



СУДОУСТРІЙ, ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

Притика Ю.Д.,

*докторант Київського національного
університету імені Тараса Шевченка,
кандидат юридичних наук*

ЗАКОНОДАВЧІ ПЕРСПЕКТИВИ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ЗДІЙСНЕННЯ ТРЕТЕЙСЬКОГО РОЗГЛЯДУ В УКРАЇНІ

Розвиток економічної системи, яка будується на принципово нових засадах свободи волевиявлення та здійснення підприємницької діяльності відповідно до власних інтересів обумовлює необхідність побудови для такого макроекономічного базису відповідної правової надбудови, яка б адекватно відображала, закріплювала та гарантувала реалізацію прав та свобод вільного обрання сфери та напряму підприємницької діяльності, що передбачає суттєве розширення меж приватного права, розвиток громадянського суспільства, переосмислення нової ролі та місця цивільно-правового регулювання суспільних відносин. Така мотивація, що закладена у підґрунтя сучасного соціально-економічного устрою суспільства, детермінує необхідність визнання права на вільний вибір способів за допомогою яких суб'єкти правовідносин можуть цивілізовано вирішувати правові конфлікти, які виникають у їх взаєминах. Тим паче, що Конституція України віддзеркалює таке абсолютне та невід'ємне право закріплюючи у ч.5 ст.55 гарантовану можливість кожного будь-якими не забороненими законом способами захищати свої права і свободи.

Найбільш наочним прикладом реалізації права на альтернативні способи захисту, яке будується на приватно-правовій автономії особистості та принципах самоорганізації соціальних спільнот на протязі багатьох сторіч є третейський розгляд. Цей важливий елемент саморегулювання соціуму у різноманітних сферах життєдіяльності (і перш за все у підприємницькій сфері) видається невід'ємним атрибутом ефективно функціонуючого механізму правопорядку, свідчить про високий рівень правосвідомості населення у правовій державі, про наявність злагоди у суспільстві і забезпеченість справедливості та демократії. Небезпідставним буде твердження про те, що наявність розгалуженої системи третейського розгляду є одним із індикаторів, що свідчить про ефективне функціонування правової системи у державі та демократичного політико-правового устрою. Адже саме це є одним із дієвих способів забезпечення повноти приватно-правової автономії особи. У такому випадку держава не монополізує право на верховну справедливість, не втручається у сферу приватно-правової саморегуляції суспільства (тут доречно згадати відому концепцію держави як "нічного сторожа"). Не дарма найбільш розвинені третейські інституції отримали своє поширення саме у країнах сталого демократії і високого рівня правосвідомості населення. Так, третейський розгляд не може собою ані підмінити ані виконати роль державної юрисдикції. Подібна постановка проблеми некоректна вже у самій сутності. Третейський суд займає у суспільстві своє конкретне місце і відіграє свою роль виконуючи притаманні лише йому функції і отримати свого розвитку третейський розгляд може лише у країнах із збалансованими пропорціями приватно-правового



та публічно-правового регулювання, у країнах у правових системах котрих не абсолютизується тоталітаристське розуміння публічно-правового сегменту. Відтак, переваги третейського розгляду є наочними: це і можливість обрання арбітрів, спрощена, але розумно достатня процедура, стислість строків розгляду, конфіденційність, остаточність рішень, тощо. Що і обумовлює той факт, що більшість спорів у галузі підприємництва у таких країнах розглядаються саме у альтернативних інституціях розв'язання спорів.

Наразі можна констатувати, що Україна у поступі свого розвитку підійшла до тієї межі, що сама практика господарювання обумовлює доцільність широкомасштабного впровадження альтернативних способів вирішення спорів. В Україні відносно достатньою мірою розвинена сучасна законодавча база; наявне широке коло суб'єктів підприємницької діяльності, які у практиці свого господарювання так чи інакше опиняються у ситуаціях правових конфліктів і потребують швидкого, справедливого, ефективного, конфіденційного розв'язання спорів; очевидним є і факт того, що господарські суди України перевантажені справами, які могли б бути розглянутими у альтернативний спосіб; Україна претендує суттєво розширювати сферу своєї зовнішньоекономічної діяльності, вступати у низку європейських та світових організацій співпраці адаптуючи національну правову систему відповідно до загальноєвропейських стандартів. Тобто є усі передумови щодо якнайшвидшого ініціювання процесів впровадження третейського судочинства, створені сприятливі умови для їх утворення та розвитку.

