

---

**Я. П. Любченко**, здобувач НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України

## **Підходи до визначення сфери альтернативних способів вирішення спорів**

---

*Розглядаються підходи до визначення окремих сфер альтернативних способів вирішення спорів, поняття арбітрабельності, міжнародне та національне правове регулювання арбітрабельності. Піднімаються питання розмежування компетенції арбітражних та третейських судів, а також у зв'язку із цим визначення юрисдикції національних судів.*

**Ключові слова:** *арбітрабельність, публічний порядок, національні суди, юрисдикція, сторона спору.*

Поняття арбітрабельності, сформоване у доктрині міжнародного комерційного арбітражу, постійно розвивається та має різні види сутнісного наповнення залежно від законодавства країни. Модельний закон про міжнародний комерційний арбітраж, прийнятий Комісією ООН з права міжнародної торгівлі у 1985 р., Правила Арбітражу Міжнародної Комерційної Палати 2012 р. не містять поняття арбітрабельності. Тривають дискусії з приводу того, чи необхідно вводити на міжнародно-правовому рівні уніфіковане поняття «арбітрабельність» або залишити це питання на розгляд законодавств окремих країн. Дослідженням поняття арбітрабельності займалися наукові експерти та практикуючі юристи Т. В. Сліпачук, М. В. Купцова, Е. А. Шекина,

О. С. Перепелинська, В. В. Хвалей, О. Фелів, Х. Федунішин, С. Гришко, Р. А. Траспов, О. Д. Крупчан та ін. Комплексно це питання досліджується в праці А. І. Мініної «Поняття і види арбітрабельності в теорії і практиці міжнародного комерційного арбітражу» (2013 р.).

Відповідно до абз. 2 п. 2 ст. VI Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р. «Суд, у якому порушено справу, може не визнавати арбітражну угоду, якщо за законом його країни спір не може бути предметом арбітражної угоди», а у п. 2 «а» ст. V Нью-Йоркської конвенції: «Про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень» 1958 р. передбачено, що у визнанні та виконанні арбітражного рішення може бути відмовлено, якщо компетентна влада країни, в якій витребується визнання та приведення до виконання, визначить, що об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законами цієї країни. Зазначена норма Нью-Йоркської конвенції отримала закріплення у Типовому законі ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж 1985 р. та прийнятих на його основі національних законах, у тому числі у Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Відповідно до підп. 2 п. 1 ст. 36 цього Закону суд, у який було направлено клопотання про примусове виконання арбітражного рішення та про його визнання, може за своєю ініціативою відмовити в його задоволенні, якщо визнає, що об'єкт спору за законодавством України не може бути предметом арбітражного розгляду.

Отже, сторони, перед тим як передавати спір на розгляд до міжнародного арбітражу, мають визначити, чи є він арбітрабельним за законодавством країни, де розглядається, а також щодо припустимого місця виконання рішення арбітражу.

Поняття «арбітрабельність» (*arbitrabilité* (France) = *Schiedsfähigkeit* (Deutsch) = *arbitrabilidad* (Esp.)): а) у технічному значенні використовується для спорів, які можуть бути подані до арбітражу. Застосовне право визначає (об'єктивну) арбітрабельність або прямо (Швейцарія, Німеччина та Австрія, де будь-який спір економічного інтересу є арбітрабельним), або шляхом посилення на певний закон; б) суб'єктивна арбітрабельність –

здатність бути стороною в арбітражі; в) інколи (наприклад, у США) пов'язують з рамками арбітражної угоди [9, р. 8].

В арбітражі необхідно, щоб предмет спору міг бути обґрунтовано переданий до арбітражу (об'єктивна арбітрабільність). Сторони арбітражної угоди повинні бути здатні бути стороною арбітражної угоди, виступати в арбітражній угоді від свого імені та/або від імені та за дорученням іншої фізичної або юридичної особи. Ці вимоги можуть сукупно називатися «суб'єктивною арбітрабільністю» [11, р. 8].

