

**НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ  
ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА  
ІМЕНІ АКАДЕМІКА Ф.Г. БУРЧАКА  
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ**

Кваліфікаційна наукова праця  
на правах рукопису

**ЗАПОРОЖЧЕНКО АРКАДІЙ ВІТАЛІЙОВИЧ**

УДК 340.141-042.3::347.999-05

ДИСЕРТАЦІЯ

**ПРАВОВІ МЕЖІ АРБІТРАЖНОГО РОЗСУДУ**

081 Право

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело  
\_\_\_\_\_ / Запорожченко А. В. /

**Науковий керівник:**  
Гайдулін Олександр Олександрович,  
доктор юридичних наук,  
доцент

## АНОТАЦІЯ

**Запорожченко А. В. Правові межі арбітражного розсуду –**  
*Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.*

Дисертація на здобуття ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 – Право. Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, Київ, 2023.

Необхідність науково-правового дослідження правових меж арбітражного розсуду зумовлена недостатньою доктринальною розробленістю концепції арбітражного розсуду та його меж, на відміну від дослідженості судового розсуду в Україні. Стрімкість та мінливість арбітражної практики, яка часто випереджає законодавче регулювання механізму правозастосування при вирішенні спорів у міжнародному комерційному арбітражі та третейських судах, неминуче приводить до прогалин у законодавстві та необхідності їх заповнення шляхом використання розсуду та дискреції. Неспровоковане повномасштабне вторгнення Російської Федерації в Україну неминуче вплинуло на розвиток економічних відносин та їх правове регулювання, зачепило усі сфери людського життя українців. Надання Україні статусу кандидата на вступ до ЄС, лише посилює необхідність всебічного утвердження принципу правовладдя та його важливої складової – правової визначеності.

Наукова новизна одержаних результатів полягає головним чином у тому, що дисертація є першим цивілістичним дослідженням, яке присвячене арбітражному розсуду в Україні.

Так, уперше визначено юридичну сутність правових меж розсуду (дискреції) як диспозитивних регуляторів правозастосування та саморегулювання поведінки суб'єктів правореалізації, а також виявлено головне призначення цих меж, що полягає у встановленні міри автономного і

розумного волевиявлення (*lex voluntatis*) таких суб'єктів, виходячи з цього встановлено зміст антонімічного щодо розсуду поняття свавілля в праві як грубого порушення таких меж.

У доктрині арбітражу розмежовано поняття «розсуд» та «дискреція» як родові і видові та побудовано білінгвістичну (англо-українську) терміносистему предметної сфери дослідження, до складу якої вперше віднесено легальні терміни, відмінні від «розсуду», але такі, що позначають юридичні конструкції реалізації дискреційних повноважень трьох типів: (а) вибору одного із законодавчо встановлених варіантів дій; (б) узгодження на договірній основі розсуду сторін; (с) вільного розсуду на основі аналогії права.

Запропоновано змістовно нову загальну дефініцію розсуду в праві як інтелектуально-вольової форми реалізації природного права на свободу думки і волі, яка здійснюється через морально-правову оцінку та раціональну кваліфікацію конкретної юридичної ситуації, що дозволяє істотно уточнити застосовувану норму права або створити нову норму на основі загальних принципів права, серед яких визначальними є справедливість, розумність, добросовісність.

Уперше у вітчизняній правовій науці реалізовано англomовний концепт *arbitral discretion* у значенні «арбітражний розсуд», який є загальним до понять «розсуд арбітрів» (*arbitrators' discretion*) і «розсуд сторін» (*parties' discretion*), та побудовано відповідні дефініції. Автором обґрунтовано необхідність розмежування суддівської та арбітражної дискреції в процесі правозастосування; встановлено їх розбіжності за колом суб'єктів, наділених дискреційними повноваженнями.

Здійснено аналіз морально-правової природи судової та арбітражної дискреції з позицій герменевтики права, який дозволив установити, що розв'язання дилеми добра і зла в ситуаціях зловживання правом виступає аксіологічним обґрунтуванням необхідності дискреційної нормотворчості, яка реалізується в межах юридичної конструкції аналогії права та

репрезентована в практиці прийняття арбітражного рішення *ex aequo et bono*, яка ще не отримала поширення, достатнього для більш поглибленого її наукового дослідження.

Виявлено, що неюридичні (моральні, психологічні, релігійні, політичні тощо) межі розсуду за доктриною, чинним законодавством України та європейських країн романо-германської традиції права мають другорядне значення щодо юридичних (позитивно-правових) меж розсуду і можуть застосовуватися лише субсидіарно в ситуаціях заповнення прогалін у законодавстві та для додання зловживань буквою закону за допомогою аналогії права; водночас за англо-американською культурно-правовою традицією такі морально-правові межі є первинними та визначальними для кожного прецеденту і репрезентуються як приписи здорового глузду (*common sense*) учасників правовідносин у конкретній юридичній ситуації; встановлено, що саме останній підхід закріплений як провідний у міжнародних конвенціях приватноправового змісту.

Доведено, що в порівнянні з усіма іншими юрисдикціями правове регулювання арбітражним законодавством розсуду арбітрів та сторін арбітражної процедури передбачає більш значний обсяг їхніх дискреційних повноважень, а самі межі арбітражного розсуду реалізуються на практиці переважно в договірній формі як узгодження позицій сторін; з огляду на те, що право України досить часто визначається як застосовуване матеріальне право, якщо місце арбітражу знаходиться на території нашої країни, обґрунтовано, що реальному розширенню дискреції в арбітражі має сприяти не збільшення питомої ваги спеціальних норм у Цивільному кодексі України, а, навпаки, – істотне зменшення казуальності матеріальних норм у процесі рекодифікації вітчизняного цивільного законодавства.

Було удосконалено класифікацію підходів до розуміння розсуду; виокремлено як найбільш поширений в судовій та арбітражній практиці фіксовано-вибірковий підхід, що передбачає у суб'єкта правореалізації повноваження вибору в певному діапазоні можливих дій тієї моделі

поведінки, яка є доцільною з його точки зору. Також зазначено що при такому розсуді не створюється новий нормативний зміст, а здійснюється вибір з декількох фіксованих варіантів, що зумовлює назву пропонованого підходу.

Також удосконалено наукові положення щодо визначального впливу публічного порядку (*ordre public*), який встановлений надімперативними нормами права держави місця арбітражу та виконання арбітражного рішення (*lex fori*), на арбітражний розсуд. Так, встановлено, що застереження про публічний порядок є головною юридичною конструкцією, яка істотно обмежує автономію волі (*lex voluntatis*) сторін арбітражної угоди як базового акту реалізації їхньої договірної дискреції.

Подальшого розвитку дістав загальний соціокультурний підхід до аналізу сутності правових явищ та процесів, зокрема аксіологічний та герменевтичний методи в праві, що дозволило виявити специфіку неюридичних меж арбітражного розсуду.

Модифіковано спеціальний компаративно-правовий метод через специфікацію його застосування до порівняння норм чинного законодавства з урахуванням соціокультурного та культурно-історичного контекстів.

Концептуально осмислити сутність соціокультурних меж дискреції та встановити субсидіарний характер їх застосування щодо законодавчих меж розсуду дозволили прикладні логіко-лінгвістичний та соціологічний методи операціоналізації оціночних понять.

Практичне значення одержаних результатів, полягає в тому, що досягнуті результати дослідження можуть бути використані в *законотворчій та нормотворчій діяльності* в процесі рекодифікації цивільного законодавства, автором також запропоновані зміни до Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України з метою звуження можливостей свавільної поведінки та неоднозначного трактування його положень, у *науково-дослідницьких цілях* для формування підґрунтя наступних наукових розвідок, у *навчальному*

*процесі з метою реалізації тренінгів, вебінарів, щодо використання розсуду в арбітражі, зокрема для навчання аспірантів розроблено силабус навчальної дисципліни «Правова герменевтика судового та арбітражного розсуду».*

**Ключові слова:** розсуд; дискреція; розсуд сторін; розсуд арбітрів; свавілля; правові межі; міжнародний комерційний арбітраж; третейський суд; медіація; правозастосування; правовладдя.

## SUMMARY

**Zaporozhchenko A. V. Legal limits of arbitral discretion – *Qualifying scientific work on the rights of the manuscript.***

Dissertation for obtaining the degree of Doctor of Philosophy in specialty 081 – Law. The Academician F. H. Burchak Scientific Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of National Academy of Law Sciences of Ukraine, Kyiv, 2023.

The need for a scientific-legal study of the legal limits of arbitration is driven by the insufficient doctrinal elaboration of the concept of arbitration and its limits, unlike the research on judicial decisions in Ukraine. The rapidity and variability of arbitration practice, which often precedes legislative regulation of the mechanism of legal application in resolving disputes in international commercial arbitration and tribunals, inevitably leads to gaps in legislation and the need to fill them through the use of discretion and judgment. The unprovoked full-scale invasion of Ukraine by the Russian Federation inevitably affected the development of economic relations and their legal regulation, touching upon all spheres of the lives of Ukrainians. Granting Ukraine candidate status for EU accession only reinforced the need for comprehensive affirmation of the rule of law and its important component – legal certainty.

The scientific novelty of the obtained results primarily lies in the fact that the dissertation is the first civil law study dedicated to arbitration proceedings in Ukraine.

For the first time, the legal essence of the legal limits of discretion is defined as the dispositive regulators of legal application and self-regulation of the behavior of subjects of legal realization. The main purpose of these limits is identified, which lies in establishing the measure of autonomous and reasonable expression of will (*lex voluntatis*) of such subjects. Based on this, the content of the anonymous concept to discretion, namely arbitrariness in law, as a gross violation of these limits, is established.

In arbitration doctrine, "judgement" and "discretion" are differentiated as a genus and species. A bilingual (English-Ukrainian) terminology system of the research subject area is constructed, which, for the first time, includes legal terms distinct from "discretion" but denoting legal constructions for the implementation of discretionary powers of three types: (a) choosing one of the legislatively established options for action; (b) agreement on contractual discretion of the parties; (c) free discretion based on analogy of law.

A substantively new and comprehensive general definition of discretion in law is proposed as an intellectual-volitional form of implementing the natural right to freedom of thought and will. This implementation occurs through moral-legal evaluation and rational qualification of a specific legal situation, allowing for a significant clarification of the applied legal norm or the creation of a new norm based on general principles of law, among which justice, reasonableness, and good faith are pivotal.

For the first time in domestic legal science, the English-language concept of arbitral discretion is implemented. This concept is overarching to the notions of "arbitrators' discretion" and "parties' discretion." Corresponding definitions are constructed. The author substantiates the necessity of distinguishing between judicial and arbitral discretion in the process of legal application, identifying their differences in terms of the scope of subjects endowed with discretionary powers.

An analysis of the moral-legal nature of judicial and arbitral discretion is conducted from the standpoint of legal hermeneutics. This analysis allows establishing that resolving the dilemma of good and evil in situations of abuse of

rights serves as an axiological justification for the necessity of discretionary norm-setting. This is realized within the framework of the legal construction of analogical reasoning and is represented in the practice of rendering arbitration decisions *ex aequo et bono*. This approach has not yet received widespread adoption sufficient for more in-depth scientific research.

It is identified that non-legal (moral, psychological, religious, political, etc.) limits of discretion, according to doctrine and current legislation in Ukraine and European countries of the Roman-Germanic legal tradition, have secondary importance compared to legal (positive-legal) limits of discretion. Non-legal limits may only be applied subsidiarily in situations where gaps in legislation need filling or to overcome abuses of the letter of the law through analogy of law. Meanwhile, according to the Anglo-American cultural-legal tradition, these moral-legal limits are primary and definitive for each precedent, representing prescriptions of common sense for participants in legal relations in specific legal situations. It is established that this latter approach is enshrined as a leading one in international conventions of private law content.

It has been demonstrated that, compared to all other jurisdictions, the legal regulation of arbitration by arbitral legislation provides a more significant scope of discretionary powers for arbitrators and parties involved in arbitration proceedings. The limits of arbitral discretion are primarily implemented in practice through contractual means, such as the alignment of the parties' positions. Considering that Ukrainian law is often defined as the applicable substantive law when the place of arbitration is within the country, it is argued that the real expansion of discretion in arbitration should be facilitated not by increasing the relative weight of special norms in the Civil Code of Ukraine but, conversely, by substantially reducing the casuistry of substantive norms during the re-codification of domestic civil legislation.

The classification of approaches to understanding discretion has been refined, highlighting the most prevalent fixed-selective approach in judicial and arbitration practice. This approach grants the subject of legal realization the



authority to choose from a certain range of possible actions, selecting the behavior model that is deemed appropriate from their perspective. It is noted that this type of discretion does not create new normative content but involves choosing from several fixed options, hence the name given to the proposed approach.

Furthermore, improvements have been made to the scientific positions regarding the defining impact of public policy (*ordre public*) established by the imperative norms of the law of the state of arbitration and the enforcement of arbitral awards (*lex fori*) on arbitral discretion. It is established that the reservation of public policy is a key legal construct that significantly restricts the autonomy of will (*lex voluntatis*) of the parties to an arbitration agreement as the fundamental act of realizing their contractual discretion.

The further development embraced a comprehensive socio-cultural approach to analyzing the essence of legal phenomena and processes, particularly employing axiological and hermeneutical methods in law. This allowed for identifying the specificity of non-legal limits of arbitral discretion.

The specialized comparative-legal method was modified through the specification of its application to compare the norms of current legislation, considering socio-cultural and cultural-historical contexts.

Conceptually contemplating the essence of socio-cultural limits of discretion and establishing their subsidiary nature in relation to legislative limits of discretion were made possible through applied logical-linguistic and sociological methods for operationalizing evaluative concepts.

The practical significance of the obtained results lies in the fact that the research findings can be utilized in legislative and normative activities during the process of recodifying civil legislation. The author has also proposed changes to the Rules of the International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry to narrow the possibilities of arbitrary behavior and ambiguous interpretation of its provisions. The results can be used for further scientific investigations, in educational processes for organizing training sessions, webinars on the use of discretion in arbitration, and specifically in

teaching PhD students through the development of a syllabus for the course "Legal Hermeneutics of Judicial and Arbitration Discretion".

**Keywords:** discretion; judgement; parties' discretion; arbitrators' discretion; arbitrariness; legal limits; international commercial arbitration; arbitral tribunal; mediation; legal application; rule of law.

### СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА

*Статті у наукових виданнях, включених на дату опублікування до переліку наукових фахових видань України:*

1. Гайдулін О. О., Запорожченко А. В. Компаративна інтерпретація понять законодавчого регулювання та правової дискреції: досвід Казахстану та перспективи для України. Часопис Київського університету права. 2018. № 3. С. 26-29.

2. Запорожченко А. Дискреція та автономія волі в міжнародному арбітражі: розмежування базових понять. Підприємництво господарство і право. 2020. № 12. С. 305-310. DOI: <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.53>

3. Zaporozhchenko A. The prospective effect of a plea agreement on the judge's discretion and of an arbitration agreement on the arbitrator's discretion: comparative legal aspect. *Entrepreneurship, Economy and Law*. 2022. № 3. P. 116-121. DOI: <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2022.3.18>

4. Запорожченко А. В. Революційна правосвідомість від широти дискреції до свавілля та суцільної зарегульованості. *Juris Europensis Scientia*. 2023. Вип. 1. С. 3-7. DOI: <https://doi.org/10.32782/chern.v1.2023.1>

*Публікації, що підтверджують апробацію матеріалів дисертації:*

5. Запорожченко А. В. Застосування принципу розумності утвердження принципу верховенства права у контексті реалізації Угоди про асоціацію Україна ЄС. *Наближення законодавства України до права Європейського Союзу в контексті Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом: Збірник матеріалів міжнародної науково-практичної*

конференції (9 грудня 2019 року) ред. кол.: Кузьменко О.В., Чорна В.Г. Київ: Кафедра, 2019. С. 41-44.

6. Запороженко А. В. Межі суддівської та арбітражної дискреції через призму конкуренції юрисдикцій. *Судова влада в системі стримувань та противаг демократичного суспільства: компаративна теорія і практика*: матер. Всеукр. наук.-практ. конф. (15 січня 2021 р.) ред. кол.: Ф. П. Шульженко та ін. Київ: Юрінком Інтер, 2021. С. 69-71.

7. Запороженко А. В. Двосторонній інвестиційний договір як підстава для застосування розсуду міжнародним інвестиційним арбітражем. *Договір як універсальна форма правового регулювання*: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної онлайн-конференції присвяченої до 30-річчя Навчально-наукового юридичного інституту (м. Івано-Франківськ, 25 березня 2022 р.). Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2022. С. 71-73.

8. Запороженко А. В. Інституціоналізація міжнародного інвестиційного арбітражу в Україні під час війни: необхідність та світові тренди. *Правове регулювання фінансових послуг: національний, європейський, глобалізаційний виміри* матер. науково-практичного круглого столу (м. Суми, 27 січня 2023 р.). Суми Сумський державний університет, 2023. С. 59-63.

9. Запороженко А. В. Недійсність арбітражної угоди через недобросовісні дії однієї з сторін. *Договір як універсальна форма правового регулювання*: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції присвяченої пам'яті академіка Національної академії правових наук України, заслуженого діяча науки і техніки України, доктора юридичних наук, професора Володимира Васильовича Луця (1933-2021) (м. Івано-Франківськ, 7 квітня 2023 р.). Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2023. С. 178-181.

10. Запороженко А. В. Дискреція та розсуд суду при вирішенні житлових спорів. *Правові засади як основа регламентації та регулювання житлових відносин в умовах воєнного часу*: збірник матеріалів науково-

практичного круглого столу (м. Київ, 19 травня 2023 р.). Київ: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2023. С. 111-117.

11. Запорожченко А. В. Вплив процесуальних норм права на процедуру розгляду спорів у міжнародному комерційному арбітражі. *Імплементация міжнародних стандартів у цивільне та господарське судочинство України*: збірник матеріалів Шостого науково-практичного круглого столу (м. Київ, 15 червня 2023 р.) упорядник В. М. Короленко. Київ: Електрон. текст. дані. НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2023. С. 50-55.

*Опубліковані праці, які додатково відображають наукові результати дисертації:*

12. Запорожченко А. В. Межі розсуду сторін арбітражного розгляду: обґрунтування задуму дослідження. *Ius Privatum (legal doctrine and practice правова доктрина і практика)*. 2020. № 7-8 (1-2). С. 77-83. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4957215>

13. Запорожченко А. В. Основні концепції розсуду в теорії арбітражу. *Правове забезпечення ринкових відносин в умовах громадянського суспільства*: збірник наукових праць. Київ: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2022. С. 309-329.

## ЗМІСТ

<b>ВСТУП.....</b>	<b>14</b>
<b>РОЗДІЛ 1 ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ РОЗСУДУ В АРБІТРАЖІ ТА ЙОГО МОРАЛЬНО-ПРАВОВІ ВИМІРИ .....</b>	<b>26</b>
1.1 Основні загальні теоретичні концепції розсуду в їх історичному соціокультурному розвитку .....	26
1.2 Поняття та типологія розсуду в теорії права та арбітражу.....	45
Висновки до першого розділу.....	65
<b>РОЗДІЛ 2 АНАЛІЗ ПРАВОВИХ ПРИНЦИПІВ ТА НОРМ, ЯКІ РЕГУЛЮЮТЬ АРБІТРАЖНИЙ РОЗСУД ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ.....</b>	<b>68</b>
2.1 Загальні законодавчі засади визначення меж розсуду в арбітражі.....	68
2.2 Матеріальні норми цивільного та господарського законодавства, які встановлюють межі розсуду в арбітражі .....	90
2.3 Нормативно-правові межі розсуду за процесуальним та колізійним законодавством.....	118
2.4 Норми арбітражного законодавства, які регулюють розсуд, аналогію та дискрецію .....	133
Висновки до другого розділу.....	153
<b>РОЗДІЛ 3 ЗАСОБИ УНІФІКАЦІЇ ТА ГАРМОНІЗАЦІЇ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РОЗСУДУ В АРБІТРАЖІ.....</b>	<b>156</b>
3.1 Міжнародні та європейські засоби уніфікації та гармонізації процедур арбітражного розсуду в європейських країнах .....	156
3.2 Приватноправові засоби гармонізації національних інститутів арбітражного розсуду .....	176
Висновки до третього розділу .....	191
<b>ВИСНОВКИ .....</b>	<b>195</b>
<b>СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ .....</b>	<b>203</b>
<b>ДОДАТОК А СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ ТА ВІДОМОСТІ ПРО АПРОБАЦІЮ РЕЗУЛЬТАТІВ ДИСЕРТАЦІЇ .....</b>	<b>225</b>
<b>ДОДАТОК Б ПРОПОЗИЦІЇ ДО РЕГЛАМЕНТУ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖНОГО СУДУ ПРИ ТОРГОВО-ПРОМИСЛОВІЙ ПАЛАТІ УКРАЇНИ.....</b>	<b>229</b>
<b>ДОДАТОК В СИЛАБУС НАВЧАЛЬНОЇ ДИСЦИПЛІНИ «ПРАВОВА ГЕРМЕНЕВТИКА СУДОВОГО ТА АРБІТРАЖНОГО РОЗСУДУ».....</b>	<b>231</b>

## ВСТУП

**Обґрунтування вибору теми дослідження.** Актуальність теми обумовлена складністю завдань імплементації Україною зобов'язань щодо гармонізації свого законодавства відповідно до дороговказної для участі нашої країни у євроінтеграційних процесах Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони. У цьому контексті надзвичайно актуалізується необхідність зближення арбітражних процедур, без чого неможливе ефективне зближення в ключовій сфері, якою є економіка. Реалізація юридико-технічних по своїй суті завдань європеїзації арбітражного законодавства України набуває політичної, екзистенціальної значущості в умовах активної протидії інтеграції України до Європейського Союзу, що розгорнулася під час повномасштабної агресії Російської Федерації, та стане ще більш актуальною з початком відновлення економіки України у повоєнний період.

За таких умов провідною постає тенденція до розширення у міжнародних актах та національному арбітражному законодавстві дискреційних повноважень не лише арбітрів, а й сторін при вирішенні спорів у міжнародному комерційному арбітражі та третейських судах. У цьому контексті виникає необхідність у принциповому уточненні правової сутності дискреції, її загальної юридичної конструкції, меж розсуду в арбітражній процедурі.

Необхідність порівняльного науково-правового дослідження нормативно-правових меж арбітражного розсуду зумовлена недостатньою доктринальною розробленістю концепції арбітражного розсуду та його меж, на відміну від достатньої дослідженості судового розсуду в Україні. До того ж стрімкість та мінливість арбітражної практики, яка часто випереджає законодавче регулювання механізму правозастосування при вирішенні спорів

у міжнародному комерційному арбітражі та третейських судах, неминуче приводить до прогалин у законодавстві та необхідності їх заповнення шляхом використання розсуду та дискреції.

Загальнотеоретичні питання розсуду (дискреції) досліджували такі вітчизняні та зарубіжні науковці як: А. Барак (*A. Barak*) «Суддівська дискреція (*Judicial discretion*)», О. О. Гайдулін «Інтерпретація застосовуваного права європейськими арбітражами: розмежування базових понять», Р. М. Дворкін (*R. M. Dworkin*) «Серйозний погляд на права (*Taking Rights Seriously*)», М. Б. Рісний «Правозастосувальний розсуд (загальнотеоретичні аспекти)», а теоретико-процесуальні аспекти цієї проблематики, В. В. Коцкулич «Формування професійної правосвідомості судді та суддівського розсуду: організаційний та праксеологічний аспекти», П. В. Куфтирєв «Суддівський розсуд у теорії права», Т. С. Мартьянова «Розсуд суб'єктів правозастосовної діяльності», та ін.

Різні питання цивілістичного процесу та арбітражу, які є дотичними до арбітражного розсуду, репрезентовані в працях вітчизняних науковців по таких напрямках:

а) загальна теорія та методологія арбітражу: Ю. В. Білоусов та ін. «Міжнародний комерційний арбітраж», К. М. Воронов «Принцип «компетенції-компетенції» в міжнародному комерційному арбітражі», О. Т. Волощук та М. О. Гетманцев «Правовий статус арбітра міжнародного комерційного арбітражу», В. І. Гуменюк «Правові аспекти діяльності міжнародного комерційного арбітражу», К. М. Пільков «Теорія і практика доказування у міжнародному комерційному арбітражі», О. Д. Крупчан «Міжнародні стандарти категорії «публічний порядок» у сфері міжнародного комерційного арбітражу та її визначення у законодавстві та правозастосовній практиці України», З. В. Мамон «Співвідношення міжнародного публічного і міжнародного комерційного арбітражів», В. І. Нагнибіда «Теоретичні засади правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі», О. П. Подцерковний «Процедури міжнародного комерційного арбітражу та

порядок виконання (оспорювання) арбітражних рішень як новий правовий кластер», Ю. Д. Притика «Міжнародний комерційний арбітраж: питання теорії та практики», М. Ф. Селівон «Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: стан і перспективи розвитку», Г. А. Цірат «Міжнародний комерційний арбітраж»;

б) *актуальні проблеми правозастосування під час арбітражного провадження*: К. П. Бондар «Особливості правової природи арбітражних механізмів міжнародного центру з врегулювання інвестиційних спорів (ІКСІД)», В. М. Захватаєв «Арбітражне правосуддя в Україні» та «Арбітражно-правові системи країн світу», М. В. Купцова «Арбітражна угода як основа компетенції міжнародного комерційного арбітражного суду», М. М. Мальський «Арбітражна угода: теоретичні та практичні аспекти», В. К. Матвійчук «Міжнародний комерційний арбітраж», Г. Є. Прусенко «Забезпечувальні заходи в міжнародному комерційному арбітражі»;

в) *судовий розсуд та інші галузеві проблеми дискреції для порівняння з арбітражним розсудом*: Є. Д. Боярський «Обмеження застосування колізійних норм у міжнародному приватному праві України», Н. Л. Бондаренко-Зелінська «Врегулювання спору за участю судді: проблеми та перспективи застосування», І. О. Бут «Розгляд цивільно-правових спорів третейськими судами в Україні», М. Б. Гарієвська «Дискреційні повноваження суду при розгляді цивільних справ у суді першої інстанції», Б. В. Деревянко «Застосування альтернативних способів захисту прав суб'єктів господарювання: українські реалії та досвід країн ЄС», С. О. Кравцов «Міжнародний комерційний арбітраж та національні суди», Ю. А. Михальський «Третейські суди в Україні», А. М. Мірошніченко «Суддівський розсуд, судова помилка та суддівське свавілля (через призму юридичної відповідальності суддів)», В. А. Реун «Третейські суди в Україні: організаційно-правові аспекти», С. М. Теплюк «Застереження про публічний порядок як підстава для відмови у визнанні і виконанні іноземних арбітражних рішень», О. М. Торгашин «Правові засади регулювання



діяльності Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України (господарсько-правовий аспект)», О. В. Яценко «Суддівський розсуд як засіб забезпечення справедливості судочинства» та ін. Проте наразі існує потреба комплексного дослідження меж розсуду саме в арбітражі.

**Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами.** Тема дисертації є складовою тематики науково-дослідних робіт Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України: «Інституційно-правове забезпечення майнових інтересів держави та суб'єктів приватного права в умовах регіональної нестабільності» (номер державної реєстрації 0117U002141), «Правове забезпечення ринкових відносин в умовах громадянського суспільства» (номер державної реєстрації 0118U003068) і «Правове забезпечення ринкових відносин в умовах євроінтеграції» (номер державної реєстрації 0123U100002). Основні положення дисертації були обговорені на засіданнях Вченої ради Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, та представлені у формі наукового повідомлення 25.11.2020 року (протокол № 11) і науковій доповіді 25.05.2022 року (протокол № 5). Тему дисертаційного дослідження затверджено Вченою радою Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України 28.10.2020 року (протокол № 10) та уточнено 27.09.2023 року (протокол № 12).

**Мета:** дослідження морально-правових та позитивно-правових меж розсуду арбітрів та сторін арбітражної процедури для подальшої концептуалізації законодавчого обмеження арбітражного розсуду в Україні та модернізації арбітражного законодавства в процесі його європеїзації.

**Завдання дослідження** виокремлено за послідовністю реалізації дослідницьких процедур за такими змістовними напрямками:

- 1) *теорія арбітражного розсуду та методологія його дослідження:*

- висвітлити теоретичні концепції розсуду та їх соціокультурний історичний розвиток;
- розкрити типологію розсуду в теорії права та в арбітражі;
- уточнити систему загальної, спеціальної та прикладної методології дослідження арбітражного розсуду;

2) *правова кваліфікація меж арбітражного розсуду як головного змісту предметної сфери дослідження:*

- визначити загальні законодавчі засади меж арбітражного розсуду;
- з'ясувати які норми цивільного та господарського законодавства встановлюють межі арбітражного розсуду;
- виявити нормативно-правові межі розсуду в процесуальному та колізійному законодавстві;
- окреслити в арбітражному законодавстві сукупність норм що регулюють розсуд, дискрецію та аналогію;

3) *реалізація науково-прикладного потенціалу запропонованої концептуалізації меж арбітражного розсуду в правотворчій та правозастосовчій практиці:*

- висвітлити міжнародні та європейські засоби гармонізації та уніфікації процедур арбітражного розсуду;
- виявити приватноправові засоби гармонізації національних інститутів арбітражного розсуду;
- здійснити пошук засад вдосконалення арбітражного законодавства.

**Об'єкт дослідження:** правовідносини, що виникають у процесі здійснення розсуду (дискреції) арбітрами (третейськими судьями) та сторонами вирішення спорів у міжнародному комерційному арбітражі та третейському суді.

**Предмет дослідження:** правові межі арбітражного розсуду, репрезентовані в цивілістичній доктрині, міжнародно-правових актах, *lex mercatoria*, актах м'якого права, національному законодавстві України та

країн – членів Європейського Союзу, а також практиці міжнародних комерційних арбітражів.

**Методи дослідження.** Теоретико-методологічну основу дослідження становлять загальнонаукові, філософські та спеціальні методи. На всіх етапах дослідження використовувалися методи аналізу та синтезу, а також формально-логічний та системно-структурний методи.

*Провідним загальним методом* дослідження є культурно-історичний (аксіологічний) метод, який використаний на всіх його етапах, проте особливо в підрозділах 1.1 та 1.2. За його допомогою досліджено історичне та етимологічне підґрунтя понять «розсуд» та «дискреція», на підставі чого здійснено їх поділ як родові та видові.

*Спеціальним методом* є порівняльно-правовий метод з елементами герменевтичного та догматичного методів (порівняльного тлумачення законодавчих норм), який використаний у підрозділах 2.1, 2.2, 2.3, 2.4 та 3.1. Зокрема, з використанням цього методу здійснено тлумачення законодавчих норм, у яких використано юридичні конструкції: вибору, дозволу, згоди (схвалення), погодження, угоди (домовленості), аналогії права та розсуду. Виявлено та протлумачено норми арбітражного законодавства країн – членів ЄС, які надають можливості до реалізації дискреційних повноважень сторін та арбітрів.

*Прикладними методами* є логіко-лінгвістичний і соціологічні методи змістовного вивчення документів та контент-аналізу (можливості цих методів головним чином реалізовані в підрозділі 3.2). Використання цих методів надало можливості провести операціоналізацію юридичних конструкцій що надають змогу до реалізації розсуду, а також виявити спільні норми в арбітражних регламентах провідних міжнародних комерційних арбітражних інституцій.

**Наукова новизна одержаних результатів** полягає головним чином у тому, що дисертація є першим цивілістичним дослідженням, яке присвячене

арбітражному розсуду в Україні. Наукова новизна результатів дослідження конкретизується в таких положеннях і висновках, що виносяться на захист:

*уперше:*

1) визначено юридичну сутність правових меж розсуду (дискреції) як диспозитивних регуляторів правозастосування та саморегулювання поведінки суб'єктів правореалізації, а також виявлено головне призначення цих меж, що полягає у встановленні міри автономного і розумного волевиявлення (*lex voluntatis*) таких суб'єктів; на цій основі встановлено зміст антонімічного щодо розсуду поняття свавілля в праві як грубого порушення таких меж;

2) у доктрині арбітражу розмежовано поняття «розсуд» та «дискреція» як родові і видові та побудовано білінгвістичну (англо-українську) терміносистему предметної сфери дослідження, до складу якої вперше віднесено легальні терміни, відмінні від «розсуду», але такі, що позначають юридичні конструкції реалізації дискреційних повноважень трьох типів: (а) вибору одного із законодавчо встановлених варіантів дій; (б) узгодження на договірній основі розсуду сторін; (с) вільного розсуду на основі аналогії права;

3) запропоновано змістовно нову загальну дефініцію розсуду в праві як інтелектуально-вольової форми реалізації природного права на свободу думки і волі, яка здійснюється через морально-правову оцінку та раціональну кваліфікацію конкретної юридичної ситуації, що дозволяє істотно уточнити застосовувану норму права або створити нову норму на основі загальних принципів права, серед яких визначальними є справедливість, розумність, добросовісність;

4) у вітчизняній правовій науці реалізовано англomовний концепт *arbitral discretion* у значенні «арбітражний розсуд», який є загальним до понять «розсуд арбітрів» (*arbitrators' discretion*) і «розсуд сторін» (*parties' discretion*), та побудовано відповідні дефініції; обґрунтовано необхідність розмежування суддівської та арбітражної дискреції в процесі

правозастосування; встановлено їх розбіжності за колом суб'єктів, наділених дискреційними повноваженнями;

5) здійснено аналіз морально-правової природи судової та арбітражної дискреції з позицій герменевтики права; це дозволило встановити, що розв'язання дилеми добра і зла в ситуаціях зловживання правом виступає аксіологічним обґрунтуванням необхідності дискреційної нормотворчості, яка реалізується в межах юридичної конструкції аналогії права та репрезентована в практиці прийняття арбітражного рішення *ex aequo et bono*, яка ще не отримала поширення, достатнього для більш поглибленого її наукового дослідження;

6) виявлено, що неюридичні (моральні, психологічні, релігійні, політичні тощо) межі розсуду за доктриною, чинним законодавством України та європейських країн романо-германської традиції права мають другорядне значення щодо юридичних (позитивно-правових) меж розсуду і можуть застосовуватися лише субсидіарно в ситуаціях заповнення прогалин у законодавстві та для додання зловживань буквою закону за допомогою аналогії права; водночас за англо-американською культурно-правовою традицією такі морально-правові межі є первинними та визначальними для кожного прецеденту і репрезентуються як приписи здорового глузду (*common sense*) учасників правовідносин у конкретній юридичній ситуації; встановлено, що саме останній підхід закріплений як провідний у міжнародних конвенціях приватноправового змісту;

7) доведено, що в порівнянні з усіма іншими юрисдикціями правове регулювання арбітражним законодавством розсуду арбітрів та сторін арбітражної процедури передбачає більш значний обсяг їхніх дискреційних повноважень, а самі межі арбітражного розсуду реалізуються на практиці переважно у договірній формі як узгодження позицій сторін; з огляду на те, що право України досить часто визначається як застосовуване матеріальне право, якщо місце арбітражу знаходиться на території нашої країни, обґрунтовано, що реальному розширенню дискреції в арбітражі має сприяти

не збільшення питомої ваги спеціальних норм у Цивільному кодексі України, а, навпаки, – істотне зменшення казуальності матеріальних норм у процесі рекодифікації вітчизняного цивільного законодавства;

*удосконалено:*

8) класифікацію підходів до розуміння розсуду; виокремлено як найбільш поширений в судовій та арбітражній практиці фіксовано-вибірковий підхід, що передбачає у суб'єкта правореалізації повноваження вибору в певному діапазоні можливих дій тієї моделі поведінки, яка є доцільною з його точки зору; зазначено що при такому розсуді не створюється новий нормативний зміст, а здійснюється вибір з декількох фіксованих варіантів, що зумовлює назву пропонованого підходу;

9) наукові положення щодо визначального впливу публічного порядку (*ordre public*), який встановлений надімперативними нормами права держави місця арбітражу та виконання арбітражного рішення (*lex fori*), на арбітражний розсуд; зокрема встановлено, що застереження про публічний порядок є головною юридичною конструкцією, яка істотно обмежує автономію волі (*lex voluntatis*) сторін арбітражної угоди як базового акту реалізації їхньої договірної дискреції;

*дістало подальшого розвитку:*

10) загальний соціокультурний підхід до аналізу сутності правових явищ та процесів, зокрема аксіологічний та герменевтичні методи в праві, що дозволило виявити специфіку неюридичних меж арбітражного розсуду;

11) спеціальний компаративно-правовий метод через специфікацію його застосування до порівняння норм чинного законодавства з урахуванням соціокультурного та культурно-історичного контекстів;

12) прикладні логіко-лінгвістичний та соціологічний методи операціоналізації оціночних понять, які дозволили концептуально осмислити сутність соціокультурних меж дискреції та встановити субсидіарний характер їх застосування щодо законодавчих меж розсуду.

