



СУДОУСТРІЙ, ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

Притика Ю.Д.,

*доцент кафедри цивільного права
юридичного факультету Київського
національного університету
імені Тараса Шевченка,
кандидат юридичних наук*

ГЕНЕЗА СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ТРЕТЕЙСЬКИХ СУДІВ У ЗАХІДНІЙ ПРАВОВІЙ ТРАДИЦІЇ

Поза сумнівами будь-яке явище або ситуацію доцільніше та ефективніше досліджувати у динаміці розвитку, а не у статичі, з метою з'ясування її сутності та глибинного підґрунтя. Це дозволяє стереоскопічно поглянути на проблематику. Окрім того це дозволяє, до певної міри, спрогнозувати (а у чому – і сформувані) майбутнє цього явища чи ситуації - спроектувати його крізь призму дійсного від минулого до майбутнього.

Це цілком стосується і механізмів альтернативного розгляду правових конфліктів. І саме погляд у минуле дозволяє сформувані обґрунтований висновок, що за альтернативними способами врегулювання конфліктів велике майбутнє.

Історичні аспекти становлення третейських судів на різних етапах досліджували такі науковці, як Ю. Барон, А. Віцин, А. Волков, С. Виногорова, Н. Заозерський, А. Волін, Р. Каллістратова. Доробок цих вчених, особливо А. Волкова та А. Віцина становить методологічне підґрунтя для дослідження питань історії третейського розгляду.

Дослідження історії третейського суду є досить актуальним з огляду на сучасні процеси становлення третейського розгляду в Україні. Країни західної традиції права пройшли складний шлях розвитку системи третейського розгляду і мають глибоку історичну спадщину. Використання досвіду інших країн створить ґрунтовну методологічну базу для розвитку третейських інституцій в Україні.

Третейський розгляд як альтернативна державному суду форма розв'язання спорів, своїм корінням занурена у далеке минуле.

Ще на давньому Сході та у Давній Греції був відомий та активно застосовувався такий спосіб врегулювання спорів та розбіжностей. Давні греки досить часто зверталися до оракулів, у тому числі до такого відомого, як дельфійський. У давньогрецькій міфології зустрічається досить показовий випадок звернення до третейського судді, коли смертна людина царевич Парис мав визначити найвродливішу із трьох богинь: Геру, Афіну чи Афродіту. Парис, як арбітр вирішив спір на користь Афродіти, за що вона допомогла Парису отримати найвродливішу жінку Давньої Еллади Єлену, що і стало згодом сигналом до початку Троянської війни.

За виникнення інституту держави володарі стали вимагати від своїх підданих звернення по розгляд конфліктів до суду державного, а не громадського. У результаті зміцнення держави та появи писаних законів почався процес поступової заміни та витіснення третейського суду. Проте така тенденція ніколи не була домінуючою. У ті історичні моменти, коли держава слабшала або коли ускладнювалось законодавство, суспільство поверталось обличчям до третейського суду.

З огляду на те, що елементи третейського вирішення спорів у тій чи іншій завуальованій, або прямій формі збереглися у міфології більшості етносів, як найдавніших пам'яток цивілізації