Таким чином, бачимо, що зазвичай у наукових роботах з міжнародного арбітражу та словниках виділяють об'єктивну і суб'єктивну арбітрабільність спорів. Можемо погодитися з таким визначенням, але лише за наявності презумпції того, що арбітражна угода є дійсною та були дотримані умови, які зазвичай встановлюють право сторони для оскарження рішення міжнародного арбітражу до національного суду, тобто процесуальні вимоги до арбітражу на всіх стадіях його розгляду. Такої ж позиції дотримується й А. І. Мініна, яка пропонує ввести в науковий обіг поняття «загальна арбітрабільність», що являє собою сукупність матеріальних і процесуальних умов визнання і виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу. На її думку, оцінка загальної арбітрабільності відбувається на стадії визнання та виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу. Змістом загальної арбітрабільності виступають чотири компоненти: арбітрабільність спору, арбітрабільність сторін, арбітрабільність угоди, арбітрабільність процесу [3, с. 25].

У країнах романо-германської сім'ї права – Бельгії, Нідерландах, Франції, Іспанії, країнах Африки, Латинської Америки, Середнього Сходу, Індонезії, що прийняли Типовий закон ЮНСІТРАЛ, арбітрабільні і неарбітрабільні категорії спорів установлені на законодавчому рівні. За основу прийнятий критерій вільного розпорядження правами. Якщо громадський (державний) інтерес у спірних відносинах досить сильний (відносини регулюються імперативними нормами), то спір не підлягає розгляду в міжнародному комерційному арбітражі. Якщо ж відносини, що регулюються імперативними нормами, не

зачіпаються – сторони мають право звернутися в міжнародний комерційний арбітраж.

У країнах «common law» – Англії, США, деяких країнах Азії та Африки – коло справ, допустимих до розгляду в міжнародному комерційному арбітражі, визначене прецедентним правом шляхом встановлення винятків з арбітрабельності спорів. Як правило, винятки стосуються саме тих спорів, які перебувають у виключній компетенції державних судів. Спори, які мають публічний інтерес, визнаються неарбітрабельними.

До умов арбітрабельності спорів у зарубіжних державах відносять:

– можливість грошової оцінки спору, наявність грошового або комерційного інтересу (Швейцарія, Німеччина, Греція та ін.);

– відсутність зв'язку спору з особистими та сімейними або заповідальні відносини (Італія, Китай, Тайвань, Франція, Латвія та ін.);

– відсутність зв'язку спору з корупцією або «шахрайством» (Гонконг, США та ін.).

У більшості зарубіжних країн визнаються неарбітрабельними спори, пов'язані із застосуванням законодавства про конкуренцію (антитрестового законодавства); патенти, товарні знаки, інтелектуальну та промислову власність, банкрутство; податки; працю; корпоративні спори; захист прав споживачів; інші спори, в яких превалює публічний інтерес. Разом з тим існують і винятки. У Швеції, США та Франції у рамках міжнародного комерційного арбітражу можливий розгляд спорів, які стосуються антимонопольного законодавства [3; с. 20].

У деяких країнах усі спори є арбітрабельними. Наприклад, ст. 177 (1) Spila (закон Швейцарії про міжнародне приватне право) передбачає, що «будь-який спір, який включає економічний інтерес, може бути предметом арбітражного розгляду». ст. 177 (2) держава, або підприємство належить, або організація під контролем держави, яка є учасником арбітражного угоди, не може посилатися на свій власний закон для того, щоб оскаржити чинність арбітражної угоди або арбітрабельність спору.

Відповідно до ст. 1 Закону про арбітраж Швеції предметом арбітражного розгляду можуть бути будь-які спори, по яких сторони здатні укладати мирову угоду.

Зазвичай під час передачі спору до міжнародного арбітражу виникає питання компетенції міжнародного арбітражу стосовно певного спору. У цьому випадку під час подання заперечень сторонами до міжнародного арбітражу сторона має можливість, у тому числі застосувавши поняття арбітрабільності, заявляти про відсутність у міжнародного арбітражу компетенції для розгляду певного питання, посилаючись на законодавство та рішення національних судів. Можлива і протилежна ситуація, коли за допомогою поняття арбітрабільності сторона зможе довести, що певний спір підлягає розгляду в арбітражному суді незалежно від того, що інша сторона бажає звернутись до державного суду.