**Практичне значення одержаних результатів.** Досягнуті результати дослідження можуть бути використані у *законотворчій та нормотворчій діяльності* в процесі рекодифікації цивільного законодавства, також запропоновані зміни до Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України з метою звуження можливостей свавільної поведінки та неоднозначного трактування його положень, у *науково-дослідницьких цілях* для формування підґрунтя наступних наукових розвідок, у *навчальному процесі* з метою реалізації тренінгів, вебінарів, щодо використання розсуду в арбітражі, зокрема для навчання аспірантів розроблено *силабус навчальної дисципліни «Правова герменевтика судового та арбітражного розсуду»*.

**Особистий внесок здобувача.** Дисертація є самостійним науковим дослідженням. Сформульовані в дисертації положення, висновки та рекомендації, що виносяться на захист, отримані автором самостійно.

У співавторстві опубліковано наукову статтю Гайдулін О. О., Запорожченко А. В. Компаративна інтерпретація понять законодавчого регулювання та правової дискреції: досвід Казахстану та перспективи для України. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 3. С. 26–29 (автором особисто зібрано та опрацьовано матеріали доктринального характеру, розроблено мету дослідження, проведено порівняльний аналіз норм Цивільного кодексу України та Цивільного кодексу Республіки Казахстан, висвітлено концепцію «Ульге»).

Решту праць опубліковано без співавторства.

**Апробація результатів дисертації.** Основні результати дослідження були оприлюднені на науково-практичних конференціях і круглих столах: Міжнародній науково-практичній конференції «Наближення законодавства України до права Європейського Союзу в контексті Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом» (м. Київ, 9 грудня 2019 року); Всеукраїнській науково-практичній конференції «Судова влада в системі стримувань та противаг демократичного суспільства: компаративна теорія і

практика» (м. Київ, 15 січня 2021 року); Всеукраїнській науково-практичній онлайн-конференції, присвяченій 30-річчю Навчально-наукового юридичного інституту «Договір як універсальна форма правового регулювання» (м. Івано-Франківськ, 25 березня 2022 року); Науково-практичному круглому столі «Правове регулювання фінансових послуг: національний, європейський, глобалізаційний виміри» (Суми, 27 січня 2023 року); Всеукраїнській науково-практичній конференції, присвяченій пам'яті академіка Національної академії правових наук України, заслуженого діяча науки і техніки України, доктора юридичних наук, професора Володимира Васильовича Луця (1933–2021) «Договір як універсальна форма правового регулювання» (м. Івано-Франківськ, 7 квітня 2023 року); Науково-практичному круглому столі «Правові засади як основа регламентації та регулювання житлових відносин в умовах воєнного часу» (м. Київ, 19 травня 2023 року); Шостому науково-практичному круглому столі «Імплементация міжнародних стандартів у цивільне та господарське судочинство України» (м. Київ, 15 червня 2023 року).

**Публікації.** Основні положення та висновки дисертаційного дослідження викладено в 13 публікаціях, зокрема: 4 статтях у наукових виданнях, включених на дату опублікування до переліку наукових фахових видань України, 7 тезах доповідей, опублікованих у збірниках матеріалів конференцій та круглих столів, а також 2 публікаціях у інших наукових виданнях.

**Структура та обсяг дисертації.** Дисертація складається зі вступу, 3 розділів, 8 підрозділів, висновків, списку використаних джерел, 3 додатків. Повний обсяг дисертації становить 237 сторінок, із них основного тексту 189 сторінок. Список використаних джерел налічує 220 найменувань і займає 22 сторінки.

Посилання на джерела та список використаних джерел викладені відповідно до стилю оформлення списку наукових публікацій APA у його 7-й редакції (American Psychological Association. (2020). *Publication manual of the*



*American Psychological Association* (7th ed.). <https://doi.org/10.1037/000016S-000>), відповідно до пункту 2 Рекомендованого переліку стилів оформлення списку наукових публікацій – Додаток 3 до Вимог до оформлення дисертації (пункт 11 розділу III), затверджені наказом МОН України «Про затвердження Вимог до оформлення дисертації» від 12.01.2017 № 40.

## РОЗДІЛ 1

### ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ РОЗСУДУ В АРБИТРАЖІ ТА ЙОГО МОРАЛЬНО-ПРАВОВІ ВИМІРИ

1.1 Основні загальні теоретичні концепції розсуду в їх історичному соціокультурному розвитку

З'ясування такого відомого, але науково непізнаного поняття, як розсуд або дискреція уявляється доцільним розпочати з аналізу діалектики його вербальної форми та значеннєвого змісту. Для цього необхідно звернутися до його етимології (походження) та семантики (значеннєвого змісту) й відслідкувати як морально-правова сутність дискреції поступово викристалізовувалася в європейській культурній і правовій традиції.

Перш за все доцільно провести соціокультурний аналіз поняття дискреції (розсуду) в Стародавньому Римі.

Латиною «дискреція» (*discretio*) означає «розподіл, розрізнення». Цей іменник є однокорінним до дієслова *discernere* «розходить, суперечити, не узгоджуватися, бути незгодним; різнитися, відрізнятися, бути предметом спору; не мати згоди, представляти різні думки», яке утворено з приставки *dis-* «поділ, роз'єднання» + *cernere* «розрізняти, розбирати, помічати, бачити; мати на увазі, враховувати; вирішувати, визначати; наважуватися; битися; просівати», що походить від праіндоевр. *\*krei* «просівати, розрізняти» (Harper, n.d.-b).

Слід також звернути увагу на те, що термін «дискретний» у його загальноприйнятому значенні, враховуючи його латиномовну природу, розуміється як «окремий, відмінний від інших» (Harper, n.d.-a). Отже, етимологічне коріння «дискретності» веде саме до ідеї індивідуальної свободи, яка захищає право кожної вільної особи реалізувати свою неповторність на тлі численних соціальних детермінантів.

Виходячи з того, що етимологія та семантика певних умовних одиниць акумулює реальний зміст мислення та діяльності у певну епоху суспільного буття, доповнимо лінгвістичний аналіз предмета нашого дослідження аналізом суто історичним.

Доцільно розглянути розсуд як поняття античної філософії та давньоримської юриспруденції.

Початок класичного європейського періоду раціональності припадає на V ст. до н.е. Він пов'язаний з інтелектуальною революцією, яка відбувалась у грецьких-містах державах. Таким чином, розумність стає одним із важливих мірил соціального буття, шляхом запровадження раціональності як основи суспільних відносин. Так, «вищим критерієм у релігійних системах стає Бог як втілення світового духу, у філософських системах прихований від емпіричного пізнання Розум цього світу» (Брило, 2012, с. 205). Пізніше відбувається зміщення раціоналізації від ідеї Бога, до людського розуму (Брило, 2012, С. 205), можливо, навіть до категорії здорового глузду.

Передвісником латинського *discretio* є давньогрецький термін *софросюне* (грецьк. *σοφροσύνη*, англ. *sophrosyne*) (Harper, n.d.-с). Дійсно, зміст цього поняття багато в чому унікальне і з певними застереженнями «не має аналогів у європейських мовах: воно означає якості того, чия душа здорова, в якому все гармонійно, хто не дозволяє собі віддаватися ні нескромній гордості, ні низинним пристрастям» (Festugiere, 2023, р. 12). Однак з когнітивної точки зору «софросюне» ближче до «самопізнання, яке є пізнанням божественного в нас». Особливо важливо підкреслити розуміння софросюне як принципу пізнання добра і зла, «знання, що необхідне для справедливості й справедливого управління суспільством і державою». Отже, концепт цього поняття збігається з ідеєю свободи мислення і дії, «оскільки дурній людині (невігласу, безрозсудному) личить бути рабом, тоді як добродішній людині властива свобода» (Івченко, 2021, с. 86-87).

Однак найбільш широке застосування дискреції при відправленні правосуддя спостерігається саме у Стародавньому Римі. Це мало місце, в

першу чергу через те, що стародавнім римлянам було властиве «вроджене почуття справедливості» (*aequitas naturalis*), до того ж реалізацію такої матеріальної справедливості (*aequitas*) для римських громадян могла забезпечити лише процесуальна справедливість (*iustitia*) (Гайдулін, 2021, с. 138).

Одне з перших і найбільш відомих визначень дискреції виникло за часів панування класичного римського права і формулюється наступним чином: «дискреція є знанням того, що є справедливим з точки зору права» (лат. *discretio est scire per legem quid sit iustum*) (Ballentine, 2005, р. 128). Сенс цієї максими дуже прозорий головне призначення розсуду (дискреції) полягає у встановленні Вищої Справедливості, але в значенні не матеріальної еквівалентності (лат. *aequum*), а тієї ситуативної справедливості, яка встановлена судовим порядком (лат. *iustitia*).

Досить важливим є також те, що відповідно до цієї максими таке знання справедливого виявляється шляхом осмислення чогось (найімовірніше йдеться про «юридичну ситуацію») «за допомогою закону» (*per legem*). Отже, це не видумування принципово нового права (*ius*) шляхом саморефлексії, а **інтерпретація**, вільне трактування існуючих законів для заповнення прогалін у законодавстві шляхом аналогії.

Змістовно така мисленнева операція має ще одну дуже істотну особливість для вибору вихідного пункту такої аналогії необхідно розв'язати базову аксіологічну дилему добра і зла. Є всі підстави вважати, що задля встановлення такої справедливості суддя повинен звернутися до моральних витоків права і на ґрунті власного розуміння окреслити межу між правом і не правом, яка проходить по лінії розділення добра і зла. На це, приміром, вказує такий стійкий тогочасний фразеологізм, як «дискреція доброго і злого» (*discretio boni et mali*).

Саме ж поняття Добра, що займало чільне місце в системі моральних і правових понять Стародавнього Риму та походило від прикметника *bonus* (добрий, благий, славний, вправний, добротний, благородний), складається в

окрему морфологічну одиницю *bonum* (*bona*) що мало значення: добро, благо, користь, вигода, перевага, дарування, майно, надбання, багатство (Шаркова, 2011, с. 69).

Аксіологічний пошук богонатхненного Добра в людському житті спонукав до пошуку нових форм присутності Божої волі на Землі. Одним із результатів такого пошуку можна вважати сакральне право. Так, в епоху Ранньої республіки існував принцип поділу божественного та людського права (*fas* та *ius*). *Fas* (і його еквівалент *ius divinum*) розуміли як щось релігійно справедливе, таке, що вважається відповідним волі богів (Garcia, 1993, р. 135). Те, що суперечить божественній волі, вважалося мерзенним (*nefas*). В той же час існувало також сакральне право в прямому розумінні *ius sacrum* (священний закон), зведення правил, що регулювали відносини людини з божеством і визначали поведінку, якої необхідно дотримуватися при вчиненні обрядів, жертвоприношень та поклоніння (Garcia, 1993, р. 198).

Отже, з правотворчої точки зору, право визнавалося «еманацією волі» («творчим випромінюванням»): або богів, або Римського народу. На цьому тлі формується новий тип морально-правової дискреції, що мав явно виражений релігійний характер. Він замінює первісну (примітивну) дискрецію, суть якої полягала у відокремленні своїх богів від чужих. Замість розв'язання дилеми добра і зла в координатах «свій»-«чужий» актуалізується розділення людського та божого права, божих та людських справ. Встановлюється фактичний примат божого над людським. Тому перші римські юристи жерці-понтифіки. Вони спеціалізувалися саме на такій дискреції і намагалися проінтерпретовану певним чином божу волю застосувати до конкретних судових справ. Отже, Добром вважалося боже, а Злом суто людське.

Згодом поняття добра почало набувати значення, більш пов'язаного саме з майном. Так *bona* почало, розглядатись як сукупність усього майна, добра окремої особи, до якого входили всі суб'єктивні права (синонім *patrimonium*). Вважалося що до нього належало все те, що залишалося після

вирахування боргів – *intelleguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt* (Paul. D. 50. 16. 39.). При цьому, «не можна вважати майном те, що приносить більше шкоди, ніж користі» (Iav. D. 50. 16. 83), тобто, *bona*, це не просто своє, а корисне своє (Шаркова, 2011, с. 70).

Досить показовим є те, що суто юридичний за своїм змістом концепт дискреції актуалізується в Давньому Римі в період між 1 ст. до н.е та 1 ст. н.е., у часи комерціалізації суспільного життя, яке нерозривно пов'язується із частими випадками зловживанням правом (*mala fides*), що полягало в завданні шкоди іншій особі за відсутності формального порушення норм законодавства. Зловживання буквою права відбувалися шляхом використання такого трактування яке відповідало букві закону, але суперечило духу права. З цього приводу слушно зазначали автори Дигест. Приміром Павло (*Julius Paulus*; III ст.) вважав: «Чинить проти закону той, хто робить заборонене законом; чинить в обхід закону той, хто, зберігаючи слова закону, обходить його сенс» (Velyvis et al., 2010, р. 93). Ульпіан (*Domitius Ulpianus*; 170–228) також стверджував: «Обхід ж закону буває тоді, коли закон хоча і не бажає, щоб що-небудь було вчинено, проте не забороняє цього абсолютно і це відбувається; і як відрізняється сказане від задуманого, так розрізняються обхід закону з тим, що вчинено проти закону» (Velyvis et al., 2010, р. 93).

Все це дозволяє дійти висновку, що запровадження нормотворчої дискреції як утворення на основі принципу добросовісності (*bona fides*) нової норми, альтернативної тій, якою зловживають, виступало ефективним засобом протидії недобросовісності (*mala fides*). Це певним чином спростовує спроби надмірно обмежити розсуд у праві сучасними противниками лібералізації законодавства, бо вони перекручують реальні причинно-наслідкові зв'язки і стверджують, що дискреція неминуче веде до свавілля в праві та зловживань процесуальними правами (Бойко, 2019; Городецька, 2020; Сухацька et al., 2017; Шатрава, 2013; Красюк et al., 2019).

Відповідно до принципу добросовісності нова норма, альтернативна тій, якою зловживають, «виводиться», як би ми сьогодні сказали, за аналогією права. Критеріїв такої самостійної нормотворчості два: 1) матеріальний (еквівалентної справедливості) та 2) суб'єктивний (природної розумності). Отже, така новоутворена норма має передбачати «пропорційний, справедливий перерозподіл прав і обов'язків між сторонами цивільних правовідносин. Показником такої матеріальної справедливості є еквівалентність товарно-грошового обміну» (Шаркова, 2011, с. 37). Суб'єктивно зміст «добросовісної» норми має відповідати уявленням звичайної людини, носія здорового глузду у подібній ситуації правозастосування. Для цього в римському праві сформувався еталон поміркованого добросовісного суб'єкта свого права (*bonus pater familias*) (Шаркова, 2013).

Однак у посткласичний, юстиніанівський період римського права з укладанням Дигест (Пандект) Юстиніана, які були опубліковані в 529 році (Шаркова, 2011, с. 48), тенденція подальшого розвитку інституту дискреції абсолютно припиняється. Причиною тому можна вважати Конституцію *Tanta* 16 грудня 529 року, де було закріплено святість та непорушність Дигестів: «Схиліться перед цими законами і дотримуйтеся їх, залишивши в спокої всі попередні. І нехай не наважиться хтось із вас порівнювати їх з попередніми або шукати відмінності між колишніми та новими, бо все, що тут встановлено, ми визнаємо в якості єдиного і цілого, що має бути дотримано. І ні в суді, ні в іншому спорі, де закони необхідні, ніхто не повинен посилатися або вказувати на інші книги, крім як на складені і оприлюднені нами Інституції, Дигести і Конституції. Порушник буде підлягати найсуворішій відповідальності за підробку разом із суддею, який допустить розгляд справи за старими законами» (Шаркова, 2011, с. 51).

Тобто відбулася фактична заборона розсуду через догматизацію права в Юстиніанівську епоху.

Однак, як свідчить історико-правова наука, концепція дискреції була успішно відроджена в процесі рецепції римського права в середньовічній Європі. Переосмислення догматизованого юстиніанівською кодифікацією римського права глосаторами (*glossatores*), а з середини XIV ст. коментаторами (*consiliatores*) або постглосаторами (*postglossatores*) сприяло більш творчому ставленню тогочасних суддів до інтерпретації права. Саме на цьому тлі почала набувати поширення ідея відновлення використання дискреції та розсуду. Під час цього процесу відбулося зрощення канонічного права, звичаїв із римським правом, що сприяло створенню середньовічного *jus commune*, спільного доктринального права для всього європейського континенту.

Про те, що первісний значеннєвий зміст латинського *discretio* увійшов у дискурс інших європейських народів ще за часів Середньовіччя, свідчить наявність прямого запозичення цього поняття у тогочасних європейських мовах.

Так, англomовний етимологічний онлайн-словник *Etymonline* пропонує таке первісне визначення дискреції (*discretion*) в англійській мові за часів XIII століття: «змога сприймати та розуміти» (*ability to perceive and understand*), а з часів середини XIV століття «моральна проникливість, змога відділяти вірне від невірного» (*moral discernment, ability to distinguish right from wrong*) (Harper, n.d.-d).

Моральність римсько-правової дискреції стає більш значимою в середньовічному християнстві, коли формується релігійний інститут дискреції як ритуального страждання-аскези, яку приймає на себе чернець-схимонах і через самообмеження мирського життя розшукує духовну межу між добром і злом (Гайдулін, 2020b, с. 562).

Щоправда, дилема добра і зла є сутнісною для будь-якої релігії, але європейсько-правова концепція дискреції зазнала тривалого і найістотнішого ідейного впливу саме з боку християнського світогляду. Досить оригінальним є наступна оцінка «дискретності» (перервності) та «цілісності»



(неперевності), що реалізується у догматі «Божої Трійці», «єдиної але незливної»: «Християнство створило дискретного Бога з тих тенденцій, які вже були присутні в інших релігіях і набирали міць. Створення Бога, який недосяжний смерті, на відміну від деяких язичницьких богів, що мали тенденцію вмирати (Таммуз, Осіріс, Адоніс, Персіфона, Мітра, Діоніс тощо) та воскресати, тобто були дискретними, призвело до визнання такого Бога, який був дискретним без порушення неперевності» (Савонова, 2019, с. 76).

Є сенс окремо зупинитися на біблейській аксіології, яка дозволяє висвітлити найбільш потаємні філософські смисли правової доктрини дискреції-розсуду.

Найбільш докладно морально-релігійна концепція *discretio boni et mali* була розроблена англійським схоластом-францисканцем Олександром Гельським (*Halensis, Alensis, Halesius, Alesius*; 1185–1245) (Halesius, 2018). Суть розуміння такого розрізнення полягає в тому, що зло як схильність людини розуміється Біблією як таке, що не дане Богом, проте стає драмою свободи людини. Бог створив людину за власним «образом і подобою» (Бут. 1:26), дав їй силу розрізнення і вибору поміж добром і злом тобто пішов на ризик, що людина таки обере зло. Тому зло розуміють результатом недосконалості нашої волі, зруйнованої первородним гріхом, який скеровує її до зла. Цікаво, що зло вважають можливістю, яка актуалізується в момент вибору. Людське рішення доповнюється підбуренням Зла, символізованого змієм (Бут. 3:1–5), який у пізніших текстах ототожнюється із дияволом (Йов. 1:6, Муд. 2:24, Ів. 8:44; Об. 12:9; 20:2) (Святе Письмо Старого та Нового Завіту, 1963).

Отже, зло, якщо його використовувати, стає гріхом не через брак чи надлишок волі людини, а від неправильного застосування такої волі. Зазначають, що «як тільки людина починає уявляти себе настільки вільною, що починає розрізняти і оцінювати добро і зло і діяти відповідно до власних оцінок, ступаючи тим самим на шлях гріха, а отже морального зла» (Добжиньські, 2018, с. 80).

Трактуючи сутність середньовічної християнської аксіології, відомий російський дореволюційний філософ польського походження Микола Онуфрійович Лоський (1870–1965) у своєму дослідженні «Бог і світове зло. Основи теодицеї» пропонує пізнавати природу зла лише через відношення з добром. Тому він розглядає відповідно позитивну цінність добра і зла через призму простого дискреційного оцінювання: «це добро», «те зло». На його думку, добро повинне існувати повсюдно, в той час як зло не має існувати й підлягає осуду. На думку Лоського, добро не існує в чистому вигляді, його постійно потрібно відділяти від зла, до того ж зло часто маскується у формі добра. З метою розрізнення добра та зла він пропонує простий критерій добра Абсолютне Начало або Бог. Але, як зазначають дослідники доробку Лоського: «Лише особистість, наділена розумом і душею, може володіти всією повнотою буття та з'єднувати феноменальний та ноуменальний рівні» (Добжинські, 2018, с. 90).

Найбільш істотним, на наш погляд, у християнському розумінні Добра і Зла є те, що, незважаючи на Божественну еманацию Добра від Бога, ця найвища благодать не «відкривається» Всевишнім індивіду. Кожна людина має активно прийняти таке дарування, самотужки усвідомити його сенс через співставлення з альтернативою Злом.

У правових координатах така «теоретична конструкція» свободи прийняття Благодаті в її найвищому, філософсько-правовому розумінні проявляється як *lex voluntatis* (автономія волі або свобода волевиявлення).

Найвищого ступеню розробленості ця концепція Богом натхненого розсуду отримала в творчості німецького католицького теолога-містика Екгарта фон Гохгайма (*Eckhart von Hochheim*) або майстера Екгарта (1260–1327/8), який «проповідував Новий Завіт з Богом, заснований на свободі» і через це звинувачений «у заохоченні ересі вільного духу». Він вважав, що «свобода це наша незв'язаність, ясність, цілісність..., те, що стало звільненим у Святому Дусі». Тому «праведна людина не служить ні творінню, ні Богу, бо вона вільна і тим ближче вона до справедливості, тим

більше сама є свободою». Таким чином, найвища та справжня дискреція, на думку Екгарта це по суті аскеза монаха, за допомогою якої «людина повинна звільнитися від зовнішніх почуттів, повернутися всередину і зануритися в небуття всього і самого себе» (Eckhart, 2009, р. 4-13).

Якщо звернутися до сутності дискреції в контексті філософських рефлексій навколо ідеї свободи мислення і волі у Новий та Новітній час, можливо становити, що у Новий час поступово починається процес деклерикалізації ідеї Свободи в праві, чому значною мірою сприяло поширення руху протестантизму (Литвинов, 2019, с. 35). Навіть саме розуміння толерантності Церкві вже починає пов'язуватися з правом на свободу розсуду самого віруючого. На цьому, наприклад, наголошував великий англійський філософ Джон Локк (*John Locke*; 1632–1704), який писав у своєму листі «*A Letter Concerning Toleration*», що церква це «добровільна спільнота людей, які поєдналися за спільною згодою для того, щоб публічно визнавати Бога в спосіб, який, на їхній розсуд, є прийнятним для Нього й ефективним для спасіння їхніх душ. Я говорю, що це вільна і добровільна спільнота» (Locke, 2010, р. 40). Водночас римсько-католицька церква ним обвинувачується саме в запереченні права на дискрецію: «Папісти не повинні користуватися благом толерантності тому, що там, де вони володіють владою, вони вважають своїм обов'язком відмовляти в ній іншим» (Locke, 2010, р. 99).

Не дивно, що ця логіка привела Дж. Локка до висновку про можливість відходити від приписів закону «на благо суспільства», використовуючи розсуд: «...законодавці, не в змозі передбачити все і створювати відповідні закони на всі випадки, коли це може бути корисно спільноті, і тоді виконавець законів, маючи в своїх руках владу, володіє на основі загального закону природи правом використовувати її на благо суспільства в багатьох випадках, коли муніципальний закон не дає ніяких вказівок» (Locke, 1690, р. 175).

Інший англійський філософ, засновник теорії суспільного договору Томас Гоббс (*Thomas Hobbes*; 1588–1679) розвивав ці лібералістичні ідеї та вказував на те, що «природне право, яке письменники зазвичай називають *jus naturale*, це свобода будь-якої людини використовувати власні сили на свій розсуд для збереження своєї власної природи, тобто власного життя, і, отже, свобода робити все те, що, на її думку, є найбільш належним для цього». При цьому наголошуючи, що «... *jus i lex*, право і закон ... слід розрізняти, тому що право полягає у свободі щось робити чи не робити, тоді як закон визначає та зобов'язує до однієї з частин цієї альтернативи: так що закон і право відрізняються настільки ж, наскільки зобов'язання і свобода, які в тому самому питанні несумісні» (Hobbes, 1651, p. 79).

Підтримує подібні інтенції й великий філософ-раціоналіст Барух (Бенедикт) Спіноза (*Benedictus de Spinoza*; 1632–1677), який вважав, що «ніхто не може перенести на іншого своє природне право або свою здатність вільно розмірковувати і судити про будь-які речі, і ніхто не може бути змушений до цього». Водночас «те правління вважається насильницьким, яке важиться на розум, і що верховна величність, певно, чинить несправедливість підлеглим і узурпує їхнє право, коли хоче приписати, що саме кожен має приймати як істину і відкидати як брехню. Адже це є правом кожного, що ним ніхто, хоч би й бажав цього, не може поступитися» (Спіноза, 2018, с. 366).

Розсуд найбільш систематично був осмислений в рамках метафізики свободи в німецькій філософії Нового часу.

Так вагомий внесок у філософію свободи розсуду зробив великий німецький мислитель Готфрід Вільгельм Лейбніц (*Gottfried Wilhelm Leibniz*; 1646–1716), який вважав, що найвищою досконалістю у світі є свобода. Він був переконаний, що для нерозумної людини «у тисячі дій природи виявляється випадковість, а у кого не має розсуду, коли він діє, не має свободи» (Истомина, 1889, с. 15). Таким чином, «... найдосконаліша свобода

скоріше за все полягає в тому, щоб не бути обмеженим при виборі найкращого» (Ariew, 2000, p. 37).

Серед філософів Нового часу найбільш продуктивні ідеї не лише щодо загальнофілософської ідеї свободи, а й стосовно правової концепції дискреції висунув засновник німецької класичної філософії Іммануїл Кант (*Immanuel Kant*; 1724–1804). Він розумів свободу як незалежність волі від примусу почуттєвості, а одним з обмежень від такого тиску державне та правове насилля. Однак джерелом людської свободи Кант вважав не чистий (теоретичний) розум, а саме *практичний розум*, під яким він розумів «такий рід діяльності, який можливий тільки через волю» (Kant, 1956, p. 43). «Розсудливість не черпає свої закони із природи, а приписує їх їй» (Kant, 2004, p. 72).

Саму волю німецький філософ розумів «як здібність визначати саме себе для здійснення вчинків відповідно до уявлень про ті чи інші закони» (Kant, 1998, p. 35). Однак найбільш значущим у цих філософських конструкціях є запровадження концепту автономії волі окремого індивіда, яку Кант визначав як «таку властивість волі, дякуючи якій вона сама для себе закон (незалежно від якихось властивостей об'єктів волевиявлення)» (Kant, 1998, p. 47). Саме на цьому принципі побудована свобода в її розумінні як «імперія духу (*ein Reich der Freiheit*), що володіє розумом людей (*unter dem Regiment der Freiheit stehen*)», якій поклонявся послідовник І. Канта філософ і поет Фрідріх Шиллер (*Friedrich Schiller*; 1759–1805) (Schiller, n.d.).

Особливу позицію, дещо відсторонену від пануючого в Новий та Новітній час раціоналістичного підходу до свободи як «усвідомленої необхідності» або «волі, яку стримує відповідальність», зайняв великий німецький мислитель Йоганн Вольфганг фон Гете (*Johann Wolfgang von Goethe*; 1749–1832), автор рядків безсмертної трагедії «Фауст», що бентежать людство маже два століття: «Лиш той життя і волі гідний, Хто б'ється день у день за них!» (*Nur der verdient sich Freiheit wie das Leben, Der täglich sie erobern muß!*) (Гете, 2013, с. 487).

Він вважав, що первинне творче начало залишається за Богом, який не припинив творіння світу, а продовжує цей креативний процес саме через людину. Однак провідна інстанція людського мислення, на думку Гете, суто сенситивна: «Хто не довіряє своїм почуттям, той дурень, який неминуче перетвориться в умоглядного спостерігача» (Goethe, 1982, р. 432). Тільки синтезуюче почуттєве споглядання може привести до такого стану, коли відбувається «розсуд якогось великого принципу, що завжди являє собою геніальну розумову операцію» (Matussek, 2010).

Кантівську лінію «вольової» сутності свободи продовжив німецький філософ-ірраціоналіст Артур Шопенгауер (*Arthur Schopenhauer*; 1788–1860). Він виокремив три види свободи: фізичну, інтелектуальну та моральну. Перші дві свободи для Шопенгауера мають умовний характер є «відносними і порівняними». Лише моральна свобода є абсолютною, бо «позбавлена будь-якого визначення» і «непідпорядкована жодним правилам». Тому саме вона й є для Шопенгауера *liberum arbitrium indifferentiae* (індиферентна свобода волі). Іншими словами, повна свобода це така воля, яка репрезентується як вільний, ніким і нічим необмежений моральний вибір індивіда, цілісна, неподільна свобода, таке раціональне ядро особистості, яке вже не підлягає жодній дискреції. Шопенгауер категорично протиставив «емпіричне» та «абстрактне» поняття свободи. Перше формулюється досить просто: «я вільний, якщо *можу робити те, що я хочу*». Причому він наголошує: «слова «що я хочу» вже вирішують питання про свободу». «Більш абстрактне значення» полягає в тому, що «свобода мислиться як «відсутність *будь-якої необхідності*» (Schopenhauer, 1903, р. 116-127).

Послідовник Артура Шопенгауера, німецький філософ-ірраціоналіст Фрідріх Вільгельм Ніцше (*Friedrich Wilhelm Nietzsche*; 1844–1900) першим протипоставив негативному підходу «свободи від» позитивний підхід «свободи для». Якщо Шопенгауер проголосив відмову «волі до життя», то Ніцше стверджував у житті «волю до влади». Саме «воля до влади» була для нього «станом, який забезпечує людині повну гармонію її наймогутніших

інстинктів, її совісті та її ідеалів» (Nietzsche, 1968, р. 12). Воля до влади «інтерпретує», при цьому інтерпретація «сама по собі є лише засобом досягнення панування над чимось (органічний процес постійно передбачає інтерпретування)» (Nietzsche, 1968, р. 342).

Розглянемо ситуативні виміри дискреції в екзистенціональній філософії Новітнього часу.

Поворот у бік «епістемологізації» свободи як суто інтелектуального процесу здійснив видатний німецький філософ ХХ ст. Мартін Гайдеггер (*Martin Heidegger*; 1889–1976), який пропонував трактувати «свободу як умову відкритості буття суцього, тобто розуміння буття». Отже, для нього «сутність істини відкривається як свобода» і тому сама свобода по суті є вільним мисленням (Heidegger, 1988, р. 38).

Цей напрям філософської думки, який фактично веде до ототожнення свободи і дискреції (вільного розсуду), продовжили філософи-екзистенціоналісти Новітнього часу, які акцентували увагу на винятково ситуативній природі свободи розсуду, яка завжди здійснюється в конкретному контексті людського буття. При цьому таке мислення є не суто емпіричним і абстрактно-теоретичним, бо «мить екзистенціального часу є вихід у вічність» (Бердяєв, 1939, с. 216).

Відомий російський релігійний філософ українського походження Микола Олександрович Бердяєв (Николай Александрович Бердяев; 1874–1948) такий вихід у вічність бачив у релігійній вірі, бо «свобода, на його думку, і є сам Бог, і вона була спочатку всіх речей» (Бердяєв, 1947, с. 95). Іншими словами дискреція як релігійне таїнство є ментальний шлях до Свободи як Богоподібної Творчості, «...у цьому таємниця творчості і появи новизни. У цьому таємниця свободи. Це є парадокс часу» (Бердяєв, 1947, с. 120).

Інший яскравий представник екзистенціоналізму, німецький філософ і психіатр Карл Теодор Ясперс (*Karl Theodor Jaspers*; 1883–1969) вважав, що тільки людська екзистенція відкриває шлях до свободи та істини, бо «людина

єдина істота у світі, якій у її наявному бутті відкривається буття» (Jaspers, 2016, р. 446). Однак він уперше актуалізував питання людської комунікації в процесі набуття людської свободи. Зокрема Ясперс стверджував: «Розум вимагає безмежної комунікації, він сам тотальна воля до комунікації» (Jaspers, 2016, р. 437).

Нарешті французький філософ і письменник Жан-Поль Сартр (*Jean-Paul Charles Aymard Sartre*; 1905–1980) спробує максимально гуманізувати свободу і бачить умовою її пізнання та реалізації не «екзистенцію», яка подібно до всього світу сама по собі не має сенсу, а саму людину. Отже, свобода є атрибутом самої людини і тому «передує сутності людини, робить її можливою, сутність буття людини не визначена в її свободі» (Sartre, 1957, р. 25). Таким чином від суто епістемологічного, мисленнєвого розуміння свободи Сартр переходить до її онтологічної характеристики як основи людського буття.

Не дивно, що в такій ідейній обстановці питання дискретності або свободи розсуду постає одним із центральних в самому філософському мисленні як проблема його *дискретності* в значенні граничної визначеності його вихідних буттійних, онтологічних і суто пізнавальних, епістемологічних витоків. Це можливо лише через певну *дискретизацію*, тобто пошук проміжку часу від створення чогось до його трансформації, як-от «автор кожного конкретного твору в певному сенсі помирає після його закінчення, натомість написання нового твору символізує відродження цього автора у новому амплуа» (Менжулін, 2011, с. 22). В момент між написанням творів і відбувається трансформація автора, його дискретність, при всій зовнішній унітарності.

Відповідно до ідейних засад постмодерну таким «проміжком», у відносинах індивідів, усе частіше визначається ситуація формування консенсусу в процесі змагального діалогу різних версій у ситуаціях конфлікту інтерпретацій або *конверсії альтерверсій* (Гайдулін, 2021, с. 351). Як помічають багато сучасних дослідників, в обстановці визнаного



концептуального плюралізму дискретизація світу супроводжується формуванням так званого *трансверсального мислення* (Горбунова, 2012).

При цьому дискретизацію, хоча вона термінологічно актуалізувалася в сучасну постіндустріальну епоху інформаційного суспільства, не можна зводити до «перетворення неперервної функції на дискретну» як вона розуміється в інформатиці (Коленов, 2008, с. 5). Технологічно дискретизація світу це його репрезентація через заміну безперервного континууму кінцевим набором точок. Це таке «оцифрування» світу, яке його операціоналізує шляхом розбиття цілого на керовані складові. Однак це не скасовує величезний аксіологічний зміст дискреції, а навпаки загострює дилему Добра і Зла, з огляду на ті виклики та загрози, що виникають у світі в процесі тотальної діджиталізації.

Такий екскурс в історію філософської аксіології дозволяє дійти висновку про те, що в найбільш широкому розумінні дискреція є творчою інтелектуально-вольовою діяльністю людини з перетворення дійсності на засадах добра і справедливості, що знаходить свій прояв у праві як свобода нормотворчості суб'єктів правореалізації.

Проте слід визнати, що крайня аксіологічна наповненість поняття дискреції ускладнює його операціоналізацію. Однак не можна не помітити того факту, що окрім надзвичайної морально-релігійної насиченості семантики цього поняття, воно активно використовується як у досить широкій практиці побутової комунікації, так і як юридико-технічний прийом.

При цьому слід підкреслити, що для позначення цього утилітарно-практичного, достатньо операціоналізованого змісту спостерігається використовується більш «приземленого» поняття «розсуд», а не духовно «піднесеного» «дискреція».

До такого припущення вперше дійшов О. О. Гайдулін, який помітив неповну відповідність латиномовного *discretio* україномовному «розсуду» (Гайдулін, 2020b, с. 561). Однак ця гіпотеза потребує ретельної перевірки на конкретному лінгвістичному матеріалі.

Слід звернути увагу на те, що іменник «розсуд» в українській мові є однокорінним із словами «суд», «правосуддя». Проте в англійській мові латинське запозичення *discretion*, не є однокорінним із визначенням «суду» – *court*, як і у латині *discretio* не має спільного кореня із визначенням суду або судочинства *judicia*. У досить близьких до української польській та російській мовах поняття розсуду також відмінне від латиномовної традиції: пол. «*wgląd*» та рос. «усмотрение». Деякі науковці (Попов, 2014; Кахновець, 2021) вербалізують розсуд в українській транслітерації як «угляд», що, таким чином, є калькою польської та російської мов (Куфтирєв, 2009, с. 8-9).

За матеріалами етимологічного онлайн-словника *Etymonline* виявляється, що розуміння дискреції у англійському дискурсі зазнавало істотних змін. До кінця XIV ст. використовувалася конструкція «*in (one's) discretion*», тобто дискреція вважалася способом мислення праведної людини, яка бачить зло. З 1570-х років почала використовуватися конструкція «*at (one's) discretion*». Таке розуміння було започатковане ще наприкінці XIV ст. як «право вирішувати чи судити, право діяти на власний розсуд» (*power to decide or judge, power of acting according to one's own judgment*) (Harper, n.d.-d). Цим засвідчується факт паралельного вживання поняття «*judgment*» у близькому значенні до «*discretion*».

Словник *Etymonline* пропонує такі приклади використання цього поняття. З середини XIII ст., *jugement* вживається у значенні «дії судового розгляду, судовий процес», також «здатності приймати рішення», що походить від старофранцузького *jugement* «юридичне рішення; діагноз». Згодом це поняття трактується як «покарання, що накладається судом», а з початку XIV ст. як «будь-яке авторитетне рішення, вердикт у судовій справі», у тому числі й як остаточний суд над людським родом у майбутньому («Судний день» засвідчено з кінця XIV ст.) (Harper, n.d.-d).