та соціалізації людства, то було б цілком слушно припустити, що третейський суд як соціокультурний феномен, сформувався ще у до державний період. Людство, у результаті розвитку практики співжиття, виробило даний спосіб пошуку компромісу та злагоди, що згодом (оскільки виправдало себе) узвичаїлось і набуло форми квазі-правової інституції, яка діяла на підставі норм-звичаїв, норм-табу, звичаєвих моно-норм, прото-норм. З появою та зміцненням держави, остання поступово монополізує (а іноді і узурпує) усю повноту влади, у тому числі і судової, і намагається обійняти усю сферу публічного інкорпоруєчи народні звичаї у форму писаного права, у тому числі і звичаї третейського розгляду. При цьому держава оформляє у позитивне право лише ті звичаї, які є “вигідними” для неї. Звичаї, які посягають на монополію публічної влади держава не включає у писані норми. Тому, на наш погляд, саме у цей момент і виникає дуалізм юрисдикційних інституцій – залишається народний третейський розгляд та формується система державного судового чиновництва. Адже по суті, призначені державою (уособленю монархом чи олігархами) судді є державними чиновниками. Ті самі римські претори, у сучасному розумінні були скоріш представниками виконавчої гілки влади, аніж судовою; удільні феодали самостійно творили суд у середньовіччі; королівські судді були не незалежними служителями правосуддя, звичайними королівськими чиновниками. Державний суд епохи формування та розвитку державності навряд чи був самостійною гілкою влади. По-справжньому незалежним судом залишався і залишається третейський суд, який і відображає ідею народовладдя та народу як першоджерела влади. “Суд третейський - суд братерський” стверджує стародавнє українське прислів’я¹, що є віддзеркаленням історичної мудрості народу. У епоху ренесансу, коли було переосмислено роль та значення держави, державної влади, її поділу на гілки, співвідношення суспільства та держави, автономність суспільства від держави, автономність особистості та її прав була остаточно сформульована ідея незалежності судової гілки влади. На наш погляд, було б правильним припустити, що ідея незалежності судів від виконавчої та законодавчої гілок влади була рецeпійована у теорію державного судоустрою саме із концепції третейських судів. Хоча така теза допоки що існує на рівні гіпотези, проте нижченаведений історико-правовий нарис певною мірою підтверджує паралельність існування третейської системи поряд із державною, їх переплетіння та взаємозбагачення.

Перед тим як досліджувати вітчизняну історію третейських судів, досить корисним буде звернення до визначальних аспектів регламентації організації та діяльності третейських судів у римському приватному праві.

Першим постійно діючим міжнародним третейським арбітражем у Давньому Римі був так званий суд рекуператорів. Рекуператорами (*recuperatores*) були судді, які призначалися замість звичайних суддів для судочинства по справах за участю іноземців².

Первісно усі іноземці, які проживали у Римі піддавалися суду римськими суддями. Проте коли кількість іноземців та спорів між ними а також між ними та римлянами по приватних справах почали суттєво зростати, з’явилась потреба у призначенні спеціального претора (судді) для розгляду таких категорій справ. Є підстави вважати, що таке відбулося у 507 році. Деякі автори дотримуються думки, що інститут peregrinorum претора було запроваджено ще раніше, у 482 році, після перемоги римлян над самнітами та підкорення усієї Італії³.

У юридичній літературі відсутні будь-які відомості про справи, які розглядали рекуператори, але відмічається, що претори використовували рекуператорів у тих випадках, коли справа мала

¹ Збірка українських приказок та прислів’їв: репринтне відтворення вид.1929р. – К.: Техніка, 2002 – С.54.

² Кудряшов С.М. Суд рекуператоров по римскому праву // Московский журнал международного права. – 1997. – №4. – С. 99.

³ Волков А.Ф. Биржевое право, биржевой суд и правила биржевой торговли. СПб., 1905. – С. 21.



певний суспільний інтерес і коли за тією ж причиною мала бути швидко вирішена. У обов'язки претора входило призначення рекуператора по справі відповідно до волі сторін. Рекуператором могла бути будь-яка особа – плебей, іноземець. Думка претора щодо кандидатури рекуператора формально мала бути схвалена сторонами, хоча слід зазначити, що відмова у підтримці запропонованої претором кандидатури сприймалась, як тяжка образа заподіяна державі⁴.

Сутність розгляду полягала у тому, що претор вислуховував позиції сторін по справі, признавав для них рекуператора та давав певні вказівки щодо розгляду справи. У ході судового розгляду претор доводив до відома рекуператора рішення по справі, яке потрібно постановити. Іноді це робилось доволі імперативно та чітко, а іноді рекуператорам залишалось достатньо свободи для власного розсуду по справі та свободи дій.

Рекуператорів справедливо відносили до категорії міжнародних суддів, оскільки вони розглядали спори між громадянами та іноземцями. При цьому саме рішення, як по справах іноземців з римлянами, так і по справах суто між іноземцями мало ґрунтуватись не на тлі римського *jus civile* і не іноземного законодавства країни громадянства іноземця, а на тлі *jus gentium* – єдиної системи правових норм права народів. Норми *jus gentium* створювались у ході судової практики претором для іноземців і запозичувались ним із правових систем інших народів. Кількість рекуператорів, які брали участь у справі було непарним: 3, 5, 11. Переважна більшість справ велась трьома рекуператорами в присутності 10 свідків.