Необхідно також ураховувати, що певні спори взагалі не можуть бути розглянуті ні у міжнародному арбітражі, ні у національному суді у зв'язку із тим, що арбітражне застереження складене для того, щоб вивести спір з-під юрисдикції національних судів, та не може бути застосоване у зв'язку з недобросовісністю сторони, яка склала арбітражне застереження (мова йде про дефектні та патологічні арбітражні застереження) [8]. Арбітрабільності спорів приділяють багато уваги у зв'язку з тим, що один і той самий спір може бути визнано за законодавством різних країн як арбітрабільним, так і неарбітрабільним.

Якщо питання арбітрабільності недостатньо чітко визначено в окремо взятій країні, то можлива ситуація, коли інвестори та будь-які потенційні сторони арбітражного процесу не впевнені в тому, що свої інтереси вони можуть захистити, звернувшись до Міжнародного арбітражного суду у певній країні або суду *ad hoc*. Це, наприклад, у разі коли арбітражне застереження зазначене в договорі, але фактично, коли сторона звернулась до арбітражного суду, виявилось, що цей вид спору в даній країні є неарбітрабільним, або інша ситуація, коли національний суд скасував рішення арбітражного суду у зв'язку з тим, що останній не мав компетенції розглядати спір. У зв'язку з нечіткістю правового регулювання компетенції національних судів та відсутністю сформованої єдиної

юридичної практики маємо, як наслідок, результат, коли такого роду нестабільність дає інвесторам сигнал, що краще обрати іншу країну для інвестування.

На відміну від зарубіжної правової доктрини поняття «арбітрабельність» є новим для України. Останнім часом в Україні проблематика арбітрабельності спорів викликає суттєвий інтерес, про що свідчать публікації і виступи на конференціях, «круглих столах» та семінарах. Дослідження питань зазначеної тематики набувають особливої актуальності у зв'язку з необхідністю вдосконалення українського законодавства.

Серед наукових праць можна знайти позицію, що арбітрабельність – це інститут [2, с. 41], але не можна погодитись із цією точкою зору, адже не визначено навіть єдиного поняття арбітрабельності.

Складність чіткого визначення переліку спорів, які є арбітрабельними, зумовлена тим, що в українському законодавстві чітко не розмежовується правове регулювання діяльності третейських судів та міжнародного арбітражу відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Спірним залишається питання щодо того, чи можуть у МКАСі розглядатись спори, підсудність яких встановлена ст. 77 Закону України «Про міжнародне приватне право».

Законодавець має встановити чіткий перелік спорів у законодавстві або встановити критерії неарбітрабельності спору, за якими можна було б однозначно визначити, чи є спір арбітрабельним.

На нашу думку, необхідно ввести в законодавство України поняття «арбітрабельність спорів», яке буде застосовуватись тільки до спорів відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», та називати арбітражем виключно спори за участю іноземного елемента або компанії з іноземними інвестиціями. Необхідно також у Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» виключити з поняття «арбітраж» посилання на третейський суд, оскільки це викликає плутанину при розмежуванні юрисдикції і видів альтернативного вирішення спорів. Адже, як було зазначено в Законі України «Про Третейські суди», його положення не поширюються на міжна-

родний комерційний арбітраж. Необхідне також чітке застосування термінів, які використовуються при визначенні юрисдикції, а саме – для арбітражу – це арбітрабельність, для третейського суду відповідно до Закону України «Про Третейські суди» – підвідомчість, для національних судів – підсудність.

Не можна не погодитись із думкою С. Гришка: «Український арбітраж молодий та амбіційний. У своєму достатньо молодому віці він вже досяг значних успіхів, адже саме в українському МКАСі розглядається рекордна кількість справ щороку. Водночас почивати на лаврах ще зарано. За Україною міцно й надійно закріпився ярлик “ворожої” до арбітражу держави. Проте арбітраж – це “найвищий пілотаж юриспруденції”, і країни, де розвивається міжнародний арбітраж, будуть завжди серед розвинених правових систем» [1].

