

ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНІ ЗАХОДИ В МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ: ПИТАННЯ ЗАКОННОСТІ ТА ЮРИДИЧНОЇ СИЛИ. ЧАСТИНА 1.

ЦІРАТ Геннадій Артурович - кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

У статті розглядаються актуальні та проблемні питання застосування засобів забезпечення позову міжнародними комерційними арбітражами.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, склад третейського суду, забезпечувальні заходи, державні суди, забезпечення позову, цивільний процес, постанова, примусове виконання, МКАС при ТПП України, господарський процесуальний кодекс, цивільний процесуальний кодекс.

Вступ

В цій статті ми розглянемо різні аспекти застосування забезпечувальних заходів при розгляді справ міжнародними комерційними арбітражами, правові підстави застосування таких засобів, юридичну силу постанов про вжиття таких засобів та місце і роль державних судів в можливих процедурах забезпечення позовів, поданих до міжнародних комерційних арбітражів.

Актуальність цих питань постійно зростає і не лише в Україні, а й у всьому світі. Це пов'язано з тим, що суб'єкти зовнішньоторговельних відносин в разі виникнення спорів як правило звертаються з позовами до міжнародних комерційних арбітражів і дуже часто потрапляють в ситуацію коли на момент винесення рішення по справі на їх користь відповідачі вже позбавився активів, що їм належали і таким чином унеможливили фактичне виконання винесеного арбітражного рішення. Масштаби застосування міжнародного комерційного арбітражу для вирішення зовнішньоторговельних спорів

вже вийшли в протиріччя з неврегульованістю багатьох питань, пов'язаних з забезпеченням позовів, що розглядаються цими арбітражами. Ці питання потребують ретельного вивчення, аналізу та як найшвидшого вирішення.

Аналіз досліджень і публікації з проблеми

Питанням застосування забезпечувальних заходів в національній науковій літературі присвячено досить багато робіт, перш за все наукових статей¹. Але переважна більшість цих робіт присвячена розгляду питань застосування таких заходів державними судами – загальними та господарськими. Лише деякі автори торкаються питань застосування заходів забезпечення позову міжнародними комерційними арбітражами². Для порівняння можна вказати, що в Росії цим питанням приділяється набагато

1 Наприклад, Луспеник Дмитро «Практика розгляду судами заяв про забезпечення позовів при вирішенні спорів у цивільному судочинстві: спірні питання». Юридичний журнал. № 10 2007. www.justinian.com.ua.

2 Доріченко Іванна «Практичні аспекти взаємодії між судами та арбітражними трибуналами в міжнародному комерційному арбітражі». Юридичний журнал. № 3 2008. www.justinian.com.ua.

Александров Илья «Важнейшие практические проблемы международного коммерческого арбитража в некоторых странах СНГ и ЕС» www.yurclub.ru
Притика Юрий «Забезпечувальні заходи в міжнародному комерційному арбітражі». Практика международного коммерческого арбитража. № 1-2 (3-4) 2007.

більше уваги³. Переважна більшість авторів розглядають питання забезпечувальних заходів та міжнародного комерційного арбітражу на досить високому теоретичному рівні, іноді не спираючись на конкретну проблематику законодавчого регулювання цих питань та практику його застосування самими ж комерційними арбітражами. Через це їх роботи певною мірою відірвані від практичних проблем застосування міжнародними комерційними арбітражами забезпечувальних заходів, розв'язанню та ефективному вирішенню яких саме і має слугувати право.

Постановка завдання

Ця стаття присвячена дослідженню як діючого законодавства України, так і інших країн в порівняльно-правовому плані, в аспектах регулювання застосування забезпечувальних заходів державними судами та міжнародними комерційними арбітражами. В статті буде розглянута та досліджена практика МКАС при ТПП України в застосуванні засобів забезпечення позову, права природа цих актів МКАС, їх юридична сила та обов'язковість.

Правова природа забезпечувальних заходів, мета їх застосування

Ефективність діяльності міжнародних комерційних арбітражів по захисту прав та законних інтересів учасників цивільного обігу на пряму залежить від реальної здатності рішень, що ними виносяться, бути виконаними⁴. Засобом, який би зробив неможливим для недобросовісних відповідачів уникнути відповідальності, є інститут забезпечувальних засобів, внаслідок застосування якого, відповідачі втрачають можливість розпоряджатися певними активами впродовж періоду розгляду спору і це створює передумови

³ Наприклад, Петров М.В. «Взаимодействие государственного суда и международного коммерческого арбитража : Дис. ... канд.юр.наук: 12.00.15: Санкт-Петербург, 2003.

Лопатини Д.А. «Обеспечительные меры в международном коммерческом арбитраже» Реклама и право № 2 2008, С. 35-38.

⁴ С.А. Курочкин. Государственные суды в третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже. М. Волтерс Клювер 2008 С. 35.