Рекуператорам надавалась значна свобода судити за внутрішнім переконанням (*ex aequo et bono*). З розширенням римської території рекуператорські суди відходять за межі Італії у провінції, і до III ст. повністю зникають внаслідок зрівняння італійців та іноземців у цивільних правах, а також концентрації судової влади у руках державних чиновників.

Аналіз джерел правової романістики показує, що деякі ідеї альтернативного судочинства у Давньому Римі опосередковувались не тільки у третейському розгляді. Вони отримали своє втілення і у нормах, що регулювали розгляд спорів звичайним державним судом.

Як відомо провадження приватно-правових спорів у Давньому Римі історично поділялися на такі форми: легісакційну, формулярну та екстраординарну⁵.

Для легісакційного процесу поряд із суворим формалізмом та складною ритуальністю притаманним був його поділ на дві стадії (*in jure* та *in judicio*) та п'ять видів (“сакраментальний”, “шляхом накладання руки”, “самовправний”, “шляхом призначення судді” без сплати так званих “клятвених грошей”, “шляхом умовного призначення судді”).

Якщо перша стадія легісакційного процесу мала на меті лише з'ясування правового боку справи (наявність позову та дотримання пов'язаної з ним процедури), то друга стадія була спрямована на перевірку фактичної сторони справи та прийняття рішення призначеним магістром журі, одноосібним суддею чи обраним сторонами арбітром. Таким чином, арбітражний (третейський) розгляд виникав при обранні сторонами спору приватного судді.

Між тим, елементи третейського розгляду могли мати місце і при призначеному магістром судовому процесі. Так, у ряді випадків сторони у першій стадії легісакційного процесу просили магістрів призначити суддю без внесення “клятвених грошей” (*sakramentum* - що згодом набуло форми державного мита).

У літературі було висловлено декілька підходів щодо природи даного виду легісакційного процесу.

Згідно з однією з науковою позицією такий вид процесу застосовувався у тому випадку, коли обидві сторони не були переконані у силі своєї правової позиції і боялися втратити “клятвені

⁴ Кудряшов С.М. Вказ. праця. – С.100.

⁵ Див.: Иоффе О.С., Мусин В.А. Основы римского гражданского права. – Изд-во ЛГУ, 1974. – С.18-21.



гроші”. На думку інших вчених такі позови могли мати місце за умови, що сторони звертаються до суду як до арбітра по розбіжностях, що виникли між ними. Зазвичай така ситуація виникала, коли сторони обопільно визнають права один одного, але не можуть домовитись про їх межі.

Проблема сфери застосування такого виду легесакційного процесу ще потребує додаткових спеціальних історично-правових досліджень, проте в контексті нашої роботи хотілось би звернути увагу на наступне. Річ у тім, що вказаний вид процесу відноситься до провадження із призначеним (а не обраним, як це притаманне для третейського розгляду) суддею. Отже, суто за формальними ознаками він не може відноситись до альтернативного (третейського) провадження. Між тим, такий вид процесу не міг виникнути без згоди приватного судді бути призначеним по даній справі. А така згода поряд з іншими умовами про бажаний вид процесу була предметом попередніх домовленостей між сторонами спору та суддею по справі. Слід підкреслити, що така домовленість була необхідною умовою призначення судді магістром (а не обрання сторонами). Отже такий вид мав певні елементи альтернативного розгляду спорів, хоча за визначальними рисами не розглядається у якості третейського способу розгляду спорів.

Аналогічні “вкраплення” елементів арбітрування у державне судочинство зустрічались і у інших типах цивільного процесу, у тому числі при розгляді т.зв. “арбітражних позовів” (*actionis arbitraiae*). Зокрема, у період дії формулярного процесу допускався досить обмежений перелік випадків присудження речей у натурі – зазвичай стягувались грошові суми, що, природно, не завжди влаштовувало позивача (приміром коли мова йшла про конкретну індивідуально визначену річ). Але суддя міг стимулювати (не прямо спонукати) відповідача до передачі речі позивачу у натурі. При цьому використовувався наступний механізм: суддя до ухвалення рішення пропонував відповідачеві добровільно виконати вимогу по передачі речі, і при виконанні цього звільняв відповідача від позову. Якщо ж запропоновані суддею дії відповідач не вчиняв умисно чи з грубої необережності, то на нього покладался обов’язок сплати грошової суми розмір якої визначався “клятвеною оцінкою” позивача⁶.

