

3. Про міжнародне приватне право: Закон України // Відомості Верховної Ради України, 2005 р. № 32. Ст. 422.
4. Международное частное право: учебник. Москва: Междунар. отношения, 2006. 696 с.
5. Борискова И. В. Понятие и виды юрисдикции по российскому праву. URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-i-vidy-yurisdiktsii-po-rossiyskomu-pravu> (дата звернення: 12.01.2017).
6. Jonh Wilson. Carriage goods by sea. 2010. 541 p.
7. Rozehnalova Nadezda, Drickova Klara et. al. Czech private international law. 1st edition. Brno: Masaryk University, 2015. 331 stran.

### **Mykyta I. The concept of jurisdiction in private international law**

*The article partially covers definition of jurisdiction in the international private law and as the example shows experience of Czech Republic how as state member of European Union.*

**Keywords:** jurisdiction, international civil procedure, private international Law, convention.

## **ЗВЕРНЕННЯ В АРБІТРАЖ ЯК СУБ'ЄКТИВНЕ ПРАВО**

**Нагнибіда В. І.,**

*кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*У статті розглядаються окремі теоретико-правові аспекти права особи на захист в порядку звернення до міжнародного комерційного арбітражу. Аналізуються складові права особи на захист. Пропонується авторське бачення щодо елементів суб'єктивного права на захист, передумов та підстав реалізації суб'єктивного (персоніфікованого) права особи на захист.*

**Ключові слова:** арбітраж, право на захист, арбітрабельність, спір, розбіжність, вимога.

Інститут вирішення спорів в порядку міжнародного комерційного арбітражу останнім часом набув надзвичайного поширення. З'являються нові арбітражні установи, вдосконалюються процедури вирішення спорів, запроваджуються сучасні гнучкі форми вирішення спорів через застосування онлайн інструментів тощо. Арбітраж дійсно став сучасною ефективною формою вирішення спорів, яка динамічно розвивається та пристосовується до нових викликів та реальних потреб учасників міжнародного економічного обороту.

Стрімкий розвиток інституту арбітражу зумовлений передусім практичними потребами захисту прав учасників міжнародних комерційних відносин. З іншого боку, теоретичне осмислення правових конструкцій та процесуальних механізмів захисту прав таких учасників лише останнім часом набуло поширення та стало самостійним предметом досліджень. Разом з тим право на вирішення спорів в порядку арбітражу в контексті реалізації права на захист поки що не отримало належного наукового осмислення. Тому метою цієї роботи є комплексний аналіз права на захист в порядку арбітражу та відповідні правомочності учасників міжнародних економічних відносин.

Згідно з ч. 1 ст. 16 ЦК України [1] кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Стаття 16 ЦК України стоїть на позиції визнання приватного характеру матеріальних правовідносин, які виникають з приводу захисту цивільних прав («кожна особа має право...»). Це означає, по-перше, що кожна особа на власний розсуд вирішує питання про захист свого права, і, по-друге, неможливість, за загальним правилом, для особи пред'явлення позову в інтересах третіх осіб (за винятком випадків представництва) або в публічних інтересах (якщо інше не передбачено законом). Це ж впливає із ст. 4 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) [2], а в ст. 1–2 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) [3] прямо вказана можливість звернення до господарського суду за захистом «своїх порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів».

Згідно з ч. 1 ст. 15 ЦК України кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. Саме з моменту настання вказаних у зазначеній нормі юридичних фактів у особи виникає право на захист. Хоча в низці випадків особа уповноважена захищати своє суб'єктивне право й у випадках наявності небезпеки такого порушення в майбутньому.

Захист майнових і особистих немайнових прав та інтересів як правова категорія має кілька значень. Він може розглядатися як правовий інститут цивільного, а також цивільно-процесуального права. Коли ж застосовується термін «право на захист», то, зазвичай, йдеться про суб'єктивне право

особи вимагати від уповноважених органів примусового застосування засобів реагування до порушників цивільних прав. Захист цивільних прав у юридичній літературі в нормативно-правових актах може застосовуватися в значенні певної системи організаційно-правових заходів, що застосовуються у разі порушення цивільних прав [4].

Право особи на захист, складовою якого є правомочність особи на звернення в арбітраж, належить до категорії суб'єктивного права особи, адже, по суті, право на захист не може існувати без самого суб'єктивного права. Традиційною вважається концепція, згідно з якою право на захист є складовою будь-якого суб'єктивного права, поряд з правом на власні дії, а також правом вимагати певної поведінки від зобов'язаних осіб. На думку В. П. Грибанова, суб'єктивне право, що надане особі, але не забезпечене від його порушення необхідними засобами захисту, є лише декларативним правом, а можливість правоохоронного характеру включається до змісту суб'єктивної матеріальної вимоги як одне з його повноважень [5]. Підтримуючи його, деякі автори зазначають, що право на захист суб'єктивного цивільного права являє собою статичний елемент відповідного правовідношення [6].