Приблизно з 1300 р. *judgment* починає розумітися як певна думка, а також «проникливість», і навіть як «божественне призначення» (Harper, n.d.-e).

Про те, що сучасна семантика *judgement* та *discretion* певним чином збігаються, про свідчить Кембриджський онлайн-словник (*Cambridge dictionary*), який серед інших пропонує таке визначення поняття «*judgment*»: вміння формувати цінні думки та приймати правильні рішення; рішення або думка про когось або щось, яке формується після уважного осмислення (*Cambridge Dictionary, n.d.*).

У цьому ж словнику запропоновані різні визначення, які вживаються у «сучасній бізнес-англійській» мові, зокрема таке «рішення, яке ви приймаєте, або думка, яку ви маєте, після розгляду всіх фактів у наявній ситуації» (*Cambridge Dictionary, n.d.*).

Все це наводить на думку, що поняття *judgment* в англomовному дискурсі можна вважати відповідником поняття «розсуд» в українomовному дискурсі. Однак це не розв'язує питання про правомірність синонімії понять «дискреція» та «розсуд», а лише загострює цю проблему.

В українській мові спостерігається не тільки синонімія дискреції та розсуду, а й спроба визначити одне через інше.

Так, Великий тлумачний словник сучасної української мови містить таке визначення поняття «дискреція»: «вирішення посадовою особою або державним органом якого-небудь питання за власним розсудом; спосіб вирішення економічних проблем, який полягає у тому, що особа, орган, що приймають рішення, діють в основному на власний розсуд» (Бусел, 2005, с. 298).

Поняття «розсуд» тут тлумачиться більш розширено: «1. Рішення, висновок. 2. Розмірковування, роздум. 3. Те саме, що розум» (Бусел, 2005, с. 1265).

Правовий дискурс вимагає подолання будь-якої невизначеності, двозначності, у тому числі й синонімії. Тому в правознавстві необхідно відмовлятися від ототожнення «дискреції» та «розсуду». Це можливо, якщо врахувати помічену тенденцію в англomовному та українomовному дискурсах більш широкого трактування «розсуду» та «*judgment*» і на цій основі діяти

висновку про те, що дискреція та розсуд співвідносяться як частина й ціле, де ціле це розсуд, а частина дискреція, тобто вони знаходяться у родо-видових відносинах. Примітно, що таку позицію поділяють й інші дослідники «категорія «розсуд» виступає родовим поняттям стосовно поняття «дискреція» (Мазуренко, 2021, с. 197).

У світлі такого логіко-змістовного впорядкування досліджуваних понять доцільним є розширення обсягу поняття «розсуд», беручи до уваги те, що латинська етимологія дискреції більше вказує не на «розсудливісну», а на аксіологічну, ціннісно-орієнтовну природу досліджуваного поняття.

Підсумовуючи здійснений аналіз, зазначимо, що наявність таких двох конкуруючих варіантів вербалізації предмета дослідження, як «розсуд» та «дискреція», не є випадковим, а відбиває його найістотнішу характеристику *розсудливісно-ціннісний дуалізм*. Цей дуалізм пов'язаний з проблемою людської свободи, яка може бути максимально реалізована тільки в процесі мислення. Однак така максимальна, «мисленнева» свобода особистості, яка досяжна на рівні раціонального мислення, не є абсолютною, вона має принципове обмеження пануючими в соціумі «ціннісними орієнтаціями», моральними критеріями розмежування Добра і Зла. Розсуд це мислення, але особливе, діяльнісне мислення, мислення в конкретній ситуації.

У випадках, коли Зло переважає над Добром у процесі мислення, вже йдеться про свавілля. Одним з прикладів саме свавілля є момент встановлення судочинства на основі «революційної правосвідомості» з прийняттям Радою Народних Комісарів Російської Соціалістичної Федеративної Радянської Республіки було прийнято Декрет про суд № 1 від 5 грудня (22 листопада) 1917 р. На нашу думку, з впровадженням такої конструкції була закріплена можливість для «суду» користуватися, фактично, власною дискрецією, наприклад шляхом абсолютно вільного призначення покарання, визнання певної сукупності дій злочином без жодного обґрунтування. Може здатися що таке правове регулювання засноване на гегемонії природного права над позитивним, однак, якщо

врахувати політику «червоного терору», то стає зрозумілим, що це виключна гегемонія нічим не обмеженої жорстокості та ненависті, яка не може бути навіть пов'язана з дискрецією. Ми вважаємо, що відбулася підміна понять, адже саме необмежена, свавільна дискреція судді, обрамлена у призму революційної, соціалістичної правосвідомості, совісті абощо, є джерелом права, при чому такого, що не має нічого спільного з правовладдям в сучасному розумінні (Запорожченко, 2023а, с. 4-5).

Культурологічний та філософський аналіз предмета дослідження, реалізований у цьому підрозділі, дозволяє побудувати *робочу загальну дефініцію розсуду як інтелектуально-вольового процесу особистісної оцінки та раціонального осмислення конкретних відносин та обставин з метою їх креативного перетворення у відповідності з базовими моральними цінностями та іншими потребами певного суспільства.*

Ця загальна соціокультурна сутність розсуду (дискреції) своєрідним чином проявляється в цивільному процесі та арбітражі, що потребує більш детального дослідження.

## 1.2 Поняття та типологія розсуду в теорії права та арбітражу

Багато дослідників справедливо помічають, що головна специфіка розсуду в праві полягає в тому, що він сам виступає як своєрідне «оціночне поняття». Оціночними ж поняттями в праві загалом і в арбітражі зокрема «вважаються такі поняття, зміст яких визначається не законом чи іншим нормативно-правовим актом, а правосвідомістю особи, яка застосовує відповідну правову норму, виходячи з конкретних обставин справи» (Торбас, 2020, с. 10). Тобто, легальна дефініція розсуду не уявляється можливою. Саме тому визначення сутності предмета нашого дослідження має здійснюватися виключно на основі порівняння його доктринальних дефініцій та класифікацій.

У вітчизняній доктрині права склалися різні концептуальні підходи до розуміння сутності розсуду, які редукуються на три групи, згадані О. О. Торбасом: 1) *філософський підхід*, за яким розсуд трактується гранично розширено як природне суб'єктивне право суб'єкта правореалізації на «вільний розумний вибір» власної поведінки або свобода думки та дій при здійсненні такого вибору; 2) *формально-юридичний*, в рамках якого розсуд розглядається як певні «повноваження» сторін, органів, посадових осіб на здійснення певних діянь, якими вони наділяються відповідним нормативно-правовим актом, правочином чи договором; 3) *розумово-діяльнісний*, за яким розсуд характеризують як розумову діяльність або правозастосовчий, акт здійснений на основі такого самостійного вибору (Торбас, 2020, с. 16).

Ілюструючи перший пропонований підхід можна навести визначення поняття розсуду, сформульовані науковцями у контекстах різних досліджень.

Так, на думку В. О. Копотя, суддівський розсуд визначається як складна категорія, що характеризується як *можливість (право)* судді врахувати в процесі вирішення конкретної справи особливості життєвої ситуації чи властивостей суб'єктів, а за наявності прогалин у праві чи колізійних норм винести рішення на основі *власного розуміння* справи в межах аналогії права чи закону (Копоть, 2008, с. 11).

М. Д. Савенко вважає що суддівський розсуд це *інтелектуально-вольова* діяльність, спрямована на законне, об'єктивне, неупереджене і справедливе вирішення спірних питань, що виникають у судочинстві або є предметом розгляду у випадках, дозволених або не врегульованих (Савенко, 2004, с. 75).

В. В. Польщиків наголошує на тому, що суддівський розсуд в українській правозастосовчій практиці розуміється більш широко: фактично про суддівський розсуд мова йде *в усіх випадках*, коли постає питання про тлумачення тієї чи іншої норми права, застосування інститутів аналогії закону та аналогії права у випадку наявності прогалин у законодавстві, при оцінці фактичних обставин справи (Польщиків, 2015, с. 14).

С. М. Глубоченко під поняттям судового розсуду розуміє передбачену та забезпечену правом з урахуванням меж правозастосовного розсуду *свободу* суб'єкта судового правозастосування для вибору найбільш оптимального правозастосовного рішення на основі гносеологічного, аксіологічного та психолого-етичного змісту власного світогляду (Глубоченко, 2011, с. 217).

О. В. Геселев стверджує, що розсуд *усвідомлена* суб'єктом правових відносин *можливість* вибору найбільш оптимального, пріоритетного варіанта правомірної поведінки, що виходить з аналізу правового припису та конкретних життєвих обставин (у т. ч. мети, інтересу, що підлягає задоволенню, тощо) (Геселев, 2009, с. 474).

Н. А. Бааджи надає таке визначення адміністративного розсуду: адміністративний розсуд це елемент юридичної діяльності суб'єкта публічної адміністрації, органу чи посадової особи, який характеризується певною *свободою* в правовому вирішенні того чи іншого питання, яка надається йому для прийняття раціонального, мотивованого й обґрунтованого рішення у справі в межах, визначених нормами права (Бааджи, 2020, с. 11).

Окреслюючи формально-юридичний підхід до розуміння розсуду, наведемо визначення, які відповідають його характеристикам.

М. Б. Гарієвська визначає дискреційні повноваження як передбачені нормами цивільного процесуального права *повноваження* щодо вчинення процесуальних дій з використанням розсуду на основі внутрішнього переконання з обов'язковою вказівкою на мотиви, об'єктивовані у визначеній законом формі (Гарієвська, 2017, с. 71).

Л. А. Остафійчук сформулювала визначення суддівського розсуду в його найбільш широкому тлумаченні: суддівський (судовий) розсуд (дискреція) це вихідний принцип здійснення правосуддя, який полягає в гарантуванні суб'єктові правозастосування (судді) *правомочностей* щодо обрання найбільш оптимального варіанта вирішення правового питання, відповідно до нормативно визначених меж, вихідних засад та цілей права,

відповідно до закону, обставин справи, засад доцільності, справедливості, розумності (Остафійчук, 2017, с. 62).

Г. П. Мельник пропонує розуміти судову дискрецію (розсуд) як зумовлене відносною невизначеністю права певним чином обмежене *повноваження* суду обирати такий варіант вирішення конкретної справи, який є максимально доцільним та справедливим у відповідній ситуації (Мельник, 2009, с. 45).

М. В. Багрій, який вважає більш доцільним до використання поняття «угляд», визначає угляд (розсуд) слідчого як обраний слідчим у межах своїх *повноважень* із декількох альтернатив (кожна з яких є законна) варіант поведінки, яка або прямо передбачена у правовій нормі, або виплаває з її змісту, або виникає через недосконалість конкретності чи повноти нормативного закріплення, у формі кримінально-процесуального акта (рішення) в рамках конкретного кримінально-процесуального провадження (Багрій, 2011, с. 102).

На думку О. О. Торбаса, розсуд у кримінальному процесі це *повноваження*, яке полягає в прийнятті за допомогою інтелектуально-вольового механізму одного обов'язкового для виконання юридично значущого законного рішення з декількох запропонованих кримінальним процесуальним законодавством альтернатив відповідно до обставин конкретного кримінального провадження з урахуванням засад кримінального провадження, професійного досвіду правозастосувача, судової та слідчої практики, моральних та етичних характеристик суб'єкта правозастосування, задля найкращого забезпечення приватних та публічних інтересів у кримінальному провадженні (Торбас, 2020, с. 41).

Розглядаючи розумово-діяльнісний підхід, необхідно висвітлити визначення, автори яких вважають що саме внутрішній процес мислення є провідним для розсуду.

В. С. Ковальський вважає, що судовий розсуд це *інтелектуально-вольовий* елемент судової діяльності, який полягає в *розумінні* (сприйнятті,



порівнянні) суддями предмета розглядуваних справ та прийнятті рішень у відносно визначених межах дії кримінально-правових норм (Ковальський, 2002, с. 201).

В. С. Канцір, розглядаючи в кримінальному процесі проблему судового угляду (вважаючи цей термін вдалішим аніж «судовий розсуд»), визначає його як дозволена кримінальним та кримінально-процесуальним законом *інтелектуальну діяльність* суду, змістом якої є проведення оцінки кримінально-правових та інших явищ і здійснення вибору одного з декількох, допустимих межами відносно-визначеної за змістом кримінально-правової та кримінально-процесуальної норми, варіанта правозастосовного рішення для забезпечення законності (Канцір, 1998, с. 10).

Н. А. Гураленко надає власне визначення саме суддівського розсуду це творча, *інтелектуальна* вольова *діяльність* судді, у процесі якої остаточно формується його моральна позиція й здійснюється пошук оптимального рішення щодо конкретної юридичної справи (Гураленко, 2012, с. 302).

Також здійснювалися численні спроби класифікації розсуду в загальній теорії права та галузевих науках.

Окрему увагу слід звернути на значну роботу з узагальнення класифікацій розсуду, проведenu П. В. Куфтиревим. Так, розсуд класифіковано: за видами норм, які застосовує суд (відносно-визначений та правомочний розсуд); за ступенем свободи судді (альтернативний, рамковий, змішаний, рамковий без верхньої межі); за формами діяльності суду (тлумачення тотожних за юридичною силою нормативних актів; усунення судом зовнішньої формальної колізійності норм; «чистий» суддівський розсуд); за інтелектуально-вольовою ознакою (оптимальний; безпосередній; інтуїтивний; довільний); за детермінантою норми права (*khadi*-розсуд; ненормативний розсуд; нормотворчий розсуд; нормативно-компромісний розсуд).

Однак не слід залишати поза увагою той факт, що П. В. Куфтиревим також запропоновано власну класифікацію суддівського розсуду за

«критерієм змісту судження, яка в дискретології розкриває внутрішню сутність розсуду та дозволяє відмежовувати останній від деяких однопорядкових категорій». Пропоновано три види розсуду атрибутивний, релятивний та екзистенційний. Для атрибутивного суддівського розсуду (в основі якого закладено судження-властивість) характерним є формулювання думки суду про ті чи інші фактичні події, що мають юридичне значення для справи. Для релятивного виду суддівського розсуду (в основі якого закладено судження-відношення) характерним є формулювання позиції суду в процесі здійснення правосуддя таким чином, що в ньому чітко означено ставлення (оцінка) суду до певних діянь сторін у справі. Екзистенційний суддівський розсуд, в основу якого закладено судження-існування, передбачає формулювання думки суду щодо підтвердження існування (або неіснування) певних явищ, предметів, прав, обов'язків. Варто погодитися з тим фактом, що така класифікація розсуду виявляє його творчо-інтелектуальну та інтерпераційну складову (Куфтирєв, 2009, с. 9-10).

Відомим американським філософом права Рональдом Дворкінім (*Ronald Myles Dworkin*; 1931–2013) пропонує власну класифікацію розсуду: 1. «Слабкий розсуд», який, у свою чергою, поділяється на два підвиди. Перший проявляється тоді, коли «з якоїсь причини стандарти, які має застосовувати посадова особа, не можуть бути застосовані механічно, а вимагають використання розсуду», другий у випадку якщо «якась посадова особа має остаточні повноваження для прийняття певного рішення і це рішення не може бути скасовано або змінено жодною іншою посадовою особою». 2. «Сильний розсуд», який проявляється у випадках, де «в якомусь питанні посадова особа просто не пов'язана жодними стандартами», «встановленими авторитетом» (Dworkin, 2013, р. 49-51).

Аарон Барак (*Aharon Barak*, אהרן ברק) пропонує власні класифікації судового розсуду: 1) від обсягу свободи при застосуванні розсуду: вузький розсуд (варіантів розсуду мало, але ніколи не менше двох); широкий розсуд (багато варіантів розсуду); 2) від ступеня обмежень, встановлених

законодавством: обмежений розсуд (наявні обмеження при застосуванні розсуду, визначені законодавцем); абсолютний розсуд (обмеження відсутні) (Барак, 2022, с. 14-15, 27-30).

Залишаючи поза розглядом критичний аналіз запропонованого і багато в чому недосконалого поділу поняття розсуду підкреслимо лише те, що граничне розширення його змісту, хоча й отримало назву «філософського підходу», є характерним для багатьох дослідників у сфері теоретичних та галузевих наукових досліджень. Саме цей гранично розширений підхід ми й покладемо в основу як дефінітивного визначення розсуду, так і його типології, бо саме в ньому найбільш повно розкривається загальноправовий принцип свободи в порівнянні з іншими.

На основі короткого огляду існуючих визначень розсуду та дискреції ми пропонуємо авторську дефініцію, суть якої полягає в наступному. ***Розсуд у праві** є діяльнісним проявом природного права на свободу думки і волі, що реалізується як інтелектуально-вольовий процес морально-правової оцінки в координатах дилеми добра і зла та раціональної кваліфікації конкретної юридичної ситуації, яка вимагає для її врегулювання істотного уточнення (певної «спеціалізації») існуючої норми права або створення нових норм на основі загальних принципів права, серед яких визначальними є: справедливість, розумність, добросовісність.*

Характерною рисою саме дискреції є те, що це найвищий ступінь правового розсуду як свободи думки і дії, творча, інтелектуально-вольова діяльність компетентного суб'єкта, в процесі якої визначально формується його моральна позиція з прийняття рішення у певній справі.

Таке розуміння дискреції повною мірою відповідає дефініції *discretion* у Вебстерському словнику (*Webster's Dictionary*): «повноваження державного службовця чи працівника діяти та приймати рішення на основі власного судження чи власної совісті, в межах розумності та закону (*the power of a public official or employee to act and make decisions based on his or her own judgment or conscience within the bounds of reason and the law*)» Merriam-

Webster, n.d.). Зауважимо, що таке визначення є справедливим не лише для «державних» посадових осіб, але й до будь-якого суб'єкта правореалізації, зокрема сторін арбітражного розгляду та арбітрів.

При цьому варто зробити декілька застережень щодо відмежування «розсуду» від інших суміжних понять.

По-перше, як справедливо відмічають різні дослідники, акцентування когнітивного (мисленнєвого) аспекту розсуду, що репрезентується на поверхні цього правового феномену, розмиває термінологічні межі досліджуваного нами поняття. Такий нібито «прихований розсуд» має місце під час правової кваліфікації практично будь-яких відносин і особливо під час тлумачення обраної для застосування норми (Торбас, 2020, с. 11). Таке надмірне розширення поняття розсуду зводить його просто до будь-якої розумової діяльності суб'єкта правореалізації. Як визначено у базовій дефініції нашого дослідження розсуд актуалізується лише в *конкретній юридичній ситуації, яка вимагає для її врегулювання **істотного уточнення існуючої норми права або створення нових норм.*** Отже, це не просто мислення, а такий когнітивний процес, який нерозривно пов'язаний з певним нормотворчим і водночас правореалізуючим волевиявленням. Це сплав мислення з приводу застосування певної норми, її змістовного уточнення або навіть утворення і, нарешті, реалізації.

По-друге, при такому підході розсуд (дискреція) у праві істотно наближається до поняття інтерпретації, у трактовці яку запропонував О. О. Гайдулін (Гайдулін, 2021, с. 352-353). Безумовно, розсуд це інтерпретація, але така, що актуалізує лише свій когнітивний та вольовий аспекти і умовно абстрагується від найбільш характерного, комунікативного (власне тлумачення). Отже, феноменологічно і сутнісно інтерпретація це не індивідуальний розсуд, а узгодження різних альтернативних варіантів розсуду з приводу однієї певної ситуації.

По-третє, наскільки актуальним є умовне «відмежування» *розсуду* від «правового мислення» та «інтерпретації права», настільки ж необхідним є

«поглинання» ним таких понять, як «аналогія закону» та «аналогія права», які по суті є поняттями, видовими для «розсуду». Така логіка впорядкування цих понять стане зрозумілою в подальшому дослідженні в контексті класифікації видів правового розсуду.

Узагальнюючи співставлення понять близьких до предмета дослідження, пропонуємо короткий нарис авторської терміносистеми розсуду.

За цією схемою поняття «правове мислення», «інтерпретація права», «розсуд» та «дискреція» лише частково, у когнітивному (мисленнєвому) аспекті, знаходяться в родовидових відносинах. У повному обсязі, завдяки вольовому аспекту (він притаманний всім цим поняттям, окрім «правового мислення»), вони є такими, що перехрещуються. Лише «аналогія» знаходиться з «інтерпретацією» та «розсудом» у класичних родо-видових відносинах. У таких саме «стосунках» знаходиться з цією парою понять і «аналогія». Це наводить на висновок про те, що логіко-змістовно «аналогія» та «дискреція» рівною мірою є видовими відмінами щодо «розсуду», а значить можуть бути визнані як члени поділу цього загального для них поняття або різновиди «розсуду».

Отже, на основі вищезазначеної базової дефініції розсуду та співставлення обсягу суміжних з ним понять ми й пропонуємо побудувати принципово відмінну від пануючих у сучасній вітчизняній доктрині типологію розсуду-дискреції. Така типологія, як попередні зроблені нами визначення, також здійснюється залежно від *ступеня свободи* цього виду інтелектуально-вольової діяльності. Ця підстава поділу є для нас найважливішою, бо дозволяє більш повно розкрити його нормотворчий потенціал в арбітражній юрисдикції, яка характеризується максимальною гнучкістю процедури та найменш обмеженою позитивним правом автономією волі сторін.

Проведемо аналіз основних видів розсуду в праві. Так, найбільш простим і поширеним є перший вид розсуду, який застосовується щодо

імперативних норм. Враховуючи природну «безальтернативність» імперативного методу правового регулювання, для такого мінімізованого розсуду характерною є істотно обмежена свобода мислення і дій, яка дозволяється лише щодо окремих елементів такої норми (щодо гіпотези, але найчастіше щодо санкції), а не всього імперативного припису. За таким розсудом суб'єкт правореалізації наділяється законодавцем повноваженнями вибору в певному діапазоні можливих дій тієї моделі поведінки, яка є доцільною з точки зору такого суб'єкта. Подібне можна умовно назвати *фіксовано-вибірковим* підходом до розуміння розсуду, тому що новий нормативний зміст не утворюється, а здійснюється вибір з декількох фіксованих варіантів.

Підкреслимо, що цей різновид «мінімізованого» розсуду завжди передбачено законодавцем у тих ситуаціях, коли неможливо заздалегідь точно визначити гіпотезу імперативної норми. Саме тому в нормативно-правовому акті суб'єкт правореалізації наділяється досить обмеженим правом на уточнення (специфікацію окремих елементів імперативної норми (найчастіше санкції) залежно від конкретних обставин юридичної ситуації. Як вважає англійський суддя Леслі Джордж Скарман (*Leslie George Scarman, Baron Scarman; 1911–2004*), більш відомий як *Lord Scarman*, розсуд це «мистецтво пристосування дій до конкретних обставин (*the Art of suiting action to particular circumstances*)» (Lord Scarman, 1981, p. 63).

Не дивно, що переважно позитивістськи налаштовані теоретики права намагаються звести всі види розсуду саме до цієї однієї фіксовано-вибіркової форми.

Показовим визначенням такого підходу можна вважати дефініцію А. Барака, одного з найвідоміших дослідників процесуальної дискреції, в якій *discretion* визначено наступним чином: «суддівський розсуд це повноваження, які закон надає судді, щоб зробити вибір з декількох альтернатив, з яких кожна законна» (Барак, 2022, с. 13).

Більш розгорнутим, але таким самим по суті є наступне визначення: «правозастосувальний розсуд це передбачене юридичними нормами повноваження правозастосувального суб'єкта обирати один з декількох дозволених ними варіантів рішення щодо встановлення застосовуваної норми, з'ясування (тлумачення) її змісту, або визначення міри конкретизації суб'єктивних юридичних прав і обов'язків, яке реалізується у певній процесуальній формі з огляду на зміст цієї норми та конкретні обставини справи й інші юридично значимі факти з метою забезпечення законності, справедливості, доцільності та ефективності державно-правового регулювання» (Рісний, 2006, с. 8).

Відмічаються непоодинокі спроби вдосконалення цих дефініцій через уточнення меж такого розсуду, але, знову ж таки, у позитивістському дусі. Так, на думку В. В. Масюка, застосування розсуду суду не може суперечити як завданням цивільного судочинства загалом, так і меті доказування зокрема (Масюк, 2010, с. 12).

Не дивно, що законодавець у процесі вдосконалення нормативно-правових актів намагається звести таку «фіксовану» свободу суб'єкта правозастосування до мінімуму.

Так, німецька теорія права визначає випадки, коли кількість варіантів можливих дій у кожному конкретному випадку, звужується до єдиного можливого. Таку ситуацію іменують скороченням розсуду до нуля (*Ermessensreduktion auf Null*) (Пуделька, 2020, с. 96). Таким чином, не відбувається жодного вибору і дискреційний припис перетворюється на класичну безальтернативну імперативну норму.

Наступний вид розсуду в праві це *субсидіарна аналогія закону суб'єкта правозастосування*, яка у вітчизняній доктрині права традиційно пов'язується з такою конструкцією, як «вибір оптимального рішення» або вибір суб'єктивно-оптимального рішення (Гарієвська, 2017, с. 29). При тому, коли йдеться про «оптимальне рішення», то предмет вибору значно розширюється і може також передбачати вибір такого рішення в

надзвичайній ситуації виявлення прогалини в позитивному праві. Отже, у конструкції «оптимальне рішення» присутня можливість не тільки процедури нормозастосування, а й певної нормотворчості суб'єкта правореалізації як подальшого розвитку нормативного змісту певних норм права в межах закону, «*praetore legem*».

Найчастіше цей вид розсуду в загальній теорії права трактується як *аналогія закону* для заповнення існуючих прогалин у межах певного нормативно-правового акта. Насправді ця прогалина не є абсолютною, бо до регулювання відповідних відносин можуть бути застосовані певні загальні норми. Тобто тут йдеться про відсутність необхідної *спеціальної норми*. Тому перед суб'єктом правозастосування постає завдання «домислення» існуючих загальних норм шляхом їх специфікації або перетворення на спеціальні норми, які, власне, й підлягають застосуванню. Саме тому застосування цього виду розсуду має додатковий або *субсидіарний* характер.

Досить часто необхідність такого виду розсуду передбачена самим законодавцем для забезпечення якомога більшої гнучкості правового регулювання. Природно, така гнучкість необхідна й бажана саме щодо диспозитивних норм і абсолютно непридатна для норм імперативних. Саме тому аналогія закону, яка по суті веде до утворення нової спеціальної диспозитивної норми аналогічної існуючій загальній, поширена лише у сфері приватного права і практично неможлива у сфері публічного права.

Слід ураховувати те, що базовим логічним методом такого розсуду виступає аналогія, яка є не зовсім надійним, ймовірним, опосередкованим умовиводом, за яким подібність за одними ознаками є підставою для висновку про можливу схожість за іншими ознаками. Тому надійність такої аналогії найбільшою мірою залежить від того, що порівняння здійснюється за найістотнішими ознаками (Кассен et al., 2009, с. 276-279). У цьому проявляється логічна «субсидіарність» новоутвореної спеціальної норми, яка повинна не лише не суперечити вихідній загальній нормі, а й зберегти її найбільш істотні родові ознаки. Отже, на рівні субсидіарної аналогії закону



значно більшою мірою, ніж на попередньому рівні, актуалізується інтерпретаційна природа розсуду.

Саме тому потрібно звернутися до запропонованої Гансом Кельзенем (*Hans Kelsen*; 1881–1973) теорії про те, що розсуд є вищою формою інтерпретації. Так, відомий австрійський філософ права вказує, «якщо «інтерпретацію» сприймати як виявлення сенсу норми, що підлягає реалізації, її результатом може бути лише виявлення рамки (*frame*), яку становить норма, що підлягає тлумаченню, і в межах такої рамки, пізнання кількох можливостей реалізації». На думку дослідника, тлумачення не здатне виявити єдиного вірного рішення, швидше, декілька рішень, котрі мають таку ж силу як і інтерпретована норма, доти, доки якийсь із цих рішень не стане позитивним правом закріпленим у судовому рішенні. При цьому таке рішення є заснованим на нормі закону і «залишається в рамках, якими є закон», воно стає лише однією з версій розтлумаченої норми, і не може бути визначальним для інших рішень, оскільки не є «єдиною можливою індивідуальною нормою» (Kelsen, 1990, p. 129).

Однак Кельзен по суті стверджує, що в праві існує потужна інерція догматизації першого виду розсуду, названого нами фіксовано-вибірковим, коли заявляє: «Традиційна теорія представляє процес досягнення такого тлумачення як інтелектуальний акт прояснення або розуміння, начебто інтерпретатор повинен тільки привести в рух свій розум, а не волю, ніби простою розумовою діяльністю він може вибрати з існуючих можливостей одну, відповідну позитивному закону, і таким чином зробити правильний вибір, з точки зору позитивного закону» (Kelsen, 1990, p. 130). Проте «кожен розроблений досі метод тлумачення незмінно призводить лише до можливого результату, але не єдино правильного» (Kelsen, 1990, p. 130).

Більше того, Кельзен вважав, що в аналогії закону певним чином уже прихована креативна нормотворча дискреція суб'єкта правореалізації, яку ми визначили третім, вищим рівнем розсуду. При цьому німецький теоретик права підкреслює, що на другому рівні розсуду «повноваження щодо обходу

закону сформульовані таким чином, що посадова особа, яка застосовує закон, не усвідомлює надзвичайних повноважень, які їй фактично делеговано» (Kelsen, 1990, p. 135). З метою уникнення свавілля у виборі норми, яка має бути замінена, законодавець встановлює фікцію прогалин, адже за відсутності таких меж важко було б зупинити нормотворчість, яка б підміняла саме законодавство.

Проте *судова та арбітражна дискреція* є найбільш повним проявом свободи думки та автономії волі в праві, бо головний зміст цього рівня розсуду складає креативне утворення нової норми та її застосування у процесі саморегулювання.

Підставою для застосування цього виду розсуду є наявність не «фікції» відсутності норми, а реальні і «глибокі» прогалини в законодавстві, коли відсутня не лише необхідна спеціальна, а й аналогічна загальна норма, що звичайно виникає через недосконалість законодавства. Ще однією, не менш вагомою підставою є неможливість застосування певних норм права через масове та систематичне зловживання ними.

Предикат «судова та арбітражна» щодо дискреції є абсолютно доречним з огляду на те, що такий розсуд як правило має місце під час більш складної форми реалізації права, правозастосування. Так, В. С. Бігун вважає, що саме розсуд є одним з вузлових понять філософії правосуддя, бо він встановлює межі свободи судді в судовому вирішенні і є способом реалізації судової влади суддею (Бігун, 2011, с. 22).

Досить продуктивною для подальшого нашого дослідження є стрижнева ідея Кельзена, яка полягає в тому, що дискреція є актом найвищого інтерпретаційного розсуду: «Тлумачення ... не служить меті застосування тлумаченої норми, навпаки, тлумачення служить усуненню тлумаченої норми та заміни її нормою більш досконалою, справедливішою, більш правильною коротше кажучи, нормою, яку бажає застосувати посадова особа, що її застосовує. Під приводом того, що початкова норма доповнюється, щоб заповнити її недоліки, вона скасовується у процесі

застосування та замінюється на нову норму» (Kelsen, 1990, p. 133). Тобто, правозастосувач використовує власну дискрецію навіть тоді, коли на основі норми, яка здається йому такою що не відповідає меті справедливості, він створює власну норму, яка є більш «правильною», виходячи з тлумачення вже існуючої норми.

Необхідність такої нормотворчості *contra legem* виникає саме тому, що законодавець не має можливості створити жоден закон без необхідності його подальших виправлень, змін, «оскільки він повинен з самого початку зважати на істотні факти, яких він не передбачав і не може передбачати, він може адресувати свої загальні норми тільки до звичного розвитку справ» (Kelsen, 1990, p. 135). Шляхом вирішення такої дилеми і є розсуд, який спрямований на створення нової норми способом застосування аналогії, або ж виведення її із загальних чи спеціальних принципів.

Отже, головною особливістю дискреції як вищої форми виявлення природного права суб'єкта правореалізації на свободу думки та автономію волі є максимальний її нормотворчий потенціал у порівнянні з двома попередніми видами розсуду. Ця найістотніша властивість проявляється передусім у тому, що за результатами судової та арбітражної дискреції утворюються принципова нова норма саморегулювання, яку ми пропонуємо називати «дискреційною», але більш докладно це обґрунтуємо в контексті арбітражного розсуду, де, власне, такі «самодіяльні» приписи є найбільш поширеними.

Логічно, що доктрина права та юридична практика за умов граничного розширення креативного змісту «розсуду» намагається виявити межі свободи правоутворення.

На рівні перших двох видів розсуду межі його «самостійності» є досить наявними: вони обмежені фіксованим переліком конкретних альтернатив, або сутнісним змістом загальної норми, що «специфікується». Під час здійснення вибору чітко вказаної імперативної або диспозитивної норми застосовуються фіксовані ліміти, тому справжньої дискреційності такий

припис не передбачає, бо для останньої принциповою є міра свободи не лише варіанта диспозиції чи санкції, а, головне, способу відповідних дій.

До таких меж, окрім «рамки закону» або «норм», зазвичай відносять:

- «поставлені завдання» правозастосування;
- «інтереси держави і суспільства» ;
- «об’єктивну дійсність»;
- «предмет справи» ;
- «обставини конкретного провадження»
- «засади провадження» ;
- «професійний досвід правозастосувача» ;
- «судову та слідчу практику»
- «моральні та етичні характеристики суб’єкта правозастосування» (Торбас, 2020, с. 56-91);
- відповідність національному правопорядку;
- відповідність суспільному порядку.

Не визначаючись зараз зі всіма складовими та послідовністю ієрархії цих меж та обмежень (цим питанням присвячені подальші розділи роботи), констатуємо, що на вищій її сходинці мають знаходитися загальноправові засади: свободи, рівності, розумності та справедливості, а на найвищій гранична морально-правова засада Добра, у його протиставленні Злу.

Таким чином, розсуд у його гранично загальному розумінні набуває вже не форми розсудливісно-аналітичного вибору з фіксованих альтернатив і навіть не ймовірнісної аналогії, а морально-правового виміру через розв’язання дилеми Добра і Зла шляхом креативної нормотворчості та саморегулювання, як це закладено у первісному значеннєвому змісті лат. *discretio*.

Третій, вищий рівень розсуду креативна дискреція, на відміну від двох попередніх, переважно застосовується в третейських судах та міжнародному комерційному арбітражі. Саме тому за результатами викладення теоретичного матеріалу в цьому підрозділі ми звужуємо предмет нашого

дослідження більшою мірою до судової або арбітражної дискреції, меншою мірою досліджуватимемо субсидіарну аналогію закону і практично виключаємо з наукового аналізу фіксовано-вибірковий розсуд через те, що питома вага імперативних норм є найменшою саме в арбітражі.

Варто також вказати на специфіку концепцій судового та арбітражного розсуду, акцентуючи при цьому на первісності арбітражного розсуду. Адже, враховуючи той факт, що консенсусне врегулювання спорів є одним із первісних способів вирішення спорів та превенції їх виникнення, припускаємо що третейське вирішення спорів склалося раніше за державне судочинство. Цю думку підтримує Ю. Д. Притика, який зазначає що «третейський суд як соціокультурний феномен сформувався ще у додержавній період». Цікаво, що автор веде мову про формування такої «квазіправової інституції» на підставі звичаїв та різного роду норм природного права, які зі становленням держави поступово узурпуються та монополізуються державою лише в тій формі та контексті, які є «вигідними» для неї. Такий процес перенесення лише потрібних норм вплинув на і досі існуючий дуалізм юрисдикційних інституцій державний «чиновницький» суд та «народний» третейський розгляд. На підтвердження цього зазвичай вказують, що в сучасному розумінні римські претори найімовірніше були б представниками виконавчої гілки влади, а не судової (Притика, 2005, с. 11). Проміжною, враховуючи, що арбітражна дискреція використовувалася раніше за суддівську дискрецію, є гіпотеза про нерозривність арбітажу та дискреції з моменту виникнення арбітражу.

Нині сутність дискреції (*a matter of discretion*) в арбітражі все частіше тлумачать як досить специфічну норму саморегулювання (*discretionary rule*), що відмежовується від диспозитивних норм (*dispositive rules; soft-law norms*) та субсидіарних норм (*subsidiary rules*). Головна і принципова підстава такого розмежування полягає в тому, що «дискреційні норми це завжди норми саморегулювання (*self-regulatory rules*) або норми, які консенсуально створюються для себе самими суб'єктами правовідносин. А інші неімперативні

норми (*non-mandatory rules*) є об'єктивними нормами, які виникають або законодавчим або природним (звичаєвим) шляхом» (Гайдулін, 2020b, с. 562-563).