Таким чином, характерною ознакою, що дозволяє класифікувати такі позови у якості арбітражних є згода відповідача на добровільну, до ухвалення офіційного судового рішення, передачу речі позивачеві.

Слід мати на увазі, що оскільки за правом Юстиніана була створена можливість присудження самої речі, категорія арбітражних позовів як таких у цей історичний проміжок зникла.

Досить детальної регламентації у приватному праві Давнього Риму набула і сама процедура третейського розгляду. Зокрема передумовою третейського розгляду був факт вчинення двох договорів. Відповідно першого договору (*compromissum*), який укладався між сторонами спору, вони зобов’язувались передати свій спір на розгляд однієї чи декількох осіб – третейських суддів (*arbitri*). За іншим договором, який укладався між сторонами та третьою особою, остання приймала на себе обов’язки третейського судді⁷.

На думку Ю.Барона, оскільки третейський суд ґрунтується на двох договорах і визначається волевиявленням сторін, які приймають участь у ньому, то його регулювання відноситься до сфери цивільного права. Проте, оскільки у питаннях судочинства на державу зазвичай покладені певні обов’язки та права, то вона не може пасивно ставитись до приватного вирішення правових спорів. Тому право підпорядковує договори про третейські суди певним правилам, що

⁶ Див.: Иоффе О.С., Мусин В.А. Вказ. праця. – С.21.

⁷ Волков А.Ф. Торговые третейские суды. – М., 1912. – С 14.



запозичені із галузі цивільного судочинства. У зв'язку із цим названий автор, підкреслює, що право компромісу відрізняється подвійним характером – є частково приватно-правовим, частково публічно-правовим⁸.

Подібні висновки Ю.Барона про співвідношення цивільно-матеріальних та цивільно-процесуальних засад у організації та діяльності третейського суду заслуговують на увагу і безперечно збагачують арсенал теорії третейського розгляду поліваріантністю підходів, проте висновок про синтез приватно-правового та публічно-правового характеру “права компромісу” потребує уточнення. Скоріше мова може йти не про приватно-правове та публічно-правове регулювання вказаних правовідносин, а про співвідношення диспозитивних та імперативних моментів у організації третейського суду та регулюванні третейського розгляду.

Що стосується договору між сторонами спору, то він у Давньому Римі зазвичай укладався сторонами шляхом неформальної угоди (*raktum*), яка забезпечувалась шляхом стимулювання до сплати неустойки. Рішення третейського суду (*arbitrium*) не набувало сили публічного судового рішення, оскільки про його виконання не подавався ані позов, ані екцепція. Таку справу можна було ще раз представити на розгляд державного суду, а до особи, яка не виконала третейське рішення застосовувалось накладання обумовленого штрафу.

У імператорську епоху, як і слід було очікувати, третейський суд поступово втрачав своє значення позаяк держава намагалася монополізувати і цей сегмент права шляхом втручання та регламентації третейського розгляду. Давньоримський юрист Павло описує випадок, коли імператор Антоній своїм указом фактично дозволив стороні, яка програла справу досягнути зміни рішення. Пізніше імператор Юстиніан встановив, що сторона, яка невдоволена рішенням третейського суду має право звернутися до державного суду по зміну такого рішення при умові сплати неустойки. Фактично це була ревізія рішень третейського суду. Також Юстиніан ввів позови про виконання третейського рішення. Проте, такий правовий механізм не зрівняв рішення третейського суду та державного, оскільки такий позов обумовлювався низкою обставин⁹.

Перш за все йшлося про визнання сторонами рішення третейського суду. Допускались різноманітні форми такого визнання – як пряме письмове визнання, так і не оспорювання його протягом десяти днів після ухвалення. Окрім того було сформульовано вимоги до самого рішення: воно мало визначити та цілковито розв'язати спір який представлено на розгляд; воно не мало спрямовуватись на щось недозволене; рішення не мало бути наочно неупередженим; рішення мало оголошуватись в присутності сторін.