На сьогодні право на звернення до компетентних органів за захистом порушеного права нерозривно пов'язано із суб'єктивним матеріальним правом принаймні у двох відносинах: по-перше, воно виникає лише з порушенням суб'єктивного цивільного права або коли це право оспорується іншими особами; по-друге, характер самої вимоги про захист права визначається характером порушеного матеріального права або права, що оспорується, зміст і призначення якого, в основному, визначає і спосіб його захисту. Тому з матеріально-правової точки зору немає перешкод до того, щоб розглядати право на захист у його матеріально-правовому аспекті як одну з правомочностей самого суб'єктивного цивільного права [7, с. 258].

Однак із думкою, що право на захист (в тому числі і звернення в арбітраж) є суб'єктивним правом особи згідні не всі науковці, до прикладу, на думку Г. М. Тимченка, яку він висловив в дисертаційному дослідженні, включення до структури суб'єктивного права можливості звернутися до держави в особі її юрисдикційних органів з вимогою захисту порушеного права є спірним. По-перше, незрозуміло, чому можливість звернення адресована державі, якщо вона входить до змісту суб'єктивного права, яке пов'язує самих заінтересованих осіб. По-друге, можливість звернутися до держави в особі її юрисдикційних органів з вимогою захистити порушене право являє собою не матеріальну, а процесуальну правомочність [8, с. 12].

На думку автора, право на захист є елементом правового статусу, який складають права, свободи та обов'язки, що фіксують стандарти поведінки особи, розкривають основні принципи її взаємодії з юрисдикційними органами. Право на захист має конституційну природу та існує в рамках відносин держави і особи. Це положення підтверджується чинним законодавством, зокрема Конституцією України (ст. 3, 8, 19, 55) [8, с. 12–13]. Аналізуючи право особи на звернення в арбітраж як складову права на захист, ми погоджуємось, що воно фіксує «стандарти поведінки особи і ... принципи взаємодії особи з юрисдикційними органами» у разі, коли її право невизнане, порушене чи оспорене. Адже, як влучно зауважив О. В. Дзера, суб'єктивне право на захист включає і засоби процесуально-правового порядку. А сюди входить, перш за все, право на звернення за судовим захистом, і носієм цього права є кожний з учасників цивільних правовідносин чи будь-яка інша заінтересована особа [9, с. 341].

Матеріальні та процесуальні норми, які регулюють способи, форми та порядок захисту, мають єдину мету — забезпечити повний, всебічний, швидкий захист суб'єктивного права і становлять єдиний комплексний інститут правового захисту.

Право на звернення в арбітражний суд можна розглядати в двох аспектах:

1) як право абстрактне або об'єктивне, тобто як потенційну можливість суб'єктів господарювання (підприємств, установ та організацій) чи державних органів, а також органів місцевого самоврядування (в передбачених законом випадках) на звернення у встановленому законом (договором) порядку до юрисдикційного органу у вигляді міжнародного комерційного арбітражного суду за захистом порушеного права чи охоронюваного законом інтересу;

2) як право персоніфіковане або суб'єктивне, тобто як право конкретного суб'єкта на захист, якщо останній вважає, що його права порушені і потребують підтвердження і реалізації за допомогою юрисдикційного органу [10, с. 26].

Якщо розглядати право на звернення в арбітраж саме як *абстрактне* право, то воно відповідно до ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» належить усім комерційним підприємствам та підприємствам з іноземними інвестиціями і міжнародним об'єднанням, а також організаціям, створеним на території України. При цьому до міжнародного комерційного арбітражу можуть за угодою сторін передаватися: спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї зі сторін знаходиться за кордоном [11].

Для реалізації зазначеного абстрактного права має значення лише те, чи є спір, щодо якого досягнуто домовленість про вирішення в порядку арбітражу, арбітрабельним та чи має особа–сторона

арбітражної угоди належний обсяг правосуб'єктності. В частині наявності обсягу правосуб'єктності йдеться передусім про те, чи вправі учасник комерційних відносин від власного імені укласти угоду про передачу спорів на вирішення спорів в порядку арбітражу, тобто чи є він у цьому відношенні суб'єктом права. Адже з практики вирішення спорів в міжнародних комерційних арбітражах відомо, що не кожний суб'єкт права в матеріальному відношенні автоматично є суб'єктом права щодо реалізації права на захист в порядку арбітражу. В спеціальній літературі, присвяченій міжнародному комерційному арбітражу, ця проблема відома під назвою «суб'єктивна арбітрабельність» і стосується передусім можливості держав, державних органів, установ і організацій та інших юридичних осіб публічного права і третіх осіб бути стороною арбітражної угоди. Також ця проблема зачіпає питання зміни учасників зобов'язання.

