиявлення сторін щодо передачі спору до арбітражу. Дослідниця пропонує загальне визначення «проблемні арбітражні застереження» для «дефектних» та «патологічних» арбітражних застережень<sup>9</sup>.

Прикладом однієї з найпоширеніших «патологій» арбітражного застереження може також слугувати укладення арбітражної угоди в усній формі, як зазначає В. Погорецький<sup>10</sup>.

У багатьох країнах при укладенні арбітражної угоди закон вимагає дотримання письмової форми. Але за законодавством ряду країн для арбітражних угод письмова форма не є обов'язковою (зокрема, у Данії та Швеції). У Нідерландах для арбітражного застереження можлива також усна форма. Вона може бути обумовлена торговельними звичаями, у той час, як третейський запис має бути здійснений у письмовій формі і підписаний обома сторонами<sup>11</sup>.

У законодавстві Великої Британії та Сполучених Штатів Америки не розрізняються арбітражне застереження та третейський запис. Зокрема, у пункті 6 («Визначення арбітражної угоди») розділу I Закону про арбітраж (Arbitration Act) 1996 року арбітражною угодою вважається письмова угода про передачу дійсних або майбутніх спорів до арбітражу (незалежно від того, чи мають вони договірний характер). У параграфі 2 Федерального закону про арбітраж (Federal Arbitration Act) Сполучених Штатів Америки 1925 р. зазначено, що письмова умова про арбітражний розгляд спорів, які можуть виникнути в майбутньому, що міститься у правочинах у сфері торговельного мореплавства або комерційних договорах, або письмова угода про арбітражний розгляд спорів, що виникають у тій же сфері відносин, є дійсними, підлягають виконанню та не можуть бути відкликани з будь-яких причин, окрім тих, що визначені законодавством або є справедливими для відкликання будь-якого договору.

У Великій Британії (за виключенням Шотландії, де історично діє континентальна система права, та функціонує Закон про арбітраж Шотландії, прийнятий у 2010 р.) угода про арбітраж, укладена в усній формі, визнається дійсною лише за тієї умови, якщо щодо неї застосовуватимуться положення англо-саксонського права, а не Закону про арбітраж.

В Італійській Республіці щодо арбітражної угоди діють положення Книги четвертої «Про зобов'язання» (Delle Obbligazioni) Італійського цивільного кодексу від 16 березня 1942 р. (II Codice Civile Italiano). Згідно зі ст. 1341 Італійського цивільного кодексу арбітражні застереження (*clausole compromissorie*) не є дійсними, якщо їх не було окремо погоджено у письмовому вигляді. Виключно письмову форму третейського запису (*compromesso*) регламентовано у ст. 807 Італійського цивільного процесуального кодексу від 28 жовтня 1940 р. (II Codice di Procedura Civile Italiano).

Приєднання Італійської Республіки у 1969 р. до Нью-Йоркської конвенції 1958 р., ст. 2 якої містить конкретні вимоги до форми арбітражної угоди, є причиною обмеження сфери застосування ст. 1341 Італійського цивільного кодексу. Італійські суди з 1 травня 1969 р. (дата набуття чинності Нью-Йоркської конвенції 1958 р. для Італійської Республіки) не можуть приймати заперечення проти дійсності арбітражних застережень і рішень, засновані на тому, що арбітражне застереження не було окремо погоджено у письмовому вигляді відповідно до вимог внутрішнього законодавства.

Ф. Шерман і С. Беннетт наводять наступний приклад «патологічної» умови арбітражного застереження: «Наприклад, уявіть таку умову арбітражного застереження: «Якщо виникне спір, Джон Доу проводитиме арбітраж». Джон Доу згодом помирає, а за п'ять років виникає спір. Чи є арбітражне застереження виконуваним? Якщо так, то хто має проводити арбітраж? Хто відповідатиме на ці запитання?»<sup>12</sup>.