Справедливо попереджаючи, «що будь-яке визначення є небезпечним (*omnis definitio in jure periculosa est*)», болгарська дослідниця Інна Учкунова (*Inna Uchkunova*) пропонує широке визначення арбітражної дискреції. На її думку, «дискреція арбітражу (*tribunal's discretion*) може бути визначена як притаманне йому право зберігати цілісність процесу, здійснювати розгляд оперативно та ефективно, з метою вирішення спору між сторонами, шляхом винесення дійсного арбітражного рішення» (Uchkunova, 2013). Це визначення відображає зміст арбітражної дискреції через усі її аспекти і особливо точно вказує на її цілепокладення.

Потрібно наголосити, що в арбітражі дискреційними повноваженнями наділені дві категорії осіб (сторони та арбітри), «арбітражна дискреція» виступає як узагальнююче, родове поняття.

Саме тому головна особливість арбітражного розсуду (*arbitral discretion*) полягає в тому, що в правозастосовній практиці вона репрезентована у двох видах (формах).

До першої форми можемо віднести розсуд сторін (*parties' discretion*) арбітражного розгляду.

Другою формою арбітражної дискреції є розсуд арбітрів (*arbitrators' discretion*) розсуд арбітрів, подібний до суддівської дискреції (Запорожченко, 2020, с. 306).

Близьким до «розсуду сторін» (*parties' discretion*) виступає «автономія волі сторін» (*autonomy of the will*).

Поняття автономії волі сторін стало загальноживаним завдяки автономній теорії арбітражу, яку вперше сформулювала на початку 1960-х рр. французька вчена Жаклін Рубеллен-Девіші (*Jacqueline Rubellin-Devichi*; 1934–2020) (Коч, 2021, с. 48).

Варто наголосити на нерозривності дискреції сторін та автономії волі сторін, ураховуючи, що поняття «автономія волі» (*lex voluntatis, autonomy of the will, will autonomy*) у сучасній науці міжнародного приватного права набуло сталого змісту. Суть його полягає в тому, що сторони приватно-правових відносин, обтяжених іноземним елементом, мають право на свій розсуд визначати застосовуване матеріальне та процесуальне право і це суб'єктивне право повинно здійснюватися виключно на консенсуальній основі шляхом укладення відповідних процесуальних угод (передусім арбітражних, пророгаційних, дерогаційних тощо).

Ідею умовної автономії арбітражу доповнює теорія «перевищення повноважень», яка представлена роботами М. Рейсмана (*Michael W. Reisman*). Згідно з цією теорією, арбітри не вправі приймати будь-які дії, які не мають санкції сторін, а арбітражне рішення, що винесено з порушенням інтересів сторін не має виконуватись (Коч, 2021, с. 53).

Підкреслюють теорію перевищення повноважень функції які виконує арбітражна угода. «По-перше, вона доводить згоду сторін передати свій спір до арбітражу. По-друге, вона встановлює пріоритет юрисдикції та повноважень арбітражу перед державними судами. По-третє, вона є основним джерелом повноважень арбітрів. Сторони здатні у своїй арбітражній угоді розширити або обмежити повноваження, які зазвичай надаються арбітражним (третейським) судам відповідно до чинного національного законодавства. Крім того, арбітражна угода встановлює обов'язок сторін здійснювати саме арбітражний розгляд спору. Отже, арбітражні угоди мають як договірний, так і юрисдикційний характер. Вони є договірними на підставі добросовісної згоди сторін. А юрисдикційними в силу надання юрисдикції арбітражному (третейському) суду» (Lew et al., 2003, р. 100). Таким чином, можна підтвердити нашу тезу про те, що розсуд сторін проявляється у реалізації принципу автономії волі сторін як процесу консенсуального узгодження альтерверсій кожної сторони у єдиному процесуальному акті.

Таким чином, ми маємо змогу сформулювати дефініцію розсуду сторін – спільна, консенсуально узгоджена інтелектуально-вольова діяльність сторін, що спрямована на вирішення процесуальних та матеріальних аспектів арбітражного розгляду.

Автори слушно зауважують, що арбітри наділені відповідним статусом, який надає змогу виконувати функції щодо вирішення спорів, арбітри є незалежними від сторін під час розгляду спору, однак арбітри не є представниками сторін в арбітражному процесі, незважаючи на те, що вони призначаються ними (Гетманцев et al., 2020, с. 72).

Софі Напперт (*Sophie Nappert*) вважає, що питання легітимності арбітра залежить «не стільки від згоди сторін, скільки від способу та підстав призначення даної особи на посаду арбітра, а також від того, як ця особа, після призначення, реалізує своє завдання і, зокрема, здійснює свій матеріальний розсуд, оскільки не є вбудованою в інституційну структуру держави, що робить арбітрів чутливими та підзвітними безпосередньо чи опосередковано окремим правовим об'єктам, таким як глобальні правові норми справедливості та моралі» (Nappert, 2019). Тобто, враховуючи, що розсуд арбітрів прямо обмежений положеннями арбітражної угоди та іншими домовленостями сторін, які мають місце до процесу, можливо встановити їх *проспективний вплив*, тобто вплив вказаних угод на розсуд арбітрів, саме з точки зору впливу на майбутнє, корегуючи, окрім процесуальних рішень, також і рішення по суті справи, які вони можуть прийняти (Zaporozhchenko, 2022, р. 117).

Таким чином, проглядається зв'язок між поняттями «розсуд сторін», «автономія волі сторін» та «розсуд арбітражу», який вказує на їх комплементарність (Запорожченко, 2020, с. 307).

Це дає нам підстави запропонувати визначення розсуду арбітра як інтелектуально-вольової діяльності спрямованої на ефективне та об'єктивне вирішення спорів у межах встановлених розсудом сторін, імперативними



нормами застосовного матеріального та процесуального права, а також засадами справедливості, розумності, добросовісності.

### Висновки до першого розділу

За результатами з'ясування доктринальних джерел предмета дослідження, що викладені в першому розділі дисертації, логічними будуть такі узагальнюючі висновки:

1. На основі соціокультурного аналізу поняття розсуду в Стародавньому Римі було зроблено висновок про те, що діалектика змісту цього поняття певним чином розкривається через аналіз семантики та етимології латиномовного терміна *discretio*, який активно вживався у тогочасному як загальному, так і правовому дискурсі. На цій основі з'ясовано відмінності сучасного значення похідних від нього термінів та понять. Це дозволило дослідити історичні аспекти розсуду як поняття античної філософії та юриспруденції. На основі історичних фактів було встановлено, що саме термін *discretio* широко використовувався античними суддями під час реалізації власного осмислення обставин справи, а також у процесі нормотворчості з метою заповнення наявних прогалин у чинному тоді праві, що відбувалося шляхом відмежування добра від зла на основі суддівського розсуду.

2. Установлено, що дилема добра та зла в її правовому вимірі актуалізувалася через співставлення божественного права *fas* та людського *ius*, що вимагало від жерців-понтифіків інтерпретації божої волі з позицій добра, натомість людська воля вважалася такою, що могла бути пов'язана зі злом. На зламі епох у Давньому Римі дискреція використовувалася головним чином як інструмент подолання протидії зловживанню правом (*mala fides*) на основі принципу добросовісності (*bona fides*).

3. Суцільна догматизація права в Юстиніанівську епоху оцінюється як абсолютна юридична заборона суддівської дискреції. Вільний розсуд

поширюється в правознавстві та судовій практиці вже в пізньому Середньовіччі передусім як засіб доктринального коментування законодавства постглюсаторами. В ці часи формуються перші визначення дискреції в англосовному дискурсі. Дослідження дискреції в контексті біблійної аксіології, зокрема доробків Олександра Гельського та Миколи Лоського дозволило сформулювати бачення дискреції як відділення доброго від злого на основі власних переконань, та зв'язку такої теоретичної конструкції з автономією волі.

4. Системно-теоретичне, послідовне раціональне визначення сутності дискреції стає можливим у контексті філософських рефлексій навколо ідеї свободи мислення і волі у Новий та Новітній час. Головними напрямками філософського осмислення дискреції кваліфіковано: (а) постановку питання розсуду в контексті проблематики природного права Дж. Локком, Т. Гоббсом, Б. Спінозою; (б) з'ясування розсуду в контексті метафізики свободи в німецькій філософії Нового часу, зокрема в працях Г. Лейбніца, І. Канта, Ф. Шиллера, Й. В. Гете, А. Шопенгаура, Ф. Ніцше; (с) висвітлення ситуативних вимірів дискреції в екзистенціональній філософії Новітнього часу М. Хайдеггера, М. Бердяєва, К. Ясперса, Ж.-П. Сартра. Підсумовано, що питання дискреції (свободи розсуду) в сучасній філософії репрезентоване як проблема дискретності граничної визначеності її вихідних онтологічних та епістемологічних витоків мислення і дій. У герменевтичному плані ця дискретність проявляється під час конверсії альтерверсій учасників судового та арбітражного провадження.

5. Екскурс у історію філософської аксіології дозволив висунути ідею, що дискреція це творча інтелектуально-вольова діяльність людини щодо перетворення дійсності на засадах добра і справедливості, яка в правовій сфері виступає як нормотворчість суб'єктів правореалізації. Така робоча дефініція дозволяє подолати синонімію визначень розсуду через порівняльний аналіз етимології та семантики дискреції та розсуду, що дозволило розмежувати значеннєвий зміст цих понять. Подолати таку

синонімічність запропоновано шляхом дослідження основних підходів до розуміння сутності та класифікації розсуду в загальній теорії права та галузевих науках, передусім цивілістичних. На підставі аналізу таких напрямків наукової думки запропоновано авторську дефініцію розсуду в цивілістиці та арбітражі, а також класифікацію основних видів розсуду в праві: (1) фіксовано-вибірковий, (2) субсидіарна аналогія закону суб'єкта правозастосування, (3) судова та арбітражна дискреція. Встановлено, що арбітражний розсуд є історично первісним по відношенню до судового розсуду. Запропоновано авторське розуміння поняття арбітражного розсуду (*arbitral discretion*) як двох форм: розсуд сторін (*parties' discretion*) та розсуд арбітрів (*arbitrators' discretion*). Виявлено нерозривність розсуду сторін та автономії волі сторін з огляду на ідейну близькість цих понять.

## РОЗДІЛ 2

### АНАЛІЗ ПРАВОВИХ ПРИНЦИПІВ ТА НОРМ, ЯКІ РЕГУЛЮЮТЬ АРБИТРАЖНИЙ РОЗСУД ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

#### 2.1 Загальні законодавчі засади визначення меж розсуду в арбітражі

Ключовим для з'ясування та оцінки різних концептуальних підходів визначення законодавчих меж розсуду є розв'язання дилеми позитивістського та юснатуралістичного трактування цієї проблеми через призму верховенства права.

Досліджуючи систему правових обмежень розсуду, суддя Верховного Суду Олена Губська справедливо відмічає, що «законодавчо не врегульованим залишається питання встановлення ступеню свободи органів державної влади в ході здійснення владних повноважень, а також визначення меж судового розсуду під час розгляду справи» (Губська, 2020).

Однак важко дати адекватну позитивну чи негативну оцінку цього факту через те, що визначення самої суті будь-яких меж правової дискреції та їх загальна типологія не є достатньо репрезентованими в сучасній загальній доктрині права. Подібне можна пояснити тим, що, як продемонстрував здійснений в першому розділі соціокультурний аналіз предмета дослідження, з'ясування всієї сукупності обмежуючих розсуд факторів можливе тільки через вихід з власне правового простору в царину моралі та релігії.

Це обумовлює деяке захоплення позаправовими загальносоціальними факторами розсуду в сучасній правовій науці. Позаправовими факторами, які впливають на застосування розсуду, вважають мораль (моральні правила), рівень правосвідомості суб'єкта правозастосування, публічний інтерес, громадську (суспільну) думку, фактичні обставини, економічні цінності тощо (Головін, 2012, с. 159-161).

Порушення кордонів істотно різних сфер пізнання та діяльності загрожує банальною втратою юридичної предметності під час реалізації дослідження. Саме тому ми слідуємо більш традиційним шляхом пізнання і звужуємо весь масив обмежуючих дискреції чинників до *законодавчих меж розсуду*. Однак, як вже зазначалося, це здійснюється з певною метою визначення раціональних лімітів такого законодавчого обмеження задля більш обґрунтованої «демаркації» цих «кордонів», що відокремлюють суто правові детермінанти від соціокультурних та психологічних факторів впливу на розсуд суб'єкта правореалізації.

Не дивно, що дискурс навколо меж дискреції відбувається з приводу тлумачення нормативного змісту *принципу верховенства права (правовладдя)*. Основоположний характер цього принципу для всієї правової системи України отримав законодавче закріплення на всіх рівнях. Особливо підкреслюється його роль у судовому процесі. Це закріплено передусім у ст. 129 Конституції України, де встановлено, що суд керується принципом верховенства права, а також в основних кодифікованих актах процесуального законодавства, зокрема ч. 1 ст. 10 ЦПК України, ч. 1 ст. 11 ГПК України, ч. 1 ст. 6 КАС України (Цивільний процесуальний кодекс України, 2004; Господарський процесуальний кодекс України, 1991; Кодекс адміністративного судочинства України, 2005).

Проте стосовно принципу правовладдя відбувається непримиренне зіткнення двох підходів: суто позитивістського та послідовно юснатуралістичного. Якщо праворозуміння з позицій філософії природного права є гранично розширеним і до обсягу самого поняття права відносить не тільки об'єктивне позитивне право, а й моральні імперативи, то розуміння права з позицій юридичного позитивізму рішуче відмежовує неюридичні приписи від законодавчих або прецедентних. Отже, при юснатуралістичній інтерпретації цього принципу апеляція до правовладдя по суті є декларацією того, що граничні засади розсуду знаходяться «по той бік» позитивного права і окреслені в сфері моралі, що досить часто трактується як

нігілістичний заклик до неприпустимості законодавчого обмеження суб'єктивної свободи розсуду і волі. Навпаки, позитивістка трактовка принципу правовладдя орієнтує на обов'язкове юридичне обмеження суб'єктивного розсуду об'єктивним правом, що здійснюється через апеляції до такого критерію права, як його необхідна і достатня *визначеність*. У законодавчій практиці це проявляється в тому, що нормотворча діяльність уповноважених державних органів орієнтується на ідеал повного охоплення законодавством усіх необхідних правил поведінки і максимальної їх спеціалізації в чинних нормативно-правових актах. За таких умов законодавство, що наближається до ідеального стану, має бути всеохоплюючим (безпрогальним), таким, що неухильно виконується (жорстким або ригористичним), тому не потребує принципових та частих змін (стабільним), і максимально насиченим спеціальними нормами (казуальним). Отже, така «абсолютно досконала» догма права просто не припускає жодного «свавілля» суб'єктів правореалізації у формі дискреції.

В англо-американській культурно-історичній традиції «визначеність права» ще більш категорично протиставляється надмірній, нічим не обмеженій дискреції. С. П. Головатий у своєму фундаментальному дослідженні «Верховенство права», аналізуючи конституційні принципи Великої Британії, звертає увагу на принцип «здійснення державної влади відповідно до права», який передбачає, що «державна влада має здійснюватися в рамках визнаних правил і принципів, що обмежують дискреційні повноваження». При цьому англійський правовий дискурс розвинувся від доктрини, за якою «широкі дискреційні повноваження оголошувалися несумісними з верховенством права», до панівної нині доктрини створення ефективних юридичних засобів контролю за використанням дискреції, особливо в контексті невпинного розширення дискреції в усіх сферах людського буття взагалі, й права зокрема. Окрім судового контролю, серед таких засобів чільне місце мають займати «стандарти», що сформовані у вигляді певних правил, які репрезентовані

принципами права, і, на нашу думку, становлять собою межі дискреції (Головатий, 2006, с. 673-678).

У концентрованому вигляді така позиція була сформульована видатним британським юристом Томасом Бінгемом (*Thomas Henry Bingham, Baron Bingham of Cornhill*; 1933–2010), який визнавав «необхідність дискреції в діяльності посадових осіб в умовах ускладненого сучасного суспільства, проте дискреція не повинна бути необмеженою і повинна унеможливлувати свавільні чи нерозумні рішення» (Венеціанська Комісія, 2011, с. 177).

В межах романо-германської культурно-правової традиції, до якої належить і правова система України, найбільш послідовно така безальтернативна позитивістська визначеність права реалізується у сфері публічного права під час регулювання державно-правових (конституційних та адміністративних) відносин.

Розуміючи те, що позитивістське трактування правовладдя може привести до абсолютної заборони розсуду і повної догматизації права, інституції Європейського Союзу, які наділені нормотворчими повноваженнями, змушені пом'якшувати ригористичність вимог правової визначеності. Так, у Доповіді «Верховенство права», схваленій Європейською Комісією «За демократію через право» на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25-26 березня 2011 року) № 512/2009, CDL-AD(2011)003rev, в пункті 45 зазначено що «потреба у визначеності не означає, що органам, який ухвалює рішення, не повинні надаватись дискреційні повноваження (де це необхідно) за умови наявності процедур, що унеможливають зловживання ними; у цьому контексті закон, яким надаються дискреційні повноваження певному державному органам, повинен вказати чітко і зрозуміло на обсяг такої дискреції; не відповідатиме правовладдю, якщо надана законом виконавчій владі дискреція матиме характер необмеженої влади; отже, закон повинен вказати на обсяг будь-якої дискреції та на спосіб її здійснення із достатньою чіткістю, аби особа мала змогу відповідним чином захистити себе від свавільних дій

влади» (Венеціанська Комісія, 2011, с. 178). Пункт 52 Доповіді містить наступне: «Хоча дискреційні повноваження є необхідними для здійснення всього діапазону владних функцій у сучасних складних суспільствах, ці повноваження не мають здійснюватись у свавільний спосіб; їх здійснення у такий спосіб уможлиблює ухвалення суттєво несправедливих, необґрунтованих, нерозумних чи деспотичних рішень, що є несумісним із поняттям верховенства права» (Венеціанська Комісія, 2011, с. 179).

Показовою є позиція Європейського суду з прав людини, який однозначно встановлює юснатуралістичні протиположності необмеженій дискреції державних органів виконавчої влади таким головним стримуючим фактором є основоположні права і свободи людини та громадянина, які визнаються сутнісним ядром правопорядку. Так, у пункті 67 рішення у справі «Котій проти України» (*Kotiy v. Ukraine*) від 5 березня 2015 року, заява № 28718/09 зазначено, що «у питаннях, які стосуються основоположних прав, надання правової дискреції органам виконавчої влади у вигляді необмежених повноважень було б несумісним з принципом верховенства права, одним з основних принципів демократичного суспільства, гарантованих Конвенцією. Відповідно законодавство має достатньо чітко визначати межі такої дискреції, наданої компетентним органам влади, та порядок її реалізації» (Котій проти України, 2015). Ця позиція була підтверджена в пункті 60 рішення у справі «Зосимов проти України» (*Zosymov v. Ukraine*) від 7 липня 2016 року, заява № 4322/06 (Зосимов проти України, 2016).

Однак необхідно враховувати те, що Європейський суд з прав людини в даному контексті, під «вільним розсудом» розуміє не дискрецію як свободу розсуду суб'єктів правореалізації, а *рамки компетенції* державних органів, та судів, що розмежовують міжнародну та національну юрисдикцію. Саме тому в подібному значенні вживається не сталий термін *discretion*, а дещо інший *margin of appreciation*.

Згідно з цією доктриною, назва якої зазвичай перекладається як *межі вільного розсуду*, компетентні національні органи користуються певним



ступенем свободи розсуду при оцінці фактів, дій, ситуацій та будь-яких інших подій у рамках своєї національної юрисдикції (Trykhlіb, 2016, p. 340). Проте більш влучним перекладом, який експліцитно репрезентує природу цієї доктрини, є використаний в рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Мосюрчака Василя Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) підпункту 1 пункту 2 розділу XI «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про державну службу» від 10 грудня 2015 року № 889-VIII (щодо гарантій соціального захисту державних службовців) від 23.12.2022 № 3-р/2022 термін *простір обдумування* (Рішення КСУ № 3-р/2022, 2022). Його ми й використовуватимемо надалі.

При всіх концептуальних розбіжностях *margin of appreciation* та *discretion* тут є доречними певні аналогії щодо встановлення меж міжнародної та національної юрисдикції для визначення загальних підходів встановлення законодавчих меж дискреції.

По-перше, суддівський розсуд не виключає, а передбачає (доповнює) паралельну дію законодавчих приписів. Саме тому, що «державні органи знаходяться в прямому й постійному контакті з «живою силою» (*vital forces*) своєї держави», «внутрішній простір обдумування держав діє спільно з європейським наглядом». Це змушує Європейський Суд з прав людини самообмежувати своє втручання у сферу дії національної юрисдикції (*Handyside v. The United Kingdom*, 1976). Подібним чином і законодавець має ініціювати санкціонування дискреційних повноважень суб'єктів правореалізації у тих випадках, коли це є доцільним.

По-друге, застосування дискреції безпосередньо є необхідним у тих юридичних ситуаціях, коли законодавець з різних причин не може заздалегідь передбачити всі можливі істотні обставини і тому нормативно-правове регулювання доповнюється або взагалі поступається суддівському розсуду або розсуду арбітрів. Цей процес подібний до мотивації самообмеження юрисдикції Європейського Суду з прав людини, яке описав

суддя Розакіс (*Christos Rozakis*) в Окремій думці у справі «Егеланд і Хансейд проти Норвегії» (*Egeland and Hanseid v. Norway*), від 16 квітня 2009 року, заява № 34438/04. «[Доктрина простору обдумування] ... повинна застосовуватися тільки в тих випадках, коли після ретельного розгляду з'ясується, що національна влада, дійсно, краще за Суд може оцінити «місцеві» і специфічні умови, що існують в рамках конкретного внутрішнього порядку, і, відповідно, має більші знання, ніж міжнародний суд, при прийнятті рішення про те як найбільш відповідно вчинити з цією справою. Тоді, і лише тоді, Суд повинен відмовитися від своїх повноважень щодо глибокого вивчення фактів справи та обмежитися простим наглядом за національними рішеннями, не займаючи місце національної влади, а просто перевіряючи її розумність та відсутність свавілля» (*Egeland and Hanseid v. Norway*, 2009).

Досить корисними для розуміння загальних підходів до визначення законодавчих меж розсуду інших юрисдикцій або осіб є Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-учасникам «Про здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень» № R(80)2 від 11.03.1980 р. Цей документ містить, серед іншого, основні принципи здійснення дискреційних повноважень: 1) визначеність мети дискреції; 2) об'єктивність; 3) неупередженість; 4) рівність перед законом; 5) дотримання належного балансу між несприятливими наслідками та метою; 6) розумність строків; 7) послідовного застосування загальних адміністративних керівних принципів (Комітет Міністрів Ради Європи, 1980).

Європейська Комісія «За демократію через право» (Венеціанська Комісія) також трактує необхідність законодавчих меж дискреційних повноважень публічних інститутів саме для забезпечення правового захисту прав та інтересів приватних осіб. Так, у Доповіді «Верховенство права» від 04.04.2011 р. №512/2009 наводиться таке розуміння принципу правовладдя: «Усі особи та владні інститути в рамках держави публічні чи приватні

повинні підкорятись публічно створеним законам, які набувають чинності (загалом) наперед і на основі яких публічно здійснюється правосуддя, вони також повинні мати змогу користуватися благами цих законів» (Венеціанська Комісія, 2011, с. 176).

Позиція Конституційного Суду України свідчить про імплементацію в наше національне право концепції правовладдя в тій її частині, що дискреційні повноваження мають бути обмежені нормами міжнародного права щодо захисту основоположних прав і свобод людини і громадянина. Так, у п. 2.3. рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень абзацу першого пункту 40 розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Бюджетного кодексу України від 11.10.2018 р. № 7-р/2018, Суд стверджує що конституційний принцип верховенства права вимагає законодавчого закріплення механізму запобігання свавільному втручання органів публічної влади, при здійсненні ними дискреційних повноважень, у права і свободи особи (Рішення КСУ № 7-р/2018, 2018).

Отже, подібне розуміння необхідності законодавчого обмеження адміністративного розсуду ґрунтується на теоретичних положеннях, що набули майже аксіоматичного характеру: «правові межі державно-владної діяльності охороняють людину, інститути громадянського суспільства та й усе суспільство від необґрунтованого втручання у сферу їх свободи з боку держави та її органів» (Веніславський, 2009, с. 61).

Окрім забезпечення непорушності основоположних індивідуальних прав і свобод, другим за ступенем розповсюдженості аргументом обмеження дискреції визначається майже фатальна *корупціогенність дискреції*, яка доводиться численними прикладами негативних наслідків застосування адміністративного та судового розсуду (Белкін, 2011, с. 95). Однак при цьому явно не помічається той факт що надмірне легальне звуження дискреційних повноважень суб'єктів правозастосування реально впливає лише на розмір

ставок корупційних домовленостей. Абсолютно недослідженою залишається кореляція між успішністю антикорупційної політики держави і прозорості критеріїв добросовісності під час реалізації дискреційних повноважень.

Необхідно підкреслити, що антикорупційний мотив звуження свободи розсуду явно не спрацьовує у сфері альтернативного вирішення спорів, зокрема в міжнародному комерційному арбітражі та третейському судочинстві, де розсуд отримав найбільше поширення. Як свідчить арбітражна та судова практика, дискреція жодним чином не виступає в якості корупційного ризику у випадках уповноваження сторонами арбітражного суду діяти як дружній посередник (*amiable compositeur*), або ж проводити арбітраж на основі принципів добра і справедливості (*ex aequo et bono*).

Пряме (нормативне) і опосередковане (принципове) законодавче визначення меж судового розсуду простіше проілюструвати з огляду на те, що переважно позитивістський підхід до розуміння меж розсуду, який є домінуючим у вітчизняній доктрині права, виявився найбільш придатним для окреслення механізму адміністративного розсуду. Не дивно, що саме у сфері адміністративного права законодавчим мемам розсуду приділяється головна увага.

Це відбивається передусім у найбільш поширеній доктринальній дефініції адміністративного розсуду як «визначеного межами норм права певного ступеню свободи суб'єкта публічної адміністрації, що надається для прийняття раціонального оптимального рішення у справі» (Коломоєць, 2011, с. 40).

Перше легальне визначення дискреції в нашому законодавстві міститься в Законі України «Про адміністративну процедуру», проект якого прийнято 17 лютого 2022 року Верховною Радою України, 13 червня 2022 року Закон підписано Президентом України. Принагідно відмітимо, що набрання чинності цим Законом 15 грудня 2023 року в силу приписів п. 1 Розділу IX Закону (Про адміністративну процедуру, 2022).

Згідно з преамбулою, цей Закон покликаний регулювати «відносини органів виконавчої влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, інших суб'єктів, які відповідно до закону уповноважені здійснювати функції публічної адміністрації, з фізичними та юридичними особами щодо розгляду і вирішення адміністративних справ у дусі визначеної Конституцією України демократичної та правової держави та з метою забезпечення права і закону, а також зобов'язання держави забезпечувати і захищати права, свободи чи законні інтереси людини і громадянина».

У пункті 7 ч. 1 статті 2 Закону, міститься таке визначення: «дискреційне повноваження повноваження, надане адміністративному органу законом, обирати один із можливих варіантів рішення відповідно до закону та мети, з якою таке повноваження надано» (Про адміністративну процедуру, 2022).

Частиною 3. ст. 6 Закону визначається, що «здійснення адміністративним органом дискреційного повноваження вважається законним у разі дотримання таких умов: 1) дискреційне повноваження передбачено законом; 2) дискреційне повноваження здійснюється у межах та у спосіб, що передбачені Конституцією України та законом; 3) правомірний вибір здійснено адміністративним органом для досягнення мети, з якою йому надано дискреційне повноваження, і відповідає принципам адміністративної процедури, визначеним цим Законом; 4) вибір рішення адміністративного органу здійснюється без відступлення від попередніх рішень, прийнятих тим самим адміністративним органом в однакових чи подібних справах, крім обґрунтованих випадків» (Про адміністративну процедуру, 2022).

Звичайно, подібний підхід, за яким суб'єкт правореалізації наділяється повноваженням вибору в певному діапазоні можливих дій тієї моделі поведінки, яка є доцільною з його точки зору, ми пов'язуємо з фіксовано-вибірковим підходом до розуміння дискреції, але деякі його положення можуть бути застосовані й для розуміння інших способів розсуду.

Наприклад, привертає увагу те, що укладачі Закону України «Про адміністративну процедуру», орієнтуючись на провідну роль законодавчих меж розсуду, не трактують їх виключно як такі, що прямо встановлені буквою закону (п.п. 1, 2 ч. 3. ст. 6 Закону), а й як такі, *що передбачені в законі*. У п. 3 ч. 3. ст. 6 Закону обмежуючим повну свободу розсуду передбачений принцип *доцільності* або *телеології дискреції* (диспозиція якого, до речі, не розкривається законодавчими засобами), а також *принципи процедури*.

Ще далі від буквальної законодавчої детермінації пішов законодавець у п. 4 цієї ж статті, де таким обмежуючим фактором передбачається попередня правозастосовна практика (*адміністративний прецедент*) адміністративного органу, яка має поступатися лише принципу розумності.

Хоча два останніх пункти не мають самостійного значення і законодавець не відступає від обов'язковості прямого встановлення (буквальної фіксації) меж розсуду, але саме виокремлення інших, не прямих, способів законодавчого встановлення меж розсуду має величезне значення для логіки нашого дослідження.

У зв'язку з проблемою визначення сутності законодавчих меж розсуду та їх типології в доктрині права все частіше лунають пропозиції в якості основного способу такого правового регулювання визнавати обмеження свободи розсуду суб'єктів правовідносин виключно дискрецією органів правозастосування, що, на перший погляд, позбавляє будь-якого смислу законодавче обмеження цього процесу.

До цього спонукають заклики обмежити розсуд передусім шляхом судового контролю. Приміром, у п. 66 «Мірила правовладдя (*Rule of Law Checklist*)» Венеціанської Комісії прямо зазначається: «Зловживання дискреційними повноваженнями має бути предметом судового або іншого незалежного контролю» (Головатий, 2017, с. 25).

Однак єдиної практики щодо реалізації такого підходу в світі поки ще не склалося. Виділяють дві групи правових систем, що відрізняються обсягом судового контролю за реалізацією дискреційних повноважень.

У першій групі правових систем реалізовано концепцію *повного судового контролю*. Так, суди Німеччини, слідуючи цій моделі, перевіряють чи було перевищено межі вільного розсуду, чи був він застосований у необхідних випадках, чи було його застосовано згідно з метою розсуду та відповідно до обставин справи, або ж розсуд не мав застосовуватися, а також чи не було порушено прав людини та конституційних принципів при реалізації вільного розсуду (Губська, 2020).

Друга група національних правових систем визнає більш широку гнучкість у процесі правореалізації «як на рівні фактів, так і на рівні юридичних наслідків». В основу цього підходу покладено правило неможливості підміни розсудом судді дискреції сторін правовідносин. Відмічається, що цей «підхід передусім спрямований на об'єктивний судовий перегляд і тому застосовується в системах, які зосереджуються на об'єктивному юридичному аналізі (на противагу судовому перегляду на основі суб'єктивних прав, тобто німецькому підходу)» (Целлер et al., 2021, с. 7).

Однак навіть у англійському праві, де найбільш послідовно реалізується друга модель і доведення правомірності реалізації дискреційних повноважень суб'єктів правовідносин є скоріше питанням факту, визнаються певні межі свободи розсуду, що мають суто раціональну природу (Запорожченко, 2019, с. 42-43). Мається на увазі так званий «принцип Веднесбері (*Wednesbury unreasonableness, Wednesbury Principle*)». Він сформульований у справі *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation*, де лорд Ґрін (*Wilfrid Arthur Greene, 1st Baron Greene; 1883–1952*) запропонував правило, згідно з яким суд має з'ясувати мотиваційну частину рішення, якщо воно є настільки нерозумним, що жодна

розумна влада ніколи б його не ухвалила (*Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation*, 1947).

У вітчизняному правовому дискурсі у зв'язку з вибором однієї з цих двох моделей судового контролю за реалізацією дискреційних повноважень у якості основної все гучніше лунає позиція за якої, в Україні суди перевіряють лише правомірність дій суб'єктів розсуду, але доцільність застосування дискреційних повноважень «не підпадає під судову перевірку». Приміром, це пояснюється Оленою Губською тим, що «чітких меж втручання суду у розсуд ... нормативні акти ... не установлюють, і ці межі визначаються судом самостійно» (Губська, 2020). Погоджуючись з необхідністю реалізації в нашій країні більш м'якого, другого, підходу щодо судового контролю за реалізацією дискреційних повноважень суб'єктів правовідносин, не можна визнати абсолютно вірною тезу про відсутність визначених законодавчих меж такого втручання. Як демонструють результати емпіричної стадії даного дослідження, такі законодавчі межі існують і мова має йти про вдосконалення законодавчого обмеження такого втручання.

Відтак стає необхідним аналіз засобів та способів законодавчого обмеження розсуду.

До непрямих способів законодавчого встановлення меж розсуду досить часто відносять ті, що реалізуються за допомогою так званих оціночних понять.

Підміна самих меж розсуду «невизначеними юридичними поняттями», які ще називають «оціночними поняттями», призводить до помилкового висновку про те, що застосування таких понять у процесі правореалізації є чимось іншим, ніж судова дискреція (Целлер et al., 2021 с. 7). Невизначеними поняттями права називають ті юридичні слова, які в контексті відповідної правової норми або іншого джерела права, не мають чітко окресленого значення (є недостатньо визначеними) (Шаблій, 2011, с. 412). Приміром до головних взаємообумовлених невизначених понять у правовому дискурсі Німеччини, відносять: *Billigkeit, Treu und Glauben, gute Sitten*,



*Verhältnismäßigkeit (angemessenes Verhältnis), billiges Ermessen* (Шаблій, 2011, с. 412-417).

На нашу думку, юридична природа цих понять має бути віднесена до принципів права, які по суті своїй не можуть бути докладно визначеними в змісті нормативно-правових актів. Про це свідчить те, що україномовними відповідниками наведених німецьких «невизначених» понять є справедливість, добросовісність, добрі звичаї, адекватність у широкому розумінні (здоровий глузд), справедливий розсуд, які за нашою доктриною традиційно належать до загальних принципів права.

Таким чином, є сенс розв'язати дилему двох способів законодавчого обмеження розсуду через визнання двох головних засобів такого обмеження правових принципів та норми права.

При такому підході можливо вирішити проблему надуманих правових неологізмів, які відволікають від сутності досліджуваної проблеми. Так, поділ правових меж дискреції на нормативні межі судового розсуду, спеціальні межі судового розсуду, а також межі судового розсуду при застосуванні оціночних понять є сенс замінити традиційним дихотомічним поділом на (1) межі, встановлені нормами права (які, своєю чергою, поділяються на загальні та спеціальні або казуальні норми), а також на (2) межі, встановлені принципами права.

Певна законодавча «невизначеність» принципів права очевидна, бо принципи не містять чіткої диспозиції перерозподілу прав і обов'язків сторін – вони визначають загальний сенс системи правових норм та напрямки подальшого розвитку права. Однак через те, що більшість з них згадується у відповідних правових актах, це дає підстави вважати їх законодавчо встановленими і відносити до законодавчих меж правового розсуду.

На основі соціокультурного аналізу предмета дослідження, результати якого викладено в першому розділі, можна запропонувати наступну систему загальних принципів, які встановлюють морально-правові рамки свободи розсуду.

Найвищу сходинку цієї ієрархії посідає неодноразово згадуваний нами *загальносоціальний принцип розмежування добра і зла*, за допомогою якого здійснюється культурно-історична та аксіологічна визначеність розсуду. Сама необхідність такої принципової моральної кваліфікації певних фактів у координатах добра і зла підтверджує інтелектуально-вольову природу розсуду. Як зазначив Георг Вільгельм Фрідріх Гегель (*Georg Wilhelm Friedrich Hegel*; 1770–1831) у своїй фундаментальній праці «Філософія права (*Philosophie des Rechts*)»: «Добро являє собою сутність волі в її субстанційності та загальності, волю у її істині; тому воно існує тільки в мисленні та шляхом мислення» (Hegel, 2003, р. 158). При цьому «істинна» воля це «воля духу свобода» (Hegel, 2003, р. 195).

Отже, ця «мисленнева» субстанціональність отримує свою діяльнісну визначеність у межах *принципів свободи та рівності*, які виконують *субстанціонально-обмежувальну* (установчу) функцію щодо правового розсуду.

Принцип свободи забезпечує субстанційну визначеність розсуду, бо право носить по відношенню до свободи стверджуючий характер. Якщо право це позитивна свобода, свобода на основі Добра, то, як ми вже з'ясували, правова дискреція це свобода думки і дії.

На рівні загальних принципів права сама ж свобода для того, щоб вона не обернулася свавіллям (свободою на основі Зла), повинна бути обмежена рівністю, або свободою іншої рівної перед законом особи. Сутність такого «зрівняльного обмеження» (Величко, 2004, с. 118) викарбувана в класичній формулі статті 4 Декларації прав людини й громадянина (1789 р.): «Свобода полягає в можливості робити все, що не шкодить іншому. Таким чином, здійснення природних прав кожної людини зустрічає лише ті межі, які забезпечують іншим членам суспільства користування тими ж самими правами. Ці межі можуть бути визначені тільки законом» (Козинець, 2007, с. 18).