Право персоніфіковане має більш конкретний зміст. Адже, щоб здійснити абстрактне право на звернення в арбітраж, окрім відповідного обсягу правосуб'єктності та арбітрабельності самого спору, повинні бути підстави та передумови для виникнення права на звернення та вирішення спору в порядку арбітражу. До підстав виникнення такого права належать: 1) наявність конкретного арбітрабельного спору про право; 2) пред'явлення однією зі сторін такого матеріально-правового спору вимоги про захист в порядку арбітражу. Остання передумова здійснюється шляхом направлення до встановленого арбітражною угодою арбітражу позовної заяви (прохання про арбітраж) або ж винесення державним судом на підставі ч. 3 ст. II Нью-Йоркської конвенції [12], ч. 3 ст. VI Європейської конвенції [13], ст. 8 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» ухвали про припинення провадження по справі і направлення сторін в арбітраж. Названі юридичні факти є не просто підставами виникнення відповідних правовідносин. За своєю суттю – це два можливих шляхи звернення в арбітраж і, відповідно, здійснення низки прав (права на захист, права на подачу позову тощо) і встановлення обов'язків (арбітраж за відсутності негативних обставин зобов'язаний прийняти позовну заяву до розгляду і винести рішення по суті спору) [14, с. 49].

Поняття спору в арбітражній практиці розглядається у вузькому та широкому значенні. У вузькому значенні під спором розуміється заснований на нормах права чи договору конфлікт учасників відповідних правовідносин, щодо якого останні не можуть самотійно дійти консенсусу та вимушені звертатись за захистом своїх порушених, невизнаних чи оспорених прав до третіх осіб. В широкому значенні «спір» використовується як родова категорія, яка охоплює власне «спори» як конфлікт між сторонами, «розбіжності» та «вимоги». В арбітражному застереженні, рекомендованому МКАС при ТПП України, зазначається, що в порядку арбітражу вирішуються саме «спори, розбіжності чи вимоги, які виникають з договору» [15, с. 103]. На відміну від спору, де позиції сторін є переважно конфронтуючими, «розбіжність» супроводжується протистоянням, а скоріше пов'язана із відмінним баченням, тлумаченням, розумінням тих чи інших аспектів справи або ж прав та обов'язків, що може призвести до різних правових наслідків. Під вимогою розуміється таке звернення однієї зі сторін до іншої щодо захисту своїх порушених, невизнаних чи оспорених прав, яке не знайшло належної реакції або ж не було належним чином задоволено, що залишило простір для непорозуміння в частині обсягу прав та обов'язків.

У законодавстві України персоніфіковане право на захист прямо закріплене у ч. 1 ст. 15 ЦК України, відповідно до якої кожна особа має право на захист свого права у разі його порушення, невизнання чи оспорювання, тобто таке право виникає з моменту наявності факту такого порушення, невизнання чи оспорювання. На нашу думку, в цю категорію входить і право на захист, коли існує реальна потенційна загроза такого порушення, невизнання чи оспорювання. Уявімо ситуацію, коли між сторонами було укладено арбітражну угоду (застереження), до прикладу, яке рекомендовано МКАС при ТПП України, відповідно до якої «усі спори, розбіжності чи вимоги, які виникають із цього договору або у зв'язку з ним, зокрема, щодо його тлумачення, виконання, порушення, припинення чи недійсності...», тобто, таке застереження: по-перше, розширює право на вирішення спорів в порядку арбітражу, адже розбіжність або вимога не завжди є спором в його буквальному розумінні, по-друге, звичайне неправильне тлумачення договору або ж його неправильне розуміння однією зі сторін вказує на наявність права на звернення в арбітраж, хоча таке неправильне тлумачення лише в майбутньому може призвести до спору. Тому в нашому розумінні право на звернення в арбітраж та розгляд справи в арбітражі є поняттям ширшим, порівняно зі звичайним правом, зафіксованим у ч. 1 ст. 15 ЦК України, хоча, водночас, входить до загального механізму здійснення права на захист.