для виконання рішення, в разі його ухвалення проти відповідача. В чому полягає головна проблема міжнародного комерційного арбітражу як способу вирішення спорів, що виникають в сфері зовнішньоекономічних відносин? Попри всі переваги міжнародного комерційного арбітражу як способу вирішення зовнішньоторговельних спорів є декілька аспектів, які негативно впливають на його ефективність. Це, по-перше, стосується питань спроможності арбітражу застосувати засоби забезпечення позову, тобто такі засоби, які б зробили неможливим для відповідача уникнути фактичного та повного виконання арбітражного рішення, винесеного по справі, а по-друге, їх юридичної сили в країні - місця знаходження арбітражу та можливість розповсюдження їх дії на території інших країн за допомогою процедур визнання та виконання. Взагалі деякі вчені вважають, що інститут забезпечення позову входить в конфлікт з принципами третейського розгляду спорів, що ґрунтуються на добровільному підпорядкуванні сторін юрисдикції третейського суду⁵.

В цих аспектах порівняно з державними судами міжнародні комерційні арбітражі в багатьох країнах знаходяться в більш «вразливому» становищі⁶. Цивільне процесуальне законодавство багатьох країн знає такі інститути як забезпечення доказів та попередні забезпечувальні заходи⁷, забезпечення позову, та забезпечення виконання судового рішення. Ці засоби відрізняються за змістом, тим, на яких стадіях судового процесу вони можуть бути застосовані та органами, які ці засоби можуть застосовувати. Наприклад, запобіжні заходи можуть

⁵ Там же, С. 36.

⁶ Тут мається на увазі цивільне процесуальне в широкому розумінні, під яким ми розуміємо власне цивільне процесуальне, господарське процесуальне та інші, які передбачені законодавством певної країни.

⁷ ГПК України передбачає так звані запобіжні заходи. Особа, яка має підстави побоюватись, що подача потрібних для неї доказів стане згодом неможливою або утрудненою, а також підстави вважати, що її права порушені або існує реальна загроза їх порушення, має право звернутися до господарського суду з заявою про вжиття запобіжних заходів до подання позову.

застосовуватися судами до початку судового розгляду справи, забезпечення позову на будь-який стадії процесу до винесення рішення по суті – теж судами, що розглядають справи по першій інстанції та забезпечення виконання судового рішення застосовується державними виконавцями при порушенні виконавчого провадження.

Наприклад, забезпечення позову – це діяльність судді по застосуванню передбачених законом мер, які гарантують реальне виконання майбутнього рішення по справі в тому випадку, якщо позов буде задоволено⁸. Відповідно до статті 66 ГПК України «забезпечення позову допускається, ... якщо невжиття таких заходів може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення господарського суду»⁹. Як ми бачимо ці засоби спрямовані на усунення загрози щодо виконання рішення суду, яке буде винесене по справі. Умовою застосування заходів забезпечення позову є достатньо обґрунтоване припущення, що майно, яке є у відповідача на момент подання позову, може зникнути, зменшитися за кількістю або погіршитися за якістю на момент виконання рішення господарського суду. Таким чином законодавець надає державним судам (загальним та спеціалізованим) можливість діяти в інтересах правосуддя та принципу виконаності рішень, вживати таких заходів, які б забезпечували саме можливість виконання судового рішення. Забезпечення виконання судового рішення – прийняття відповідних засобів, спрямованих на виконання судового рішення. Так, закон України про виконавче провадження передбачає, що за заявою стягувача, з метою забезпечення виконання рішення про майнові стягнення, державний виконавець постановою про відкриття виконавчого провадження вправі накладати арешт на майно боржника (крім коштів) та оголосити заборону на його відчуження. Одночасно з винесенням такої постанови державний виконавець може провести опис і арешт майна боржника в порядку, визначеному цим законом.

⁸ Гражданский процесс. Учебник. - М.: Изд-во Бек, 1996. - С. 237.

⁹ Господарський процесуальний кодекс України. Лігабізнесінформ.

Чим можна охарактеризувати інститут забезпечення позову в державному судочинстві України та багатьох інших країн? По-перше, він застосовується тоді, коли до відповідного державного суду подано позов і відбувається забезпечення саме позовних вимог; по-друге, закон встановлює перелік тих засобів, які відповідні суди можуть вжити в якості забезпечення позову¹⁰; по-третє, закон встановлює вид процесуального документа, яким такі засоби вживаються – ухвала суду¹¹. І насамкінець, закон встановлює обов'язковість ухвали про вжиття забезпечувальних заходів та можливість її примусового виконання відповідно до встановлених законодавством процедур. Ухвала суду про вжиття забезпечувальних заходів, з одного боку, може бути предметом оскарження, а з іншого боку – може бути подана до примусового виконання до державної виконавчої служби відповідно до положень закону про виконавче провадження.