Категорія «публічний порядок» застосовується у сфері міжнародного комерційного арбітражу у зв'язку із процедурами оскарження арбітражного рішення відповідно до положень ст. V Нью-Йоркської конвенції 1958 р. та ст. 34 Типового закону UNCITRAL про міжнародний комерційний арбітраж.

Як зазначає О. Крупчан, «теорія і практика сучасного міжнародного комерційного арбітражу доводить, що категорія “публічний порядок” у такому вигляді, як вона закріплена у Конвенції та Типовому законі, використовується досить успішно протягом багатьох десятиліть. І те, що вона збережена у тому ж вигляді в оновленому у 2006 р. Типовому законі, підтверджує це» [7, с. 153]. Дійсно, на міжнародному рівні категорія «публічний порядок» належним чином урегульована, але стосовно національних напрацювань з даного питання вважаємо, що необхідно вдосконалювати чинне законодавство та уніфікувати практику національних судів стосовно публічного порядку.

Відзначимо, що в українській і зарубіжній науці застереження про публічний порядок є загальновизнаним принципом міжнародного приватного права. Разом з тим у жодній країні, де законодавчо передбачене застосування застереження про публічний порядок, не сформульовано детальне визначення публічного порядку. Використовується поняття «публічний порядок» без будь-яких офіційних роз'яснень або надаються най-

загальніші орієнтири у вигляді посилань на поняття «суспільно-політичний лад», «суспільна небезпека», «суспільні, економічні, соціальні основи держави», «основи суспільного устрою», «правові основи», «національна безпека» і «національний суверенітет», «основоположні принципи права», «основи правопорядку» (посилань на конкретні національні закони). Зазначене дозволяє зробити висновок, що зміст застереження про публічний порядок не є чітко визначеним, адже він визначається через інші поняття та категорії, зміст яких розмитий і які несуть тягар морально-етичного навантаження.

Повертаючись до арбітражного рішення як рішення, виконання якого може порушити публічний порядок, маємо зазначити, що до обов'язків арбітра входить дотримання правила, що певне конкретне рішення має не суперечити публічному порядку, тобто він не зв'язаний нормами жодної правової системи та не має інших обмежень. Адже в міжнародному арбітражі в основному розглядаються питання приватноправові. Водночас є теорія, відповідно до якої необхідно розглядати закони країни як закони публічного порядку, у такому випадку виникають деякі труднощі для арбітрів, а саме встановлення певних рамок для їх майбутнього вирішення. Арбітри мають урахувати, чи віднесені інтереси, яких торкається арбітражне рішення, до публічних, тобто чи є вони складовою публічного порядку. У цьому питанні допомогти арбітрам може робота «The Baker & McKenzie International Arbitration Yearbook», в якій поряд із законодавством, аналізом тенденцій з прикладами розгляду арбітражних справ описується також публічний порядок 37 зарубіжних країн [10].

На думку Ю. Г. Морозової, існує проблема, що вимагає свого нормативно-правового вирішення і стосується як внутрішньодержавної, так і міжнародної правотворчості, коли міжнародні документи, міжнародні арбітражі й національні суди з публічно важливих питань відсилають до категорії «публічний порядок», не визначивши при цьому її сутність, склад, ознаки й інші необхідні характеристики, залишаючи все це на суб'єктивне сприйняття і розсуд судів чи інших органів конкретної держави. Тому кожна країна формує власний підхід



і ставлення до визначення і розуміння категорії «публічний порядок» [4].

На нашу думку, має бути запроваджена практика, відповідно до якої можливо направити запит до національного суду, де буде виконуватись арбітражне рішення, для попередньої перевірки, чи не порушує воно публічний порядок тієї країни.