Також необхідно розглянути правомочності, які мають особи при реалізації права на захист саме в контексті суб'єктивного права особи, зокрема:

1) правомочність на власні позитивні дії, або право позитивної поведінки правомочного суб'єкта, тобто можливість самого суб'єкта фактично вчиняти юридично значущі дії (наприклад, право подавати позов до суду, продавати або дарувати своє майно та ін.) [16]. В контексті права на звернення в міжнародний комерційний арбітраж в межах цієї активної правомочності, яка виражає автономію волі сторін, можна говорити про низку елементів: 1) рішення сторін щодо укладення арбітражної угоди (застереження) про передачу спору саме на розгляд в порядку арбітражу; 2) вибір виду арбітражу

та відповідне звернення до арбітражної установи із позовною заявою за захистом порушених, невизнаних чи оспорюваних прав та законних інтересів особою, на думку якої місце має порушення її права або реалізація такого права через законного представника; 3) вибір позивачем способу захисту такого порушеного, невизнаного чи оспорюваного права: сплата компенсації за договором, виконання обов'язку по поставці продукції та ін.; 4) формування складу арбітражу; 5) вибір місця арбітражу та місця фактичного проведення слухань; 6) вибір застосовуваного права та мови арбітражного розгляду; 7) подання заперечення у справі стороною, до якої було подану позовну заяву тощо;

2) правомочність на чужі дії, або право вимоги відповідної поведінки від правозобов'язаної особи, тобто можливість зацікавленої особи вимагати від зобов'язаного суб'єкта виконання покладених на нього обов'язків (наприклад, вимагати сплати боргу, передавати майно, відшкодувати податкові недоплати та ін.) [16]. Цей аспект у праві на звернення та розгляд справи в арбітражі проявляється через правомочність вимагати однією із сторін відповідної поведінки іншої сторони. Передусім така правомочність втілюється у праві сторони вимагати припинення провадження у державному суді у разі наявності чинної та дійсної арбітражної угоди або так званого дерогаційний ефект арбітражної угоди. Зокрема, така правомочність включає право вимагати формування складу арбітражу, призначення конкретного арбітра, заборони ухиляння від участі в арбітражному процесі; сплату додаткових витрат, якщо сторони домовились про арбітражний розгляд поза місцем знаходження арбітражної установи (ч. 2 ст. 10 Регламенту МКАС при МТП України [17]) тощо;

3) правомочність вимоги, або право звертатися за підтримкою і захистом до уповноважених суб'єктів у разі порушення суб'єктивного права з боку зобов'язаної особи. Це право приводить у дію механізм балансу арбітражного процесу в разі недобросовісних дій чи бездіяльності однієї зі сторін, наприклад, у випадку, коли сторона ігнорує процес або ж не вживає своєчасно заходів до призначення арбітра, подання клопотань, доказів. Сюди ж можна віднести можливість уповноваженої особи звернутись за підтримкою до державних судів. Тобто йдеться про правомочність на захист від зловживань на всіх етапах реалізації права на захист в міжнародному комерційному арбітражі: 1) на етапі звернення до міжнародного комерційного арбітражу; 2) при здійсненні правомочностей щодо формування складу арбітражу; 3) при розгляді справи арбітражем; 4) на етапі визнання та приведення до виконання рішення, прийнятого міжнародним комерційним арбітражем. Таким чином, із описаного вище випливає, що зміст суб'єктивного права на захист в порядку арбітражу включає в себе всі етапи реалізації права на звернення особи в арбітраж, що проявляється через загальні правомочності суб'єктивного права.

Підсумовуючи проведені дослідження суб'єктивного права на звернення до арбітражу за захистом свого порушеного, невизнаного чи оспореного права, зазначимо, що питання права на звернення в арбітражний суд як складової права на захист, що входить до механізму захисту суб'єктивного права особи, на даний час науковцями на достатньому рівні не досліджено. Так само відсутні прямі норми і у законодавстві, хоча право на вирішення спору в порядку арбітражу є важливим та дієвим інструментом в системі захисту прав та інтересів учасників міжнародних економічних відносин.

Право на звернення в міжнародний арбітражний суд як суб'єктивне право особи може розглядатись в двох значеннях: 1) як право абстрактне (означає потенційну можливість особи звернутись в арбітражний суд); 2) як право персоніфіковане (право конкретного суб'єкта звернутись в міжнародний комерційний арбітраж за наявності відповідних передумов та підстав).

