

4. Луспенник Д.Д. Заочний розгляд справи: проблемні новели ЦПК // Юридичний Вісник України. – 2006. – № 9. – С. 7-12.
5. Постанова Пленуму Верховного Суду України “Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції” № 2 від 12.06.2009 року / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1077.2372.0>
6. Узагальнення Верховного Суду України “Практика ухвалення та перегляду судами заочних рішень у цивільних справах” від 12.06.2009 року / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1077.1851.0>
7. Постанова Кабінету Міністрів України від 25.01.2006 року № 52 “Про порядок визначення друкованого засобу масової інформації, у якому розміщуються оголошення про виклик до суду відповідача, третіх осіб, свідків, місце фактичного проживання (перебування) яких невідоме” / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1096.54.0>
8. Гражданский процессуальный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / Червоний Ю.С., Волосатий Г.С., Ермолаева В.О. и др. – Х.: Одиссей, 2008. – 434 с.
9. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / [за ред. Є.О. Харитонова, О.І. Харитонової, В.В. Васильченка, Н.Ю. Голубевої]. – Х., Одиссей, 2009 – 547 с.

УДК 341.6: 347.7

ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВОВІДНОСИН З РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ЗВЕРНЕННЯ ДО МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБИТРАЖУ

Мальський М.М., аспірант

Львівський національний університет ім. І. Франка

Стаття присвячена характеристиці правовідносин, що виникають при реалізації стороною арбітражної угоди права на звернення до міжнародного комерційного арбітражу. У статті виділено передумови звернення до міжнародного комерційного арбітражу, розглянуто «активну» і «пасивну» стратегії дій сторони, яка не має наміру виконувати арбітражну угоду.

Ключові слова: міжнародне приватне право, міжнародний комерційний арбітраж, арбітражна угода, порядок врегулювання спорів.

Мальский М. М. ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВООТНОШЕНИЙ ПРИ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА НА ОБРАЩЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ / Львовский национальный университет им. И. Франка, Украина

Статья посвящена характеристике правоотношений, которые возникают при реализации стороной арбитражного соглашения права на обращения в международный коммерческий арбитраж. В статье выделены предусловия обращения в международный коммерческий арбитраж, рассмотрены «активная» и «пассивная» стратегии действий стороны, которая не имеет намерения выполнять арбитражное соглашение.

Ключевые слова: международное частное право, международный коммерческий арбитраж, арбитражное соглашение, порядок урегулирования споров.

Malskyu M. M. CHARACTERISTIC OF THE LEGAL RELATIONSHOPS WHICH ARISE DURING REALIZATION OF THE RIGHT TO REFER TO THE INTERNATIONAL COMERCIAL ARBITRATION / Ivan Franko national university of Lviv, Ukraine

The article is devoted to the characteristic of the legal relationships which arise during realization by the party to an arbitration agreement its right to refer to the international commercial arbitration. The initial conditions of application to the international commercial arbitration, as well as “active” and “passive” strategies of actions of a party to an arbitration agreement, who does not want to execute arbitration agreement, are determined.

Key words: international private law, international commercial arbitration, arbitration agreement, dispute settlement order.

Арбітражна угода зобов'язує її сторони подати спір, що охоплюється нею, на розгляд третейському суду, одночасно перешкоджаючи розгляду відповідного спору в державному суді. Передання спору на вирішення третейському суду є договірним зобов'язанням сторін. Водночас арбітражна угода надає третейському суду всіх необхідних повноважень для вирішення спору.

Постановка завдання. Провести характеристику правовідносин з реалізації права на звернення до міжнародного комерційного арбітражу.

Ще Женевський протокол про арбітражні застереження 1923 року закріпив у ст.1 обов'язковий характер зобов'язання передання спорів на розгляд третейському суду. Пізніше, у п.1 ст.II Нью-Йоркської конвенції про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року (далі – Нью-Йоркська конвенція), було закріплено, що кожна держава – учасниця конвенції визнає письмову угоду, згідно з якою сторони зобов'язуються передати в арбітраж усі чи певні спори, які виникли чи можуть виникнути між ними у зв'язку з певними договірними чи іншими правовідносинами, об'єкти яких можуть бути предметом арбітражного розгляду.