Всі ці процедури передбачені українським законодавством для державних судів – загальних, господарських та адміністративних.

А чи можуть аналогічні заходи вживатися міжнародними комерційними арбітражами або чи можуть державні суди діяти в інтересах сторін справи, що розглядається міжнародним комерційним арбітражем та застосовувати відповідні забезпечувальні заходи щодо позовів, які подано до міжнародних комерційних арбітражів?

Питання, на які нам треба буде дати відповіді наступні: чи можуть міжнародні комерційні арбітражі (третейські суди) виносити рішення щодо вжиття заходів забезпечення позову, яку юридичну силу будуть мати такі рішення та їх територіальна дія; чи можуть державні суди «допомогати» третейським судам в прийнятті заходів забезпечення позову, якій подано та розглядається третейським судом на підставі арбітражної угоди?

Законодавство багатьох країн містить відповідні положення, якими міжнародні

¹⁰ Наприклад, стаття 67 Господарського процесуального кодексу України. Лігабізнесінформ.

¹¹ Стаття 67 ГПК України. Лігабізнесінформ.

комерційні арбітражі наділяються правом приймати заходи забезпечення позову. Так, наприклад, відповідно до положень статті 17 закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» «третейський суд, якщо сторони не домовились про інше, може на прохання будь-якої сторони розпорядитися про вжиття якою-небудь стороною таких забезпечувальних заходів щодо предмету спору, які він вважає необхідними. Третейський суд може зажадати від будь-якої сторони надати належне забезпечення у зв'язку з такими заходами»¹². Аналогічні положення містяться в законі РФ про міжнародний комерційний арбітраж¹³, Цивільному процесуальному уложенні Німеччини¹⁴, в законодавчих актах інших країн.

Майже всі національні закони про міжнародний комерційний арбітраж, що були прийняті на основі Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж 1985 р.¹⁵ містять аналогічні положення і, відповідно, такі норми є загально визнаним підходом в регулюванні компетенції міжнародних третейських судів щодо вжиття забезпечувальних заходів щодо предмету спору.

Норми, щодо вжиття забезпечувальних заходів, містяться в регламентах багатьох постійно діючих міжнародних комерційних третейських судів та типових регламентів для арбітражі *ad hoc*¹⁶. Відповідні норми регламентів цих арбітражів значною мірою дублюють відповідні положення власних національних законів, що регулюють між-

народний комерційний арбітраж, передбачаючи право складу третейського суду розпоряджатися щодо здійснення певною стороною заходів, спрямованих на забезпечення предмету спору, якщо про інше не домовилися сторони спору, можливого зустрічного забезпечення, яке може бути надано іншою стороною, тощо. Також регламенти дублюють відповідні положення законів щодо сумісності звернення сторони до державного суду про вжиття забезпечувальних заходів з арбітражною угодою та арбітражним процесом, що відбувається на підставі цієї арбітражної угоди¹⁷.

Проаналізувавши відповідні положення національних законів та регламентів ми маємо звернути увагу на наступне. По-перше, наявність в цих положеннях такого застереження: «за відсутності угоди сторін про інше». Це застереження вказує на те, що сторони мають право своєю угодою взагалі позбавити третейський суд права розглядати та приймати будь-які рішення щодо забезпечувальних заходів. Це дозволяє зробити висновок, що вказане право третейського суду є похідним від угоди (волі) сторін і не може розглядатися як право, яким він наділено державою в силу закону. Це впливає, як на саму природу забезпечувальних заходів, які може прийняти третейський суд, так і на їх процесуальне положення¹⁸. По-друге, вони вказують на право третейського суду «розпорядитися про прийняття будь-якою стороною певних забезпечувальних заходів», що свідчить про те, що відповідне рішення третейського суду для того, щоб досягти своєї мети, передбачає необхідність здійснення певною стороною відповідних дій щодо предмету спору. Іншими словами реалізація рішення третейського суду залежить від дій сторони та суттю цих заходів є певні дії сторони спору, по відношенню до якої такі заходи прийняті, на відміну від

¹² Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.1994 р. № 4002-XII. – URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=4002-12>

¹³ Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» от 7 июля 1993 года №5338-1.

¹⁴ Пар. 1041, який містить таке ж саме положення, що і закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

¹⁵ Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж 1985 р.

¹⁶ Вказані норми містяться, наприклад, в стаття 31 Регламенту Арбітражного інституту Торгової палати м. Стокгольму, статті 26 Регламенту ЮНСІТРАЛ, пар. 36 Регламенту МКАС при ТПП РФ, пар. 20 Положення про арбітражний суд Німецької інституції по арбітражній справі та в статті 23 Арбітражного Регламенту Міжнародної торгової палати.