Римські юристи визначили також і вимоги до процедури прийняття рішень третейськими судами. Їм належить формалізація ідеї принципу більшості при ухваленні рішення: якщо третейський суд колегіальним складом розглядає рішення, то для його ухвалення вимагається більшість голосів. За умови рівності голосів самим суддям надавалась можливість обрання додаткового третейського судді, що і забезпечувало необхідну більшість.

На наш погляд, таку ідею варто ідентифікувати, як суб-третейський суд, тому що новий суддя, вже виступає по такому колу правовідносин, як третейська особа до самих арбітрів, оскільки виносить своє рішення по відношенню до існуючи думок арбітрів.

Компроміс визнавався недійсним якщо він суперечив вимогам до правосуб'єктності суддів: арбітр не мав бути душевно хворим, глухим, німим, жінкою, особою, яка не досягла 20 років.

⁸ Барон Ю. Система римского гражданского права. Вып.1. Книга 1.Общая часть. – С.-Петербург, 1909. – С.194.

⁹ Севастьянов Г.В., Тарасов В.Н. Краткая история третейского суда // Что такое третейский суд? – СПб., 2000. – С.12.



Існували і вимоги щодо дієздатності сторін спору. Компроміс позбавлявся сили і у випадку смерті третейського судді, а також у випадку складення повноваження по хворобі чи старості. До таких самих наслідків призводило і смерть однієї із сторін, чи втрати нею глузду. Аналогічні наслідки наступали і при відхиленні однієї із сторін від компромісу внаслідок ворогування із суддею чи доведення вини судді або іншої сторони¹⁰.

Підтверджуючи договірну природу третейського розгляду римське право сформулювало принцип, за яким ніхто не міг бути зобов'язаним приймати на себе обов'язки третейського судді проти власної волі. Але при цьому гарантувалась юридична сила укладеної угоди про обрання третейського судді: якщо особа добровільно прийняла на себе договірні зобов'язання бути третейським суддею, то вона могла бути зобов'язана магістром виконувати свої обов'язки. У цьому випадку застосовувалось і штрафне спонукання. Між тим, за поважних причин допускалось складання повноважень третейського судді – в силу старості, хвороби, образи, яка заповідана судді однією із сторін.

На наш погляд, римський період для розвитку третейського судочинства є досить неоднозначним. З одного боку слід віддати шану романістиці за конкретизацію багатьох звичаєвих постулатів третейського розгляду, які були інкорпоровані римськими юристами та систематизовані у акти кодифікованого характеру. Римське право, з його абсолютизацією справедливості (але тільки для рівних) формалізувало принципи третейського розгляду, виробило категорійний апарат. Зрештою, саме у Римі думка провідних юристів вважалася джерелом права, що в багатьох випадках дозволило зберегти автономність третейського суду від його узурпації та поглинання державою. З іншого боку, історія римської державності проходила ті ж етапи, що і державна влада у будь якій країні – від зародження через утвердження і розквіт до занепаду владно-державного впливу. Посилення ролі держави до рівня тоталітаризму означало і широкомасштабний наступ на систему третейського розгляду. Декаданс влади дозволяв заповнювати вакуум альтернативними державній владі способами вирішення конфліктів.

При занепаді Римської імперії інститут третейського розгляду більш ствердився, але при цьому він спирався вже не на силу держави, а на авторитет та вплив християнської церкви. Така тенденція збереглася і після падіння Римської імперії.

Загалом, роль християнської ідеології на формування третейських інституцій на жаль у науці досліджена мало. Існують лише дослідження у частині виконання ієрархами церкви ролі третейських суддів¹¹. Християнство з його чіткою доктриною диференціації державної влади (царства земного) та Божого владного першоджерела суттєво вплинуло на становлення теорії третейського розгляду. Як відомо перші християни взагалі не визнавали проявів державної влади (на той час у їх розумінні – язичницької, поганської) і намагалися всіляко сегрегуватися від державного (поганського) впливу утворюючи свої общини, своє право та корпоративні владні інституції – “кесарю кесарево, Богові боже”. Заповідь “не судити і не судимим бути” першохристиянами розумілась не тільки як уникнення від суб'єктивних оцінок діяння інших осіб, але буквально – як уникнення від утрирування та апелювання до будь яких державних інституцій того часу (які, до речі їх жорстко переслідували). Саме це, а також ідея вищого Божого суду, і обумовила розвиток у цих доволі замкнених спільнотах власних, альтернативних державі засобів розв'язання конфліктів між членами общини. Спірні питання та їх тлумачення виносились на розсуд пасторів, пресвітерів – духовних лідерів християнських комун. Саме у

¹⁰ Барон Ю. Вказ. праця. – С.236.