З огляду на вищенаведене вчасною та нагальною була розробка та ініціювання групою фахівців Законопроекту "Про третейські суди (арбітраж)", який було внесено на розгляд народним депутатом А.К. Кінахом 27.12.2000р. (далі – Законопроект), який консолідував та інтегрував у собі прагнення до запровадження третейського судочинства в Україні, узагальнив фрагментарно існуючу третейську практику в Україні, врахував найкращий зарубіжний та світовий досвід, третейські традиції, які існували на теренах України у минулі часи, синтезував наукові доробки провідних вчених-юристів, які досліджують проблематику третейського розгляду.

Даний Законопроект є новою віхою у розвитку третейського судочинства в Україні, створює законодавчі засади для утворення та діяльності третейських судів (арбітражів) в Україні та встановлює обов'язкові для дотримання і застосування третейськими судами вимоги для третейського розгляду. Значення такого законопроекту для правової системи України важко переоцінити. Даний законопроект може стати органічною складовою новітнього законодавства, яке прискорює правову реформу в Україні. Прийняття такого Законопроекту стимулювало бурхливий розвиток третейського судочинства, яке б отримало ґрунтовну та зважену законодавчу базу. Зрештою втратить силу Додаток № 2 ЦПК України та Положення про третейські суди для розгляду господарських спорів між об'єднаннями, підприємствами, організаціями та установами, затверджене Постановою Держарбітражу при Раді Міністрів СРСР від 30.12.1975р. № 121, які в свій час відіграли значну та прогресивну роль у формуванні третейських інституцій, але наразі вже є анахронізмом та рудиментом радянського судочинства та не віддзеркалюють ані потреб практики господарювання, ані сучасних прогресивних теоретичних розробок у цій частині. Система альтернативних засобів вирішення спорів потребує легального правового підґрунтя на рівні закону, який би розгорнуто відповідав сучасним потребам спеціальної законодавчої регламентації, на кшталт запропонованого Законопроекту.

Слід визнати, що запропонований Законопроект в цілому характеризується досить високим юридично-технічним рівнем, а за змістом відноситься до найкращих взірців вітчизняної законотворчості. У ньому вдало поєднуються як правила організації діяльності третейських судів, так і процедурно-процесуальні норми, що безпосередньо врегульовують процедуру третейського розгляду та виконання прийнятих третейськими судами рішень. Разом з тим досить



схвальною є позиція розробників Законопроекту щодо інтегрованої диференціації даного Законопроекту та відправлення третейського розгляду у формі міжнародного комерційного арбітражу. Схвальним є підхід, викладений у ст. 11 Законопроекту, відповідно до якої міжнародний арбітраж може здійснюватись постійно діючими третейськими судами, заснованими відповідно до даного Законопроекту; при здійсненні міжнародного арбітражу третейські суди керуються вимогами даного Законопроекту та Законом України “Про міжнародний комерційний арбітраж”. Таким чином, запропонована досить логічна, виважена позиція – даний Законопроект та Закон України “Про міжнародний комерційний арбітраж” від 24 лютого 1994р. співвідносяться як загальна та спеціальна норми. На наш погляд, така позиція є більш послідовною, аніж підхід, який впроваджено у Російській Федерації, де 24 липня 2002р. було прийнято Федеральний Закон “Про третейські суди у Російській Федерації” відповідно до п.3 ст. 1 якого даний Федеральний Закон не розповсюджується на міжнародний комерційний арбітраж. Вважаємо, що такий підхід вносить штучний розрив між національною третейською процедурою та міжнародним арбітражем. Адже при усій специфіці та відмінностях, які існують між національними третейськими процедурами та міжнародним комерційним арбітражем дані інституції генетично пов’язані, мають спільну методологічну основу і будуються на спільних принципах і відрізняються лише характером спорів, які передаються на їх розгляд (наявність іноземного елементу). Бланкетна вказівка у ст.11 Законопроекту дозволяє застосовувати спеціальну норму Закону України “Про міжнародний комерційний арбітраж” і таким чином підкреслюється тотожність природи таких судів.

Структура Законопроекту є послідовною і обґрунтованою. Він складається з дев’яти розділів та 58 статей і вміщує норми, які стосуються як порядку організації третейських судів так і процедури розгляду спорів та виконання рішень. Окремий розділ (VII) присвячується третейському самоврядуванню, що є додатковою гарантією незалежності, неупередженості арбітрів і спрямоване на координацію діяльності судів, захисту інтересів третейських судів та суддів. Законопроект пропонує у якості вищого органу третейського самоврядування визнати Всеукраїнський з’їзд (конференцію) третейських суддів. Поточне забезпечення суддівського самоврядування має здійснювати Третейська Палата України.