Отже, загальноправові принципи свободи та рівності визначають статичну сутність розсуду як співмірності суб'єктивної свободи думки і волі рівноправних осіб.

Граничними засадами, відправними принципами дискреційної нормотворчості, які забезпечують динамічність розсуду, визнаються *принципи справедливості, розумності та добросовісності*. Саме вони встановлюють принципові межі правозастосування.

Ці загальні принципи правового розсуду уточнюються низкою інших спеціалізованих принципів, які будуть розглянуті при безпосередньому аналізі чинного законодавства.

Що до систематизації норм права як законодавчих засобів обмеження розсуду, то в правовій доктрині помітною є тенденція їх поділу за такими сферами матеріальна сфера обмежень (визначення змісту та обсягу розсуду) та процесуальна сфера обмеження (встановлення процедурних меж) (Фуфалько, 2012, с. 57).

Так, А. Барак, класифікуючи судовий розсуд на обмежений та абсолютний, пропонує враховувати критерій наявності чи відсутності законодавчих норм які б обмежували розсуд (Барак, 2022, с. 28-30). Розглядаючи види меж судового розсуду, А. Барак особливо виділяє процедурні і матеріальні обмеження (Барак, 2022, с. 30-36).

Ми пропонуємо інший підхід, а саме: поділ законодавчих меж дискреції залежно від характеру норм, які містяться у відповідних нормативно-правових актах, на три основні види: 1) матеріальні; 2) процесуальні; 3) колізійні. Враховуючи специфіку предмета нашого дослідження, виокремлюємо межі 4) арбітражного законодавства (до речі, деякі з цих норм мають складну правову природу, як приміром ті, що регулюють арбітражну угоду). З огляду на надзвичайну важливість уніфікації (інтернаціоналізації та європеїзації) національного законодавства варто виділити 5) міжнародно-правові межі, які встановлюють міжнародні

договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України і тому вони є частиною національного законодавства.

Щодо класифікації методів встановлення меж розсуду доцільним є поділ на *імперативний, диспозитивний та дискреційний* методи. Відповідно імперативний метод закріплена в законодавстві як чітка вказівка на необхідність вибору; диспозитивний, який більше притаманний приватному праву, передбачає застосування аналогії, а дискреційний метод (найбільше притаманний арбітражу) є випадком самостійного встановлення меж розсуду. Тобто згадані способи, на нашу думку, необхідно окреслити як способи встановлення меж розсуду: вибору, аналогії, розсуду (дискреції).

Логічно близькою до поділу понять (класифікації) є операція дефінітивного визначення, тому вищенаведені підстави поділу розсуду на певні його види, дозволяють сформулювати відповідне визначення.

Ми поділяємо позицію І. Б. Стахури щодо використання такого визначення меж правозастосовного розсуду: «встановлені за допомогою особливого правового інструментарію кордони, у межах яких суб'єкт правозастосування на основі комплексного аналізу обставин юридичної справи уповноважений винести оптимальне рішення з погляду принципів законності, справедливості і доцільності» (Стахура, 2018, с. 101). Проте необхідні досить важливі застереження що: 1) у вищій формі розсуду дискреції, здійснюється не просто «погляд» на певні принципи, а аналогія права на основі загальних принципів права; 2) перелік цих принципів розсуду ми запропонували дещо інший.

Безумовно, поняття законодавчих меж судового розсуду дещо вужче за обсягом, але більш деталізоване за змістом у порівнянні з загальним поняттям меж розсуду.

Однак націленість нашого дослідження на з'ясування сутності саме законодавчих меж розсуду змусила дещо інакше підійти до побудови такої дефініції й покласти в основу не готові доктринальні конструкції, а самостійно проаналізувати соціологічним методом контент-аналізу ті тексти

відповідних нормативних актів цивільного (Цивільний кодекс України), господарського (Господарський кодекс України), процесуального (Цивільний процесуальний кодекс, Господарський процесуальний кодекс), колізійного (Закон України «Про міжнародне приватне право») та арбітражного законодавства України (Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж», Закон України «Про третейські суди», Закон України «Про медіацію»), де встановлюються межі розсуду.

Ця дослідницька процедура в наукознавстві отримала назву *операціоналізації* як процесу визначення *нечіткої концепції*, задля того, щоб зробити її вимірною та зрозумілою за допомогою емпіричного спостереження. Таке уточнення значеннєвого змісту відбувається через описування реальних прикладів застосування поняття, що операціоналізується і таким чином встановлює зв'язок між концептуальним апаратом дослідження та методологічним інструментарієм. Операціоналізація понять завжди включена в експериментальну ситуацію і не належить до формально логічної операції, бо є емпіричним пошуком індикаторів або засобів фіксації змісту досліджуваних понять, а не процесом побудови теоретичної моделі об'єктів, що цими поняттями визначаються.

Вперше ідею операціоналізації висунув британський фізик Н. Р. Кемпбелл (*Norman Robert Campbell*; 1880–1949) і цей методологічний задум згодом поширився і на гуманітарні науки (Campbell, 1920). Однак на рівень загальнонаукової методології операціоналізацію вивив інший фізик-теоретик і філософ науки Персі Вільямс Бріджмен (*Percy Williams Bridgman*; 1882–1961) (Bridgman, 1927). Саме він вважається родоначальником операціоналізму як течії наукової думки.

Сутність своєї методологічної концепції П. В. Бріджмен вербалізував наступним чином: «поняття є синонімом відповідного набору операцій» (*the concept is synonymous with a corresponding set of operations*) (Bridgman, 1927, p. 5). Отже, власне операціоналізацію як виокремлення відповідних операцій-індикаторів він істотно доповнив логічною операцією *операційного*

*визначення*, за допомогою якої базові поняття репрезентуються як упорядкування сукупності операцій, за допомогою яких вони вимірюються. На основі емпіричної інтерпретації операційні визначення як певні наукові гіпотези доводяться чи спростовуються.

У процесі емпіричного дослідження поняття розсуду було операціоналізоване як сукупність наступних операцій (конструкцій): вибору, дозволу, згоди (схвалення), погодження, угоди (домовленості), аналогії права та вільної дискреції, що зафіксовані в чинному законодавстві за допомогою відповідних легальних понять.

Це дозволило емпірично операціоналізувати і поняття *законодавча межа розсуду* як встановлену законом міру свободи мислення та волевиявлення у певній ситуації правореалізації, що окреслюється певними правовими приписами (у термінах операціоналізму «операціями»).

Такі приписи можуть мати дві основні форми: 1) *нормативно-фіксованого припису*, як диспозитивної норми права, що встановлює певні ліміти розсуду суб'єкта правореалізації через застосування юридичних конструкцій вибору, дозволу, згоди (схвалення), погодження, угоди (домовленості); 2) *установчо-відправного припису* через відсилання до загальних засад законодавства (принципів права свободи, рівності, розумності, справедливості та добросовісності) та інших легальних оціночних понять, на основі яких встановлюються конструкції аналогії права та розсуду (дискреції).

Проведена операціоналізація дозволяє нам сформулювати основну робочу гіпотезу дослідження законодавчих меж арбітражного розсуду.

Законодавча межа арбітражного розсуду це гранична міра компетенції арбітражного суду (арбітрів) та автономії волі сторін арбітражного розгляду в окремій ситуації правореалізації, яка встановлена в певному нормативно-правовому (законодавчому) акті та окреслюється шляхом застосування відповідних юридичних конструкцій: вибору, дозволу, згоди (схвалення), погодження, угоди (домовленості); аналогії права та розсуду (дискреції).

На підставі такого поділу юридичних конструкцій можливо встановити що вони встановлюють три типи реалізації дискреційних повноважень: (a) вибір одного із законодавчо встановлених варіантів дій; (b) узгодження на договірній основі позицій сторін; (c) вільний розсуд на основі аналогії права. Вибір способів реалізації дискреційних повноважень встановлюється законодавцем з огляду на реаліцію прогностичної функції права, яку виділяє В. С. Ковальський (Ковальський, 2012, с. 59), шляхом використання тих конструкцій які, на думку законодавця, є доцільними – якщо можливо точно спрогнозувати яким чином норму може використати правозастосувач, то використовуються конструкції, пов'язані з вибором, якщо ж внормувати відносини настільки «точно» неможливо, то використовуються інші типи конструкцій.

Найбільший регулюючий та нормотвірний потенціал для арбітрів має дискреція, для сторін арбітражного розгляду – арбітражна угода та інші процесуальні угоди. Тому подальше вдосконалення чинного арбітражного законодавства має здійснюватися в напрямі вдосконалення саме цих засобів на основі балансу лібералізації та регламентації.

Агресія з боку Російської Федерації, апогеєм якої стало повномасштабне вторгнення в Україну 24 лютого 2022 року привнесла багато змін у життя світу. Позначилася вона й на діяльності арбітражних інституцій, а, відтак, і на арбітражному розсуді, в першу чергу, через запроваджені спеціальні економічні та інші обмежувальні заходи (санкції), спрямовані на економічне стримування країни-агресора та пов'язаних з нею осіб.

Відомо, що санкції, прямо спрямовані на втручання в міжнародну економічну діяльність і міжнародну торгівлю, неминуче створюють конфлікти між договірними та комплаєнс зобов'язаннями, що може впливати на адміністрування та вирішення спорів в порядку міжнародного арбітражу та спонукати Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України вживати додаткові заходи, зокрема, розробку внутрішніх комплаєнс процедур.

Подібна діяльність була неодноразово анонсованою, наприклад, на III Ukrainian Arbitration Forum (ІСАС, 2023а). Одним з її результатів може стати запропонована робочою групою Комплаєнс політика МКАС при ТПП України (ІСАС) щодо адміністрування справ з участю сторони (сторін), стосовно якої (яких) застосовано спеціальні економічні та інші обмежувальні заходи (санкції) та/або пов'язаних суб'єктів. Проєкт цього акта встановлює, що окремі положення режиму спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій) можуть бути враховані складом арбітражу (арбітражної комісії) в тій мірі, в якій це впливає на предмет спору та/або впливає з положень застосовуваного права. Таким чином зберігається хиткий баланс між обов'язком виконання санкційних заходів та необхідністю вирішення спору. Подібні норми спрямовані, перш за все, на постановлення виконуваного рішення, однак прямо впливають на розсуд сторін та арбітрів слугуючи певним видом обмеження.

Цікаво, що судова практика свідчить про випадки намагання відмовитися від виконання дійсного арбітражного рішення, як такого що суперечить публічному порядку України, через наявність санкцій щодо учасників спору. Так, Касаційний цивільний суд Верховного Суду в постанові від 19.03.2020 року у справі № 824/146/19, встановив, що «Застосування санкцій за рішенням РНБО як щодо бенефіціарних власників стягувача, так і щодо самого стягувача не свідчить про те, що арбітражне рішення, яким передбачається стягнення коштів з боржника, суперечить публічному порядку України та, відповідно, призводить до відмови у визнанні та наданні дозволу на його виконання в Україні» (Пільков et al., 2023, с. 24). Ще однією з таких спроб є посилання на режим воєнного стану, запроваджений в Україні Указом Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» № 64/2022 від 24.02.2022 року (Про введення воєнного стану в Україні, 2022), це змусило Верховний Суд, у постанові а КЦС ВС від 09.02.2023 року у справі № 824/87/22, сформулювати правову позицію, згідно якої «стягнення рішенням МКАС заборгованості з



підприємства оборонно-промислового комплексу в період воєнного стану не є підставою для відмови у визнанні та наданні дозволу на виконання цього рішення на території України, введення воєнного стану не звільняє підприємство від обов'язку з виконання грошових зобов'язань перед контрагентами, проте таке рішення тимчасово не підлягає виконанню у зв'язку із зупиненням вчинення виконавчих дій до закінчення воєнного стану» (Пільков et al., 2023, с. 24).

З введенням на території України воєнного стану, відповідно до Постанови Правління Національного банку України «Про роботу банківської системи в період запровадження воєнного стану» № 18 від 24 лютого 2022 року (Постанова №18), банкам заборонено здійснювати транскордонний переказ валютних цінностей з України/переказ коштів на кореспондентські рахунки банків-нерезидентів у гривнях/іноземній валюті, крім обмеженого числа винятків, вичерпний перелік яких передбачених пунктом 14 Постанови (Про роботу банківської системи в період запровадження воєнного стану, 2022).

Серед існуючих станом на сьогодні обмежень щодо здійснення транскордонних переказів валютних цінностей, є обмеження у здійсненні українськими компаніями транскордонних переказів спрямованих на виконання рішень суду щодо іноземних компаній, мирових угод укладених у процесі судового розгляду та угод, укладених у результаті розгляду судом справ про визнання та надання дозволу на виконання рішення іноземного суду та рішень арбітражів. Постанова №18 містить згадку про такі оплати державними підприємствами, господарськими товариствами, 100 відсотків акцій (часток) яких належить державі (пп. 34 п. 14), однак інші боржники не мають реальної змоги здійснити виконання таких рішень. Проблему визнає також і Національний банк України, який вказує, що «Наразі норми Постанови № 18 не передбачають можливість транскордонного переказу іноземної валюти з України українськими компаніями з метою виконання рішень суду на користь іноземних компаній, мирових угод, укладених

сторонами під час судового розгляду, а також угод, укладених у результаті розгляду судом справ про визнання та надання дозволу на виконання рішення іноземного суду» (Національний банк України, 2023). Ця проблематика безумовно накладає відбиток на практику арбітражів. Позитивним є те, що вирішення можливе у найближчому майбутньому, оскільки Україна звернулася до МВФ із Листом про наміри від 24.03.2023 № 7054/0/2-23 і розпочала співпрацю в межах нової програми «Механізм розширеного фінансування». У цьому Листі про наміри Україна взяла на себе зобов'язання після нормалізації ситуації та консультацій з експертами МВФ поступово знімати валютні обмеження, що застосовуються під час воєнного стану в Україні (МВФ-Україна, 2023). Варто констатувати, що зміни до Постанови №18 вносяться відповідно до поточної ситуації, та з метою пом'якшення валютної політики. Однак, станом на листопад 2023 року можливість виконання вищезгаданих рішень є можливою виключно для юридичних осіб визначених пп. 34 п. 14 Постанови № 18.

2.2 Матеріальні норми цивільного та господарського законодавства, які встановлюють межі розсуду в арбітражі

Головним джерелом, у якому містяться положення, що визначають правовий статус міжнародного комерційного арбітражу в Україні, є насамперед законодавство України (Притика, 2005, с. 139).

Дослідження згадок і ключів до розсуду в актах законодавства України, та їх подальша операціоналізація, потребує звернення насамперед до цивілістичного законодавства. Зокрема, вважаємо за доцільне розглянути норми матеріального права Цивільний кодекс України, Господарський кодекс України, процесуальні норми Цивільного процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України, а також спеціальне законодавство: щодо арбітражу Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж», Закон України «Про третейські суди», Закон

України «Про медіацію»; щодо колізійного права Закон України «Про міжнародне приватне право».

Однак, перш ніж перейти безпосередньо до аналізу норм, необхідно наголосити на тому, що вибір сторонами застосовного до суті спору права означає вибір саме матеріальних норм, а не колізійних чи процесуальних правил (Нагнибіда, 2021, с. 315). Таким чином, у разі вибору сторонами права України як застосовного, арбітри не пов'язані нормами процесуального права, до яких належать приписи ЦПК України та ГПК України, оскільки звертатися слід винятково до норм матеріального права (Нагнибіда, 2021, с. 316-317). Отже, право України в такому випадку стає «*governing law*» – правом, що регулює, тобто тим правом, якому об'єктивно підпорядкований контракт, певні акти, загальна та процесуальна правоздатність і дієздатність сторін та сам предмет спору» (Гайдулін, 2016, с. 53).

Однак не можна оминати того факту що процесуальні норми права, хоч і не є прямо застосовними до процедури вирішення спору в арбітражі, проте являють собою сукупність норм та принципів, які формують публічний порядок України.

У 1929 році було сформульовано максимально широке визначення публічного порядку, згідно з яким «*ordre public* – це сукупність умов, законодавчих, відомчих та судових, які забезпечують, шляхом нормального та регулярного функціонування національних інституцій, стан справ, необхідний для існування, прогресу, процвітання країни та її мешканців» (Maître, 1929, p. 84).

Нині науковці вважають що визначати складові елементи публічного порядку необхідно з урахуванням особливостей правової системи кожної окремої юрисдикції, духу та букви її національного законодавства, покладених у його основу принципів і цінностей, а також усталеної судової практики (Нагнибіда, 2021, с. 347). Проте подібна необхідність зміщується з позицій такої, що невіддільно пов'язана з процесом встановлення справедливості, до тієї, яка має під собою реалізацію прогностичної функції

арбітра забезпечити можливість визнання та виконання арбітражного рішення. Така ситуація склалася за рахунок абстрактності та холістичності складових *ordre public*, адже синергетичний зв'язок його складових унеможливорює виділ одного складника вище за інші або виключення його при розгляді юрисдикції. Набагато простіше навести класифікацію *ordre public*, аніж його складових. Так, *ordre public interne* визначають як принципи та правила внутрішнього правопорядку, якими врегульовані суспільні відносини в конкретній державі, а *ordre public externe* розуміють як більш вузьке поняття, що включає фундаментальні засади публічного правопорядку держави, базовані на прийнятих у більшості країн світу стандартах та пов'язані з взаємодією з міжнародним елементом (Di Pietro, 2001, p. 181-182).

Окрім того національне право впливає на арбітраж також шляхом встановлення такої категорії спорів, які не можуть бути предметом арбітражного розгляду, тобто є неарбітрабельними. Дослідники вказують, що система норм, які встановлюють неарбітрабельність спорів, є відокремленою частиною публічного порядку, оскільки національне законодавство містить деталізовані положення, чітко обмежуючи автономію волі сторін при зверненні в арбітраж з позовом щодо розгляду конкретного спору на основі того, що природа таких спорів зумовлює їх вирішення виключно внутрішніми юрисдикційними органами (Нагнибіда, 2021, с. 349). У національному законодавстві подібні положення містяться в Господарському процесуальному кодексі України.

Основною перепорою до свавільного використання дискреції та розсуду в арбітражі є процедура визнання та приведення до виконання арбітражного рішення. Найбільш універсальний механізм такої процедури запроваджено Конвенцією ООН про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. (Нью-Йоркська конвенція). Згідно зі статтею V(1)(e) Нью-Йоркської конвенції у визнанні арбітражного рішення, винесеного за межами країни, може бути відмовлено на підставі того, що воно скасоване «компетентною владою країни, де воно було винесено, або

країни, закон якої застосовується» (Конвенція ООН про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень, 1958). Хоча й скасування арбітражного рішення компетентним органом країни, за законодавством якої воно було винесене, може бути витлумачене як додаткова, а не основна підстава для відмови у визнанні арбітражного рішення, проте стосовно цього в світі вже напрацьована певна практика. Так, на думку видатного дослідника арбітражу та арбітра Вільяма Парка (*William W. Park*), «недоліки арбітражного рішення повинні розглядатися в рамках правової системи, в якій відбувається розгляд справи. ... Сторона, що оскаржує, повинна мати можливість викрити процесуальні порушення в місці проведення арбітражу, який, як правило, так само, як і будь-який інший *forum*, має бути взаємно зручним для сторін» (Park, 1983, р. 30-31). Якщо ж знехтувати таким сталим способом оскарження арбітражного рішення, то сторона, проти якої постановлене арбітражне рішення, буде змушена оскаржувати його в кожній з багатьох держав, де воно може бути виконане проти її майна. Таке ігнорування ustalеного порядку визнання рішень у підсумку призведе до відкату до способу подвійної екзекватури, встановленого Женевською конвенцією 1927 року про приведення до виконання іноземних арбітражних рішень.

Окрім того, як наголошує О. Д. Крупчан, існують «рішення міжнародних комерційних арбітражів, які можуть вирішувати передані на їх розгляд справи як на основі права певної держави, так на основі принципу справедливості, діючи як «дружній посередник» або *ex aequo et bono*» (Крупчан, 2019, с. 10).

Як зазначає Б. В. Деревянко, «сторони арбітражу, здійснюючи вибір права, можуть поєднувати право різних юрисдикцій, обмежувати дію права (виключати застосування певних норм та положень з обраного права) або взагалі відмовитись від застосування будь-якого національного права» (Деревянко, 2021).

Тобто, окремим питанням постають випадки, коли сторони обирають застосовним «недержавне право», з певних причин, на їхню думку, відходячи від застосування будь-якого публічного порядку. Принципи вибору права в міжнародних комерційних договорах або ж Гаазькі принципи 2015 року, у частині 5 статті 11 містяться положення: «Ці Принципи не перешкоджають арбітражному суду застосовувати або враховувати публічний порядок (*ordre public*), а також застосовувати або враховувати імперативні положення закону, відмінного від закону, обраного сторонами, якщо арбітражний суд зобов'язаний або має на це право» (Hague Conference on Private International Law, 2015, p. 20). Однак, як про це зазначено у коментарі до цієї частини статті: «Формулювання статті вимагає, щоб арбітражний суд враховував правові рамки, в яких здійснюється процес прийняття рішень, беручи до уваги (зокрема) угоду сторін, визначене або передбачуване місце проведення арбітражу, будь-які інституційні правила, що застосовуються до арбітражу, а також потенційний контрольний вплив державних судів, які застосовують місцеве арбітражне законодавство» (Hague Conference on Private International Law, 2015, p. 79). На думку науковців таке положення закликає арбітрів проявляти розсуд щодо того, чи існують підстави застосування імперативних норм або публічного порядку держави суду, а також спосіб їх застосування (Pertegás et al., 2014, p. 1001).

Таким чином виявляється особливість: жодне арбітражне рішення, до якого начебто не застосовувалося право певної держави, зазнає впливу «державного» права. Саме це мав на увазі, Френсіс Манн (*Frederick Alexander Mann, Francis Mann; 1907–1991*) у своїй праці «*Lex Facit Arbitrum*»: «Ніхто і ніде не зміг вказати на будь-яке положення або правовий принцип, який би дозволяв окремим особам діяти поза межами системи національного права; навіть ідея автономії сторін існує лише в силу певної системи національного права і в різних системах може мати різні характеристики та наслідки. Аналогічно, кожен арбітраж обов'язково підпорядковується законодавству певної держави. Жодна приватна особа не має права або

повноважень діяти на будь-якому іншому рівні, окрім рівня національного права. Кожне право або повноваження, яким користується приватна особа, невідворотно надається або впливає з системи національного права, яку зручно відповідно до традиції називати *lex fori*, хоча точніше (але й менш звично) було б говорити про *lex arbitri* або, французькою, *la loi d'arbitrage*» (Sanders, 1967, p. 165).

З цього уривка також можна зробити висновок про відмінність між *lex fori* та *lex arbitri*. Варто наголосити на тому, що поруч з публічним порядком, існують ще дві системи правових норм та принципів, які оформлені у вигляді *lex arbitri* та *lex fori*, право арбітражу й право суду, відповідно. На нашу думку, вони є одними з конкретних проявів складників *ordre public*. Вважаємо, що *lex fori* варто визначати як право державних судів, зокрема й тих які будуть переглядати виконуваність рішення арбітражу, а *lex arbitri* позначає право, яким врегульована діяльність арбітражу.

Іншим аргументом стосовно того, що існування арбітражу неможливе поза національною системою права, науковці вважають особливі привілеї арбітражної угоди, які високо цінуються у світовому товаристві. По-перше, дійсна арбітражна угода, на яку посилається сторона, проти якої порушено судовий розгляд, фактично зупиняє розгляд. По-друге, сторони та їхній арбітр мають набагато більше свободи в проведенні арбітражу, ніж національні судді. Вони не зобов'язані дотримуватися правил процедури або доказів, передбачених для позовів *lex fori*, а також застосовувати колізійні норми *lex fori* при визначенні застосовного права за відсутності вибору сторін. По-третє, судовий перегляд арбітражного рішення є набагато обмеженішим, ніж апеляційне оскарження судового рішення. По-четверте, арбітражне рішення може бути виконане в країні його винесення так само, як і судове рішення, без необхідності подавати позов до суду. Нарешті, відповідно до Нью-Йоркської конвенції та конвенцій зі схожими цілями арбітражне рішення, винесене в одній державі, може бути виконане в усіх інших договірних державах, де дотримані умови, встановлені конвенцією та

будь-яким імплементаційним законодавством. Це надзвичайно важливий привілей, який має набагато ширшу географічну сферу дії, ніж привілей, що надається рішенням судів. Неможливо не погодитися з тим, що ці привілеї випливають з національного законодавства та міжнародних конвенцій, а не з контракту (Goode, 2001, р. 36-37).

Нашу думку підтверджує також інтенція К. М. Воронова, стосовно того що «припустити абсолютно міжнародно-правову природу міжнародного комерційного арбітражу можна лише гіпотетично, оскільки початкова незв'язаність міжнародного комерційного арбітражу національним правом є неприпустимою з точки зору сучасного розуміння ролі і значення територіального зв'язку арбітражу і публічного порядку» (Воронов, 2018, с. 97).

Підсумовуючи такі думки науковців, можна встановити що законодавство держави місця прийняття рішення впливає на арбітраж, якщо й не прямо, то, безсумнівно, опосередковано. Таким чином аналізоване надалі українське цивільне законодавство впливає на сприйняття арбітрами та сторонами публічного порядку України, загалом формуючи одну з частин *ordre public*.

Наголошуємо, що операціоналізоване надалі законодавство України є актуальним для арбітражного розгляду виключно у випадку обрання сторонами або складом арбітражного суду застосовним правом саме права України.

Враховуючи виявлені нами способи встановлення меж розсуду вибору, аналогії, вільного (самостійного) розсуду (дискреції), доцільно провести аналіз законодавства за подібними ключовими словами.

Ми вже загадували про те, що принципи права, стають засобами контролю дискреції як певні правила, «стандарти» (Головатий, 2006, с. 673-678), що встановлюють собою межі дискреції. В силу того, що більшість принципів сформульовано в правових актах, вони є законодавчо встановленими і ми вважаємо їх законодавчими межами правового розсуду,



незважаючи на певну абстрактність їх викладу. Про це свідчить також позиція В. В. Кочина: «Нормативно-правове закріплення принципів надає їм об'єктивний характер, виводить за межі доктринального чи ідеологічного розуміння» (Кочин, 2020, с. 59). Таким чином, операціоналізацію понять ми розпочнемо з принципів права, що обмежують розсуд.

Так, серед загальних засад цивільного законодавства, визначених у статті 3 ЦК України, виокремлюється принцип свободи договору (п. 3 ч. 1 ст. 3) та свободи підприємницької діяльності, із застереженням «яка не заборонена законом» (п. 4 ч. 1 ст. 3). Нині ми можемо констатувати, що завдяки принципу свободи договору учасники цивільних правовідносин мають змогу реалізовувати дискрецію щодо встановлення такого способу врегулювання відносин, у тому числі й тих що виникають стосовно вирішення спорів, який вони вважають прийнятними. Докладніше така позиція законодавця викладена в статті 627 ЦК України, зокрема такий розсуд є обмеженим «з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості» (ч. 1 ст. 627).

У Цивільному кодексі України розсуд суб'єкта здійснення цивільних прав прямо, майже на рівні синонімії, пов'язується з його свободою: «Особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд» (ч. 1 ст. 12). Як свідчить ч. 5 цієї ж статті, це обмеження дискреційних повноважень принципом свободи істотно доповнюється межами, які встановлюють принципи добросовісності та розумності, а також відповідними спростовними презумпціями.

Використання конструкції «свобода» простежується в статті 288 ЦК України, яка гарантує право на свободу фізичної особи, при цьому «свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості» (ч. 1 ст. 201) охороняється цивільним законодавством (ст. 309). Усе це надає нам можливість стверджувати, що законодавець надає широку можливість до реалізації власної свободи в будь-яких діях, що не суперечать законодавству,

до того ж державою захищається можливість вільного вибору «сфер, змісту та форм (способів, прийомів) творчості» (ч. 2 ст. 309 ЦК України).

Господарський кодекс України також оперує поняттям «свобода», зокрема основоположним принципом господарювання визнаний принцип свободи підприємницької діяльності (п. 3 ч. 1 ст. 6), за якої «підприємці мають право без обмежень самостійно здійснювати будь-яку підприємницьку діяльність, яку не заборонено законом» проте на таку свободу накладені певні обмеження, як-от необхідність, ліцензування певних видів підприємництва та встановлення прямих заборон на здійснення видів діяльності, «підприємництво в яких забороняється», про що вказано у статті 43 ГК України.

Окрему увагу законодавцем приділено можливості здійснення діяльності громадянами-підприємцями на засадах свободи підприємництва, відповідно до ч. 1 ст. 128 ГК України.

Цивільний процесуальний кодекс, з огляду на особливість цивільного процесу та предмета цивільного судочинства, у тексті містить поняття, які стосуються захисту свобод та інтересів фізичної особи. З цього ми можемо зробити висновок, що держава зберігає за собою обов'язок захисту прав, свобод та інтересів людини, при цьому заохочуючи людину до їх якнайширшої реалізації в рамках обмежень, встановлених насамперед законодавством. Аналогічно встановлено й у статті 73 Закону України «Про міжнародне приватне право» «іноземні особи мають право звертатися до судів України для захисту своїх прав, свобод чи інтересів».

Закон України «Про третейські суди» встановлює, що одним із принципів діяльності третейського суду є принцип свободи сторін у наданні ними доказів і в доведенні перед третейським судом їх переконливості, що визначено п. 4 ч. 1 ст. 4 та ч. 4 ст. 39 цього Закону.

Поруч з поняттям свободи доказування в нормативно-правових актах використовується конструкція «діяти самостійно». На нашу думку її призначення хоч і пов'язане з реалізацією розсуду, однак є лише

індикативним для його подальшого застосування і не завжди використовується в цьому значенні.

Так, системне дослідження Цивільного кодексу України щодо використання терміна «самостійно» показує, що норми Кодексу, в яких зустрічається це поняття, найчастіше пов'язані з реалізацією прав та виконанням обов'язків фізичною особою особисто, без сторонньої допомоги, а стосовно юридичних осіб йдеться про відповідальність за своїми зобов'язаннями (ч. 1 ст. 96, ч. 2 ст. 152). Однак поза цією класифікацією діють норми частини першої статті 960 «Зміна умов зберігання та стан товару», де йдеться про те, що «якщо для забезпечення схоронності товару потрібна негайна зміна умов його зберігання, товарний склад зобов'язаний самостійно вжити відповідних невідкладних заходів та повідомити про них поклажодавця». На нашу думку, йдеться про необхідність реалізації дискреції зберігача шляхом використання здорового глузду та розумності з метою належного зберігання отриманого товару.

Господарський кодекс України, також використовує поняття «самостійно» у значенні, схожому до прийнятого в ЦК України, тобто в контексті особистої реалізації прав та виконання обов'язків, однак, з огляду на особливість методу правового регулювання, приділено увагу саме самостійному здійсненню господарської діяльності з втручанням держави у необхідних випадках, та встановленими межами реалізації певних прав (ч. 1 ст. 10, ч. 1 ст. 19, ч. 1 ст. 42, ч. 1 ст. 43, ч. 3 ст. 67, ч. 1 ст. 68, ч. 2 ст. 77, ч. 1 ст. 107, п. 3 ч. 3 ст. 128, ч. 6 ст. 226, ч. 1 ст. 387).

Цікавою є норма, згідно з якою, серед принципів підприємницької діяльності визначених статтею 44 ГК України, встановлено принцип самостійного здійснення підприємцем зовнішньоекономічної діяльності, використання підприємцем належної йому частки валютної виручки на свій розсуд. Виходячи з тлумачення цієї норми, ми можемо зробити висновок, що тоді, коли йдеться про принципову можливість мати певні дискреційні повноваження у законодавстві, використовується поняття «самостійно», на

відміну від використання поняття «розсуд» у випадках ситуативного застосування дискреції, так би мовити, за окремої необхідності.

Визначальним елементом правомочності використання комерційної таємниці є самостійність та добросовісність одержання інформації, що є комерційною таємницею. Саме за дотримання таких умов ч. 3 ст. 162 ГК України надає право особі використовувати цю інформацію на свій розсуд. Така конструкція встановлює факт самостійного одержання інформації, а не від посередників чи іншим способом, який можна класифікувати як промислове шпигунство. Синергія самостійності та добросовісності, схоже, є одним із елементів обмежень розсуду, які запобігають проявам свавілля, і така конструкція, на наше переконання, стосується не лише правовідносин щодо використання комерційної таємниці.

Дискреційність цивільного процесу, в розрізі диспозитивності, виявляється в можливості самостійного представлення власних інтересів у суді (ч. 1 ст. 50, ч. 2 ст. 218), самостійного подання доказів (ч. 1 ст. 84), можливості суду ухвалювати часткове рішення по окремим самостійним вимогам (ч. 3 ст. 233). З огляду на часткову уніфікацію процесуальних кодексів, Господарський процесуальний кодекс України використовує аналогічні юридичні конструкції.

Як спеціальний Закон України «Про міжнародне приватне право» використовує конструкцію «самостійно» в нормі ч. 1 ст. 5: «У випадках, передбачених законом, учасники (учасник) правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин». Таким чином, Законом покладено на сторони можливість застосування власного розсуду для визначення застосовного права.

Важливе місце в діяльності арбітражних інституцій займає принцип компетенції-компетенції (*komptenz-kompetenz*). Оскільки чітких критеріїв визначення компетенції не існує, виключно за рахунок дискреції можливо вирішити завдання, покладені на арбітрів на цьому етапі. В національному

законодавстві цей принцип закріплено в ч. 1 ст. 16 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» третейський суд може сам прийняти постанову про свою компетенцію, в тому числі щодо будь-яких заперечень щодо наявності або дійсності арбітражної угоди; та у ч. 1 ст. 27 Закону України «Про третейські суди» «третейський суд, з додержанням вимог цього Закону, самостійно вирішує питання про наявність або відсутність у нього компетенції для розгляду конкретної справи».

Норми Закону України «Про медіацію» спрямовані на широке використання дискреції сторонами та медіаторами при вирішенні спорів. Так, відповідно до статті 8 цього Закону: «Сторони медіації самостійно обирають медіатора (медіаторів) та/або суб'єкта, що забезпечує проведення медіації (частина 1). Сторони медіації самостійно визначають перелік питань, які обговорюватимуться, варіанти врегулювання конфлікту (спору), зміст угоди за результатами медіації, строки та способи її виконання, інші питання щодо конфлікту (спору) та проведення медіації. Інші учасники медіації можуть надавати консультації та рекомендації сторонам медіації, але рішення приймається виключно сторонами медіації» (частина 2). Ця стаття має назву «Самовизначення та рівність прав сторін медіації». Таке формулювання назви статті та її норм указує на наділення сторін медіації певною суверенністю використання дискреції стосовно процесуальних питань. Ми вважаємо, що самовизначення сторін є важливим у силу того, що відносини медіації, особливо питання досягнення мирової угоди, неможливо врегулювати законодавчо через їхню природу пошук компромісу, тобто узгодження альтерверсивного сприйняття предмета спору за допомогою дружнього посередника медіатора.

Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 11 Закону медіатор має право самостійно визначати методику проведення медіації за умови дотримання вимог закону, правил проведення медіації та норм професійної етики медіатора. Варто звернути увагу на накладені цим пунктом обмеження дискреції медіатора нормативні

(«дотримання вимог закону»), так і етичні («дотримання норм професійної етики»).

Законодавець також оперує поняттям «вільно», яке, на перший погляд, дещо подібне до «самостійно». Здається, що вони є не зовсім схожими як за значенням, так і за способом використання у текстах норм. Разом з тим «вільно» не завжди має пряму кореляцію з розсудом. Спробуємо це довести.

Використання в нормах Цивільного кодексу України терміна «вільно» приводить нас до думки про те, що цей термін розуміється як певний еквівалент поняття «необмежений». Зокрема, це стосується норм про вільний вибір місця проживання та перебування, вільне пересування ( ч. 2 ст. 29, ч. 1 ст. 270, ст. 310, ст. 313), вільне волевиявлення ( ч. 1 ст. 1, ч. 3 ст. 203, ч. 2 ст. 1203), вільний вибір форм та способів прояву своєї індивідуальності та творчості (ч. 2 ст. 300, ч. 2 ст. 309).

Подібно до Цивільного кодексу, Господарський кодекс України також послуговується поняттям вільного волевиявлення (п. 1 ч. 4 ст. 179, ч. 1, 2 ст. 184, ч. 1 ст. 185, ч. 1 ст. 186).

Дискреційність вибору суду та суддів передбачена в статті 14 Закону України «Про третейські суди», згідно з нормами цієї статті сторони мають право вільно призначати чи обирати третейський суд та третейських суддів. За домовленістю сторін вони можуть доручити третій особі (юридичній або фізичній) призначення чи обрання третейського суду чи суддів. Тобто сторони за домовленістю між собою, використовуючи спільний розсуд, самостійно та без обмежень обирають склад третейського суду, або ж використовують дискрецію третьої особи при такому виборі, самостійно наділяючи її дискреційними повноваженнями.