¹¹ Див. Заозерский Н.А. Духовное лицо в звании третейского судьи. Св.Троице-Сергиева лавра, 1899.



цей період починає зароджуватись канонічне право, як альтернативне державному (які згодом у час домінування християнства почали інтегруватися). Тому ідея третейського суду є досить близькою християнським витокам з їх ідеями розсуду “по совісті”, рівності і справедливості незалежно від статі, раси, національності, отримує від християнства нового ідеологічного підґрунтя.

У епоху раннього середньовіччя і становлення феодальної державності роль третейського суду знову почала втрачати свого значення, позаяк абсолютизувалася роль монархічної, феодальної держави. Носієм влади визнавався лише монарх, держава та монарша особа ототожнювались, лише монархи (верховні сеньйори) могли делегувати частину владних повноважень сюзеренам, суд вершили призначені монархом чиновники (хоча формально називалися суддями), або ж самі сюзерени у межах своїх ленів (володінь), будь яка альтернатива феодальному правосуддю розглядалась як образа владі. Арбітрування допускалось лише у тих випадках, коли сам феодал погоджувався на таке, або коли він виступав стороною по справі. Навряд чи можна назвати третейським судом у класичному розумінні розсуд монарха по справі, де сторонами виступали барони, між яким виник спір, адже монарх власне і був державною владою, тому такий розгляд скоріше відноситься до адміністративного (державного) розв’язання конфліктів. Проте відомі випадки коли вельможі зверталися по розв’язання спорів до авторитетних ієрархів церкви. Таку процедуру можна віднести до третейської. Відомі випадки і звернення європейських монархів до третейських суддів для вирішення спорів шляхом компромісу, але такі прецеденти відносяться до сфери міжнародного права, де прояв природної свободи не зустрічає таких перепон, які воно знаходить у приватному цивільному праві.

Але у містах, які у певних випадках мали певні привілеї щодо розвитку самоврядності формувалась новий прошарок людей, які не бажали виносити свої міжособисті конфлікти на суд феодальної влади, подекуди це було і дорого (адже феодали не забували про власний інтерес при вирішенні конфліктів) і не завжди ефективно (виходячи із своєрідного розуміння феодальної справедливості) і не відповідало корпоративному духу, солідарності, збереженню корпоративної таємниці.

Із зростанням торгівельних зв’язків, мореплавства зростало і прагнення до свободи, особистої рівності у можливостях. Ренесанс став і ренесансом для третейського розгляду. Перемога ідей гуманізму, рівності та свободи створили необхідне підґрунтя для розвитку третейських судів. Ця епоха стала періодом переосмислення третейського розгляду, відкидання догматизму та зайвої формалізації.

З відкриттям нового світу змінився темп життя та уклад побуту у Європі. Змінилась економічна ситуація, прискорилась ділова активність, що і потребувало відповідних змін у юрисдикційній системі.

Класичним прикладом відродження третейських судів того часу були тимчасові суди, які створювались під час ярмарок, куди приїздили купці з різних країн з різними правовими системами. Судочинство у сфері торгових відносин того часу складалося з: судів ринків та ярмарків, судів купецьких та ремісничих гільдій, міських судів¹².

Особливого значення набували правила торгівельного обороту, діловий етикет, традиції торгівлі, застосування таких квазі-норм права потребувало не стільки догматичних юридичних знань, скільки специфіки справи, врахування особливостей відносин, що також лягло у підґрунтя третейського розгляду.

Суди ринків та ярмарків були не професійними, судді обиралися купцями із свого середовища – найбільш авторитетні та розсудливі особи із бездоганною репутацією.

¹² Харитонова О.І., Харитонов О.Є. Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції . – Харків. Одіссей, 2002. – С.367.



Суд гільдії також був непрофесійним. Суддею виступав голова гільдії чи його представник, який обирав двох-трьох авторитетних членів гільдії як засідателів у торгових справах. Іноді разом із засідателями у розгляді справи приймав участь і професійний казуїст-юрист. Юридичні формальності часто забезпечували професійні нотаріуси, які виступали, як секретарі суду.