У 1966 р. люксембурзька корпорація Encyclopaedia Universalis S.A. (далі – EUSA), та Encyclopaedia Britannica, Inc. (далі – EB), корпорація штату Делавер Сполучених Штатів Америки, уклали угоду про ліцензію на використання об'єктів права літературної власності (далі – угода). Згідно з умовами угоди EB погодилася сплачувати роялті взамін на право перекладати, виробляти, розповсюджувати та ліцензувати довідкову роботу EUSA, на будь-якій мові, крім французької. Сторони домовилися вирішувати всі спори в арбітражі та включили арбітражне застереження в угоду. Застереження вимагало, щоби кожна сторона обрала одного арбітра та передбачало трьохступеневу процедуру вибору, у тому випадку, якщо знадобиться третій арбітр. По-перше, повинні виникнути суперечності між арбітрами, до того, як призначити третього арбітра. По-друге, арбітри сторін мають особисто спробувати обрати третього арбітра. Нарешті, якщо сторони не зможуть домовитися щодо особи третього арбітра, Президент Комерційного Суду Люксембургу обере арбітра з переліку арбітрів, затвердженого Британською Торговою Палатою у Лондоні.

У 1995 р. EB припинила сплачувати роялті, і виникнув спір. Сторони призначили арбітрів, але з призначенням третього арбітра постали проблеми. Британська Торгова Палата більше не мала затвердженого переліку арбітрів. Арбітр EUSA звернувся до Комерційного Суду Люксембургу із заявою з проханням призначити третього арбітра, не здійснивши спроби погодити кандидатуру третього арбітра від EB. Окрім зазна-

чених проблем, Комерційний Суд Люксембургу призначив третього арбітра, люксембурзького юриста. ЕВ висловила заперечення та відмовилася від участі в арбітражі. Арбітр EUSA та арбітр, призначений Комерційним Судом Люксембургу, винесли рішення на користь EUSA. ЕВ оскаржила арбітражне рішення в одному з окружних судів Сполучених Штатів Америки, використавши наступні аргументи:

– арбітражне застереження було недійсним, оскільки Британська Торгова Палата більше не затверджувала певного переліку арбітрів (суддя відхилила перший аргумент, оскільки текст застереження не давав їй можливості розуміти наміри сторін таким чином, що зникнення переліку арбітрів, тягне за собою відмову сторін вирішувати спори, що можуть виникнути, в арбітражі);

– EUSA порушила порядок обрання арбітрів, визначений в угоді між сторонами (суд постановив, що склад арбітрів, що виніс рішення, був обраний із порушеннями, відтак його рішення не має правової сили та не може призводити до юридичних наслідків);

– арбітри перевищили свої повноваження під час винесення рішення (аргумент також був прийнятий судом, з огляду на неправомочність складу арбітрів).

Суд офіційно заявив, що третій арбітр має бути призначений з переліку кваліфікованих міжнародних арбітрів і запропонував перелік міжнародних арбітрів, затверджений Лондонським міжнародним арбітражним судом. Також суд позбавив арбітра від EUSA та арбітра, призначеного Комерційним Судом Люксембургу, від права участі у будь-яких майбутніх процесах через прийняття ними участі у «ганебному арбітражному розгляді»<sup>13</sup>.

Підсумовуючи викладене, можна визначити «патологічне» арбітражне застереження як арбітражне застереження, сформульоване таким чином, що ускладнює або унеможливує достовірне встановлення волевиявлення сторін та унеможливує або надзвичайно ускладнює виконання арбітражного застереження.

<sup>1</sup> *Слупчак Т. В.* Арбитражное соглашение: современные проблемы и тенденции // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей / Под ред. А. С. Комарова. – М.: Статут, 2007. – С. 429.

<sup>2</sup> *Захарченко Т. Г.* Арбитражна угода як правова основа передачі спору на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж // Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство / За заг. ред. І. І. Побірченка. – К.: Ін Юре, 2007. – С. 30.

<sup>3</sup> *Fredrick E. Sherman, Steven C. Bennett.* Avoiding “Pathological” Arbitration Clauses: [Електронний ресурс] // The Practical Lawyer. – August 2006. – P. 42-43. URL: <http://www.files.ali-cli.org>

<sup>4</sup> Там же. – С. 44.