Така система застосування поняття «вільно» свідчить про те, що «вільний» не є апіорно дискреційним, оскільки прояв волі залежить не від юридичної ситуації, а, швидше, від меж дозволеної поведінки суб'єкта та можливостей здійснення певних дій. Співвідношення понять «вільний» та «самостійний» також говорить про те, що вони не є синонімами чи

спорідненими поняттями в законодавстві. Виходячи з аналізованих норм, діяти самостійно можливо навіть за браком волі, водночас діяти вільно не самостійно неможливо. Якщо говорити про дискрецію в контексті проведеного аналізу використання понять, то ми можемо встановити вона проявляється в окремій юридичній ситуації з метою її вирішення *ad hoc*, ураховуючи, що кожна нова ситуація, навіть за певної подібності з іншими на перший погляд, не може бути абсолютно ідентичною.

Після аналізу принципів, які встановлюють межі та обмеження розсуду варто розглянути нормативно-правові межі розсуду за цивільним та господарським законодавством. Перш за все звернемося до законодавчого обмеження сфери застосування розсуду.

У чинному Цивільному кодексі України реалізована позиція гранично розширеного розуміння сфери застосування розсуду, без обмеження її лише судочинством, а з поширенням на весь процес здійснення цивільних прав (ч. 1 ст. 12) (Цивільний кодекс України, 2003).

Укладачі Цивільного кодексу України не оминули можливість уточнити конкретні сфери здійснення цивільних прав, де встановлене певне саморегулювання на основі розсуду. Виходячи з того, що передбачити навіть в кодифікованому нормативно-правовому акті всі сфери реалізації дискреційних повноважень не уявляється здійсненним, то законодавчо зазначені сфери слід вважати *пріоритетними* щодо розсуду суб'єкта реалізації цивільних прав.

Найбільш пріоритетним у цьому плані слід вважати здійснення права на захист суб'єктивних прав та законних інтересів, що передбачено ч. 1 ст. 20 ЦК України: «Право на захист особа здійснює на свій розсуд». Хоча законодавчі межі розсуду (дискреції) в цій статті прямо не встановлюються, але дана уповноважуюча норма системно пов'язана з загальною нормою, що міститься у ст. 13 ЦК України, де принципово визначаються межі здійснення цивільних прав.

Таким чином, законом не лише проголошується дискреційність здійснення права на захист, а опосередковано встановлюються і межі, в рамках яких особа реалізує свої дискреційні правомочності передусім щодо вибору юрисдикційних форм такого захисту та притаманних їм заходів. Отже, не зважаючи на цю дискреційність (яка зазвичай в цивілістичній доктрині називається *правилом диспозитивності*), застосуванню підлягають не будь-які заходи захисту, а лише ті, що передбачені законом або договором.

Особа може обрати наступні юрисдикційні форми захисту:

1. *Судовий захист* цивільних прав та інтересів, що базуються конституційно-правових гарантіях захисту прав і свобод людини та громадянина судом (ст. 55 Конституції України). За цивільним законодавством «кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу (ч. 1 ст. 15 ЦК України). Законодавець певним чином обмежує і способи судового захисту. Зокрема ст. 6. ЦК України встановлений відкритий перелік із 10 законних способів захисту цивільних прав та інтересів, але при цьому зазначається, що «суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом чи судом у визначених законом випадках».

2. Захист прав та інтересів під час вирішення *спорів у міжнародному комерційному арбітражі* або *третейському суді* на основі арбітражної угоди (ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж») (Про міжнародний комерційний арбітраж, 1994) або третейської угоди (ст. 12 Закону України «Про третейські суди») (Про третейські суди, 2004).

3. Запобігання виникненню спору або його врегулювання шляхом переговорів через *медіацію* як «позасудової добровільної, конфіденційної, структурованої процедури», що здійснюється на основі медіаційної угоди та договору про проведення медіації (ст.1 Закону України «Про медіацію») (Про медіацію, 2021).



Ще одним, й досі новітнім, залишається такий спосіб юрисдикційного захисту як «онлайн вирішення спорів». Як слушно зауважує Н. Л. Бондаренко-Зелінська, «термін «онлайн» у назві способів урегулювання спорів указує не на існування якоїсь нової примирної процедури для специфічних, у нашому випадку онлайн-спорів, а про застосування для врегулювання відповідного конфлікту в тій чи іншій мірі інформаційно-цифрових технологій та мережевої комунікації» (Бондаренко-Зелінська, 2023, с. 219-220). Це можливо також встановити і з нормативного регулювання, запровадженого у Європейському Союзі.

Так, у Європейському Союзі Регламентом № 524/2013 передбачається створення платформи *Online Dispute Resolution (ODR)*, яка, як зазначають дослідники, пропонує споживачам і продавцям єдину точку входу для позасудового врегулювання спорів онлайн за допомогою процедури альтернативного вирішення спорів (Деревянко et al., 2023, с. 39). Згідно пункту 18 Регламенту, Платформа ODR повинна надавати загальну інформацію про позасудове врегулювання договірних спорів між торговцями та споживачами, що виникають у зв'язку з договорами купівлі-продажу та надання послуг в Інтернеті, за допомогою єдиного інтерактивного веб сайту. Вона повинна дозволяти споживачам і торговцям подавати скарги шляхом заповнення електронної форми скарги, доступної всіма офіційними мовами інституцій Європейського Союзу, і додавати відповідні документи. Вона повинна передавати скарги до органу ADR, компетентного розглядати відповідний спір. А відповідно до ч. 7 ст. 9 Резолюції установа альтернативного вирішення спорів, яка погодилася розглядати спір, також інформує сторони про свої процесуальні правила та, у відповідних випадках, про витрати, пов'язані з відповідною процедурою врегулювання спору (Regulation on consumer ODR, 2013). Таким чином сторонам надається можливість врахувати особливості процедури вирішення спорів, однак таке регулювання доводить, що при цьому не відбувається запровадження змістовно нового способу захисту.

Поза цими юрисдикціями може бути обрано такий спосіб реалізації права на захист прав та інтересів:

(а) Позасудовий захист суб'єктивних прав та інтересів може здійснюватися через звернення громадян до органів державної влади, об'єднань громадян (ст. 40 Конституції України, Закон України «Про звернення громадян») (Про звернення громадян, 1996). Зокрема відповідно до чинного законодавства захист цивільних прав та інтересів осіб може здійснюватися Президентом України, органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим або органами місцевого самоврядування. При тому «рішення, прийняте зазначеними органами щодо захисту цивільних прав та інтересів, не є перешкодою для звернення за їх захистом до суду» (ст. 17 ЦК України).

(б) Законний захист цивільних прав може здійснюватися і *нотаріусом* «шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом».

(с) Особа має право на *самозахист* свого цивільного права та права іншої особи від порушень і протиправних посягань, що полягає в застосуванні засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства (ст. 19 ЦК України).

Отже, дискреційне розпорядження особою своїм правом на захист це передусім самостійний вибір нею способу захисту свого порушеного, невизнаного чи оспореного права та органу, до якого вона буде звертатися, або обрання самозахисту.

Цивільне законодавство передбачає також інші межі реалізації дискреції захисту цивільних прав. Приміром спеціальними правилами встановлені обмежувальні (преклюзивні) строки позовної давності, у межах яких «особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу» (Глава 19 ЦК України).

Конкретні вимоги встановлює процесуальне законодавство та судова практика щодо суб'єкта права на захист. Так, за загальноправовим правилом

право на судовий захист реалізується тільки щодо тих осіб, які мають матеріально-правову заінтересованість у справі.

Верховний Суд у Постанові від 28 лютого 2019 року у справі № 522/3665/17 сформулював загальні підходи до визначення законного інтересу як предмета судового захисту в адміністративному судочинстві. Деякі ознаки такого інтересу мають універсальний характер і застосовуються у практиці цивільної форми судочинства, а саме: а) інтерес має правовий характер, тобто перебуває у сфері правового регулювання; б) він пов'язаний з конкретним матеріальним або нематеріальним благом; с) інтерес є визначеним благом, на яке спрямоване прагнення, не може бути абстрактним або загальним, у позовній заяві особа повинна зазначити який саме її інтерес порушено та в чому він полягає; d) інтерес є законним, якщо він є персоналізованим (суб'єктивним) тобто належить конкретній особі (позивачу) (Постанова Верховного Суду, 2019).

Окремо варто розглянути засоби встановлення меж розсуду. Шляхом їх операціоналізації можливо також виявити пріоритетні сфери застосування розсуду.

Визначаючи межі здійснення цивільних прав (ст. 13 ЦК України) законодавець передбачає, що вони окреслюються двома видами правових актів: «цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства» (ч. 1. ст. 13). При цьому такі межі істотно уточнюються: «при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині» (ч. 2. ст. 13), а також «не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах» (ч. 3. ст. 13), у тому числі «неправомірне обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція» (ч. 5. ст. 13). Особливо законодавець підкреслює, що «при здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства» (ч. 4. ст. 13).

Цивільний кодекс України в ч. 3 ст. 6 «Акти цивільного законодавства і договір» прямо, хоча й з певними застереженнями, встановлює, що «сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд». Таким чином законодавець передбачає за певних умов реальну можливість сторонам договору замість прямих законодавчих обмежень застосувати договірну конструкцію консенсуального самообмеження власного розсуду на договірній основі (через угоду сторін). Щоправда, така можливість вимагає значних інтелектуальних зусиль у процесі доведення того, що обов'язковість для сторін певних положень актів цивільного законодавства, від яких сторони відступають, не впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

На відміну від публічного права у приватному праві значно більше можливостей до застосування розсуду. Так, Цивільний кодекс України містить 14 (чотирнадцять) випадків вживання слова «розсуд». В Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» розсуд згадується 6 (шість) разів, що, враховуючи кількість статей цього закону 36 (тридцять шість) є достатньо значним показником свободи розсуду.

Про розмежування поняття розсуду та волі свідчить норма частини 1 статті 271 ЦК України зміст особистого немайнового права становить можливість фізичної особи вільно, на власний розсуд визначати свою поведінку у сфері свого приватного життя.

Схоже, що укладачі Цивільного кодексу України використали «розсуд», у контексті, наведеному в статті 295 «Право на зміну імені», як індикативний показник можливості вільно змінювати усі складові імені людини самостійно, без погодження будь з ким, а не як спосіб реалізації вільного судження людини.

Використання конструкції «розсуд» у нормах Цивільного кодексу України, які пов'язані з майном (наприклад ч. 1 ст. 319, ч. 5 ст. 351) також спрямоване на реалізацію вільного судження.

У ч. 4 ст. 373 ЦК України встановлюється обмеження розсуду у вигляді обов'язку використовувати земельну ділянку згідно з її цільовим призначенням, а в частині 5 вказаної статті законодавець звертає увагу на використання надр та повітряного простору на власний розсуд, «якщо інше не встановлено законом та якщо це не порушує прав інших осіб». Науковці вказують, що розуміти конструкцію на «власний розсуд» у цій статті необхідно, виходячи з того, що «...власник земельної ділянки на підставі власного волевиявлення і своєї правосвідомості може використовувати таку ділянку з метою задоволення тих чи інших потреб. При цьому межі активної і вольової поведінки суб'єкта щодо використання земельної ділянки визначаються цільовим призначенням такої ділянки» (Дзера, 2011, с. 597). Таким чином реалізується обмеження шляхом бланкетного викладу норми, яка відсилає до можливих обмежень встановлених законодавством.

Ч. 2 ст. 383 ЦК України також містяться обмеження розсуду власника квартири стосовно можливості здійснювати ремонт і зміни у квартирі, «за умови що ці зміни не призведуть до порушень прав власників інших квартир та нежитлових приміщень у багатоквартирному будинку та не порушать санітарно-технічних вимог і правил експлуатації будинку».

Коли об'єкти інтелектуальної власності розглядатимуться спрощено як майно, то норми ч. 2 ст. 426 ЦК України встановлює схожий спосіб використання таких об'єктів з урахуванням прав інших осіб, які становлять обмеження такого розсуду.

Цікавим є застосування конструкції розсуду у нормі статті 542 ЦК України, якою визначено що боржник може виконати свій обов'язок перед будь-яким із солідарних кредиторів на власний розсуд. На нашу думку, сенс закладений при використанні цієї конструкції, швидше є диспозитивним, таким, що спонукає до вибору серед кредиторів, аніж до реалізації розсуду.

Одним із найбільш змістовних і водночас коротким за викладом є використання конструкції «розсуду» у ч. 1 ст. 628 ЦК України, якою сторони управлені самостійно створювати умови договору, які стають регулятором

відносин між ними. Ця норма дещо розширює положення ч. 3 статті 6 ЦК України, таким чином закріплюючи свободу самостійного створення обов'язкових для договірних сторін норм, узгоджених спільно. Прогресивний потенціал, закладений у ці норми, кодексу важко оцінити в силу того динамізму правовідносин, який виявляється нині. Цей динамізм проявляється і в закріпленні в Кодексі права на власний розсуд обирати види безготівкових розрахунків (ч. 2 ст. 1088), особливо в контексті існування можливості оплати найсучаснішим способом криптовалютою.

Господарський кодекс України послуговується поняттям розсуд здебільшого з метою встановлення певної дерегуляції підприємництва шляхом надання свободи дій суб'єктам господарювання, (ч. 5 ст. 40, ч. 1 ст. 134, ч. 1 ст. 135).

Іншим випадком використання конструкції «розсуд» є закріплення можливості сторін аналогічно до Цивільного кодексу України використовувати в господарських договорах самостійно створені положення, які не суперечать законодавству, таким чином надаючи сторонам фундаментальне право на самостійне договірне врегулювання господарських правовідносин шляхом нормотворчості (абз. 1 ч. 4 ст. 179 ГК України).

Примітним обмеженням розсуду комерційного агента є закріплення в ч. 2 ст. 300 заборони на передачу прав комерційного агента іншим особам без погодження з суб'єктом, якого він представляє, відповідних положень в агентському договорі. Ця конструкція загалом визначальна для природи алеаторних договорів, які побудовані на довірчих відносинах представництва. Тому нам здається цілком вірним встановлення законодавчих обмежень відступлення від наданих прав без урегулювання подібних питань у договорі.

Ще однією конструкцією, близькою до поняття розсуду, є «вибір» певного варіанту дій.

Використання конструкції «вибір» хоча прямо й не пов'язане з розсудом, проте вказує на можливість діяти вільно в певних встановлених

рамках. Подекуди «вибір» використовується поруч з «вільно», «вільний» тощо, саме в цьому випадку можна говорити про певну спорідненість з розсудом.

«Вільний вибір» як складена юридична конструкція зустрічається у ч. 1 ст. 270, ч. 2 ст. 300, ч. 2 ст. 309, ч. 2 ст. 310, ч. 1 ст. 627 Цивільного кодексу України, ч. 2 ст. 39, абз. 1 ч. 1 ст. 44, ч. 2 ст. 67 Господарського кодексу України. Ми вважаємо «вільний вибір» конструкцією що позначає лімітоване лише внутрішньо встановленими межами дискреційне використання власного судження для вирішення конкретно визначених законодавством ситуацій.

На противагу «вільному вибору», законодавство оперує обмеженою ззовні конструкцією, яка вже не містить тієї свободи, яку закладено в розсуд. Швидше це є саме вибором у його кристалізованому варіанті пошук вірного рішення серед запропонованих сценаріїв. Ця концепція репрезентована в нормах Цивільного кодексу України конструкцією «свій вибір», зокрема у нормах: ч. 3 ст. 119, ч. 2 ст. 672, ч. 1, 2 ст. 678, ч. 1 ст. 681<sup>1</sup>, ч. 1, 2 ст. 684, ч. 4 ст. 692, ч. 1 ст. 708, ч. 2 ст. 709, ч. 1 ст. 766, ч. 2 ст. 768, ч. 1 ст. 852, ч. 1 ст. 858, ч. 1 ст. 872.

Однак необхідно наголосити на тому, ця конструкція, використана у ч. 1, 2 ст. 342 Господарського кодексу України, має інше значення, і не передбачає прямого вибору, а лише закликає суб'єкта господарювання до визначення того банку з яким він має бажання співпрацювати, за умови що й згоди банку на таку співпрацю. Тут, радше, йдеться про узгоджений розсуд сторін майбутнього договору банківського рахунку.

Закон України «Про міжнародне приватне право» використовує конструкцію «вибір» виключно в контексті вибору права, в тому числі й за умов закріплення та дотримання принципу автономії волі сторін, про що йдеться у ст. 5 Закону.

Ще однією конструкцією, яка репрезентує односторонню волю, є «дозвіл». Проте конструкція «дозвіл» у законодавстві зустрічається лише в

Господарському кодексі України, в ч. 5 ст. 76, надаючи таким чином органів, до сфери управління якого входить казенне підприємство, можливість дозволяти цьому підприємству ведення господарської діяльності, здійснюючи певні види робіт чи послуг. Єдине, що пов'язує використання цієї конструкції з поняттям розсуду, на нашу думку, це поширення на управненого суб'єкта права вільно визначати діяльність підприємства, яким він управляє.

Конструкція згоди, яка міститься у аналізованому законодавстві, на нашу думку, становить собою один зі способів визначення меж розсуду. При чому такі межі встановлюються, виходячи з аналізу норм Цивільного кодексу України, здебільшого для тих суб'єктів, котрі мають отримати відповідну згоду на вчинення певних дій. Тому згода є одностороннім правочином, який, як правило, здійснюється на вимогу закону або на законну вимогу іншої сторони, спрямований на розширення прав та обов'язків того, кому така згода адресована. Без додержання цієї вимоги відповідні дії інших осіб не будуть визнаватися законними.

При цьому двосторонній правочин, вчинений за взаємної згоди сторін становить собою угоду. Ілюструє випадок трансформації односторонньої згоди у двосторонню угоду, хоча й не у кристалізованому вигляді, стаття 646 Цивільного кодексу України. Так, у разі якщо акцептант пропонує укласти договір на інших, ніж було запропоновано, умовах, такі дії є відмовою від одержаної пропозиції і водночас новою пропозицією особі, яка зробила попередню пропозицію. Таким чином сторони оферти «мінються місцями: акцептант стає оферентом, а оферент акцептантом, бо на нову пропозицію потрібна згода колишнього оферента» (Дзера et al., 2013, с. 204).

Прикладом розширення меж розсуду іншої особи є норма статті 941 Цивільного кодексу України: «За згодою поклажодавця зберігач має право змішати речі одного роду та однієї якості, які передані на зберігання». Водночас звуження судження іншої особи можливо проілюструвати ч. 1



ст. 1289 Цивільного кодексу України: «Особа може бути призначена виконавцем заповіту лише за її згодою».

Господарський кодекс України використовує конструкцію «згода» та похідні від неї форми 83 (вісімдесят три) рази. Здебільшого конструкція у контексті Кодексу спрямована на врегулювання питань дозволів у господарській діяльності та відносин щодо акцепту оферти.

Серед випадків використання конструкції «згода» в Законі України «Про міжнародне приватне право» особливої уваги заслуговує ч. 5. ст. 16 «Особистий закон фізичної особи», якою встановлено, що в певних випадках, «якщо недієздатна особа змінила місце свого проживання без згоди свого законного представника, то така зміна не спричиняє зміну особистого закону такої особи». Таким чином законодавець убезпечив передусім суддів від пошуку застосованого права, зміна якого могла б бути покладена на нерозважливий розсуд недієздатної особи шляхом надання згоди на зміну місця проживання від законного представника. Тут простежується важлива кореляція між презюмованим здоровим глуздом законного представника та встановленою судом недієздатністю особи, яка впливає на зміну особистого закону фізичної особи.

Уваги вимагають близькі між собою конструкції, пов'язанні з вибором *схвалених, погоджених та узгоджених* варіантів дій, а також дій на основі *домовленості*.

Конструкція «схвалений» представлена у цивільному кодексі України лише в одній статті статті 221 «Правові наслідки вчинення правочину малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності», згідно якої такий правочин може бути пізніше схвалений особами, які займаються вихованням малолітньої особи. На нашу думку, таким чином законом охороняються контрагенти правочину з дефектом волі.

Цікаво, що Господарський кодекс України також використовує конструкцію схвалення для захисту контрагентів від правочинів з дефектом волі, як-от укладення комерційним агентом угоди без повноваження на її

укладення або з перевищенням повноважень (ст. 289 Господарського кодексу України). Таким чином, схвалення є універсальним інструментом від свавільних дій контрагентів поза межами наданих повноважень договором чи законом.

Конструкція «погоджений» має спільне коріння з угодою, оскільки є узгодженим волевиявленням сторін, викладеним здебільшого в положеннях договору. При цьому Цивільний кодекс України визначає погоджену дію двох сторін як двосторонній правочин, чи багатосторонній, у разі участі більше двох сторін (ч. 4 ст. 202), що становить собою договір (ч. 2 ст. 202).

Кодекс наголошує на тому, що умови договору мають бути погоджені, зокрема про це йдеться у нормах ч. 1 ст. 584, ч. 1 ст. 628, абз. 3 ч. 1 ст. 635, ч. 5 ст. 672 Цивільного кодексу України. Випадок, коли певні повноваження однієї зі сторін презюмуються без погодження іншими сторонами та наявності відповідних положень договору, можна проілюструвати ч. 3. ст. 796 Кодексу, якою встановлено що в разі, якщо договором найму земельної ділянки не встановлене інше, то власник погоджується з тим що наймодавець, який не є власником земельної ділянки, може передавати наймачеві право користування земельною ділянкою.

Індикатором розрізнення конструкцій згоди та погодження за кількісними показниками є конструкція, використана у ч. 1 ст. 854 Цивільного кодексу України, яка зобов'язує замовника робіт за договором підряду сплатити обумовлену ціну після остаточної здачі роботи за умови, що роботу виконано належним чином і в *погоджений* строк або, за *згодою* замовника, достроково. Таким чином законодавець, свідомо надав сторонам право вибору та розмежував, що ті положення, які не були *погодженими* в договорі, можуть бути фактично додані за *згодою* однієї зі сторін. Тобто узгоджена воля сторін договору становить собою заздалегідь спільно погоджені множинні положення договору, при цьому окремі (одинарні) положення додаються за згодою іншої сторони.

Господарський кодекс України використовує конструкції «погоджений» у різних відмінках, загалом 51 (п'ятдесят один) раз. Ми звернемо увагу на один із таких випадків. Так, укладачі Кодексу ототожнюють угоди та погоджені дії сторін. Зокрема, ч. 1 статті 30 визначає що неправомірними угодами між суб'єктами господарювання є «угоди або погоджені дії».

Цивільний кодекс України використовує конструкцію «угода» лише в одній статті статті 1267 «Розмір частки у спадщині спадкоємців за законом». Так, спадкоємці мають змогу змінити розмір частки у спадщині когось з них за допомогою усної угоди, якщо це стосується рухомого майна, та за письмовою угодою, якщо це стосується нерухомого майна або транспортних засобів.

Господарський кодекс України використовує цю конструкцію 52 (п'ятдесят два) рази, з огляду на специфічний метод правового регулювання, за якого певні категорії домовленостей сторін іменовано саме угодами.

Конструкція «домовленість» у відповідних відмінках використовується в Цивільному кодексі України найчастіше при врегулюванні відносин власності. Зокрема спільної часткової власності ст. 357, 359, 363, 367; спільної сумісної власності ст. 369, 372, 372. Законодавець пропонує сторонам домовлятися про порядок використання майна, його поділу. Також, користуючись домовленістю, сторони можуть управляти повним товариством (ст. 121, 123).

Окрему категорію домовленостей становлять договори, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 626, договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Безсумнівно, договір є одним з найбільш дискреційних способів урегулювання відносин між сторонами.

Окрім «позитивної» домовленості заснованої, на волі сторін, законодавець також виділяє злочинну домовленість. Так, використано цікаву конструкцію для назви ст. 232 Кодексу «Правові наслідки правочину, який

вчинено у результаті зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною». Враховуючи, що згідно з ч. 1 ст. 202 правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, то законодавець не пов'язує злочинну домовленість лише з договором. Навпаки, в рамках такої домовленості можуть бути вчинені будь-які дії, які й становлять собою правочини. Дещо схожа ситуація з розділенням понять договір та домовленість у тексті ч. 1 ст. 1139. Ця норма дозволяє учасникам договору простого товариства розподіляти прибуток не лише пропорційно вкладу в спільне майно, але й виходячи зі способу встановленого «договором простого товариства або іншою домовленістю учасників», однак у цьому випадку законодавець оперує поймає названим договором договір простого товариства, при цьому надаючи змогу в рамках його положень вчиняти інші правочини. Наприклад у порядку ч. 3 ст. 206, згідно з якою, правочини на виконання договору, укладеного в письмовій формі, можуть за домовленістю сторін вчинятися усно, якщо це не суперечить договору або закону.

Окремий інтерес становить можливість змінити строки позовної давності за домовленістю сторін (ч. 1 ст. 259). Однак на таку домовленість накладено справедливі обмеження не скорочувати вже встановлену законом позовну давність (ч. 2 ст. 259), а також змінювати порядок обчислення позовної давності (ч. 2 ст. 260). Наприклад сторони можуть скористатися положеннями Конвенції ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 року. Так, стаття 8 Конвенції регламентує строк позовної давності у 4 роки, а стаття 23 дозволяє сторонам за домовленістю продовжити такий строк, але не більше ніж до 10 років (Конвенція ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів, 1974), при цьому загальна позовна давність згідно з Цивільним кодексом України встановлюється тривалістю три роки (ст. 257).

Закон України «Про міжнародне приватне право» дозволяє сторонам домовитися про застосування права держави суду до зобов'язання щодо набуття, збереження майна без достатньої правової підстави (ч. 1 ст. 51).

Необхідно також провести операціоналізацію конструкцій аналогії права та вільного (самостійного) розсуду (дискреції).

На думку І. В. Спасибо-Фатєєвої, застосування аналогії закону передусім потребує задіяння всього масиву тлумачення, а використання аналогії права вимагає застосування принципів права як відправної субстанції (Спасибо-Фатєєва, 2003, с. 139).

При цьому, як зазначає, О. О. Гайдулін, використання судової (юридичної) дискреції (*judicial discretion*), проявляється у формі аналогії права заповнення прогалини в праві або подолання зловживань буквою закону суддями чи арбітрами через разове створення на основі загальних принципів права, що можуть бути закріплені у звичаї та/або в доктрині права, необхідної норми права, яка підлягає застосуванню *ad hoc* (Гайдулін, 2020b, с. 563). Таку норму запропоновано вважати казуальною, що редукована (виведена) «з більш загальної правової норми (аналогія закону), або (в складніших випадках) із загальних принципів права, передусім розумності, справедливості та добросовісності (аналогія права), спеціальної норми» (Гайдулін, 2020b, с. 472).

У ч. 1 ст. 8 Цивільного кодексу України зазначається про аналогію закону, шляхом використання нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини, а в ч. 2 цієї ж статті визначено, що в разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права). Уточнення цих процесів містить ч. 1 ст. 11 Кодексу, яка встановлює, що цивільні права та обов'язки виникають із дій осіб, що передбачені актами цивільного законодавства, а також із дій осіб, що не

передбачені цими актами, але за аналогією породжують цивільні права та обов'язки.

Таким чином, Цивільний кодекс України регламентує досить широку можливість до використання аналогій, що, на нашу думку, є проявом модернізму законодавця який бажав використати загальноновизнану в світі настанову на врегулювання цивільних правовідносин за допомогою дискреції та розсуду, навіть у часи прийняття першої редакції Кодексу в 2003 році, навіть за стійкої відсутності у юридичному дискурсі кореляції понять аналогія права/закону та дискреція/розсуд.

### 2.3 Нормативно-правові межі розсуду за процесуальним та колізійним законодавством

Перш за все потребують операціоналізації загальні засади розсуду за процесуальним та колізійним законодавством.

Так, принцип диспозитивності сторін зазвичай визначають як можливість сторін не лише визначати наявність судового процесу шляхом ініціювання судового розгляду, маючи свободу припинити судовий процес до прийняття рішення по суті справи що розглядається, але й зміст судового процесу шляхом встановлення процесуальних рамок щодо сторін, предмета та підстав, а також стадій та етапів, через які може проходити судовий розгляд (Culda, 2018, р. 47).

Цивільний процесуальний кодекс України та Господарський процесуальний кодекс України містять статті 13 «Диспозитивність цивільного судочинства» та 14 «Диспозитивність господарського судочинства» відповідно. Звертає на себе увагу максимальна схожість назв, однак їх зміст дещо різний. Стаття 13 ЦПК України має більше положень, 4 частини, зміст яких можна звести до того, що справа, яку розглядає суд, може початися виключно за ініціативи особи (ч. 1), сторони самостійно подають докази, окрім визначених Кодексом випадків, коли докази може

збирати суд за власної ініціативи (ч.2), сторони користуються розсудом при реалізації своїх прав, окрім процесуально недієздатних осіб (ч. 3), а також законодавцем надано вказівку суду на можливість залучити відповідний орган чи особу, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, якщо дії законного представника суперечать інтересам особи, яку він представляє (ч. 4). Стаття 14 ГПК України містить дві частини, в яких містяться положення, аналогічні до положень ЦПК України. Частина 1 є компіляцією ч. 1 та ч. 2 ст. 13 ЦПК України, й визначає що суд розглядає справи виключно за зверненням особи та не має повноважень збирати докази самостійно, зі встановленими Кодексом виключеннями, частина 2 є точною копією ч. 3 ст. 13 ЦПК України. Примітно, що, на відміну від визначення, запропонованого доктриною, у законодавстві закріплено дещо інше розуміння диспозитивності судочинства. Диспозитивність звужується, не є абсолютною, адже встановлюються численні винятки, за яких можливе втручання суду, окрім того розкрито лише необхідність подавати докази самостійно. Це підштовхує нас до думки, що диспозитивність розуміється законодавцем у спрощеній моделі як можливість вибору щось вчиняти, чи не вчиняти, однак з установленими меж та обмежень, які експліцитно викладені у подальших нормах Кодексів.

Логічно, що наш інтерес спрямований саме на згадку про використання розсуду, який також звужений до «прав щодо предмета спору», однак чомусь не вказано про вільну можливість діяти в межах покладених Кодексом процесуальних прав та обов'язків.

Таким чином, диспозитивність у розумінні процесуальних кодексів стає вибором робити щось чи не робити (як от подавати чи не подавати докази), а розсуд звужено до реалізації прав на предмет спору, замість розуміння його як складного процесу використання розуму (аналогія, пошук схожих рішень, тощо). При цьому диспозитивність може включати розсуд як такий.

Ще одним випадком використання конструкції «розсуд» у Цивільному процесуальному кодексі України є норма ч. 1 ст. 457, якою, фактично, закріплено і визнано принцип автономності арбітражної угоди. Так, суд під час провадження в справах про оскарження рішень третейських судів, оспорування рішень міжнародних комерційних арбітражів за клопотанням однієї за сторін третейського або арбітражного розгляду може зупинити провадження з метою надання третейському суду, міжнародному комерційному арбітражу можливості відновити третейський, арбітражний розгляд або вжити інших дій, які на *розсуд* третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу можуть усунути підстави для скасування рішення третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу. Таке розширене формулювання є доцільним, особливо з огляду на те, що арбітраж може бути не обтяжений державним правом, або ж сторонами можуть бути запропоновані інші процедури розгляду спорів в арбітражі, звичайно, такі, що не суперечать *ordre public*. До того ж подібним чином не заперечується, а навпаки, легітимізується, підкріплюється застосування розсуду в арбітражі та третейському судочинстві.

Окремий інтерес нашого дослідження становлять основні юридичні конструкції розсуду за процесуальним та колізійним законодавством, яке ми виділяємо як окремі види законодавчих меж розсуду.

Враховуючи, що ми виділяємо нормативно-правові приписи як окрему форму законодавчих меж розсуду, надалі будуть аналізовані конструкції вибору, дозволу, згоди (схвалення).

Цивільний та Господарський процесуальні кодекси України містять статті з однаковою назвою «Підсудність справ за вибором позивача», 28 та 29 відповідно, однак, в силу різниць предметної юрисдикції, вони мають дещо відмінний зміст. Не вдаючися до його переказу, ми можемо констатувати, що ці норми покладають на позивача швидше не ступінь свободи розсуду, а саме можливість обрати із запропонованих варіантів, такий, який, на його думку, є більш зручним для нього, що є правом вибору, а не розсуду.



Частина 4 статті 263 Цивільного процесуального кодексу України встановлює, що при виборі та застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановках Верховного Суду. Аналогічною за змістом є ч. 4 ст. 235 Господарського процесуального кодексу України. Таким чином реалізується функція Верховного Суду, яка полягає в забезпеченні єдності судової практики, а також реалізується методична допомога щодо інтерпретаційної діяльності суду, яка є прямо пов'язаною з розсудом та дискрецією, оскільки саме дискреція є найвищою формою інтерпретації.

Важливо згадати Фінальний звіт та рекомендації Асоціації міжнародного права щодо з'ясування змісту застосовного права в міжнародному комерційному арбітражі 2008 року (*International Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*). Відповідно до пункту 4 Рекомендацій, «арбітри, які намагаються встановити зміст застосовного права, повинні мати на увазі, що правила, які регулюють встановлення змісту права національними судами, не обов'язково підходять для арбітражу, враховуючи фундаментальні відмінності між міжнародним арбітражем і судовим розглядом у національних судах». Склад арбітражу в контексті прийняття рішень щодо вибору й застосування джерел права певного правопорядку не пов'язаний практикою і доктриною тлумачення застосовного матеріального права, яка склалась у відповідній державі (International Law Association, 2008, р. 23). Саме тому в арбітражній та третейській практиці, хоча й не існує, і не може існувати прямих застережень щодо обов'язковості застосування положень практики вищих державних судів, однак подекуди виникає необхідність звернутися до таких рішень. На думку В. І. Нагнибиди, в контексті ст. 263 ЦПК України така практика є корисною для арбітражу з точки зору збереження найповнішого з'ясування арбітрами способів та можливості застосування і тлумачення матеріальних норм права України.

Також слушною є позиція щодо існування можливості скасування, відмови у визнанні й виконанні арбітражного рішення судами України у разі відступлення складом арбітражу від висновків Верховного Суду, якими може бути роз'яснено положення що впливатимуть на відповідність арбітражного рішення *ordre public* України (Нагнибіда, 2021, с. 317). Одним з таких висновків є правова позиція Верховного Суду, викладена у постанові Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 21.10.2022 року у справі № 824/309/21: «Порушення арбітражним судом фундаментальних принципів судочинства, а саме принципів диспозитивності та змагальності судового процесу, є підставою стверджувати, що такий арбітражний процес не відповідав критеріям справедливого судового процесу, що є, безумовно, підтвердженням порушення таким процесом та його результатами публічного порядку України» (Пільков et al., 2023, с. 23). Принагідно зазначимо, що така правова позиція піддається критиці науковців та практиків, які вважають, що таким чином «арбітражний процес прирівнюватиметься до судового процесу із можливістю оцінки дій арбітражу на предмет невідповідності судовим процедурам» (Подцерковний et al., 2023, с. 8). Водночас таку правову позицію суду можливо віднести до випадків коли норми процесуального права національного законодавства впливають на міжнародний комерційний арбітраж (Запорожченко, 2023b, с. 53).

Окремим випадком звуження розсуду позивача є встановлення вимоги щодо вказання у тексті заяви про передачу справи за юрисдикційною підсудністю до іншого суду першої інстанції лише одного суду, до підсудності якого відноситься вирішення спору, у разі наявності підстав для підсудності справи за вибором позивача (ч. 4 ст. 377 ЦПК України, ч. 4 ст. 278 ГПК України). Також звужується розсуд апеляційного суду, який передає таку справу за юрисдикційною підсудністю, оскільки до якого саме суду першої інстанції має бути передана справа вирішує позивач, тим самим встановлюючи межу розсуду апеляційного суду.

Також цікавою для огляду є ч. 2 ст. 148 Господарського процесуального кодексу України, якою встановлено, що особа має змогу самостійно вибрати наказне чи спрощене позовне провадження за вимогами про стягнення грошової заборгованості за договором, укладеним у письмовій (у тому числі електронній) формі, якщо сума вимоги не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, за якими рішення видається у формі судового наказу (ч. 1 ст. 148 ГПК України). Тобто створюється унікальна для українського процесуального законодавства можливість вибору позивачем виду провадження абсолютно вільно в межах накладених обмежень щодо предмета позову, яка закріплена відповідною нормою, а не знаходиться в абстрактному розумінні як у цивільному процесі, де наказне провадження дійсне виключно для безспірних вимог.

Конструкція дозволу в цивілістичному процесуальному законодавстві, здебільшого використовується в контексті надання судом згоди на вчинення певних процесуальних дій, як от надання електронних доказів у паперовій формі (ч. 9 ст. 43 ЦПК України, ч. 9 ст. 42 ГПК України) та можливості повного, частково знищення або зміни властивостей об'єкта експертизи (п. 1, 2 ч. 4 ст. 108 ЦПК України, п. 1, 2 ч. 4 ст. 103 ГПК України).