Крім формування законодавчої бази, яка здійснюється парламентом, держава в особі судової влади бере участь у відносинах, пов'язаних з розглядом міжнародними комерційними арбітражами зовнішньоекономічних спорів. Загальноприйнятим і обґрунтованим є висновок про те, що ефективність арбітражу та арбітражного розгляду в багатьох, якщо не в усіх країнах безпосередньо залежить від державних судів, надання ними підтримки арбітражу та створення йому сприятливих умов для здійснення своїх функцій [6].

Взаємодія національних судів та міжнародних комерційних арбітражів є одним із найважливіших аспектів поняття «арбітрабільність», адже саме національні суди перевіряють, чи правильно арбітражний суд відніс спір саме до своєї компетенції, чи були підстави для визнання спору неарбітрабільним, та приймають відповідне рішення про примусове виконання або про відмову у видачі рішення про примусове виконання. Законодавством різних країн закладено концепцію про подвійну перевірку рішень міжнародного комерційного арбітражу з одних і тих самих підстав. Таким чином, маємо ситуацію, коли рішення міжнародного комерційного арбітражу може одночасно оспорюватися, а інша сторона буде намагатися привести його до виконання, як правило, у різних національних судах. Саме таке право дає можливість зберегти баланс процесуальних прав суб'єктам спору [5, с. 135].

Як було зазначено Ю. Притикою, посилаючись на арбітражний досвід Бельгії, яка з метою залучення уваги міжнародного арбітражного процесу до країни виключила у 1985 р. судове оскарження, яке було відновлено у 1999 р. у зв'язку з різким зменшенням потоку арбітражу до Бельгії, сторони надають перевагу можливості оскарження рішення за місцем його винесення.

Маємо зауважити, що розвитку міжнародного арбітражу сприятиме його впровадження не тільки у вигляді більшої кількості арбітражних застережень або угод, але і те, що суди будуть застосовувати однакову практику для розгляду питання стосовно компетенції міжнародних арбітражів та арбітрабільності та будуть послідовними, що має велике значення в сенсі передбачуваності для юристів.

Зазначене дає підстави для висновку, що арбітрабільність спорів є одним із найважливіших понять у міжнародному арбітражі, яке активно досліджується юристами та експертами різних країн. Сьогодні немає універсального визначення поняття арбітрабільності, яке було б єдиним на міжнародному рівні, немає також єдиних критеріїв, які б відносили спір до арбітрабільних. Натомість кожна країна формує свої критерії віднесення спору до арбітрабільних і виникають ситуації, коли в різних країнах одне й те ж рішення може бути визнано арбітрабільним та неарбітрабільним у зв'язку із відмінностями національних правових систем.

На нашу думку, національні правові системи мають бути більш передбачувані з цього приводу, тобто комплексно та ґрунтовно вивчати арбітрабільність спорів у своїх країнах. Якщо в національній правовій системі недостатньо приділено уваги проблемі арбітрабільності, то потенційний суб'єкт арбітражного спору може відмовитись інвестувати грошові кошти у відповідну країну або укласти договір, тому що він не впевнений у тому, що його інтереси будуть захищені у випадку виникнення спору. Законодавці мають більш точно та конкретно визначитися з переліком спорів, які є неарбітрабільними в країнах, або розробити критерії, за якими можна віднести спір до арбітрабільного. Для розвитку міжнародного арбітражу також необхідна підтримка національних судів та створення сприятливих умов для здійснення ними своїх функцій. Арбітрабільності має бути приділено ще більше уваги у зв'язку з основоположним її характером по відношенню до міжнародного арбітражу. Подальші дослідження поняття

«арбітрабельність» сприятимуть істотному розвитку міжнародного арбітражу як основного способу альтернативного вирішення спорів.