Законопроект однозначно визначає коло суб’єктів, які наділені правосуб’єктністю звернення у третейські суди – фактично всі фізичні та юридичні особи, які є позивачами та відповідачами. У цьому виявляється високий ступінь демократизму цього законопроекту і спрямованість на утвердження принципів приватного права – права рівних і справедливих.

У Законопроекті чітко відслідковується тенденція, спрямована на посилення правового регулювання діяльності третейських судів аналогічно до діяльності державних судів, які у Законопроекті називаються “компетентними судами”. З одного боку, це покладає на третейські суди здійснення додаткових формальних процедур, з іншого – надає статусу третейського суду більшої вагомості у правосвідомості громадськості.

Між тим, при всій позитивній спрямованості даного Законопроекту, як і будь-яка новаторська ідея, що не пройшла достатньо тривалої життєвої апробації даний закон не позбавлений певних аспектів дискусійного характеру, що ґрунтуються на суб’єктивному науковому баченні тієї чи іншої проблематики.

Перш за все звернемо увагу на саме визначення ролі та місця третейських судів в національній правовій системі. Законопроект у ст.2 дає визначення третейського суду (арбітражу) наступним чином – це недержавний незалежний орган, що утворюється за згодою зацікавлених фізичних та/або юридичних осіб, що визначені цим Законопроектом для вирішення майнових і особистих немайнових спорів про право. Науці цивільного права відомі принаймні чотири



підходи до визначення природи третейських судів, кожний з яких має низку вагомих і сумнівних аргументів. Проте все ж таки визначення третейського суду як недержавного незалежного органу, як це запропоновано у законопроекті, абсолютно не вносить ясності у проблему правосуб'єктності та статусу третейського суду. Адже орган для вирішення спорів це власне і є суд! Одразу виникає формальне запитання, а що то таке орган?¹ А це в свою чергу призводить до зайвих дискусій і не вносить ясності і у так доволі полемічне становище третейських судів. Правознавству відомі дефініції – “орган державної влади”, “орган управління”, “орган самоврядування”, жодне з яких не характеризує становища третейських судів. Зрозуміло, що третейський суд є специфічним органом, можна сказати, що це своєрідний приватно-правовий феномен, що відображає приватно-правову автономію і віддзеркалює верховного носія влади – народ, та його природні права щодо самоорганізації, самоуправління, самостійного диспозитивного визначення способів захисту своїх прав.

Так чому б не піти більш простим шляхом, який дозволить уникати у подальшому зайвої та нездорової конкуренції у цій сфері. Більш компромісним видається формулювання Російського Федерального закону від 21 червня 2002р. “Про третейські суди у Російській Федерації”: “третейський суд – постійно діючий третейський суд або третейський суд, утворений сторонами для вирішення конкретного спору”. Тобто парадигма визначення зводиться до наступного – третейський суд, це перш за все суд. Таким чином усунена зайва ланка, що заважає правосприйняттю даної інституції.

Також небезспірним нам видається підхід щодо принципів організації та діяльності третейського суду. Не будучи жорстко зв'язаним певними процесуальними переобтяженнями (порівняно із державною юрисдикцією) для третейського суду, як ніякого іншого органу розгляду правових конфліктів, винятково важливим є дотримання принципів права, які відображають дух права, верховенство права, глибинну екзистенцію права. Недоліком, на наш погляд, є те, що не розкрито у законопроекті зміст кожного з принципів, враховуючи яку виключну важливість становить чітка, стала, гармонійна та зважена система принципів для третейського розгляду не зв'язаного прямими процесуальними вказівками процедури розгляду. Текстуальна формалізація змісту кожного з принципів могла б сприяти би більш чіткому праворозумінню та правосприйняттю у цій сфері, як з боку третейських арбітрів, так і сторін та учасників третейського розгляду. На жаль ст. 4 Законопроекту лише дає перелік принципів. Видається більш доцільним сформулювати систему принципів у вигляді окремих статей щодо кожного принципу із розкриттям конкретного змісту таких принципів.

Відкритим залишається питання про правосуб'єктність третейських суддів. Ст. 18 Законопроекту встановлює, що третейським суддею може бути призначена (обрана) особа, яка прямо чи опосередковано не зацікавлена в результаті вирішення спору, а також має визнані сторонами знання, досвід та якості, необхідні для вирішення спору. А ч.4 ст.16 Законопроекту визначає, що для обрання (призначення) третейських суддів необхідна їхня згода. Між тим Законопроект не визначає, яким чином має фіксуватися подібна згода, а також відсутня вказівка на те, хто і в якому порядку має посвідчити таку згоду. Якщо мова йде про кандидатуру із рекомендаційного списку третейських суддів інституційного третейського суду, то незрозумілим залишається питання про те, чи ототожнювати факт дачі згоди на включення у рекомендаційний

¹ Орган (від гр. – зняряддя, інструмент) – установа, організація, що виконує певні управлінські функції (див. Словник іншомовних слів. За ред. О.С. Мельничука, Головна редакція УРЕ, К., 1977, С.484). За суб'єктивним складом управління може бути державним, громадським та самоврядним, а з текстологічної точки зору розгляд спорів третейськими судами ми можемо віднести до управлінських функцій самоорганізації соціуму.