Також право на звернення в арбітражну установу розглядається як сукупність правомочностей, що включають в себе: 1) право на власні дії (вибір арбітражу, звернення з позовною заявою, формування арбітражу); 2) право на чужі дії (вимагати припинення провадження в державному суді, вчинення дій, що мають значення в процесі арбітражного розгляду); 3) право на захист від зловживань однією зі сторін на всіх етапах реалізації права на захист в міжнародному комерційному арбітражі.

Вказана стаття має оглядовий характер та спрямована на те, щоб спонукати академічну громадськість до наукового обговорення механізму арбітражного захисту та його можливостей. Адже за своїм потенціалом вказаний інструмент захисту порушених, невизнаних чи оспорених прав є досить потужним і вивчення сучасних кращих арбітражних практик вирішення спорів надасть можливість застосувати їх потенціал для вдосконалення існуючої системи захисту прав.

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Офіційний вісник України, 2003. № 11. Ст. 461.
2. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV // Офіційний вісник України, 2004. № 16. Ст. 1088.
3. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 р. № 1798-XII // Відомості Верховної Ради України, 1992. № 6. Ст. 56.

4. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: [У 2-х т.] – [3-є вид., перероб. і доп.] / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. Київ: Юрінком Інтер, 2008. Т. I. С. 34.
5. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / науч. ред.: В. С. Ем; редкол.: Н. В. Козлова, С. М. Корнеев, Е. В. Кулагина, П. А. Панкратов. Москва: Статут, 2000. 411 с.
6. Притика Ю. Д. Теоретичні проблеми захисту прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді: дис. ... док. юрид. наук: 12.00.03. Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ, 2006. 630 с.
7. Сидоренко М. В. Правова природа права на судовий захист // Актуальні проблеми держави і права, 2011. № 59. С. 257–262.
8. Тимченко Г. П. Способи та процесуальні форми захисту цивільних прав: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. Харків, 2002. 203 с.
9. Цивільне право України. Загальна частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданіка. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2010. 976 с.
10. Арбитражный процесс: учебник / под ред. проф. М. К. Треушникова. Москва: ООО «Городец-издат», 2003. 656 с.
11. Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24.02.1994 р. № 4002-XII // Відомості Верховної Ради України, 1994. № 25. Ст. 198.
12. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the «New York Convention») UNCITRAL. URL: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXII-2&chapter=22&lang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&lang=en) (дата звернення 15.01.2017).
13. European Convention on International Commercial Arbitration, Geneva, 21 April 1961. United Nations Treaty Collection. URL: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXII-2&chapter=22&lang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&lang=en) (дата звернення 15.01.2017).
14. Білоусов Ю. В. Підвідомчість як передумова виникнення процесуальних правовідносин у міжнародному арбітражі / Ю. В. Білоусов, В. І. Нагнибіда // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права, 2003. № 2. С. 46–53.
15. Мальський М. М. Арбітражна угода: теоретичні та практичні аспекти: монографія. Львів: Літопис, 2013. 374 с.
16. Скаун О. Ф. Теория государства и права: учебник. Харьков: Консум, 2000. 704 с.
17. Регламент Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України: затверджено Рішенням Президії Торгово-промислової палати України від 17.04.2007 р., № 18 (1) зі змінами, внесеними Рішенням Президії Торгово-промислової палати України від 25.10.2012 р., № 24(6), від 24.04.2014 р. № 38(1). URL: <http://arb.ucci.org.ua/icac/ua/rules.html> (дата звернення 15.01.2017).

#### **Nahnybida V. The arbitration request as a subjective right**

*The article focuses on the some theoretical and legal aspects of the right for defence within international commercial arbitration. Elements of the right for defence are analysed. It is proposed authors view regarding elements of the subjective right for defence, preconditions and reasons of realisation subjective right for defence.*

**Keywords:** arbitration, right for defence, arbitrability, dispute, demand, controversion.

### **МІЖНАРОДНО-ПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ДИТИНИ**

**Резнік Г. О.,**

*кандидат юридичних наук, учений секретар НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*У статті досліджено особливості закріплення прав дитини в міжнародно-правових актах, особлива увага приділяється особистим немайновим правам дітей.*

**Ключові слова:** дитина, права дитини, особисте немайнове право.

Загальновідомо, що міжнародна спільнота досить рано усвідомила потребу в нормативному закріпленні та забезпеченні реалізації прав дітей і передбачила правовий захист цієї частини населення, створивши після Першої світової війни в межах Ліги Націй Міжнародну асоціацію турботи про дітей, а пізніше і Дитячий фонд ООН (ЮНІСЕФ), створений Генеральною Асамблеєю ООН.

Відповідно до п. 1 ст. 9 Конституції України «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства». Крім цього, відповідні