<sup>5</sup> *Литвиненко З.* Подання позову до міжнародного комерційного арбітражного суду // Право України. – 2011. – № 1. – С. 68.

<sup>6</sup> *Винокурова Л.* Арбітражна угода: теоретичні питання, що мають практичне значення: [Електронний ресурс] // Юридична газета. – 2004. – № 13 (25). URL: <http://www.yur-gazeta.com/issue/25>

<sup>7</sup> *Литвиненко З.* Там само. – С. 68.

<sup>8</sup> *Перепелинська О.* «Дефектність» арбітражної угоди: поняття та наслідки // Юридичний журнал. – 2005. – № 4. – С. 111.

<sup>9</sup> *Черних Ю.* Дефектні та патологічні арбітражні застереження як каталізатор неетичного у міжнародному комерційному арбітражі: [Електронний ресурс] // «Вирішення спорів за кавою»: обговорення питань професійної етики в арбітражі. Львів, 15 лютого 2013 року. Матеріали заходу Асоціації правників України та Української Арбітражної Асоціації. URL: <http://www.uba.ua/documents/doc/chernykh.pdf>

<sup>10</sup> *Погорецький В.* Теорія «патології арбітражного застереження»: [Електронний ресурс] // Юридичний радник. – 2008. – № 1. URL: <http://www.stride.com.ua>

<sup>11</sup> *Минаков А. И.* Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. – М.: Юридическая литература, 1985. – С. 27.

<sup>12</sup> *Fredrick E. Sherman, Steven C. Bennett.* Там само. – С. 44.

<sup>13</sup> Там же. – С. 44–45.

## Резюме

### **Прусенко Г. Є.** Поняття «патологічного» арбітражного застереження у міжнародному комерційному арбітражі.

Статтю присвячено визначенню поняття «патологічного» арбітражного застереження у міжнародному комерційному арбітражі. У статті розглянуто підходи зарубіжних і вітчизняних дослідників до проблеми «патологічних» арбітражних застережень, досліджуються окремі «патологічні» умови арбітражного застереження. Аналізується укладення арбітражного застереження в усній формі як «патологія», висвітлені вимоги законодавства Великої Британії, Сполучених Штатів Америки, Італійської Республіки стосовно форми арбітражної угоди. Пропонується визначити «патологічне» арбітражне застереження як арбітражне застереження, сформульоване таким чином, що унеможливує або надзвичайно ускладнює виконання арбітражного застереження.

**Ключові слова:** міжнародний комерційний арбітраж, арбітражна угода, «патологічне» арбітражне застереження, дефектність арбітражної угоди, арбітражний розгляд, виконуваність арбітражних застережень.

## Резюме

### **Прусенко Г. Е.** Понятие «патологической» арбитражной оговорки в международном коммерческом арбитраже.

Статья посвящена определению понятия «патологической» арбитражной оговорки в международном коммерческом арбитраже. В статье рассмотрены подходы зарубежных и отечественных исследователей к проблеме «патологических» арбитражных оговорок, исследуются отдельные «патологические» условия арбитражной оговорки. Анализируется заключение арбитражной оговорки в устной форме как «патология», освещены требования законодательства Великобритании, Соединенных Штатов Америки, Итальянской Республики относительно формы арбитражного соглашения. Предлагается

определять «патологическую» арбитражную оговорку как арбитражную оговорку, сформулированную таким образом, что ее исполнение становится невозможным либо чрезвычайно осложняется.

**Ключевые слова:** международный коммерческий арбитраж, арбитражное соглашение, «патологическая» арбитражная оговорка, дефектность арбитражного соглашения, арбитражное разбирательство, исполнимость арбитражных оговорок.