У науковій доктрині зазначається, що специфіка арбітражної угоди полягає в тому, що вона має процесуальні наслідки [3, 37]. Для звернення в арбітраж не є достатнім лише наявність дійсної арбітражної угоди. Арбітраж є способом вирішення спорів і тому звернення до арбітражу не можливе без наявності спору сторін. Аналіз типових арбітражних застережень підтверджує, що наявність спору є передумовою для звернення в арбітраж. Так, в арбітражному застереженні, рекомендованому Міжнародним комерційним арбітражним судом при Торгово-промисловій палаті України, зазначається, що в порядку арбітражу вирішуються саме «спори, розбіжності чи вимоги, які виникають з договором».

Отже, для реалізації права на звернення до міжнародного комерційного арбітражу повинен існувати склад юридичних фактів:

- 1) наявність дійсної арбітражної угоди;
- 2) наявність спору між сторонами.

При цьому сторони можуть передбачити й необхідність наявності й інших передумов звернення до міжнародного комерційного арбітражу. Найтиповішою з таких є необхідність доарбітражного врегулювання спору. Сторони можуть передбачити проведення обов'язкових переговорів перед зверненням в арбітраж, або обов'язку передати спір на попередній розгляд медіатору, вищому керівництву сторін, експерту тощо. У деяких арбітражних угодах зазначається мінімальний проміжок часу, протягом якого повинно тривати доарбітражне врегулювання.

Якщо обидві сторони виконують арбітражну угоду, тобто погоджуються з юрисдикцією третейського суду і передають спір на його розгляд, особливих проблем, зазвичай, не виникає. Ситуація, за якої обидві сторони не погоджуються з юрисдикцією третейського суду, теж не є складною, бо тоді цей суд втрачає право розглядати спір через те, що зникає єдина правова основа цього права – воля сторін, виражена у формі арбітражної угоди [9, 49].

Проблеми постають тоді, коли одна із сторін відмовляється виконувати умови арбітражної угоди. На які засоби правового захисту може розраховувати друга сторона? Найбільш ефективним і доцільним засобом правового захисту у випадку невиконання умов арбітражної угоди є зобов'язання виконати обов'язок «у натурі» (англ. *specific performance*).

Згідно з цим принципом, не допускається одностороння відмова сторони арбітражної угоди від обов'язку передати спір в арбітраж, а в разі й відмови від цього обов'язку, сторона має право зобов'язати до виконання умови арбітражної угоди. Невиконання арбітражної угоди може полягати у відмові брати участь в арбітражному розгляді, при цьому «ігноруючи» умови арбітражної угоди і власне арбітражний розгляд (відмова від призначення арбітра, неперед'явлення доказів чи документів, які просить арбітражний суд, нез'явлення на арбітражний розгляд тощо). Сторона може вдатися до більш активних дій і заперечувати юрисдикцію (компетенцію) третейського суду на розгляд спору.

Отже, сторона, яка не має наміру виконувати умови арбітражної угоди, може діяти за однією із стратегій:

- а) «пасивною» – відмовившись від участі в арбітражному процесі (неподання документів і доказів, непризначення арбітра тощо);
- б) «активною» – оспорюючи юрисдикцію третейського суду.

Перший випадок, зазвичай, не перешкоджає продовженню арбітражного розгляду й ухваленню заочного рішення. Існує чимало способів вирішення проблеми, якщо одна із сторін уклала арбітражну угоду, проте не має наміру брати участі в арбітражному розгляді, а навпаки – відмовляється від нього. У таких випадках арбітражний розгляд продовжується, незважаючи на відмову сторони брати участь в арбітражі або відмову пред'явлення процесуальних документів чи призначення арбітра. Національне законодавство та регламенти різних арбітражних інституцій містять правові норми, які обмежують вплив тактики відмови чи затягування арбітражного розгляду іншою стороною.

Стратегія «активного» невиконання умов арбітражної угоди полягає в оспорюванні компетенції арбітражного суду. Дж. Барсело виокремлює три етапи, на кожному з яких сторона може оспорити юрисдикцію третейського суду:

- 1) в судовому порядку (до або під час арбітражного розгляду);
- 2) в межах арбітражного розгляду;
- 3) при судовому перегляді арбітражного рішення (під час процедури його оскарження чи визнання і виконання) [10].

На першому етапі має місце ситуація, коли позивач подає позов до державного суду, попри наявність арбітражної угоди. При цьому такий позов може бути поданий і під час арбітражного розгляду.