список із автоматичною згодою на провадження по кожній конкретній справі. Або ж арбітр інституційного суду має кожного разу, як і кандидат у третейські судді третейського суду *ad hoc* давати згоду по кожній справі?² Вочевидь, що відповідь на це питання міститься у самій природі правовідносин виконання функцій третейського судді. Якщо визнати виконання функцій третейського судді трудовими відносинами, то звичайно ж виконання трудових функцій по кожній конкретній справі не вимагатиме кожного разу дачі окремої згоди. Але трудові відносини виникають на підставі такого юридичного факту, як укладання трудового договору, а ототожнення включення до рекомендаційного списку до факту вступу у трудові відносини є більше ніж сумнівним. Якщо погодитись із думкою про те, що виконання функцій третейського судді носять цивілістичний характер (аналогічно підряду на виконання певних робіт), то і як у будь якій цивільній угоді необхідне досягнення згоди сторін на її укладання. При цьому виникає правомірне запитання, що вважати моментом укладання угоди – включення до рекомендаційного списку, чи дача згоди на провадження по конкретній справі? І яка природа включення до рекомендаційного списку – чи це факт виникнення договірних відносин, чи можливо його природа подібна до попереднього протоколу про наміри? Відповідь на такі запитання бажано було б зафіксувати у Законопроекті. Доцільно доповнити Законопроект статтею на кшталт “Статус третейського судді”, де однозначно відповісти на такі запитання, що одночасно вирішить цілу низку проблем, і зокрема щодо юридичної природи гонорарів третейських суддів – чи ця форма доходу громадянина є його заробітною платою, чи винагородою за надання договірних послуг (від цього у кінцевому рахунку залежатиме форма оподаткування таких доходів громадян-третейських суддів).

Доцільною також є і більш детальна фіксація правового положення представників сторін у третейському розгляді. Законопроект у цій частині є занадто лаконічним – у ст.34 зазначається, що “Учасниками третейського розгляду є сторони та їх представники”. Будь яких додаткових приписів, які б суттєво впливали на визначення статусу представника у третейському розгляді у законопроекті не міститься. Питання представництва у третейському розгляді доцільно було б регламентувати вже тому, що будь яких загальних законодавчих актів, які стосуються судового представництва не існує³. Звичайно, що на практиці при цьому можна використовувати аналогію із цивільно-процесуальним чи господарсько-процесуальним законодавством, але тоді нівелюється мета Законопроекту як спеціальної норми права. Можна залишити цю проблему на вирішення локального нормативного регулювання – Регламентів третейських судів, але регламенти мають базуватись на певних загальних законодавчих засадах, що знову ж таки повертає нас до думки про доцільність спеціального визначення положення представників у третейському розгляді; ст.9 Законопроекту “Статут, Положення та Регламент третейського суду” є загальною і не зобов’язує організаторів третейських судів встановлювати у локальних нормах положення щодо статусу представників.

Досить небезпечною у майбутньому видається сформульована у ч.4 ст.50 Законопроекту підстава для скасування рішення третейського суду державним судом (компетентним судом) – “невідповідність рішення третейського суду публічному порядку України”. У російському аналогу ця теза сформульована як “порушення визначальних принципів російського права” (п.2 ст.42 Федерального Закону). Провідні російські вчені-цивілісти називають таку норму

² Подібні питання притаманні також і третейській практиці Російської Федерації і виникли вони вже після прийняття відповідного федерального закону, тому Україна має чудову нагоду використавши чужий досвід усунути таку прогалину. Див. Зайцев А.И. Возможно ли выполнить на практике нормативные требования к третейским судьям // Третейский суд. – 2002. – № 5-6. – С. 109–115.

³ Див. Немчинов Н.В. Адвокат как представитель в третейском суде по рассмотрению экономических споров //Третейский суд. – 2002. – №5-6. – С.116–126.