### Summary

#### **Prusenko G. Notion of «pathological» arbitration clause in international commercial arbitration.**

The present article is concerned with defining «pathological» arbitration clause in international commercial arbitration. Special attention is paid to description of the foreign and Ukrainian scientific approaches to the problem of «pathological» arbitration clauses, several «pathological» terms of the arbitration clause are analyzed. Conclusion of arbitration clause in oral form as «pathology» is examined, the legal requirements of United Kingdom, United States of America, Italian Republic to the form of arbitration agreement are reviewed. It is proposed to define «pathological» arbitration clause as arbitration clause worded in such a way that its enforcement becomes impossible or extremely complicated.

**Key words:** international commercial arbitration, arbitration agreement, «pathological» arbitration clause, defectiveness of arbitration agreement, arbitration trial, enforceability of arbitration clauses.

Отримано 20.03.2013

УДК 341.218.2

### І. Є. ХМЕЛЬОВА

*Ілона Євгенівна Хмельова, студентка III курсу  
Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## СУБІНСТИТУТ ВИЗНАННЯ ДЕРЖАВ МІЖНАРОДНИМИ ОРГАНІЗАЦІЯМИ

Інститут визнання в міжнародному праві продовжує мати важливе значення для міжнародного співтовариства. Разом із тим, даний інститут не залишається незмінним, а його нові ознаки кореспондують потребам та характеристикам сучасних міжнародних відносин. Процеси глобалізації, регіоналізації, інституціоналізації не минають безслідно, вносячи свої корективи і в функціонування міжнародного права. Так, можна спостерігати появу й розвиток нового субінституту зазначеного інституту – визнання держав міжнародними організаціями. Зважаючи на те, що міжнародні організації поступово набувають все більшої ролі як суб'єкти міжнародного права та стають все більш вагомими акторами міжнародних відносин, встановлення та вивчення характерних рис, притаманних новому субінституту, є актуальним та нагальним питанням.

Свій внесок у вивчення питань визнання, в тому числі колективного визнання та його ролі в процесі визнання міжнародних організацій, зробили як класики міжнародного права, так і сучасні науковці, зокрема Д. Анцилотті, Х. Ауфріхт, Р. Л. Бобров, Я. Броунлі, Г. Кельзен, І. Ладор-Ледерер, Г. Лаутерпахт, І. І. Лукашук, В. В. Мицик, В. І. Муравйов, Л. Оппенгейм, С. Р. Патель, С. Талмон, Д. І. Фельдман, С. В. Черниченко, М. Шоу та багато інших юристів-міжнародників.

Втім, як правило, практика визнання держав міжнародними організаціями розглядалась у загальному контексті питань реалізації визнання, а не як окремий субінститут. Крім того, нагальним питанням залишається аналіз реального втілення даного субінституту, у тому числі й у сучасних міжнародних відносинах, встановлення основоположних засад його розвитку.

Метою статті є виділення характерних рис субінституту визнання держав міжнародними організаціями, надання аналізу ролі та місця, яке міжнародні організації займають у процесах надання визнання. Важливим є опис історичних етапів встановлення даного субінституту, а також характеристика співвідношення теоретичних підходів та існуючої практики.

Перед тим як перейти до розгляду проблеми, необхідно зазначити, що у міжнародно-правовій доктрині не існує загальновизнаного, наукового підходу до визначення елементів у системі міжнародного права. Проте у правовій доктрині загальноприйнято, що самостійна міжнародно-правова система існує. Система міжнародного права – це є об'єктивно існуюча цілісність внутрішньо взаємозалежних компонентів. На думку більшості, основним елементом системи міжнародного права є міжнародно-правова норма. Міжнародно-правові норми об'єднуються у відособлені комплекси (компоненти системи), що, залежно від певних критеріїв визначаються як субінститути, інститути, підгалузі й галузі міжнародного права. У сукупності дані елементи становлять систему міжнародного права.

Як зазначають сучасні вітчизняні дослідники теорії міжнародного права, у рамках тих або інших інститутів існують такі їхні складові елементи, як субінститути (наприклад, у рамках інституту міжнародно-правової відповідальності держав діють субінститути сатисфакцій і репарацій, у рамках інституту мирного вирішення спорів – субінститути міжнародного арбітражу і судового рішення міжнародних спорів тощо).