Згідно з п.3 ст.ІІ Нью-Йоркської конвенції, якщо до суду держави – учасниці Конвенції надійде позов з питання, щодо якого сторони уклали арбітражну угоду, то цей суд повинен, за клопотанням однієї із сторін, направити сторони в арбітраж, якщо він не визнає, що вказана угода є недійсною, втратила чинність чи не може бути виконаною. Якщо суд з'ясує одну з перелічених умов, то він не передає спір в арбітраж і має право вирішити спір по суті.

Під «недійсністю» зазвичай розуміється очевидний дефект волі або безумовна відсутність повноважень на представництво сторони при підписанні арбітражної угоди, під «втратою сили» – припинення дії арбітражної угоди, до цього дійсної, за волевиявленням сторін, під «невиконуваністю» – надто незрозуміле формулювання арбітражної угоди, яке не дозволяє її виконання на практиці [2, 66].

На основі згаданого положення Нью-Йоркської конвенції було сформульовано ст.8 Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговельний арбітраж 1985 року (далі – Типовий закон ЮНСІТРАЛ), якій повністю відповідає ст.8 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Водночас ця стаття конкретизує строк, упродовж якого може бути заявлене відповідне клопотання про передання спору в арбітраж: це повинна зробити інша сторона, тобто відповідач, не пізніше подання своєї першої заяви щодо суті спору.

Такий строк встановлюється і в п.1 ст.ІІ Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року (далі – Європейська конвенція), де зазначається, що відвід державного суду з невідсудності, заснований на наявності арбітражної угоди і заявлений у державному суді, у якому порушено справу однієї з сторін арбітражної угоди, має бути заявлений до чи в момент подання заперечень по суті позову.

Отож, Нью-Йоркська та Європейська конвенції, як і Типовий закон ЮНСІТРАЛ, передбачають необхідність подання стороною, яка має намір оспорити юрисдикцію суду у зв'язку з наявною арбітражною угодою, відповідної заяви/клопотання. Проте виникає проблема щодо того, чи уповноважений суд направити сторони в арбітраж *ex officio*, тобто без відповідного клопотання відповідача.

Г. Цірат зазначає, що висновок про те, що арбітражна угода є недійсною, втратила силу або не може бути виконаною, державний суд може зробити з власної ініціативи [9, 38-39].

Л. Лунц і М. Малишева дотримуються такої ж думки, наголошуючи на обов'язковості арбітражної угоди, яка, на їх думку, якраз і виражається в тому, що відповідний спір через арбітражну угоду виключається із компетенції державних судів. Якщо сторона, всупереч арбітражній угоді, звернеться з позовом до державного суду, останній за заявою зацікавленої особи (відводу, заявленому відповідачем) або *ex officio* повинен визнати себе некомпетентним розглядати цю справу [6, 215].

З викладеними міркуваннями погоджується і Ю. Притика, проте зауважує, що некомпетентність державного суду розглядати спір, стосовно якого передбачено третейський розгляд, може бути відносною – якщо потрібна заява відводу суду й абсолютною – якщо для визнання судом своєї некомпетентності досить наявності третейської угоди [8, 54].

Водночас М. Роз, аналізуючи ст.8 Типового закону ЮНСІТРАЛ, вказує, що «суд не має повноваження направляти сторони в арбітраж на власний розсуд, тобто *ex officio*» [12, 1159]. У. Хаас [11, 469], аналізуючи п.3 ст.ІІ Нью-Йоркської конвенції, дотримуються такої ж думки.

В українській судовій практиці утвердилося неоднозначне трактування можливості судів направляти *ex officio* спори в арбітраж. Суди (особливо першої інстанції) іноді не направляють спори в арбітраж, навіть попри наявність дійсної арбітражної угоди і відповідної заяви відповідача.

Судову практику з цього питання узагальнили роз'яснення Вищого господарського суду України (далі – ВГСУ), вказавши на недопустимість направлення спорів судами в арбітраж *ex officio*. Так, у Листі від 01.01.2009 ВГСУ наголошує, що за відсутності заперечення з боку сторін щодо розгляду справи саме в господарському суді, у господарського суду немає законних підстав для припинення провадження в справі на підставі п.1 ч.1 ст.80 Господарського процесуального кодексу України України. ВГСУ вказав на помилковість висновків Донецького апеляційного господарського суду в справі ТОВ «Енка» проти ТОВ «Союз 2000». У цій справі апеляційний суд направив сторони в арбітраж, незважаючи на відсутність заперечення сторін проти розгляду справи в державному суді [5, 13].