“каучуковою”⁴, що справедливо і для вітчизняного Законопроекту. Фактично під порушення публічного порядку можна підвести будь-які заперечення законності рішення третейського суду, і тлумачення даної норми цілковито залежатиме від правосвідомості інтерпретаторів цього положення. Що таке публічний порядок законодавство України у своїх нормах не формалізує. Лише шляхом складного доктринального тлумачення принципу публічності у цивільному процесі можна з’ясувати певні аспекти публічного порядку. Виступаючи у якості конституційного принципу публічність закріплена у ч. 2 статті 3, ч. 2 статті 6, ч. 2 статті 19, п. 2 статті 121, статтях 124 і 129 Конституції України. Відповідно до ч. 2 статті 3 Конституції права та свободи людини, їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження та забезпечення прав та свобод людини є головним обов’язком держави. Власне до цього і зводиться публічність у загальноправовому розумінні. Органи влади здійснюють свої повноваження відповідно до меж встановлених Конституцією і відповідно до законів України (ч. 2 статті 6 Конституції).

Якщо звернутися до етимології терміну “публічність”, то ми побачимо, що в його основі лежить слово “публічний”, утворене від латинського “publicus” – суспільний, яке має два значення: 1) відкритий, гласний і 2) суспільний, не приватний⁵. Саме у другому значенні, хоч і з певною умовністю, вживається вказаний термін у процесуалістиці.

Звідси вбачається те, що органи держави здійснюють свою діяльність у загальнонародних та загальнодержавних інтересах, на захист прав та охоронюваних інтересів громадян, тобто їх процесуальне становище неодмінно має характеризуватися публічністю. Наскільки таке тлумачення публічності справедливе для третейського розгляду ще є питанням спеціального конкретно-наукового дослідження кристалізація якого відбудеться в умовах практичного застосування ч.4 ст.50 Законопроекту. Третейський суд як найбільш давня форма здійснення правосуддя утворився ще у додержавний період, іншою мовою третейський суд утворився і успішно діяв вже тоді, коли публічно-правові відносини, які притаманні державі і реалізуються через систему державних установ, ще тільки починали зароджуватись. У подальшому, держава усвідомивши ефективність третейських механізмів розповсюдила публічний порядок їх визнання⁶.

Потребує додаткового дослідження і питання про позитивістський характер рішень третейського суду. Ст.45 Законопроекту у якості обов’язкового елементу рішення третейського суду визначає посилання на норми законодавства, якими керувався третейський суд при прийнятті рішення. Проте це питання остаточно у науці ще не розв’язане. Приміром, існують світові тенденції конвергенції континентальної та англосаксонської правових систем відповідно до яких законодавство про третейські суди Німеччини та Франції не зв’язує третейські суди обов’язком посилання на норми позитивного права, надаючи можливість вирішувати справи “по-справедливості”⁷. Обмеженням є лише визначений розмір ціни позову, вище за якого необхідне обов’язкове обґрунтування третейського рішення нормою законодавства. Така ідея викликає науковий інтерес і прийнятна і для нашого законопроекту.

Прийняття законопроекту “Про третейські суди (арбітраж)” стане новою віхою правової реформи в Україні. Але цьому має передувати копітка юридично-технічна робота. Насамперед

⁴ Суханов Е.А. Новый закон о третейских судах //Третейский суд. – 2002. – №2-4. – С.10.

⁵ Словарь иностранных слов. – М.: Рус. яз., 1984. – 608 с.

⁶ Афанасьев С.Ф., Зайцев А.И. Спорные вопросы предметной подведомственности третейских судов // Третейский суд. – 2000. – №5. – С.23.

⁷ Кандыбка А.И. Каким быть третейскому суду // Третейский суд. – 2000. – №2. – С.22.



системне узгодження цього законопроекту з цивільним, господарським, цивільно-процесуальним, господарсько-процесуальним кодексами. Попередній аналіз показує нагальну потребу текстуального та змістовного узгодження між собою цих актів. Окрему увагу необхідно приділити узгодженню системи третейського судочинства із Законом України “Про судоустрій України”. Доцільним видається також і узгодження законопроекту із кримінально-процесуальним законодавством у частині отримання органами попереднього слідства відомостей та інформації від третейського судді, якими він володіє у зв’язку із третейським розглядом. Положення ст.32 законопроекту є занадто загальним, формулювання “...крім випадків передбачених законами України” може у майбутньому нівелювати принцип конфіденційності, як основної засади третейського розгляду.

Безперечно, що законопроект ще потребує доопрацювання, проте в цілому є усі підстави для його якнайшвидшого ініціювання і прийняття. Третейські суди за допомогою нового Закону стануть повноцінним елементом правової системи, активно сприятимуть розвитку ринкової економіки і захисту суб’єктивних прав, а практика застосування цього закону створить передумови для його удосконалення та більш глибокого розкриття значення та природи третейського розгляду.