#### Список використаних джерел

1. Гришко, С. Правове регулювання міжнародного арбітражу в Україні: Плани на наступну «п'ятирічку» [Електронний ресурс] / С. Гришко. — 2013. — Режим доступу: <http://www.interlegal.com.ua/blog/?p=2523>.
2. Купцова, М. В. Арбітрабельність спорів у міжнародному комерційному арбітражі [Текст] / М. В. Купцова // Адвокат. — 2012. — № 5. — С. 41–45.
3. Минина, А. И. Понятие и виды арбитрабельности в теории и практике международного коммерческого арбитража [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. И. Минина. — М., 2013. — 31 с.
4. Морозова, Ю. Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве (понятие и современный порядок применения) [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Ю. Г. Морозова. — М., 2001. — 158 с.
5. Селівон, М. Взаємодія судової влади з міжнародним комерційним арбітражем [Текст] / М. Селівон // Право України. — 2011. — № 1. — С. 130–138.
6. Содерлунд, К. Государственные суды и международный коммерческий арбитраж [Текст] / Кристер Содерлунд // Междунар. коммерч. арбитраж. — 2008. — № 3. — С. 31–34.
7. Крупчан, О. Міжнародні стандарти категорії «публічний порядок» у сфері міжнародного комерційного арбітражу та визначення у законодавстві та правозастосовній практиці України [Текст] / О. Крупчан // Право України. — 2011. — № 1. — С. 150–159.
8. Черних, Ю. Дефектні та патологічні арбітражні застереження як каталізатор неетичного у міжнародному арбітражі [Електронний ресурс] / Ю. Черних. — 2013. — Режим доступу: [www.uba.ua/documents/doc/chernykh.pdf](http://www.uba.ua/documents/doc/chernykh.pdf).
9. Glossary of Arbitration and ADR Terms and Abbreviations [Текст]. — Geneva : Swiss Arbitration Association, 2009. — 48 с.
10. The Baker & MCKenzie International Arbitration Yearbook [Текст]. — New York : Huntington, 2011. — 606 с.
11. Voser, N. International Arbitration in Switzerland [Текст] / N. Voser, D. Girsberger. — Kluwer : Law International, 2012. — 438 с.

*Стаття надійшла 3 березня 2014 р.*

Я. П. Любченко

### Подходы к определению сферы альтернативных способов разрешения споров

*Рассматриваются подходы к определению отдельных сфер альтернативных способов разрешения споров, понятие арбитрабельности, международное и национальное правовое регулирование арбитрабельности. Поднимаются вопросы разграничения компетенции арбитражных и третейских судов, а также в связи с этим определения юрисдикции национальных судов.*

**Ключевые слова:** *арбитрабельность, публичный порядок, национальные суды, юрисдикция, сторона спора.*

I. Liubchenko

### Approaches to defining the scope of alternative dispute resolution

*International and national regulation of arbitrability, public policy issues and the interaction of arbitration and national courts. Author stress that there is no international definition of arbitrability, and this state of affairs excellent works during years, each of state should determine arbitrability disputes and take consistent court decision.*

*Lawyers and experts advice to potential party's of arbitration check legal system of that state where they are going to execute arbitration decision. Examines legal acts of countries concerning international arbitration and stated that each of them has own list of non arbitrable types of disputes but they are similar, on the other hand few countries as Swiss and Sweden prescribed that any dispute is arbitrable. As for Ukraine author asser necessity of distribution of competence between international arbitration, domestic arbitration and national courts therefore he offer changes to Acts.*

*Author justify necessity of studying the categories of arbitrability because of its significant role. Discovered that arbitrability is burning issue which researched by lawyers and experts all over the world. To Authors opinion national legal systems must be more predictable and study arbitrability comprehensively and thoroughly in own countries, in two different countries the same arbitration award could be admitted as non executed because such dispute is not arbitrable. Author recommend that it must be stated in Act by legislative system list of disputes which are not arbitrable or some criteria which can help determine such disputes. International arbitration need support of judiciary system and creation of favor-*

*able conditions in order to execute own functions, in order to help judiciary system, because national courts have thousands cases each year. Determined that some disputes such as sports, intellectual property, with international party's should be resolved in arbitration because arbitration as alternative dispute resolution method is more acceptable.*

*In conclusion Author stated that discovering arbitrability cause essential flowering of international arbitration as the most effective alternative method of resolving disputes.*

**Keywords:** *arbitrability, public order, national courts, jurisdiction, party of the dispute.*