На практиці сторони часто оспорюють компетенцію арбітражу саме перед арбітражним судом. У науковій доктрині виокремлено інститут відводу третейського суду з невідсудності, який полягає в тому, що будь-яка сторона спору і, відповідно, арбітражної угоди, має право заявити відвід арбітражному суду, який прийняв цей спір до розгляду, на підставі арбітражної угоди [9, 49].

Право сторін спору заперечувати компетенцію третейського суду закріплене в міжнародно-правових актах, у національному законодавстві та регламентах більшості постійно діючих арбітражних інституцій. При цьому третейський суд, згідно з принципом «компетенції – компетенції», має право сам вирішувати питання своєї компетенції.

Принцип «компетенції – компетенції», що набув розвитку в німецькій юридичній літературі 30-40-х років минулого століття, у судовій практиці почав іменуватися *Kompetenz-Kompetenz Schiedsgerichte*. З часом він набув поширення в інших європейських державах [1, 4].

Право третейського суду на винесення постанови про власну компетенцію закріплене в ст.16 Типового закону ЮНСІТРАЛ, що повністю відповідає ст.16 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Так, ця стаття передбачає, що третейський суд може сам прийняти постанову про свою компетенцію, у тому числі стосовно будь-яких заперечень щодо наявності або дійсності арбітражної угоди. При цьому слід враховувати принцип відокремленості арбітражного застереження, зокрема, й те, що винесення третейським судом рішення про недійсність договору не тягне за собою недійсність арбітражного застереження.

З аналізу ст.16 Типового закону ЮНСІТРАЛ випливає висновок про те, що сторона може заявити заперечення проти компетенції третейського суду з таких підстав: а) відсутність арбітражної угоди; б) недійсність арбітражної угоди; в) перевищення третейським судом своїх повноважень. При цьому, з огляду на те, що в п.1 ст.16 Типового закону ЮНСІТРАЛ вживається термін «у тому числі», цей перелік не є вичерпним.

Відповідно до п.3 ст.16 Типового закону ЮНСІТРАЛ, третейський суд за наслідками розгляду відповідної заяви виносить постанову, або як питання попереднього характеру, або в рішенні щодо суті спору. При винесенні постанови як з питання попереднього характеру будь-яка

сторона може протягом 30 днів після отримання відповідного повідомлення просити компетентний орган (в Україні – відповідний загальний суд за місцезнаходженням арбітражу) «ухвалити рішення з цього питання». Таким чином передбачається можливість оскарження в державному суді попереднього рішення третейського суду про наявність компетенції. При цьому рішення відповідного державного суду стосовно заявленої скарги буде остаточним і не підлягатиме оскарженню.

Водночас сторона, проти якої винесено арбітражне рішення, може порушити питання про наявність компетенції арбітражного суду вже після винесення арбітражного рішення по суті справи в межах подання клопотання про скасування арбітражного рішення чи в межах процедури визнання і виконання арбітражного рішення.

Деякі країни, зокрема Єгипет, Індія, Оман, імплементували Типовий закон ЮНСІТРАЛ, виключивши п.3 ст.16 з питання, що стосується оскарження постанови арбітражного суду про свою компетенцію [12, 1225].

В. Попондопуло зауважує, що самостійне рішення міжнародного комерційного арбітражу з питання своєї компетенції не позбавляє сторону під час оскарження прийнятого арбітражним судом рішення можливості посилатися на відсутність в арбітражного суду компетенції для вирішення цього спору [7, 191].

З ним погоджується С. Лебедев, зауважуючи, що визнання остаточності висновків арбітрів щодо компетенції, у тому числі щодо недійсності арбітражної угоди, не може виключати перевірку цього з боку суду іноземної держави, у якій пізніше арбітражне рішення буде виконуватися [4, 26].