Міські торгові суди теж часто склалися з купців, обраних своїми колегами. Міланський закон 1154 р. узаконив обрання “консулів купців” для участі в розгляді торгових справ, і ця система консульських судів набула поширення у багатьох містах Італії¹³. Вона дозволяла іноземним купцям обирати суддів зі своїх співвітчизників. Суди торгових консулів у містах-республіках Північної Італії поступово поширили свою юрисдикцію на всі торгові справи в місті. Інші міста Європи сприйняли італійський інститут торгового консула або ж створили аналогічні інститути для розгляду торгових справ купецькими суддями. У деяких країнах королі встановили свою владу над купецькими гільдіями, міськими ринками і ярмарками, але навіть тоді торгове право практично застосовували судді-купці.

З часом у різних регіонах Європи з’явилися й інші типи торгових судів. Так, в Англії, Уельсі та Ірландії судові справи за участю чужоземного купця й англійця потребували змішаного журі, складеного наполовину з іноземців і наполовину з англійських підданих. У портових містах торгові спори розглядав морський суд, що мав юрисдикцію у торгових і морських справах, пов’язаних з перевезенням товарів морем. Ці суди, що називалися «адміралтейськими», засідали на березі “від припливу до припливу”¹³.

У всіх торгових судах процедура вирізнялася швидкістю і неформальністю: у ярмаркових судах рішення мало бути винесене, “коли ноги купців ще були в пилюці”, у морських судах “від припливу до припливу”, а в міських і гільдійських судах “з одного дня на інший”. Як правило, заборонялися апеляції. Професійні юристи були, як правило, виключені з цього процесу, а технічна юридична аргументація викликала невдоволення. Суд мав керуватися справедливістю “коли кожний буде прийнятий і розповість про справу... і скаже, що зможе” на свій захист¹⁴. Ці особливості відрізняли торгове право від формалістичної процедури міських і королівських судів, а також від письмової процедури канонічного права в ординарних випадках.

Процедура торгових судів схожа на сумарну процедуру церковних судів, дозволена папською буллою 1306 р., яка передбачала передачу справ церковним суддям з інструкцією, щоб процедура була “простою і ясною та без формальних аргументів і урочистих правил ординарної процедури”: судді не слід вимагати письмової скарги; він може розглядати справу навіть у канікули, має відкидати апеляції, які можуть затягти справу, а також «лемент» адвокатів, сторін і зайвих свідків¹⁵. Суддя мав “допитати сторони або за їхньою вимогою, або зі своєї власної ініціативи, де цього вимагає право справедливості”. Ця декреталія проникла у італійські статuti, якими засновувалися торгові суди. Вона також вплинула на німецькі, французькі та англійські торгові і морські суди.

У портових містах Італії для врегулювання торгівельних спорів у середньовіччі існував особливий вид публічних третейських суддів, які відомі під різними іменами: *consules maris*, *consules mercatorum*, *conservatori de mercanti* і т.п.¹⁶. Такі третейські судді набували публічної судової влади з дозволу іноземного володаря, на території якого вони обирались із середовища співвітчизників, які тимчасово там перебували або таких які оселилися. Такі судді обирались не

¹³ Харитонова О.І., Харитонов О.Є. Вказ. праця. – С.368.

¹⁴ Там само. С.368.

¹⁵ Там само. С. 369.

¹⁶ Волков А.Ф. Торговые третейские суды. – М., 1912. – С.18.



ad hoc, а на певний термін (як правило річний) і від справжніх третейських суддів відрізнялися такою своєю постійністю.

Перший класичний комерційний суд було створено у Парижі у середині XVI ст.¹⁷ Ініціювали створення такого суду самі купці, які наріжним каменем створення такого суду визнали: швидкість розгляду, не пов'язаність розгляду із тонкощами королівських законів та указів. Судді цього суду обирались купцями, третьою верствою і не вважались державними чиновниками.