З огляду на предмет нашого дослідження, окремо варто розглянути положення п. 8 ч. 2 ст. 468 Цивільного процесуального кодексу України, згідно з якою однією з підстав для відмови в задоволенні клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду є випадок, якщо раніше в Україні було визнано та надано дозвіл на виконання рішення суду іноземної держави у спорі між тими самими сторонами, з того самого предмета і на тих самих підставах, що і рішення, що запитується до виконання. Завдяки цій нормі здійснюється збереження дії принципу добросовісності та заборони зловживання процесуальними правами, адже такі дії однієї зі сторін явно спрямовані на порушення цих принципів шляхом реалізації недобросовісної дискреції свавілля. До того ж такий захист

здійснюється навіть за відсутності його в нормування міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

Конструкція «згода» в Цивільному процесуальному кодексі України використовується в різних випадках, однак окремий інтерес викликає її застосування в контексті міжнародного комерційного арбітражу. Так, апеляційний суд за місцезнаходженням доказів «на прохання третейського суду чи міжнародного комерційного арбітражу або за заявою сторони (учасника) третейського (арбітражного) розгляду за згодою третейського суду чи міжнародного комерційного арбітражу у справі, що розглядається третейським судом (міжнародним комерційним арбітражем)», у порядку статті 84 ЦПК України може витребувати докази, а в порядку статті 85 ЦПК України, також проводити огляд доказів за їх місцезнаходженням. Також ч. 9 статті 94 ЦПК України передбачено допит свідків загальним апеляційним судом за місцем проживання (перебування) згідно з визначеним третейським судом (міжнародним комерційним арбітражем) переліком питань. Ці дії можуть вчинятися або шляхом реалізації розсуду арбітражного чи третейського суду, або шляхом погодження арбітражем розсуду однієї з сторін стосовно витребування доказів або допиту свідків.

Проте використання конструкції «згода» містить також інші, актуальні для нас, випадки застосування в інших нормах цивілістичного процесуального законодавства. Зокрема, за відсутності взаємної згоди сторін щодо обрання експерта або експертної установи це питання вирішується судом, до того ж суд може самостійно визначати експерта чи експертну установу, однак при цьому суд має враховувати обставини справи (ч. 3 ст. 103 ЦПК України). Цією нормою встановлено обмеження дискреції суду, оскільки суд може самостійно призначити експертизу лише з врахуванням обставин справи, проте яких саме обставин законодавець не розкриває, що дозволяє суду самостійно визначити такі обмеження.

Суд також може передавати власні повноваження шляхом згоди учасників справи, як-от у випадку видачі судових повісток стороні чи її

представникові для вручення відповідним учасникам судового процесу, оскільки абз. 2 ч. 6 ст. 128 ЦПК України вимагає згоди на їх видачу. Окрім передачі повноважень такі дії мають процесуальні наслідки для осіб, які отримують повістки та тих, хто їх вручив, наприклад буде розширено коло учасників справи, допитано свідків.

Іншим випадком виявлення процесуальних наслідків згоди, проте вже передбаченої у нормах матеріального права, є встановлений у ч. 1 ст. 236 ЦПК України порядок оголошення і дослідження змісту особистих паперів, листів, записів телефонних розмов, телеграм та інших видів кореспонденції, згідно з яким такі матеріали можуть бути розкриті лише за згодою осіб, визначених Цивільним кодексом України.

Згода також може бути способом захисту прав особи та її законних інтересів. Зокрема суд відповідно до приписів ч. 4 ст. 313 ЦПК України, «перевіряє законність підстав для усиновлення, в тому числі наявність згоди усиновлюваної дитини, якщо така згода є необхідною, або наявність згоди усиновлюваної повнолітньої особи».

Відсутність згоди може забезпечувати захист свободи розсуду судді. Частина 3 статті 381 ЦПК України визначає, що «постанова або ухвала суду апеляційної інстанції оформлюється суддею-доповідачем (іншим суддею, якщо суддя-доповідач *не згодний* з постановою/ухвалою)». Обов'язок оформлення постанови або ухвали суддею-відповідачем пом'якшується правом на відмову від виконання цього обов'язку, яке може бути у випадку, якщо він не згодний з постановою/ухвалою. Проте, на нашу думку, це не право такого судді-доповідача, а імперативна вимога законодавства, яка й забезпечує свободу розсуду судді. При цьому зберігається основна функція суду відправлення правосуддя.

Господарський процесуальний кодекс України містить 47 (сорок сім) згадок конструкції «згода».

Нашу увагу привертає відмінний від Цивільного процесуального кодексу України зміст статті Господарського процесуального кодексу

України, що врегульовує поняття відзиву. Зокрема замість «погоджується/не погоджується», застосованого у ст. 178 ЦПК України стосовно визнання відповідачем правової оцінки обставин надану позивачем (п. 4 ч. 3 ст. 178), ч. 4 ст. 165 ГПК України використовується «незгода». На нашу думку, тут наявний певний семантичний парадокс, з метою вирішення якого ми звернемося до тлумачного Словника української мови в 11 томах. Так, «незгода» визначається як 1) відсутність взаєморозуміння, мирних стосунків, злагоди між ким-небудь; чвари, розлад; 2) розбіжність у поглядах, думках, світогляді і т. ін.; 3) негативна відповідь на що-небудь, заперечення чого-небудь, непогодженість з чимсь, відмова; 4) нещастя, біда, труднощі в чому-небудь (Винник et al., 1974, с. 314). Окремо словник дає визначення для словосполучення «давати (дати) згоду» погоджуватися (Гнатюк et al., 1972, с. 516). В іншому томі словника міститься таке визначення для «погоджуватися, погодитися» 1) давати згоду (у 1 знач.); 2) приходити до згоди (у 2 знач.); 3) Бути згодним з ким-, чим-небудь; визнавати що-небудь правильним, доречним; підтримувати когось; 4) призвичаюватися до чого-небудь; примирятися з чимсь (Лагутіна et al., 1975, с. 716). Це дозволяє дійти висновку про те, що законодавцем, хоча й використано різні юридичні конструкції на позначення однорідних дій, однак суть правового регулювання залишається незмінною, через спорідненість прийнятого тлумачення використаних термінів.

Цивільний процесуальний кодекс України також послуговується конструкцією «погоджений», зокрема стосовно погодження судом особи, яка визначається гарантом внесення суми зустрічного забезпечення (п. 1 ч. 4 ст. 154).

Конструкція «угода» та її відмінкові похідні використовуються цивілістичним процесуальним законодавством досить часто. Так, у Господарському процесуальному кодексі України «угода» згадується 73 рази. Через наявну уніфікацію процесуального законодавства ми будемо розглядати норми комплексно, враховуючи їх зв'язок або ж аналогічність.

Частина 4 ст. 4 ЦПК України використовує цікаву конструкцію «угода ... допускається». Таким чином законодавець презюмує для сторін можливість обрати позаюрисдикційний спосіб захисту третейський суд. Стаття 21 ЦПК України розширює розуміння такої можливості, зокрема й шляхом закріплення саме права сторін на звернення до третейського суду, при цьому забезпечуючи дружність у вигляді уточнення про те, що третейська угода має тлумачитися на користь її дійсності, чинності та виконуваності (ч. 2 ст. 22). Аналогічно ст. 22 ГПК України закріплює можливість для сторін звернутися до третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу, щоправда, встановлюючи винятки неарбітрабельні категорії справ (ч. 2 ст. 22), однак так само встановлюючи проарбітражний підхід шляхом забезпечення тлумачення судом угоди сторін на користь її дійсності, чинності та виконуваності за наявності певних сумнівів щодо цього.

Статті 22 ЦПК України та 23 ГПК України закріплюють також право сторін на передачу спору на розгляд іноземного суду згідно з угодою сторін. Таким чином реалізується узгоджений розсуд сторін стосовно вирішення спору в іншому суді, ніж передбачено правилами судочинства України, шляхом укладення пророгаційних угод. Примітно, що право на укладення пророгаційних угод надалі є обмеженим у нормах кодексів. Так, згідно з п. 11 ч. 1 ст. 226 ГПК та п. 12 ч. 1 ст. 257 ЦПК України суд має повноваження визнати угоду такою, що суперечить закону або міжнародному договору України, є недійсною, втратила чинність або не може бути виконана. Тобто суд може застосувати власне розуміння *ordre public* України та знехтувати угодою сторін про передачу спору до іноземного суду. Важко однозначно визначити кількість можливих варіантів, через які може бути прийняте таке рішення, і яку глибину дискреції має застосувати суд, однак можна визнати що подібна норма є достатньо суттєвим обмеженням пророгації, а разом з тим і розсуду сторін. Проте суд має залишити позов без розгляду за умови, що «сторони уклали угоду про передачу даного спору на вирішення

третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу, і від відповідача не пізніше початку розгляду справи по суті, але до подання ним першої заяви щодо суті спору надійшли заперечення проти вирішення спору в господарському суді, якщо тільки суд не визнає, що така угода є недійсною, втратила чинність або не може бути виконана» (п. 7 ч. 2 ст. 226 ГПК, та п. 6 ст. ч. 2 ст. 257 ЦПК України). Також суд має закрити провадження у випадку, якщо сторони, вже після відкриття провадження укладі угоду про передачу спору на вирішення до міжнародного комерційного арбітражу або третейського суду, за умови визнання судом її дійсності, чинності та виконуваності (п. 5 ч. 1 ст. 231 ГПК та п. 8 ч. 1 ст. 255 ЦПК України). Вбачаємо в такому нормативному регулюванні стійку проарбітражну позицію, забезпечення автономії сторін на вирішення спору в третейському суді або арбітражі, і найголовніше, забезпечення реалізації принципу автономності арбітражної та третейської угоди.

Стаття 12 ЦПК України та стаття 13 ГПК України визначають, що одним з елементів змагальності сторін є можливість суду, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, сприяти примиренню сторін шляхом укладення мирової угоди. Положення ч. 7 ст. 46 ГПК України та ч. 7 ст. 49 ЦПК України визначають для сторін можливість примиритися, у тому числі шляхом медіації, на будь-якій стадії судового процесу, така домовленість може бути оформлена мировою угодою. Варто вказати, що промедіаційна практика останнім часом додає оптимізму. Окремо варто виділити можливість сторін врегулювати спір за участю судді, у якості фактично медіатора. Адже врегулювання спору за участю судді, який деякими авторами визначається як судова медіація чи присудова медіація, самостійний вид медіації, який інтегрований в судову систему країни (Бут, 2017, с. 140). Це передбачено главами 4 розділів III ЦПК України та ГПК України. Саме по собі використання сторонами альтернативних засобів вирішення спору є прагненням до вирішення спору взаємовигідним шляхом,



примирення, можливо, відновлення розірваних стосунків (ділових, дружніх тощо), тобто пошук компромісу, консенсусу між сторонами.

Проте визначення досудового врегулювання спору за участю судді як медіації є не досить вірним, оскільки «на відміну від медіації, процедура проведення якої, як і особа посередника-медіатора визначається сторонами, досудове врегулювання спорів за участю судді підпорядковане вимогам процесуальної форми та проводиться кваліфікованим юристом – суддею» (Бондаренко-Зелінська, 2018, с. 65).

Перед початком розгляду по суті у підготовчому засіданні суд з'ясовує, чи бажають сторони укласти мирову угоду, провести позасудове врегулювання спору шляхом медіації, передати справу на розгляд третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу або звернутися до суду для проведення врегулювання спору за участю судді (п. 2 ч. 2 ст. 182 ГПК України, та п. 2 ч. 2 ст. 197 ЦПК України).

Ми вже згадували про способи примирення сторін у процесі розгляду спору, але чільне місце, на нашу думку, посідає такий процесуальний договір, як мирова угода. Главами 5 розділів III ЦПК та ГПК України визначено такі процесуальні можливості, як відмова позивача від позову та укладення мирової угоди.

Окремо законодавцем виділена відмова позивача від позову у суді апеляційної інстанції (ст. 274 ГПК України та ст. 373 ЦПК України), у суді касаційної інстанції (ст. 307 ГПК України та ст. 408 ЦПК України), окрім того існує внормована можливість примиритися шляхом укладення мирової угоди в процесі виконання (ст. 330 ГПК України та ст. 434 ЦПК України). Подібним чином законодавцем сформоване широке поле можливостей для сторін щодо примирення. Окрім того, ч. 2 ст. 19 Закону України «Про виконавче провадження» містить вказівку на право сторін у процесі виконання рішення відповідно до процесуального законодавства укласти мирову угоду, що затверджується (визнається) судом, який видав виконавчий документ. Дослідники вважають, що пошук шляхів мирного,

«цивілізованого» вирішення спору закладено в саму ментальність, свідомість українського народу, є історично обумовленим (Денисова, 2018, с. 3-4). Вважаємо, що таке правове регулювання ґрунтується на позитивних результатах практики застосування інституту примирення в багатьох країнах світу, що свідчить про його ефективність.

Проарбітражна позиція законодавця також закріплена у можливості сторін та міжнародного комерційного арбітражу, третейського суду залучити державний суд до забезпечення доказів ( ч. 7, 8 ст. 116 ЦПК України, ч. 5 ст. 117 ЦПК України), оскільки такі повноваження є невластивими для договірної, компромісної природи третейського розгляду.

Конструкція «угода» також зустрічається в Цивільному процесуальному кодексі України в нормах, які стосуються порядку скасування рішення третейського суду (ст. 458) і міжнародного комерційного арбітражу (ст. 459), а також визнанні та виконанні арбітражного рішення (ст. 478), та рішення третейського суду (ст. 486), з огляду на те, що судом, окрім іншого, розглядаються в цьому випадку арбітражна та третейська угода.

Окремо варто наголосити на випадках, коли судом встановлено, що визнання та виконання цього арбітражного рішення суперечить публічному порядку України (пп. б) п. 2 ч. 1 ст. 478 ЦПК України). Так, Верховним Судом сформульовано правову позицію, згідно якої: «Порушення публічного порядку слід застосовувати як виключну міру для відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення. Особливість застосування категорії публічного порядку на стадії вирішення питання про визнання та виконання арбітражного рішення полягає в тому, що йдеться не про те, що правочин, щодо виконання якого виник спір, суперечить публічному порядку (статті 228 ЦК України), не норма іноземного права, застосована арбітражем при вирішенні спору по суті, суперечить публічному порядку України (стаття 12 Закону України «Про міжнародне приватне право»), а саме визнання і

виконання арбітражного рішення, ухваленого за результатами вирішення спору, суперечить публічному порядку» (Пільков et al., 2023, с. 22-23).

Використання конструкції «домовленість» у Цивільному та Господарському кодексі України не надто широке. Статтею 16 ЦПК України та 19 ГПК України встановлено, що сторони вживають заходів для досудового врегулювання спору за домовленістю між собою або у випадках, коли такі заходи є обов'язковими згідно з законом. Цілепокладенням такої норми є намагання законодавця зменшити кількість позовів та знайти компроміс в узгодженні альтернативної дискреції сторін спору будь-яким відмінним від судового розгляду шляхом.

За домовленістю подружжя позов про розірвання шлюбу може розглядатися за зареєстрованим місцем проживання чи перебування будь-кого з них, таку норму містить ч. 2 ст. 28 ЦПК України.

Нами вже розглядалася через призму конструкції «угода» норма ч. 7 ст. 49 ЦПК України, однак у ній мирова угода визнана результатом *домовленості* сторін, тобто ця угода є саме договором, який впливає на процесуальні та матеріальні права й обов'язки сторін шляхом досягнення компромісу, а відтак узгодження дискреції сторін.

Частина 2 статті 82 ЦПК України вносить випадки відмови сторони від визнання обставин справи, якщо, обставини було визнано в результаті зловмисної домовленості її представника з другою стороною. Законодавець подібним чином дає можливість стороні захиститися від недобросовісних дій власного представника та другої сторони, які, реалізуючи свавільну дискрецію, створюють звільнення від власного доказування обставин справи.

Пошук вживаних у цивільному та господарському процесуальному законодавстві конструкцій, які пов'язані з розсудом, змушує нас висвітлити конструкції установчо-відправного припису аналогії права та вільного (самостійного) розсуду (дискреції).

Існування недоліків законодавства змушує суб'єкта правореалізації вдаватися до розсуду та дискреції для врегулювання певних суспільних

відносин. На нашу думку, вирішити наявні в силу допущених правотворчих помилок правові колізії та прогалини в законодавстві можливо, зокрема шляхом аналогії.

Загальноприйнятим є уявлення про те, що до відносин, не врегульованих конкретною нормою, повинні застосовуватися норми, що регулюють схожі відносини (аналогія закону), а при їх відсутності необхідно застосовувати принципи та загальні засади законодавства (аналогія права).

Як зазначає Ю. О. Заїка: «Засобом усунення прогалин є правотворчість: прийняття нових норм або редагування застарілих. Але суди не можуть чекати, доки прогалину в праві усуне законодавець, і не надавати захисту інтересам громадян і організацій, посиляючись на відсутність нормативної бази. Вихід полягає в тому, що суду надається право розглядати такі справи за допомогою аналогії» (Заїка, 2005, с. 17).

Господарський процесуальний кодекс України та Цивільний процесуальний кодекс України містять положення ч. 10, 11 статті 11 та ч. 9, 10 ст. 10 відповідно, однакового змісту: «Якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права).

Забороняється відмова в розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини».

Окрім того п. 1 ч. 1 ст. 114 ЦПК України та п. 1 ч. 1 ст. 108 ГПК України встановлюють, що учасники справи мають право подати до суду висновок експерта у галузі права щодо застосування аналогії закону чи аналогії права. Цей висновок, хоча й не є обов'язковим для суду, однак може стати своєрідним дороговказом стосовно використання суддівського розсуду та дискреції.

Автори виділяють окремий інститут аналогії права як «матеріально-правовий інститут, що складається із сукупності процедурних норм, які

встановлюють порядок застосування аналогії закону та аналогії права щодо регулювання суспільних відносин у випадку прогалин у праві» (Колотова, 2010, с. 13). Проте, аналогія закону та аналогія права нерозривно пов'язані саме з розсудом та дискрецією.

Застосування аналогії закону, а особливо аналогії права, не є механічним процесом це творчий, інтелектуально-вольовий розумовий процес, який базується не тільки на аналізі сукупності норм права, а й цілей, завдань, принципів права, а також на вірній оцінці конкретних правовідносин, їх фактичних обставин. Саме в цьому випадку має місце дискреція та розсуд. Їх використання дозволяє правозастосовчому органу, за відсутності прямої правової норми, яка регулює правовідносини, спочатку віднайти з усієї сукупності норму, яка регулює схожі відносини шляхом реалізації розсуду, а за відсутності такої, шляхом дискреції, відповідний принцип права, який дозволить винести справедливе і розумне рішення по конкретній юридичній справі і задовольнить інтерес зацікавленої особи.

Таким чином нормативно закріпленою є можливість суду реалізувати власний розсуд в частині застосування аналогії закону та дискрецію в разі використання аналогії права.

2.4 Норми арбітражного законодавства, які регулюють розсуд, аналогію та дискрецію

Враховуючи вже згадану специфіку дослідження саме арбітражної дискреції, неможливо оминати загальні засади розсуду, викладені в приписах арбітражного законодавства.

На думку М. Ф. Селівона, державна політика у сфері міжнародного арбітражу реалізується за такими основними спрямуваннями: 1) законодавча регламентація статусу та діяльності арбітражних інститутів, їх легітимація; 2) здійснення функцій сприяння та контролю (Селівон, 2013, с 10).

Сер Ройсон Гуд (*sir Royston Miles "Roy" Goode*) вказує, що «навіть найпалкіші прихильники автономії сторін, схоже, визнають, що арбітраж повинен діяти в рамках певної системи права. Вони стверджують, що єдиною відповідною системою є система правозастосування. Але цей аргумент ніколи не спрацьовує, оскільки він передбачає, що арбітражний процес працює в повному правовому вакуумі до тих пір, поки не буде подано клопотання про виконання арбітражного рішення як іноземного арбітражного рішення. Якби це було так, то на момент винесення арбітражного рішення воно не мало б жодного правового підґрунтя. Воно, безсумнівно, було б результатом угоди сторін, згідно з якою вони погодилися на його обов'язковість, але, [...] така згода є не більше ніж угодою, яка не має жодної юридичної сили, якщо вона не визнана обов'язковою відповідним національним законодавством; а єдиним можливим законодавством є *lex loci arbitri*» (Goode, 2001, р. 29-30).

Тому законодавцем було прийнято відповідний Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» з метою комплексного врегулювання питань міжнародного комерційного арбітражу на законодавчому рівні (Притика, 2005, с. 140).

Вперше поняття розсуд використовується в Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» у статті 10, нею встановлено, що сторони можуть за власним розсудом визначати кількість арбітрів (п. 1), однак у разі відсутності згоди сторін стосовно кількості арбітрів призначаються три арбітри (п. 2). Коментатори цієї статті вважають що положення п. 1 мають подвійний характер. З одного боку, такі положення визнають юридичну силу арбітражної угоди, в якій сторони домовляються про кількість арбітрів, а з іншого надають сторонам повну свободу у визначення кількості арбітрів (Захватаєв, 2019а, с. 732). Проте, якщо сторони не дійдуть згоди, або ж не скористаються своїм правом на визначення кількості арбітрів, то частина 2 стає допоміжною імперативною нормою, яка вимагає призначення трьох арбітрів (Захватаєв, 2019а, с. 733).

Стаття 11 Закону в частині 2 унормовує, що «сторони можуть за власним розсудом узгодити процедуру призначення арбітра чи арбітрів за умови дотримання положень пунктів 4 і 5 цієї статті». На думку авторів, у випадку такого регулювання має місце обмеження свободи сторін шляхом посилення на пункти 4 і 5, оскільки сторони не можуть відступити від цих пунктів (Захватаєв, 2019а, с. 740). Пункт 4 спрямований на уникнення розвитку конфліктів між сторонами під час процедури призначення складу арбітражу, які перешкоджають початку розгляду. Такі конфлікти за зверненням однієї зі сторін розв'язуються Президентом Торгово-промислової палати України одноосібним рішенням, яке не підлягає оскарженню, звичайно, якщо процедура, запропонована сторонами, не передбачає інших способів обрання арбітрів, або ж вирішення конфліктів, які виникли на цьому етапі.

Цікавою в цьому контексті є ст. IV Європейської конвенції про зовнішньоторгівельний арбітраж 1961 р., яка встановлює таку процедуру арбітражного розгляду, за якої провадження відбудеться навіть за відсутності згоди стосовно кількості або способу обрання арбітрів, чи, взагалі, відсутності згадки про склад арбітражу в арбітражній угоді (Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж, 1961).

Цікавими для нашого дослідження є випадки, коли сторони уповноважені обирати арбітрів з рекомендаційного списку. Так, у справі № 108 (Рішення від 15 квітня 2015 року), що розглядалася Міжнародним комерційним арбітражним судом при Торгово-промисловій палаті України, відповідач призначив арбітра у справі не з Рекомендаційного списку арбітрів МКАС при ТПП України. У зв'язку з цим МКАС при ТПП України роз'яснив відповідачу, що призначення арбітром у справі цієї особи не може бути прийнято, оскільки дана особа не є арбітром МКАС при ТПП України та не включена до його Рекомендаційного списку. Одночасно МКАС при ТПП України запропонував відповідачу в 5-денний строк з моменту отримання ним цього листа повідомити ім'я та прізвище призначеного ним іншого

арбітра з осіб, включених до Рекомендаційного списку арбітрів МКАС при ТПП України. Відповідач пропозицію МКАС при ТПП України не виконав, ім'я та прізвище призначеного ним арбітра не повідомив. У зв'язку з цим Президент ТПП України, керуючись пунктом 1 статті 6 і пунктом 3 статті 11 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», постановою від 12 листопада 2014 р. призначив за відповідача арбітром у справі особу з Рекомендаційного списку арбітрів МКАС при ТПП України. Надалі відповідач намагався «оскаржити» таку постанову, посиляючись на порушення компетенції арбітражу в зв'язку з призначенням арбітрів з Рекомендаційного списку, а також заявив відвід складу арбітражного суду, склад арбітражу визнав доводи відповідача такими, що не пов'язані з питанням компетенції, та відмовив у відводі арбітрів (ІСАС, 2015). Таким чином можливо констатувати, що практикою арбітражних установ можливе встановлення додаткових обмежень розсуду сторін щодо обрання арбітрів, які при цьому не порушують імперативних норм законодавства.

Окремо дослідники наголошують на тому, що застосування будь-якої обраної сторонами на власний розсуд процедури призначення арбітрів, арбітром не може бути особа, якій заявлять відвід (Захватаєв, 2019а, с. 740).

Статтею 13 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» внормовано процедуру відводу арбітра, однак, у п. 1 цієї статті закріплено право сторін врегулювати таку процедуру самостійно, на власний розсуд. За відсутності такої домовленості можуть бути застосовані подальші положення цієї статті. При цьому у випадку відмови в задоволенні відводу сторона, яка його заявляла, має змогу клопотати перед Президентом Торгово-промислової палати України «прийняти рішення про відвід; таке рішення не підлягає ніякому оскарженню; поки таке прохання чекає на своє вирішення, третейський суд, включаючи арбітра, якому заявлено відвід, може продовжувати арбітражний розгляд та винести арбітражне рішення» (п. 3 ст. 13).



Подібним чином, на нашу думку, Законом забезпечується якнайменша кількість випадків, коли проведення арбітражу стає неможливим за наявності дійсної волі сторін на його проведення, проте відсутності позиції стосовно процесуальних аспектів розгляду.

Неможливо обійти увагою положення статті 19 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», які надають одні з найширших повноважень для реалізації розсуду. Пункт 1 встановлює, що «за умови дотримання положень цього Закону сторони можуть на свій розсуд домовитись про процедуру розгляду справи третейським судом». Однак при цьому зберігаються повноваження арбітражу, якщо сторони не скористалися дискрецією: «...третейський суд може з дотриманням положень цього Закону вести арбітражний розгляд таким чином, який він вважає належним. Повноваження, надані третейському суду, включають повноваження на визначення допустимості, належності, істотності та значущості будь-якого доказу». На думку дослідників, подібні норми надають сторонам практично повну процесуальну незалежність, адже сторони за власною домовленістю мають змогу встановити застосовними процесуальними нормами не лише існуючі норми права, а й буквально розробити власні правила арбітражної процедури (Захватаєв, 2019а, с. 812). Так, цікавим випадком реалізації узгодженого розсуду сторін є можливість передати, в силу положень абз. 5 ст. 2 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», розробку правил арбітражного розгляду «будь-якій третій особі, включаючи установу». Проте правила, розроблені сторонами чи іншим суб'єктом на їх прохання, мають враховувати імперативні норми Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Необхідно зауважити, що правила процедури не можуть порушувати принципів рівності сторін та змагальності процесу (Захватаєв, 2019а, с. 799), адже ці принципи є фундаментальними обмеженнями свавільних дій, зокрема й підміни розсуду свавіллям. Вплив на обов'язковість дотримання таких основоположних принципів справляє також Конвенція ООН про

визнання і виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року (Нью-Йоркська конвенція), особливо через загрозу відмови визнання та виконання арбітражного рішення у випадку їх недотримання. Такими принципами Конвенція визнає: однакове ставлення до сторін; надання сторонам можливості подати свої аргументи та докази; здійснення розгляду в межах, визначених угодою сторін; дотримання публічного порядку (Пільков, 2016, с. 47).

Пункт 2 статті 19 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» визначає широкий розсуд арбітражу стосовно визначення способу ведення розгляду за відсутності такого, встановленого сторонами. Окремо наголошується на повноваженнях арбітражу «на визначення допустимості, належності, істотності та значущості будь-якого доказу». Дослідник доказування в арбітражі К. М. Пільков вказує, що передача процедури доказування за відсутності реалізації розсуду сторін на розсуд арбітражу пов'язана з тим, що «ці «внутрішні» процесуальні правила, на відміну від «зовнішніх», як правило, не зачіпають інтересів інших суб'єктів, крім тих, що беруть участь у розгляді» (Пільков, 2016, с. 36).

Стаття 20 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» містить положення, якими закріплено можливість сторін завдяки розсуду встановити місце арбітражу. Пунктом 2 цієї статті визначено, що, незважаючи на волю сторін, якщо вони цього прямо не заборонять суду, «третейський суд може ... зібратись в будь-якому місці, яке він вважає належним для проведення консультацій між його членами, заслуховування свідків, експертів чи сторін або для огляду товарів, іншого майна чи документів».

В. І. Нагнибіда та Д. Д. Стецков вважають що визначення місця арбітражу набуває правового та процесуального означення в контексті встановлення зв'язку з правовою системою відповідної держави. До того ж фактичні розгляд справи, «може відбуватися будь-де, виходячи з принципу територіальної зручності для сторін і складу арбітражу, що цілком може не

відповідати встановленому шляхом вибору місця арбітражу формальному зв'язку з юрисдикцією конкретного правопорядку». Дослідники пов'язують вибір чи призначення місця арбітражу з підпорядкуванням арбітражу *lex arbitri*. Окрім того, «на практиці застосовне до спору процесуальне право та право місця арбітражу можуть не співпадати, що також є виявом автономії волі сторін в арбітражі». Варто також наголосити, що автори вважають вибір місця арбітражу навіть з міркувань гарантування його нейтральності, не завжди тягне за собою застосування процесуального права цієї держави (Нагнибіда і Стецков, 2020, с. 184).

Стаття 22 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» у пункті 1 визначає що сторони мають можливість на власний розсуд встановити мову або ж мови арбітражного розгляду. За відсутності такої домовленості мову обирає склад арбітражу. При цьому визначені мова чи мови будуть повсюдно застосовуватися під час розгляду. Пунктом 2 встановлено, що арбітраж може зобов'язати власним розпорядженням супроводжувати документальні докази та будь-які заяви перекладом на мову/мови, «про які домовились сторони або які визначені третейським судом». Ілюстративним прикладом вільного обрання мов арбітражного розгляду за розсудом сторін, є статистика за 2022 рік стосовно мов арбітражного розгляду в Міжнародному комерційному арбітражному суді при Торгово-промисловій палаті України. Так, із 202 справ розглянуто 111 справ (53,1%) російською, 84 справи (40,2%) українською, 13 справ (6,2%) англійською, 1 справа (0,5%) румунською мовами, 7 справ було розглянуто двома мовами (ІСАС, 2023b, с. 13). Таким чином сторонами явно був реалізований розсуд стосовно встановлення мов арбітражу, що забезпечило розгляд спору у прийнятних для них умовах.

Конструкція розсуд також зустрічається в Законі України «Про третейські суди». Так, ч. 4 ст. 16 дозволяє сторонам на свій розсуд можуть домовитися про кількісний і персональний склад третейського суду, з тією умовою що такий суд є створеним *ad hoc* для вирішення конкретного спору.

Також ч. 5 та 6 визначають що кількість суддів має бути непарною, а в разі, якщо сторони не погодили конкретну кількість, розгляд здійснюється в складі трьох суддів.

Подальша операціоналізація конструкцій, які використані в арбітражному законодавстві, буде проводити за схемою, що була використана при операціоналізації цивілістичного законодавства. Так, аналізу підлягають основні юридичні конструкції розсуду за арбітражним законодавством. Їх першу форму становлять нормативно-фіксовані приписи, виражені у конструкціях вибору, дозволу, згоди (схвалення).

Конструкція вибору представлена лише в статті 11 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та пов'язана з правом сторін реалізувати розсуд під час призначення складу арбітражу шляхом вибору з наявного рекомендаційного списку арбітрів, як це передбачено в ст. 6 Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України, або ж вільно, особливо при створенні арбітражу для розгляду конкретної справи, при цьому не порушуючи імперативних норм Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» також містить випадки використання конструкції «згода». Зокрема, за згодою сторін призначається склад арбітражного суду, при цьому за її відсутності задіюються інші передбачені законом механізми, мову про які ми вже вели раніше (ст. 11 Закону). Аналогічно сторони можуть узгодити процедуру відводу арбітра (ст. 13).

Відповідно до ст. 14 Закону сторони мають надати згоду, якщо одна зі сторін запропонує припинення повноважень (мандата) арбітра (п. 2 ст. 14).

В той же час можливість надавати згоду на певні дії сторін надана й арбітражному суду. Так, лише за згодою третейського суду сторона може «звернутися до апеляційного загального суду за місцезнаходженням доказів (місцем проживання свідка) з проханням про сприяння у допиті свідка, витребуванні доказів або їх огляді за їх місцезнаходженням» (п. 1 ст. 27).

Таким чином реалізується розсуд суду стосовно доцільності залучення державного суду до розгляду справи, а також доцільності реалізації таких засобів доказування стосовно заявлених доказів. До того ж таке рішення арбітражу про відмову не може бути оскарженим самостійно, про що вказують автори (Захватаєв, 2019а, с. 907). Примітна також дискусія стосовно можливості залучення іноземних судів (судів, місцезнаходження яких відмінне від держави місця розгляду спору) до цієї процедури, оскільки законом це прямо не забороняється, водночас іноземні суди все частіше приймають відповідні клопотання до розгляду, виявляючи при цьому розсуд (Захватаєв, 2019а, с. 906).

Стаття 30 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» визначає право сторін примиритися на будь-якому етапі розгляду, зокрема, й шляхом використання медіації. Врегулювання спору завершується прийняттям третейським судом арбітражного рішення на узгоджених умовах. У самій назві такого рішення вже міститься вказівка на узгодження альтернативного розсуду сторін. Варто вказати що в попередньому підрозділі ми вже розглядали питання укладення мирової угоди у цивільному та господарському процесах, де побіжно розкривали теоретичні засади такого примирення, оскільки прийняття арбітражного рішення на узгоджених умовах має ту ж правову сутність що й мирова угода, то повторювати такі викладки ми вважаємо недоцільними. Натомість, зауважимо що, згідно з п. 2 статті 30 Закону до арбітражного рішення на узгоджених умовах встановлюються такі ж самі формальні вимоги, як і до арбітражного рішення, однак особливо наголошується що воно «повинно містити вказівку на те, що воно є арбітражним рішенням». Закріплено, що арбітражне рішення на узгоджених умовах «має ту ж силу і підлягає виконанню так само, як і будь-яке інше арбітражне рішення щодо суті спору».

Цікавим випадком узгодження сторонами процесуальних питань є можливість встановити власний строк внесення виправлень і доповнень до арбітражного рішення, замість встановленого статтею 33 Закону 30-ти

денного строку. Таким чином виявляється вплив розсуду сторін на повноваження арбітражного суду.

Закон України «Про третейські суди», у п. 7 ч. 1 ст. 4, визначає, що одним з принципів організації і діяльності третейського суду є принцип добровільної згоди третейських суддів на їхнє призначення чи обрання у конкретній справі. В ч. 2 ст. 14 Закону цей принцип набуває стану повноцінної норми. Подібне свідчить про підвищену увагу саме до усвідомлення своєї ролі третейськими суддями яких обрали сторони, або ж призначив компетентний орган.

Необхідність усвідомленої згоди також підкреслена в ч. 2 ст. 13 цього Закону, зокрема визначено: «якщо третейська угода укладена у вигляді окремої угоди, то у разі заміни кредитора у зобов'язанні останній повинен повідомити нового кредитора про її існування. Зміна третейської угоди в такому випадку можлива лише за умови явно вираженої згоди іншої (інших) сторони (сторін) угоди». Така норма створена з метою визнання сторонами третейської угоди дійсною та застосовною до правовідносин основного зобов'язання, особливо з огляду на обов'язковість усвідомленої відмови від державного судочинства.

Окрім того, частина процесуальних правил може встановлюватися сторонами за згодою, зокрема порядок обміну документами та письмовими матеріалами (ст. 15), визначення правил третейського розгляду (ст. 28), врегулювання питання зберігання рішення третейського суду (ч. 4 ст. 44). Сторони мають надавати згоду судді в разі необхідності розголошення ним відомостей чи інформації, які стали відомими завдяки розгляду (ст. 32). Також згода може використовуватися і як інструмент врегулювання процесу з боку судді. Так, третейський суд має погодитися спільно зі сторонами на встановлення чи продовження строків розгляду (ч. 5 ст. 28), надає згоду на призначення сторонами секретаря третейського розгляду для ведення протоколу (ч. 1-2 ст. 44).

Особлива природа медіації, яка ґрунтується на спільній згоді сторін до її застосування, дещо схожа на третейський (арбітражний) розгляд проте спрямована на самостійне з допомогою медіатора формування сторонами компромісу який виражається в угоді за результатами медіації. Ця природа чітко проглядається в нормах Закону України «Про медіацію». Так, основним принципом медіації визнається принцип взаємної згоди сторін (ч. 1 ст. 4). Використовуючи таку конструкцію сторони мають змогу обрати певний порядок проведення медіації, самого медіатора (медіаторів), залучити інших учасників (ст. 18) і, звичайно, лише за узгодження розсуду сторін стосовно конкретної юридичної ситуації, яка викликала необхідність медіації, встановлювати зобов'язання та порядок їх виконання, відповідальність за невиконання чи неналежне виконання в угоді за результатами медіації (ст. 21).

Наступну «групу» форм операцій становлять конструкції погодження, угоди (домовленості), які можна зустріти в спеціальному законодавстві щодо арбітражу.