Сторона арбітражної угоди, яка не має наміру її виконувати через обґрунтовані підстави (наприклад, через недійсність арбітражної угоди), може оспорити юрисдикцію арбітражного суду у встановленому порядку. При цьому звернімо увагу на те, що заявивши перед арбітражним судом, що арбітражний суд не має юрисдикції, сторона не має права одночасно чи надалі вимагати в державному суді скерування сторін в арбітраж. Така вимога суперечить принципу добросовісності і може призвести до ситуації, за якої спір не зможе бути вирішеним ані в суді, ані в арбітражі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Астанина О. Значение арбитражного соглашения при определении компетенции арбитражного суда, рассматривающего спор с участием иностранных юридических лиц / О. Астанина // Право и экономика. – 2005. – № 5. – С. 3-8.
2. Карабельников Б. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. / Б. Карабельников. – [3-е изд., перераб. и доп.]. – М.: Статут, 2008. – 89 с.
3. Комаров В. Международный коммерческий арбитраж / В. Комаров. – Х.: Основа, 1995. – 189 с.
4. Лебедев С. Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон / С. Лебедев. – М., 1988. – 202 с.
5. Лист ВГСУ від 01.01.2009 «Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів» // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 2. – С. 12-14.
6. Лунц Л. Курс международного частного права: Международный гражданский процесс / Л. Лунц, М. Малишева. – М., 1976. – 290 с.
7. Международное коммерческое право: учебное пособие / [под общ. ред. В.Ф. Попондопуло]. – [2-е изд.]. – М., 2007. – 310 с.
8. Притика Ю. Підвідомчість справ третейському судові / Ю. Притика // Право України. – 2004. – №7. – С. 52-56.
9. Цірат Г. Міжнародний комерційний арбітраж: [навч. посіб.] / Г. Цірат. – К.: Істина, 2002. – 198 с.

10. Barceló. J. Who Decides the Arbitrator's Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective, 2003 [http://www.thefreelibrary.com/Who+decides+the+arbitrators'+jurisdiction%3F+Separability+and...-a0111853700].
11. Haas U. Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral awards / U. Haas // Practitioner's Handbook on International Arbitration, edited by Dr. Frank-Bernd Weigand, Verlag C.H. Beck München, 2002. – 410 p.
12. Roth M. The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration / M. Roth // Practitioner's Handbook on International Arbitration, edited by Dr. Frank-Bernd Weigand, Verlag C.H. Beck München, 2002. – 245 p.

УДК 347.44

КОНВАЛІДАЦІЯ НІКЧЕМНИХ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ, УКЛАДЕНИХ З ПОРУШЕННЯМ ОБОВ'ЯЗКОВОЇ ФОРМИ

Нижний А.В., аспірант

Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

Стаття присвячена дослідженню особливостей конвалідації нікчемних договорів, укладених з порушенням обов'язкової форми.

Ключові слова: нікчемний договір, обов'язкова форма, конвалідація, порушення.

Нижний А.В. КОНВАЛИДАЦИЯ НИЧТОЖНЫХ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ДОГОВОРОВ, ЗАКЛЮЧЕННЫХ С НАРУШЕНИЕМ ОБЯЗАТЕЛЬНОЙ ФОРМЫ / Институт государства и права им. В.М. Корецкого НАН Украины, Украина

Статья посвящена исследованию особенностей конвалідации никчемных договоров, заключенных с нарушением обязательной формы.

Ключевые слова: никчемный договор, обязательная форма, конвалідация, нарушение.

Nizhniy A.V. THE RESUMPTION OF WORTHLESS CIVIL AGREEMENTS COMPILED WITH BINDING FORM PERPETRATION / Institute of State and Law named after V.M. Koretsky of NAS of Ukraine, Ukraine

The article is dedicated to research of peculiarities of resumption of worthless agreements compiled with binding form perpetration.

Key words: worthless agreement, binding form, resumption, perpetration.

Для ефективного правового регулювання будь-яких суспільних відносин необхідним є встановлення як регулятивних, так і охоронних норм. У ролі останніх у досліджуваній сфері виступають законодавчі положення, якими визначаються наслідки порушення регулятивних норм щодо форми договору, в тому числі, у вигляді нікчемності таких договорів.

У той же час, якщо нікчемність договору є предметом багатьох наукових досліджень, то питання конвалідації («зцілення», «оздоровлення») нікчемних правочинів фактично не досліджувались як у вітчизняній, так і зарубіжній цивілістиці. Серед науковців, які детально розглядали проблеми конвалідації нікчемних правочинів, можна відзначити В.О. Кучера [1], Д.О. Тузова [2] та К.П. Татаркіну [3], окрема увага вказаному питанню приділяється також розробниками проекту Концепції удосконалення загальних положень Цивільного кодексу Російської Федерації [4].

Зауважимо, що конвалідація є невід'ємною частиною вчення про правочини та одним із елементів забезпечення стабільності всіх цивільно-правових відносин, пов'язаних з інститутом договорів, з урахуванням чого метою даної статті є дослідження особливостей конвалідації нікчемних договорів, укладених з порушенням обов'язкової форми.

Згідно з ч.1 ст.220 ЦК України [5] договір є нікчемним у разі недодержання сторонами вимоги закону про його нотаріальне посвідчення, а відповідно до змісту ч.1 ст.218 ЦК України – також