¹⁷ Так, стаття 9 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» вказує, що звернення сторони до суду до або в процесі арбітражного розгляду з проханням про прийняття забезпечувальних заходів та винесення судом ухвали про прийняття таких заходів не є несумісним з арбітражною угодою.

¹⁸ Під процесуальним положенням ми розуміємо правовий статус іноземної особи в судах певної країни.

заходів, що приймаються державними судами та можуть бути примусово виконані без згоди на це сторони. І по-третє, право третейського суду вимагати зустрічного забезпечення з боку іншої сторони. І останнє. Всі згадані вище закони та регламенти вказують, що право приймати рішення щодо вжиття забезпечувальних заходів, має третейській суд, тобто склад арбітрів, обраних сторонами або призначених за допомогою відповідних процедур.

Наявність вказаних норм у законах та регламентах, на жаль, не дає нам відповіді на такі питання: яку силу мають відповідні рішення третейського суду по вжиттю забезпечувальних заходів та чи можуть вони бути примусово виконані по відношенню до сторони або її майна?

До того як перейти до відповіді на ці питання, розглянемо практику застосування заходів забезпечення позову такими постійно діючими арбітражними органами України як МКАС та МАК при ТПП України¹⁹.

Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» має два Додатки. Додаток № 1 – Положення про міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України та Додаток №2 – Положення про Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті України.

Так от, незважаючи на положення статті 17 закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», пункт 5 вказаного вище Додатку № 1 до цього самого Закону встановлює, що «по справах, що підлягають розгляду в Міжнародному комерційному арбітражному суді, голова Суду може на прохання сторони встановити розмір і форму забезпечення вимоги»²⁰. А згідно з пунктом 4 Додатку № 2 до Закону «голова комісії може на прохання сторони встановити розмір та форму забезпечення вимоги, зокре-

ма, прийняти постанову про накладення арешту на судно або вантаж, що знаходяться в українському порту та належать іншій стороні»²¹. Очевидно, що вказані положення Додатків до Закону прямо змінюють положення самого Закону, а саме змінюють положення статті 17, в який жодним чином не згадується будь-яка особа, зокрема Голова Міжнародного комерційного арбітражного суду або голова Морської арбітражної комісії в якості особи або суб'єкта, якій має право прийняти розпорядження щодо вжиття забезпечувальних заходів. Внаслідок цього виникла цікава ситуація: норма Закону наділяє такими повноваженнями лише і виключно склад третейського суду (склад арбітрів), а норми, що містяться в Додатках до цього ж Закону, наділяють такими повноваженнями лише і виключно Голову МКАС та Голову комісії, нічого не згадуючи про склад третейського суду. До речі треба сказати, що аналогічні положення містяться в Додатках до закону РФ про міжнародній комерційний арбітраж²².

Подивимось як це питання врегулює Регламент МКАС при ТПП України. В перших редакціях Регламенту МКАС така суперечність положень Закону та Додатку № 1 до нього вирішувалася на користь норми Закону. Так, пункт 1.9. Регламенту²³ практично стовідсотково відтворював норму статті 17 Закону, лише за тим виключенням, що термін «третейський суд», який використовує Закон, замінювався на термін «арбітражний суд» та вказувалось наступне: «Якщо сторони не домовились про інше, Арбітражний суд може на прохання будь-якої сторони розпорядитися про вжиття якою-

¹⁹ Міжнародний комерційний арбітражний суд при торгово-промисловій палаті України та Морська арбітражна комісія при торгово-промисловій палаті України.

²⁰ Додаток № 1 до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» - Положення про міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України.

²¹ Додаток №2 до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» - Положення про Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті України.

²² Пункт 6 Положення про міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті Російської Федерації – Додаток № 1 та пункт 4 Положення про Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті Російської Федерації – Додаток №2.

²³ Регламент МКАС при ТПП України, який затверджено Рішенням Президії Торгово-промислової палати України від 25 серпня 1994 року. Протокол № 107(3).

небудь стороною таких забезпечувальних заходів щодо предмета спору, які він вважає необхідними. Арбітражний суд може зажадати від будь-якої сторони надати належне забезпечення у зв'язку з такими заходами».

В такій же редакції викладено пункт 1.9. Регламенту МКАС при ТПП України, що затверджений Рішенням Президії Торгово-промислової палати України від 25 серпня 1994 року (Протокол № 107(3) із врахуванням Рішення Президії Торгово-промислової палати України від 26 вересня 2001 р., Протокол № 16 (1)).

А вже в чинній на сьогодні редакції Регламенту²⁴ з'явилася стаття 4, відповідно до якої «Голова МКАС, а після формування складу арбітражного суду – склад арбітражного суду на прохання будь-якої сторони ... може встановити розмір та форму забезпечення позову. Постанова МКАС про встановлення розміру та форми забезпечення позову є обов'язковою для сторін і діє до винесення остаточного арбітражного рішення».