Апофеозом ідей гуманізму та лібералізму стала Велика французька революція, що пройшла під гаслами свободи, рівності, братерства. Не даремно Національні збори Франції прийняло документ, який став квінтесенцією нових поглядів на третейський розгляд – було прийнято декрет, в якому стверджувалось, що “третейський суд є найбільш раціональний засіб припинення спорів між громадянами /.../ якщо виникають будь-які спори між чоловіком та дружиною, батьком та сином, дідом та онуком, братами та сестрами, племінниками та дядьками, чи свояками того ж ступеню, чи між підопічними та піклувальниками з питань, що стосуються піклування, то сторони зобов'язані обрати родичів або, за відсутності таких, друзів чи сусідів у якості третейських суддів, перед якими вони викладуть свої спори, і які, вислухавши їх та отримавши необхідні відомості, винесуть мотивоване рішення”¹⁸.

Звичайно, з юридичної точки зору така концепція є революційною гіперболізацією та перебільшенням ролі третейського суду. Такий перекіс створив ситуацію, за якої третейський суд обійняв не властиве йому місце. Суспільство у ході своєї історії виробило такий унікальний механізм співжиття, як держава з її судовою системою і не готове у осяжному майбутньому відмовитись від неї. Розумна діалектика публічної сфери і приватно-правової автономії особистості призводить до висновку про можливість співіснування третейських судів та державних судів у межах однієї політико-правової системи, які взаємодоповнюють одне з одним і не складають конкуренції. Будь-яка постановка питання про конкуренцію таких систем є некоректною по суті. Є специфічне відосблене коло правовідносин, де з точки зору ефективності, реальності, дієвості захисту суб'єктивних прав більш доцільно застосовувати третейські процедури; існує сфера виключної пріоритетності держави (національна безпека, суспільні інтереси, тощо) де третейський розгляд не може бути застосованим з самої своєї природи. Такий тверезий науковий підхід усуває будь-які питання про конкуренцію предметної підвідомчості справ. По мірі того, як певні явища потрапляють у сферу приватно-правової автономії, вони можуть ставати предметом третейського розгляду і на них доцільно розповсюджувати компетенцію третейського розгляду, що є невід'ємним правом сторін, які укладають арбітражну угоду. Проте Французька революція “разом з водою виплеснула і немовля”. Але є і позитивні моменти у даному Декреті. Зрештою ідея третейського розгляду була загострена, поставлена на порядок денний, стала загально значимою. Вона вийшла за межі кабінетних дискусій професійних юристів, стала елементом загальної юридичної культури громадян та їх правосвідомості. Широкому загалу було продемонстровано (хоча і в дещо перверзній формі) їх можливості у захисті свої прав, молода влада нового мислення продемонструвала готовність визнавати та співпрацювати з третейським судом. Після цієї епохи третейський суд вже не буде знаходитись на грані відмирання (окрім як у тоталітарних державах).

¹⁷ Севастьянов Г.В., Тарасов В.Н. Вказ. праця. – С.15.

¹⁸ Волков А.Ф. Биржевое право, биржевой суд и правила биржевой торговли. – СПб., 1905. – С.38.



Про шкоду, яку заподіяно ідеї третейського розгляду некоректними законодавчими ініціативами у Франції красномовно свідчить та обставина, що третейські суди у цій країні були відсутні як такі майже сто років і відродились лише у 1884р., що є досить незбагненим для країни взірцевого Цивільного кодексу (1804р.) Наслідком цього стало майже повне призупинення третейського розгляду у всіх країнах Європи того часу. Але, по-перше, це була зворотна реакція на революційний поспіх; по-друге, сто років на фоні тисячорічної історії Риму, чи десятих сторіч феодального середньовіччя протягом яких ідея третейського розгляду все ж таки не була остаточно відкинута, не є визначальним часом.

В цілому, слід зробити логічний висновок про те, що не зважаючи на досить тривалий термін та намагання скопіювати ідею третейського розгляду під державно-чиновницькі потреби Давнього Риму, чи феодально-монархічні уявлення про верховенство влади у середньовіччі дана концепція виявилась спроможною “пережити” усі злети та падіння. Вочевидь, що така перевірка часом обумовлена самою демократичною природою третейського суду, його диспозитивними засадами, ефективністю використання у якості способу захисту суб’єктивних прав, її перевіреністю на практиці та виправданістю з теоретичної точки зору.

Стаття рекомендована до друку кафедрою цивільно-правових дисциплін Хмельницького інституту регіонального управління та права (протокол № 9 від 22.05.2003 року).