Як бачимо, у вказаній редакції Регламенту з'явилися нові суб'єкти, які наділені повноваженнями щодо вжиття забезпечувальних заходів та повноваження цих осіб встановлюються за принципом дії за часом – до формування складу третейського суду ці повноваження має Голова МКАС і він може виносити Постанови про вжиття забезпечувальних заходів, а після формування складу третейського суду – сам склад третейського суду може вживати забезпечувальні заходи.

Другою частиною статті 4 запроваджено поняття такого процесуального документа, як Постанова МКАС та встановлено, що ця Постанова є обов'язковою для сторін і діє до винесення остаточного арбітражного рішення.

Таким чином, новелами цього Регламенту стало, по-перше, наділення Голови МКАС повноваженнями щодо вжиття забезпечувальних заходів та винесення відповідних Постанов; по-друге, повноваження Голови МКАС в цій сфері з'являються першими за часом їх виникнення відносно

кожної справи, бо Голова МКАС є завжди, а склад третейського суду формується протягом певного строку, іноді тривалого; по-третє, встановлено вид процесуального документа – Постанова МКАС, визначена її дія в часі та відносно кола осіб.

Останнім часом повноваження, що передбачені статтею 4 Регламенту в редакції 2007 року, все частіше застосовуються в практиці Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України. Все частіше стали прийматися такі процесуальні документи як Постанови про вжиття з боку МКАС при ТПП України забезпечувальних заходів щодо предмету спору.

Спробуємо з'ясувати правовий статус таких Постанов, яку вони мають юридичну силу та наскільки вони законні.

Всі постанови про забезпечувальні заходи, з якими нам була надана можливість ознайомитися, містять посилання на статтю 17 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», на пункт 5 Положення про міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України (Додаток № 1 до Закону) та на статтю 4 Регламенту МКАС при ТПП України. Так виглядає «нормативна база», яку використовує МКАС, обґрунтовуючи законність ухвалення Головою МКАС та іноді і його заступниками Постанов про забезпечувальні заходи. Наскільки положення цих актів можуть дійсно бути юридичною підставою приймати (ухвалювати) відповідні постанови про забезпечувальні заходи?

Як ми вже вказували, стаття 17 Закону, який і регулює діяльність на території України міжнародних комерційних третейських судів (арбітражів), надає лише і виключно третейському суду²⁵ право, за умови «якщо сторони не домовились про інше», розпоряджатися про вжиття якою-небудь стороною таких забезпечувальних заходів щодо предмету спору, які він вважає за необхідне. Таким чином, відповідно до положень Закону розпорядження про вжиття забез-

²⁴ Затверджений Рішенням Президії Торгово-промислової палати України від 17 квітня 2007р. (Протокол N 18(1)).

²⁵ Згідно з положеннями статті 2 закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» третейським судом є одноособовий арбітр або колегія арбітрів.

печувальних заходів може видавати або од-ноособовий арбітр або колегія арбітрів, яка сформована згідно з умовами арбітражного застереження та відповідними положеннями Закону, якщо сторони не домовилися про інше²⁶. Відповідні положення Додатку № 1 до закону та Регламенту МКАС, якій затверджується Президією ТПП України, частково або повністю протирічать вказаним положенням Закону. Тому такі посилення, які здійснюються в Постановах МКАС про забезпечувальні заходи, є еkleктичним поєднанням положень різних актів різної юридичної сили, які не доповнюють один одного, а виключають застосування один одного.

В зв'язку з прийняттям Головою МКАС або його заступниками Постанов про забезпечувальні заходи виникають наступні питання:

- законність положень Регламенту МКАС при ТПП України стосовно повноважень Голови МКАС виносити Постанови щодо забезпечувальних засобів та законність дій Голови МКАС та його заступників щодо винесення таких Постанов з огляду на відповідні положення закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»;

- наявність права іншої сторони спору оскаржувати законність та обґрунтованість такої Постанови і якщо таке право є, то який орган має компетенцію розглядати такі скарги;

- можливе ставлення складу третейського суду до таких постанов, ухвалених Головою МКАС чи його заступниками та можливість їх скасування або зміни складом третейського суду на прохання іншої сторони спору;

- правові наслідки невиконання постанов про забезпечувальні заходи, ухвалених Головою МКАС, з боку сторони, відносно якої така постанова винесена та

можливість примусового виконання таких постанов?

Законність положень Регламенту МКАС при ТПП України стосовно повноважень Голови МКАС виносити Постанови щодо забезпечувальних засобів та законність дій Голови МКАС та його заступників щодо винесення таких Постанов.

Закон наділяє правом виносити забезпечувальні заходи лише склад третейського суду і то за умови, що сторони не домовилися про інше, тобто просто не позбавили його такого права. За доктриною міжнародного комерційного арбітражу лише арбітри мають право виносити будь-які рішення, які стосуються прав та обов'язків сторін спору. Це загально визнаний принцип міжнародного комерційного арбітражу. Прийняття забезпечувальних заходів також стосується відповідних прав та обов'язків сторін спору, які водночас є і сторонами арбітражної угоди. Тому ухвалення будь-яких рішень щодо вжиття будь-якою стороною спору забезпечувальних заходів є виключною прерогативою складу третейського суду. До речі, Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговельний арбітраж 1985р., який було покладено в основу вітчизняного закону «Про міжнародний комерційний арбітраж» 1994р., закріплює цей принцип в статті 17 Глави 4, яка присвячена питанням виключної компетенції складу третейського суду, незалежно від виду арбітражу (постійно діючого чи арбітражу ad hoc). Наш закон повністю повторив це положення Типового закону, але власний акт правотворчості українського законодавця, втілений, як у Додатку № 1 до Закону «Про міжнародний комерційний арбітраж», наділив такими повноваженнями ще і Голову одного із постійно діючих арбітражних органів, а саме Голову МКАС при ТПП України, так і у Додатку № 2 до Закону, чим по-перше, наділив такими правами посадових осіб установ невизначеного правового статусу, що порушило логіку і Типового закону ЮНСІТРАЛ і самого Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», а по-друге, наділив такими правами посадових осіб лише двох із постійно діючих арбітражних органів України.

²⁶ Відповідно до статті 11 Закону в разі обрання третейського суду з трьох арбітрів, кожна сторона має призначити свого арбітра, а призначені сторонами арбітри мають узгодити кандидатуру головуєчого складу третейського суду. У разі, якщо одна зі сторін не призначить свого арбітра, або арбітри, обрані сторонами, не узгодять кандидатуру головуєчого протягом встановленого строку (30 днів), це має зробити Президент ТПП України відповідно до повноважень, встановлених ст.ст. 11, 6 Закону.

Щодо колізії, що виникла з цих питань існують різні точки зору. На думку одних, повноваження щодо ухвалення розпоряджень про вжиття забезпечувальних заходів є виключною компетенцією складу арбітрів і такою компетенцією не може наділятися будь-хто інший. Відповідні положення Додатки № 1 та № 2 до Закону протирічать відповідним положенням самого Закону і це протиріччя має бути усунуто на користь положень Закону.

Думка інших ґрунтується на тому, що сторони спору і, відповідно, сторони арбітражної угоди можуть наділити цим правом інших осіб, в тому числі і Голову МКАС, посилаючись на викладене в статті 17 Закону застереження: «якщо сторони не домовилися про інше...» Прихильники цієї точки зору тлумачать це застереження наступним чином: сторони можуть домовитися про призначення іншої особи, яка буде мати право «...розпоряджатися про прийняття якою-небудь стороною таких забезпечувальних заходів по відношенню до предмету спору...» Таку домовленість можна вважати сформульованою у випадку, коли в укладеному сторонами арбітражному застереженні (арбітражній угоді), сторони домовилися про підпорядкування розгляду своїх спорів МКАС при ТПП України, при цьому презюмується, що сторони узгодили застосування положень саме Регламенту МКАС при ТПП України, а внаслідок цього положення Регламенту стають складовою арбітражного застереження. Саме в Регламенті МКАС при ТПП України і вказано, що Голова МКАС має повноваження щодо прийняття забезпечувальних заходів. Домовившись про застосування Регламенту МКАС сторони таким чином домовляються і про те, що Голова МКАС, як і склад третейського суду (склад арбітрів), має право приймати розпорядження про вжиття забезпечувальних заходів.

Треті посилаються на «досвід» росіян. Саме вони перші започаткували практику супроводжувати закон про міжнародний комерційний арбітраж додатками з положеннями про МКАС та МАК. В цих Додатках вони передбачили відповідні положення щодо компетенції Голови МКАС встанов-

лювати розмір та форму забезпечення вимоги²⁷. Але в Регламент МКАС при ТПП РФ відповідне положення Додатку включено не було, а міститься положення, яке надає таке права виключно складу третейського суду, відтворюючи тим самим положення статті 17 закону²⁸. Таким чином росіяни зняли проблему повноважень Голови МКАС щодо забезпечувальних заходів.

Наявність права іншої сторони спору оскаржити законність винесення Постанови Головою МКАС, а у разі наявності, порядок та орган, до якого можна її оскаржувати. Можливе ставлення складу третейського суду щодо таких Постанов та можливість їх скасування або зміни складом третейського суду на прохання іншої сторони спору.

Жодної згадки про таке право наше законодавство та Регламент МКАС при ТПП України не містять, як, до речі, не передбачають такого виду процесуального документу як Постанова Голови МКАС про забезпечувальні заходи. Можна лише припустити, що в разі оскарження стороною Постанови Голови МКАС до самого ж Голови, останній може на власний розсуд і на власне бажання прийняти та розглянути таку скаргу та частково або повністю скасувати винесену Постанову. Можна також припустити, що таку скаргу сторона може подати до сформованого складу третейського суду, а останній опиниться у невизначеному становищі – не зрозуміло, як склад третейського суду може діяти у такій ситуації. Оскільки в Регламенті МКАС нічого не вказується про можливість часткового або повного скасування Постанови про забезпечувальні заходи, ми можемо лише припустити, що склад тре-

²⁷ Пункт 6 Положения о международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации.

²⁸ Пункт 1 Параграфу 36 якого встановлює, що склад арбітражу може «...розпорядитися про прийняття будь-якою стороною таких забезпечувальних заходів по відношенню до предмету спору» і такого роду забезпечувальні заходи можуть прийматися складом арбітражу у вигляді проміжного рішення. Як бачимо, Регламент МКАС при ТПП РФ не наділяє Голову МКАС або іншу особу повноваженнями приймати рішення про забезпечувальні заходи. Регламент МКАС при ТПП РФ затверджено Наказом ТПП РФ від 18 жовтня 2005 року № 76.

тейського суду, якщо до нього звернеться сторона про скасування цих заходів, може, але не зобов'язаний, розглянути цю скаргу та прийняти рішення або про залишення в силі, або про скасування Постанови. Тоді виникне інше питання – а чи може інша сторона оскаржити рішення складу третейського суду з цього питання? І чи не буде в цьому разі двох постанов, одна з яких буде вважатися недійсною? Як бачимо, ми потрапляємо в сферу практично нічим не обмежених припущень, щодо можливих дій, жодна з яких не має підґрунтя в діючому законодавстві.

Інше питання, а чи може сторона звернутися до державного суду з заявою про скасування Постанови Голови МКАС про забезпечувальні заходи? Здається ні, тому що вказана Постанова не може вважатися актом певного органу чи посадової особи – МКАС це не орган, він не юридична особа, він не державна установа, а його голова не посадова особа.

Як бачимо – жодних процедур для оскарження, жодних процедур для змін або скасування вказаних Постанов. В цьому питанні панує повна правова невизначеність.

Можливість примусового виконання Постанов, ухвалених як Головою МКАС та складом третейського суду щодо забезпечувальних заходів на території України.

Закон України «Про виконавче провадження» містить вичерпний перелік документів, які є виконавчими та на підставі яких державна виконавча служба України уповноважена порушувати виконавче провадження та здійснювати примусове виконання.

Будь-які розпорядження, ухвали, постанови третейських судів, в тому числі міжнародних комерційних третейських судів, до даного переліку не входять. Так, відповідно до пункту 1 статті 3 Закону України «Про виконавче провадження» до переліку документів, що підлягають виконанню державною виконавчою службою України відносяться: виконавчі листи, що видаються судами, та накази господарських судів, у тому числі на підставі рішень третейського суду, Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті Укра-

їни та Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України. На відміну від ухвал загальних судів про забезпечення позову, які виконуються в порядку, встановленому для виконання судових рішень, аналогічних положень щодо постанов чи ухвал Голови МКАС або його заступників про забезпечувальні заходи українське законодавство про міжнародний комерційний арбітраж та виконавче провадження не містить. Не передбачає воно також і положень, відповідно до яких примусово могли б виконуватися відповідні розпорядження або постанови складу третейського суду про забезпечувальні заходи, винесені відповідно до статті 17 Закону «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Висновки

Досліджені нами питання дозволяють зробити такі висновки.

Правове регулювання в Україні процедур застосування міжнародними комерційними арбітражами забезпечувальних заходів щодо спорів, які вони розглядають, суперечливе, не розвинене, не регулює багато питань, з цим пов'язаних, не спрямоване на захист прав позивачів. З початку його створення законодавцем було закладено підстави для постійного відтворення такої правової невизначеності та суперечливості. З одного боку рішеннями Президії Торгово-промислової палати України голови двох постійно діючих арбітражних органів наділено правом приймати рішення про вжиття забезпечувальних заходів, що прямо суперечить положенням закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», а з іншого боку право складу третейського суду приймати заходи забезпечувального характеру так і залишилися декларативними, не отримавши багатьох механізмів реалізації цього права.

Також можна констатувати, що будь-які розпорядження чи постанови про вжиття забезпечувальних заходів, які прийняті в рамках розгляду справи міжнародними комерційними арбітражами в Україні, незалежно від того, ким вони прийняті, не мають статусу процесуальних документів, що підлягають примусовому виконанню, а від-

повідно, не можуть виконуватися із застосуванням процедур примусу, якщо сторона, по відношенню до якої встановлені ці заходи, добровільно їх не виконує.

Невиконання стороною, відносно якої ухвалена постанова про забезпечувальні заходи, встановлених нею заборон або примусів, не має для неї негативних правових наслідків.

Все це, безумовно, послаблює ефективність міжнародного комерційного арбітражу, як способу вирішення зовнішньоекономічних спорів порівняно з державними судами і таке становище потребує негайного вирішення.

Відповідні положення регламентів МКАС та МАК при ТПП України, якими голови цих постійно діючих арбітражних органів наділено правом приймати постанови про вжиття забезпечувальних заходів, суперечать закону і мають бути скасовані як перший крок на шляху створення сучасної правової бази в регулюванні відносин із застосуванням забезпечувальних заходів міжнародними комерційними арбітражами.

Передумови для нормального правового забезпечення та врегулювання питань ефективних та юридично обов'язкових забезпечувальних заходів щодо позовних вимог, що розглядаються міжнародними комерційними арбітражами, вже створені.

В 2006 році ЮНСІТРАЛ переглянуто Типовий закон ЮНСІТРАЛ Про міжнародний торговий арбітраж 1985р. та доповнено його рядом статей, серед яких статті 17 Н та 17 І Розділу 4 Глави IV А Типового закону ЮНСІТРАЛ із змінами та доповненнями від 2006 року²⁹. У вказаних статтях зазначено, що забезпечувальні заходи, що прийня-

ті третейським судом, є такими, що мають юридичну силу та підлягають визнанню та виконанню шляхом звернення до уповноваженого суду та можуть бути примусово виконані в порядку, подібному до того, який передбачений для визнання та виконання рішень третейських судів по суті спору і передбачають порядок для визнання та виконання рішень про вжиття забезпечувальних заходів шляхом подання заяви до уповноваженого державного суду.

Зазначене створює передумови внесення відповідних змін та доповнень до діючого законодавства України, а саме до закону «Про міжнародний комерційний арбітраж», до цивільного та господарського процесуальних кодексів України, до закону «Про виконавче провадження».

Література

1. Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж 1985 р.
2. Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.1994 р. № 4002-XII. – URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=4002-12>.
3. Положення про міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України – Додаток № 1 до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж».
4. Положення про Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті України – Додаток №2 до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж».
5. Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» от 7 июля 1993 года №5338-1.
6. Господарський процесуальний кодекс України. Лігабізнесінформ.
7. Закон України «Про виконавче провадження». Лігабізнесінформ.
8. Регламент Арбітражного інституту Торгової палати м. Стокгольму
9. Типовий Регламенту ЮНСІТРАЛ для арбітражів ad hoc.
10. Регламент МКАС при ТПП РФ.
11. Положення про арбітражний суд Німецької інституції по арбітражній справі.
12. Арбітражний Регламент Міжнародної торгової палати.

²⁹ Додаток 1 до Доповіді ЮНСІТРАЛ на 39 сесії ЮНСІТРАЛ 7 липня 2006р. Генеральна Асамблея ООН 4 грудня 2006 року на 64-му пленарному засіданні прийняла резолюцію, в якій Генеральна Асамблея рекомендує, що б усі держави сприятливим чином розглянули можливість прийняття переглянутих статей Типового закону або переглянутого закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж при прийнятті або перегляді свого законодавства з урахуванням бажаності забезпечення однаковості законодавства про арбітражні процедури і конкретних вимог практики міжнародного комерційного арбітражу.

13. Регламент МКАС при ТПП України в редакції, який затверджено Рішенням Президії Торгово-промислової палати України від 25 серпня 1994 року. Протокол № 107(3).

14. Регламент МКАС при ТПП України, затверджений Рішенням Президії Торгово-промислової палати України від 17 квітня 2007р. (Протокол N 18(1)).

15. Додаток 1 до Доповіді ЮНСІТРАЛ на 39 сесії ЮНСІТРАЛ 7 липня 2006р. Генеральна Асамблея ООН 4 грудня 2006 року на 64-му пленарному засіданні.

16. Доріченко Іванна «Практичні аспекти взаємодії між судами та арбітражними трибуналами в міжнародному комерційному арбітражі». Юридичний журнал. www.justinian.com.ua.

SUMMARY

The article concerns modern and problematic matters of security measures application at international commercial arbitration.

17. Александров Илья «Важнейшие практические проблемы международного коммерческого арбитража в некоторых странах СНГ и ЕС» www.yurclub.ru

18. Притика Юрий «Забезпечувальні заходи в міжнародному комерційному арбітражі». Практика международного коммерческого арбитража. № 1-2 (3-4) 2007.

19. С.А. Курочкин. Государственные суды в третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже. - М.: Волтерс Клувер, 2008.

20. Гражданский процесс. Учебник. - М.: Изд-во Бек, 1996.