Зокрема стаття 13 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» санкціонує можливість сторонам домовитися про процедуру відводу арбітра, а також стаття 23 дозволяє за домовленістю сторін встановити строки, в які «позивач повинен заявити про обставини, що підтверджують його позовні вимоги, про питання, що підлягають вирішенню, та про зміст своїх позовних вимог, а відповідач повинен заявити свої заперечення з цих причин, якщо тільки сторони не домовилися про інше щодо необхідних реквізитів таких заяв».

Визначення третейського суду, що міститься в статті 2 Закону України «Про третейські суди» особливо приділяє увагу способу утворення третейського суду «за угодою або відповідним рішенням заінтересованих фізичних та/або юридичних осіб», в той же час, у визначенні третейського судді також акцентується, що це особа, «призначена чи обрана сторонами у погодженому сторонами порядку або призначена чи обрана відповідно до

цього Закону». Надалі Закон оперує конструкцією погодження, угоди (домовленості) під час окреслення процесуальних питань розгляду, зокрема порядку обміну документами та письмовими матеріалами (ст. 15), порядку формування складу третейського суду (ст. 17), вимог до третейського судді (ст. 18), порядку відводу третейського судді (ст. 20), припинення повноважень третейського судді (ст. 21).

Нормою, ч. 2 ст. 20 Закону, де передбачено можливість сторони «не погодитися» з відводом третейського судді, про що вона має подати мотивовані заперечення голові третейського суду.

Закон України «Про медіацію» в частині 1 статті 1 встановлює визначення термінів, зокрема п.1 договір про проведення медіації та п. 9 угода за результатами медіації. Обидва визначення використовують конструкцію «угода...у погодженій між ними усній чи письмовій формі з урахуванням вимог закону». Окрім того угода за результатами медіації визнається як така, що «фіксує результат домовленості сторін медіації». Використання таких конструкцій вказує на те, що законодавець, чітко усвідомлюючи природу медіації, окремо вказує на особливості медіації, яка ґрунтується на добровільності та добросовісності, де кожен етап пов'язаний з узгодженням сторонами власного бачення ситуації, напрацювання компромісів, та спільного розсуду стосовно вирішення конфлікту (спору), який закріплюється у відповідній угоді.

Переходячи до операціоналізації конструкції «угода» в арбітражному законодавстві, перш за все необхідно вказати на велику кількість згадок цього слова, та однокорінних до нього у відповідних актах законодавства. Ми пов'язуємо це з унікальною природою третейського розгляду спорів у арбітражі, яка повністю ґрунтується на дійсній волі сторін до передачі спору на вирішення незалежного арбітра чи третейського судді, або ж медіатора. Така воля найчастіше виявляється у формі спеціальної угоди.

Закон України «Про міжнародне приватне право», використовує поняття «угода» в ст. 60, 62, 76. При цьому угода розуміється саме як



погоджена згода сторін, здебільшого щодо вибору застосованого права до правовідносин шлюбу (ст. 60 та 62), а також підсудності справи судам України (п. 1 ч. 1 ст. 76).

Стаття 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» визначає спори, які можуть за угодою сторін передаватися до міжнародного комерційного арбітражу.

Стаття 2 Закону містить застереження такого змісту: «якщо в будь-якому положенні цього Закону є посилання на те, що сторони погодилися або що вони можуть погодитися, або в будь-якій іншій формі є посилання на угоду сторін, така угода включає будь-які арбітражні правила, зазначені в цій угоді». Автори пов'язують це уточнення зі сталою світовою практикою, згідно з якою сторони у своїх арбітражних угодах зазвичай посилаються на арбітражні регламенти або на арбітражні правила тієї чи іншої установи, уникаючи таким чином необхідності самостійної розробки будь-яких своїх арбітражних правил ((Захватаев, 2019а, с. 223).

Певний інтерес викликає норма статті 4, згідно з якою встановлюється заборона подальшого заперечення, якщо воно не було заявлене стороною в разі порушень положень Закону чи арбітражної угоди під час розгляду негайно або ж у передбачений строк. Подібним чином Законом унеможлиблюються подальші зловживання процесуальними правами з боку недобросовісної сторони, яка, встановивши, на її думку, порушення норм чи узгоджених правил, не висловила своїх зауважень, чим фактично визнала їх правомірними. Звернення до таких обставин у подальшому цілком справедливо визнають такими, що затягують спір, чим знижують швидкість та ефективність арбітражу (Захватаев, 2019а, с. 271).

Арбітражній угоді присвячено окремий розділ II Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», який складається з трьох статей. П. 1 статті 7 у містить визначення поняття арбітражної угоди, а в п. 2 визначає випадки в яких арбітражна угода визнається укладеною за її відсутності у формі окремої угоди чи арбітражного застереження. Також важливим є

застереження статті 8, яке визначає, що за наявності дійсної арбітражної угоди та волі однієї зі сторін спору суд, до якого подано позов у питанні, що є предметом такої арбітражної угоди, має, «якщо будь-яка із сторін попросить про це не пізніше подання своєї першої заяви щодо суті спору, залишити позов без розгляду і направити сторони до арбітражу». У пункті 1 статті 16 міститься норма, якою встановлено, що «арбітражне застереження, що є частиною договору, повинно трактуватися як угода, що не залежить від інших умов договору». Таким чином в законодавство імплементовано принцип відокремленості або ж автономності арбітражної угоди. Суть його полягає в тому, що арбітражна угода розглядається окремо від договору і недійсність договору не тягне за собою автоматичної недійсності арбітражної угоди (Мальський, 2013, с. 29-32).

Аналогічну позицію зайняв Касаційний господарський суд Верховного Суду в постанові від 03.03.2020 року у справі № 920/241/19: «Принцип автономності арбітражної угоди (*separabiliti*) свідчить, що, по-перше, дійсність основного договору в принципі не впливає на дійсність включеної до нього арбітражної угоди і, по-друге, основний договір та арбітражна угода можуть бути підпорядковані різним законам. Арбітражна угода та основний договір розглядаються як дві окремі угоди, тому недійсність договору не може бути підставою для автоматичної недійсності арбітражної угоди» (Пільков et al., 2023 с. 6).

Одним з прикладів порушення принципу автономності арбітражної угоди, на нашу думку, є ухвала Київського апеляційного суду від 10 лютого 2022 у справі № 824/291/21 (Ухвала Київського апеляційного суду, 2022). Судом було проігноровано принцип автономності арбітражної угоди, у якому закладено особливе розуміння дійсності арбітражної угоди (арбітражного застереження) окремо від договору. Також суд не звернув уваги на практику, що склалася при розгляді справ у ІСАС, за якої договори, які виконувалися навіть за відсутності дотримання процедури їх підписання, визнавалися такими, що не суперечать волі сторін. На нашу думку, суд помилково

визначив дійсне арбітражне застереження таким, що не було укладеним (Запорожченко, 2023с, с. 181).

Стаття 11 Закону надає сторонам можливість встановити на власний розсуд процедуру призначення арбітрів. Однак п. 3 цієї статті посилається на «відсутність такої угоди» приводить до висновку про те, що законодавець прямо пов'язує спільний розсуд сторін з угодою. Кореляція цих понять стає більш прозорою, якщо розглянути п. 4, у якому використовується конструкція «процедури призначення, узгодженої сторонами». Таким чином проглядається логічний ланцюжок «розсуд→узгодження→угода». Тут «розсуд» є індивідуальною інтелектуально-вольовою діяльністю, «узгодження» уособлює зустріч двох альтерверсивних розсудів сторін, які адаптують його за допомогою компромісів, тим самим укладаючи «угоду» доконану форму спільного розсуду. За допомогою угод, у цьому випадку процесуальних, сторони мають змогу гнучко «регулювати» порядок арбітражного розгляду.

Так, п. 2 ст. 12 містить вказівку на таку підставу відводу арбітра як відсутність кваліфікації, що обумовлена угодою сторін.

У статті 15 внормовано що мандат арбітра скасовується, зокрема, й угодою сторін.

У статті 19 «Визначення правил процедури» також використано ланцюжок «розсуд→узгодження→угода», однак замість «узгодження» використано конструкцію «домовленості». Можна припустити, на основі попереднього аналізу норм цивілістичного законодавства, що законодавець розуміє угоду здебільшого як спільну, погоджену, згоду сторін, а домовленість як договір, якому не притаманні його обов'язкові реквізити, він може вчинятися усно, ставати в подальшому окремим правочином з письмовою формою тощо. В контексті цієї статті стає не зовсім зрозумілим використання такої конструкції, однак вона не суперечить попередній гіпотезі про узгодження як проміжний етап на шляху до оформлення результатів спільного розсуду сторін, а, на нашу думку, лише підтверджує її.

Цікаву конструкцію використано у статті 24 Закону, де сторони власною угодою можуть обмежити розсуд арбітрів стосовно проведення усних слухань або усних дебатів. Автори визначають, що така домовленість є імперативною і порушення волі сторін є неприпустимим (Захватаєв, 2019а, с. 865). При цьому надалі в нормі використано конструкцію домовленості в контексті можливого відступу від такого імперативного правила за умови прохання однієї зі сторін. Тобто законодавець визнає угоду непорушною, однак у разі відступлення однієї зі сторін від неї, вона переходить у «ранг» домовленості.

Неоціненним є значення п. 4 ст. 28 Закону, яка вносить, що «в усіх випадках третейський суд приймає рішення згідно з умовами угоди і з урахуванням торгових звичаїв, що стосуються даної угоди», таким чином законодавцем санкціоновано широкий розсуд як арбітрів, так і сторін стосовно вибору застосовного права, не обмежуючись національним правом, а й застосовуючи звичаї та *lex mercatoria*.

Назва статті 30 Закону «Мирова угода», містить певну плутанину, оскільки власне мирова угода не притаманна арбітражу, натомість, і це вказано в самій статті, компроміс сторін фіксується у вигляді «арбітражного рішення на узгоджених умовах». Причиною такої назви автори визнають те, що з метою виконання такого врегулювання у примусовому порядку воно має бути оформлене згідно з вимогами до арбітражного рішення в силу приписів ст. 35 Закону. До того ж, завершити вирішення спору можливо лише арбітражним рішенням. При цьому у складі арбітражу залишається виключне право відмовитися від укладення арбітражного рішення на узгоджених умовах (п. 1 ст. 30), якщо його умови суперечитимуть здоровому глузду, принципам добросовісності, справедливості, містить ознаки обману чи протиправних намірів (Захватаєв, 2019б, с. 48-49).

Стаття 34 Закону містить підстави скасування арбітражного рішення, де серед інших встановленою підставою є недійсність арбітражної угоди, чи рішення було винесене стосовно спору, який не охоплюється арбітражною

угодою, або ж процедура розгляду чи склад арбітражу не відповідали угоді сторін. Дещо схожими є підстави відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення, що викладені в статті 36 Закону.

Закон України «Про третейські суди» також містить згадки конструкції «угода» в силу правової природи третейського судочинства яка, загалом аналогічна міжнародному комерційному арбітражу й відрізняється, здебільшого суб'єктивним складом сторін спору.

Стаття 1 Закону встановлює що «до третейського суду за угодою сторін може бути переданий будь-який спір, що виникає з цивільних та господарських правовідносин, крім випадків, передбачених законом». Таким чином виключно третейська угода є підставою для початку третейського розгляду. Її визначення міститься в статті 2 Закону, й воно елегантне у своїй лаконічності «третейська угода угода сторін про передачу спору на вирішення третейським судом». Аналогічне до ч. 2 ст. 1, однак більш уточнене, положення міститься в ч. 1 ст. 5 Закону.

Цікаво, що порядок утворення третейського суду для вирішення конкретного спору (*ad hoc*) встановлюється сторонами у третейській угоді, однак не може не враховувати імперативних положень Закону (ч. 2 ст. 8).

Розділ II Закону присвячений третейській угоді. До неї ставляться, загалом такі ж вимоги та правила і застереження, що й до арбітражної угоди. Аналогічно третейська угода може бути укладеною у вигляді третейського застереження.

Сторони можуть установити у власній угоді власні вимоги до третейських суддів у разі утворення третейського суду *ad hoc* (ч. 4 ст. 18).

Сторони в третейській угоді, окрім іншого, можуть встановити: порядок відводу чи самовідводу третейського судді (ст. 20); порядок розподілу витрат, пов'язаних з вирішенням спору третейським судом (ст. 26); правила третейського розгляду з урахуванням вимог Закону (ст. 28) та місце проведення розгляду (ст. 30) для третейського суду *ad hoc*; мову арбітражного розгляду, відмінну від української (ст. 31); строки розгляду

(ч. 2 ст. 33); питання участі третіх осіб у розгляді (ч. 2 ст. 34); порядок та строки подачі відзиву (ч. 1, 2 ст. 36) і наслідки невиконання вимоги третейського суду про подання відзиву (ч. 4 ст. 36) у суді *ad hoc*; порядок та строки подання відзиву на зустрічний позов (ч. 5 ст. 37); засоби доказування в суді *ad hoc* (ч. 3 ст. 38); наслідки невиконання чи неналежного виконання стороною вимог, встановлених третейською угодою (ч. 2 ст. 42); наслідки невиконання ухвали третейського суду *ad hoc* про замовлення експертизи (ч. 1 ст. 43); підстави та порядок відводу експерта в розгляді *ad hoc* (ч. 2 ст. 43), підстави та порядок відводу секретаря в суді *ad hoc* (ч. 2 ст. 44).

У контексті угоди сторін також може активізуватися розсуд третейських суддів, особливо у випадках якщо певні положення в них не вказані. Так, згідно з ч. 4 ст. 28 Закону, у випадках відсутності необхідних правил у регламенті постійно діючого суду або ж в третейській угоді для суду *ad hoc*, «третейський суд застосовує норми цього Закону та може визначити власні правила третейського розгляду лише в тій частині, що не суперечить принципам організації та діяльності третейського суду, які визначені цим Законом».

У третейському судочинстві, на противагу арбітражному, законодавство оперує саме поняттям «мирова угода». Зазначимо також, що третейський суд сприяє мирному врегулюванню спору, в тому числі і шляхом медіації, на всіх стадіях процесу аж до прийняття рішення в силу приписів ч. 4, 5, 6 ст. 33 Закону. Однак цікавою деталлю є той факт, що мирова угода стає формально рішенням третейського суду, через вимоги ч. 7 ст. 33 Закону, яка вносить, що «зміст мирової угоди викладається безпосередньо в рішенні третейського суду». Ми пов'язуємо таке правове регулювання з тією ж проблематикою визнання та виконанням «мирової угоди» в міжнародному комерційному арбітражі виконуваними є лише рішення.

Третейська угода також в силу приписів ч. 1 ст. 37 Закону може стати обмеженням на шляху подання зустрічного позову, оскільки такий позов має

відповідати предметові третейського розгляду, визначеному в третейській угоді.

Приписи ст. 53 Закону також дозволяють сторонам припинити третейський розгляд шляхом укладення угоди про припинення третейського розгляду. Таким чином дійсна воля сторін на вирішення спору в третейському суді, за їх спільним розсудом у формі угоди замінюється іншою волею на припинення розгляду.

Закон України «Про медіацію», окрім визначень договорів та угод, про які ми вели мову вище, містить також інші згадки конструкції «угода». Зокрема, ч. 2 ст. 8 Закону встановлює що сторони самостійно визначають «зміст угоди за результатами медіації, строки та способи її виконання», а згідно п. 1 ч. 2 ст. 12 медіація припиняється укладенням сторонами медіації угоди за результатами медіації. Так само сторони управнені, згідно з п. 6 ч. 1 ст. 18 «у разі невиконання чи неналежного виконання угоди за результатами медіації звернутися до суду, третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу в установленому законом порядку». До того ж виконання такої угоди є обов'язком сторін у силу приписів п. 2 ч. 1 ст. 19 Закону. Закон містить вимоги до змісту угоди за результатами медіації (ч. 1 ст. 21). При цьому ч. 2 ст. 21 визначає певну широту розсуду сторін стосовно положень такої угоди «сторони медіації можуть вийти за межі предмета конфлікту (спору)», однак ч. 3 ст. 21 встановлює межі такого розсуду «угода за результатами медіації не повинна містити положень, що порушують права та інтереси інших осіб, інтереси держави або суспільні інтереси».

Операціоналізація конструкції «домовленість» в арбітражному законодавстві змусила нас повернутися до вже аналізованих у контексті конструкції «розсуд» положень статті 13 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Так, ч. 1 цієї статті «сторони можуть на свій розсуд домовитися про процедуру відводу арбітра за умови додержання положень пункту 3 цієї статті» містить конструкцію, яка вкрай схожа на незавершений логічний ланцюжок, який ми вже пропонували: «розсуд→домовленість».

Частина 2 цієї статті також містить посилання на «домовленість» «в разі відсутності такої домовленості». На нашу думку, подібна конструкція покликана вказати, що процедура відводу арбітра є врегульованою імперативними нормами ч. 3 ст. 21 Закону, тому сторони не мають змоги повністю підмінити встановлений порядок власним розсудом угодою.

Домовленість сторін може встановлювати межі їхнього розсуду, наприклад відповідно до норм статті 23 Закону сторони можуть встановити інші реквізити заяв сторін по суті спору заява про обставини, що підтверджують позовні вимоги та заперечення щодо позову (ч.1). В той же час, «якщо сторони не домовились про інше», вони можуть змінити позовні вимоги чи заперечення щодо позову, однак ч. 2 ст. 23 Закону надає дискреційні повноваження арбітражу він має визнати такі зміни доцільними і дозволити їх, виходячи з міркувань недопущення затримок у розгляді. Таким чином домовленість сторін має нижчий пріоритет ніж їх угода, оскільки не є безумовною для арбітра й вимагає застосування розсуду. Це також підтверджує нашу гіпотезу про ієрархічність у логічному ланцюгу «розсуд→узгодження/домовленість→угода», за якою угода є найвищою формою реалізації «процесуального» розсуду в міжнародному комерційному арбітражі.

Закон України «Про третейські суди» також містить норми, що використовують конструкцію «домовленість». Зокрема, ч. 1 ст. 39 Закону, вказує що сторони можуть домовитись про інший порядок участі в засіданні третейського суду, ніж це передбачено Законом. Однак такий розсуд обмежений розсудом третейського суду. Ч. 2 ст. 39 дозволяє суду «визнати явку сторін у засідання обов'язковою». Таким чином домовленість, не оформлена угодою, і в третейському судочинстві не визнається імперативною для третейського суду.

В Законі України «Про медіацію» вміщено норму статті 6 «Конфіденційність», згідно з якою всі сторони медіації можуть домовитися в письмовій формі про порядок розголошення інформації конфіденційної



інформації, яка стала відомою сторонам, медіатору та іншим учасникам медіації, навіть попри можливі заборони встановлені законодавством.

Неможливо оминати увагою окрему форму конструкцій, які використовуються в арбітражному законодавстві з метою встановлення можливостей щодо аналогії права та вільного (самостійного) розсуду (дискреції).

Закон України «Про третейські суди» в ч. 3 ст. 11 встановлює, що «У разі відсутності законодавства, що регулює певні спірні відносини, третейські суди застосовують законодавство, яке регулює подібні відносини, а за відсутності такого третейські суди застосовують аналогію права чи керуються торговими та іншими звичаями, якщо останні за своїм характером та змістом властиві таким спірним відносинам». Таким чином Законом дозволено застосування аналогії права та закону, а також використання власної дискреції при застосуванні торгових та *інших* звичаїв. Цікаво, що такого змістовного положення немає в Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж», однак ми вважаємо, що можливість застосування аналогій та дискреції є апріорною для цього способу вирішення спорів.

У Законі України «Про медіацію» конструкція аналогії права не застосовується в силу правової природи медіації, де головним є самовизначення сторін, спрямоване на врегулювання спору, за якого законодавство застосовується лише в частині імперативних норм стосовно процесу та результатів медіації.

### Висновки до другого розділу

Цей розділ є основним у реалізації концепції дисертаційного дослідження, оскільки в ньому проаналізовано позитивно-правові межі розсуду, які є основними в правовій системі України. Зокрема основні підсумки цього етапу науково-дослідної роботи структуровано наступним чином.

1. У розділі висвітлено дилему позитивістського та юс-натуралістичного трактування меж розсуду через призму концепції правовладдя. Виявлено, що при юснатуралістичній інтерпретації цієї концепції граничні засади розсуду діють переважно у сфері моралі, натомість позитивістське трактування правовладдя вказує на обов'язкове юридичне обмеження розсуду чинним законодавством. Подальший аналіз практики Конституційного Суду України та Європейського суду з прав людини підтвердив цю гіпотезу.

2. Найбільш показовим для з'ясування розсуду, що виходить із засад позитивістського підходу, є так званий «адміністративний розсуд», щодо якого встановлюється як пряме (нормативне), так і опосередковане (принципове) законодавче визначення меж судового розсуду. За результатами емпіричної стадії дослідження судового контролю, як одного з обмежень розсуду, окреслено засоби та способи законодавчого обмеження, які поділено на (1) межі, встановлені нормами права (що додатково поділяються на загальні та спеціальні або казуальні норми), та (2) межі, встановлені принципами права.

3. Запропоновано систему загальних принципів, які встановлюють морально-правові рамки свободи розсуду за їх ієрархією: (1) загально-соціальний принцип розмежування добра і зла, принципи (2) свободи та (3) рівності, принципи (4) справедливості, (5) розумності та (6) добросовісності. З іншого боку, класифіковано законодавчі межі дискреції, які залежно від характеру норм поділяються на: 1) матеріальні; 2) процесуальні; 3) колізійні; 4) арбітражного законодавства 5) міжнародно-правові межі, (міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України). Здійснено поділ методів встановлення меж розсуду на імперативний, диспозитивний та дискреційний.

4. Шляхом емпіричної операціоналізації здійснено визначення поняття «законодавча межа розсуду» як встановленої законом міри свободи мислення та волевиявлення у певній ситуації правореалізації, що окреслюється

певними правовими приписами («операціями» згідно з термінологією операціоналізму). Виділено дві форми таких приписів: 1) нормативно-фіксований припису та 2) установчо-відправний припис, які реалізуються шляхом застосування юридичних конструкцій вибору, дозволу, згоди (схвалення), погодження, угоди (домовленості), а також через відсилання до загальних засад законодавства (принципів права свободи, рівності, розумності, справедливості та добросовісності) та інших легальних оціночних понять, що встановлюють конструкції аналогії права та розсуду (дискреції).

5. Сформульовано робочу гіпотезу дослідження: законодавча межа арбітражного розсуду це гранична міра компетенції арбітражного суду (арбітрів) та автономії волі сторін арбітражного розгляду в окремій ситуації правореалізації, що встановлена в застосовуваному нормативно-правовому акті, та окреслена шляхом за допомогою певних юридичних конструкцій. На цій основі проведено операціоналізацію юридичних конструкцій вибору, дозволу, згоди (схвалення), погодження, угоди (домовленості), аналогії та розсуду в загальноцивільному, господарському, процесуальному та колізійному законодавстві, які є джерелами арбітражу, а також законодавчо закріплених загальних принципах розсуду. Безпосередньо шляхом контент-аналізу та операціоналізації вказаних конструкцій розглянуто джерела арбітражного законодавства України: Цивільний кодекс України, Господарський кодекс України, Цивільний процесуальний кодекс України, Господарський процесуальний кодекс України, Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж», Закон України «Про третейські суди», Закон України «Про медіацію», Закон України «Про міжнародне приватне право». Результати такого аналізу поділено на групи за їх спрямуванням: норми матеріального права, процесуальні норми; норми законодавства щодо арбітражну; колізійне право.

### РОЗДІЛ 3

## ЗАСОБИ УНІФІКАЦІЇ ТА ГАРМОНІЗАЦІЇ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РОЗСУДУ В АРБІТРАЖІ

3.1 Міжнародні та європейські засоби уніфікації та гармонізації процедур арбітражного розсуду в європейських країнах

Без уніфікованого обмеження розсуду, зберігається небезпека перетворення його на індивідуалізоване свавілля мислення і дій, що абсолютно суперечить ключовій вимозі до арбітражного рішення бути достатньо передбачуваним. Такою уніфікацією передусім постає законодавство, яке, власне, й встановлює формальні межі й обмеження, на відміну від досить умовних та відносних у культурно-історичному плані професійного досвіду, моральних та етичних переконань індивіда тощо. Без визначення меж розсуду у нормах права ми можемо спостерігати певний хаос відсутність чіткого тлумачення й застосування його норм, що призводить до свавільних дій особи яка застосовує розсуд та дискрецію. Не випадково видатний український герменевтик права професор Антон Антонович Козловський (1959–2020) вивів принцип: «як нація тлумачить своє право, так і право репрезентує свою націю» (Козловський, 2005, с. 33).

Таким чином, предмет дослідження вимагає від нас провести стислий, але за вибіркою достатньо репрезентативний аналіз іноземного законодавства, насамперед країн членів Європейського Союзу.

На думку відомих цивілістів України, провідним цивільним кодексом, «як моделі, що відкриває широкий простір для подолання і навіть заповнення судьями прогалин у законі, дає можливість поступового розвитку ними норм закону, сформульованих у досить загальному виді» (Харитонов і Харитонова, 2017, с. 8), є Цивільний кодекс Швейцарії 1907 р. (нім. *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, ZGB, фр. *Code civil Suisse*, італ. *Codice Civile Svizzero*, романш. *Cudesch civil*, англ. *Swiss Civil Code*).

Дійсно, у провідній статті ZGB, статті 1, викладено таке: «У випадку відсутності відповідних норм у законі суддя зобов'язаний приймати рішення відповідно до звичаєвого права. Якщо й у ньому необхідна норма відсутня, то суддя має діяти так, якби він був законодавцем, слідуючи при цьому пануючій доктрині і традиції» (Swiss Civil Code, 1907). Отже, ці положення ZGB у найбільш загальній формі (на рівні принципу) санкціонують суддівську дискреційну нормотворчість на основі правової теорії (доктрини) та узагальненого досвіду правозастосування. Без перебільшення можна вважати ці положення найвищим досягненням легалізації дискреції (розсуду) в історії європейського права. Особливу увагу слід звернути на статтю 4 ZGB, яка має назву «Судова дискреція»: «Якщо закон надає суду право на дискрецію або посиляється на необхідність оцінки обставин (*assessment of the circumstances*) чи поважну причину (*good cause*), суд має ухвалити рішення відповідно до принципів справедливості та рівності» (Swiss Civil Code, 1907). Необхідно визнати, що такі норми санкціонують суддівську дискреційну нормотворчість на основі доктрини та судової практики, при застосуванні інтерпретації вже наявних актів правового регулювання.

Привертають увагу також норми розділу «Інтерпретація» Загального цивільного кодексу Австрії (нім. *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB). У § 7 ABGB закріплено: «Якщо справа не може бути вирішена на основі тексту або звичайного змісту закону, то повинні бути прийняті до уваги справи, які були вирішені певним чином у законодавстві, а також основні принципи інших законів, що мають відношення до згаданого закону. Якщо і після існують сумніви в вирішенні даної справи, то вона повинна бути розв'язана з урахуванням ретельно зібраних і розглянутих обставин, і відповідно до принципів природного права» (*Gesamte Rechtsvorschrift für Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch: Bundesrecht konsolidiert*, 1812). Таким чином цей параграф загалом закріплює спосіб інтерпретації за аналогією, який може бути реалізований шляхом використання аналогічного судового рішення чи використовуючи аналогію закону, подібного до того, що

тлумачиться. Однак особливий інтерес для нашого дослідження становить друге речення § 7 ABGB, яким закріплено спосіб контекстуального тлумачення шляхом якнайповнішої реконструкції та з'ясування фактичних обставин, а також, що є найбільш актуальним в контексті цього дослідження, необхідність створення норми *ad hoc* на основі принципів саме природного права. Важко не погодитися з тим, що цей параграф ABGB надає широкі можливості для суддівської нормотворчості як вищої форми дискреції. Проте в наступному, § 8 ABGB встановлено досить важливе обмеження суддівської нормотворчості, яке звужує широту дискреції судді та загальну обов'язковість такого нормотворення, а відтак відкидає можливість використання прецеденту у праві Австрії: «Тільки законодавець має право оголосити закон загальнообов'язковим чином» (*Gesamte Rechtsvorschrift für Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch: Bundesrecht konsolidiert, 1812*). На думку Кельзена, норми, подібні до § 7 ABGB, «стосуються випадків, коли із закону не можна вивести жодного рішення» шляхом тлумачення (Kelsen, 1990, p. 135).

Цивільний кодекс Італії (іт. *Codice Civile Italiano*) у ч. 2 ст. 12 Попередніх положень Кодексу вносить таке: «Якщо спір не може бути розв'язаний за допомогою буквально розтлумаченого конкретного положення, необхідно враховувати аналогічні положення, що регулюють подібні справи чи подібні питання; якщо справа все ще залишається сумнівною, вона вирішується за загальними принципами правового порядку держави (*principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stat*)». Ця частина статті встановлює, що провідним серед способів інтерпретації норм є інтерпретація за аналогією, а також, спосіб створення нової норми на основі загальних принципів права (*Codice Civile Italiano, 1942*).

Цивільний кодекс Іспанії (ісп. *Código Civil de España*) містить норму яка мала б знищити всі сумніви щодо необхідності застосування дискреції «справедливість (*equidad*) враховується при застосуванні норм, а також рішення судів можуть бути засновані виключно тільки на справедливості,

коли закон це прямо допускає» (ч. 2 ст. 3) (*Código Civil de España*, 1889). Такий спосіб правового регулювання надає судді можливість застосування дискреції, настільки широкої, наскільки це можливо при прийнятті рішення, в силу того, що справедливість неможливо виміряти чи охопити законодавчо.

Цивільний кодекс Литовської Республіки (лит. *Lietuvos Respublikos civilinio kodekso*) містить достатньо лаконічні за формою, проте широкі за можливостями норми частин 3 та 4 статті 1.5: «3. Якщо закони або угода між сторонами передбачають вирішення певних питань судом на свій розсуд, суд діє відповідно до принципів справедливості, розумності та добросовісності. 4. При тлумаченні і застосуванні законів суд керується принципами справедливості, розумності та добросовісності» (*Lietuvos Respublikos civilinio kodekso*, 2000). Завдяки цим нормам під час використання дискреції та інтерпретації суд отримує абстрактні, на перший погляд, проте достатньо чіткі обмеження.

На основі наведених прикладів можна погодитися з тим, що нині в законодавстві європейських країн переважає тренд до узагальнення інтерпретаційних законодавчих приписів та збільшення дискреційних повноважень інтерпретаторів (Гайдулін, 2020а, с. 160).

Одним з найбільш незвичних способів правового регулювання вирізняється Франція. Так, ст. 1507 Цивільного процесуального кодексу Франції (фр. *Code de procédure civile*, CPC) визначає, що до арбітражної угоди не застосовні жодні правила щодо її форми (*La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme*) (Légifrance, 2023). У цій нормі закладено великий потенціал стосовно використання розсуду та дискреції, адже в ході розгляду в арбітражі такий розгляд може базуватися навіть на усній арбітражній угоді, яку можливо підкріпити класичною конструкцією позов-відзив. До того ж державний суд при розгляді питання щодо оспорювання чи скасування арбітражного рішення має витлумачити за допомогою дискреції дійсну волю сторін, яка не має формального закріплення, стосовно того, чи мав арбітраж компетенцію на розгляд спору і

чи була дійсною арбітражна угода. Така норма, безперечно, створює сприятливі, проарбітрабельні умови у Франції, адже сторони не обтяжені обов'язковими реквізитами арбітражної угоди, а можуть врегулювати це питання на власний розсуд. Автори зазначають, що арбітражне законодавство Франції встановлює, що для розгляду спору в міжнародному комерційному арбітражі достатньо існування чітко висловленого і узгодженого наміру сторін передати такий спір до арбітражу (Захватаєв, 2017b, с. 631).

Цікавим у контексті нашого дослідження є статті 1509 та 1510 СРС. Так, ч. 1 ст. 1509 СРС встановлює, що «арбітражна угода може прямо або шляхом посилання на арбітражний регламент чи процесуальні правила регулювати процедуру, якої слід дотримуватися в арбітражному провадженні». Ще більший інтерес становить ч. 2 цієї статті: «Якщо процедура не визначена в арбітражній угоді, то склад арбітражу встановлює процедуру в необхідному обсязі або безпосередньо, або шляхом відсилання до арбітражного регламенту чи процесуальних правил (*Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure*). Здається, що подібні норми надають можливість до використання нічим не обмеженого розсуду, однак, статтею 1510 встановлюється обмеження, яке зберігає розсуд від переходу до неконтрольованого стану свавілля: «Незалежно від обраної процедури, склад арбітражу гарантує рівність сторін та повагу до принципу змагальності».

Арбітражне законодавство Франції ліберальне й стосовно вибору матеріальних норм. Так, ч. 1 ст. 1511 СРС встановлює, що «арбітраж вирішує спір відповідно до норм права, обраних сторонами, або за відсутності такої домовленості відповідно до норм права, які він вважає застосовними». При цьому важливою є норма ч. 2 ст. 1511 СРС «у всіх випадках він [арбітраж] повинен брати до уваги комерційні звичаї (*Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce*)», якою таким чином встановлюється обов'язок



арбітражу до використання торгових звичаїв незалежно від того, яке саме право визнається застосовним до суті спору. До того ж, на думку авторів, французьке арбітражне законодавство, таким правовим регулюванням, надає можливість уникнути звернень до колізійних норм (Захватаєв, 2017b, с. 633), натомість користуючись свободою розсуду як сторін так і, особливо, арбітрів.

Закон Чеської Республіки «Про арбітраж та виконання арбітражних рішень» (чеськ. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů*), як зазначають автори, не заснований на Типовому законі ЮНСІТРАЛ (Захватаєв, 2017b, с. 689), тому містить досить унікальні положення. Зокрема в § 19 визначено що: «(1) Сторони можуть домовитися про порядок роботи арбітрів. Питання під час розгляду може вирішувати головуючий арбітр, якщо він уповноважений на це сторонами або всіма арбітрами. (2) Якщо не досягнуто згоди відповідно до пункту (1) або не визначено процедуру відповідно до пункту (4), арбітри здійснюють арбітражний розгляд у такий спосіб, який вони вважають за доцільний. Вони проводять арбітражний розгляд таким чином, щоб фактичні обставини справи, необхідні для вирішення спору, були встановлені без зайвих формальностей і з наданням усім сторонам рівних можливостей для здійснення своїх прав. (3) Якщо сторони не домовилися про інше, розгляд справи в арбітражі має бути усним. Такий розгляд завжди має бути закритим. (4) Сторони можуть також визначити процедуру в арбітражному регламенті, якщо такий регламент є додатком до арбітражної угоди. Це не впливає на застосування Регламенту Постійно діючої палати третейського суду» (*O rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů*, 1994). Цікаво, що провідна роль у вирішенні дискусійних процесуальних питань передається не на розгляд усього складу арбітражу, а лише головуючого, якщо на це є згода сторін чи інших арбітрів. До того ж чеський законодавець встановлює дещо інші межі розсуду сторін стосовно процедури розгляду, вказуючи на необхідність створення арбітражного регламенту який є додатком до арбітражної угоди. Однак сторони не можуть

повністю підмінити власним регламент постійно діючого Арбітражного суду при Економічній палаті Чеської Республіки та Аграрній палаті Чеської Республіки.

Також цей Закон вирізняється короткими формулюваннями, які, таким чином, є каталізатором використання розсуду. Наприклад норма п. 1 § 24: «Під час розгляду арбітри впливають на сторони з метою досягнення ними згоди щодо мирного врегулювання спору». Що розуміється під поняттям впливу (*působi*) Закон не пояснює, тому способи впливу залишаються на розсуд складу арбітражу. При цьому, на відміну від Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», яким визначено що результатом примирення сторін є винесення, за згодою арбітражу, арбітражного рішення на узгоджених умовах, п. 2 § 24 Закону Чеської Республіки визначає, що примирення отримує форму арбітражного рішення лише «на прохання сторін (*na žádost stran*)».

Ще однією державою з лаконічними формулювання норм права, які регулюють арбітраж, є Швейцарія. На думку дослідників, саме завдяки стислості викладу основоположних арбітражних принципів, таке правове регулювання є «одним з основних чинників, що дають змогу залучати до швейцарського арбітражу насамперед юристів із творчим, аналітичним складом розуму» (Захватаєв, 2017б, с. 739). Подібне авторське формулювання приводить нас до думки, що стислість формулювань є одним з чинників, які спонукають до арбітражного розсуду та дискреції, а оскільки вони є інтелектуально-вольовою, творчою діяльністю, то природно, що саме «творчий та аналітичний склад розуму» допомагають у його використанні.

Ще однією ознакою, яка ріднить швейцарське законодавство з чеським, можливо, навіть є класифікуючою, стає той факт, що нормативно-правовий акт який врегульовує діяльність міжнародного комерційного арбітражу в Швейцарії не заснований на Типовому законі ЮНСІТРАЛ (Захватаєв, 2017б, с. 739).

Цікавим фактом також є те, що норми, які регулюють арбітраж, не викладені в окремому акті, а містяться в 19 статтях, які складають розділ 12 Федерального Закону «Про міжнародне приватне право» (нім. *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht*, фр. *Loi fédérale sur le droit international privé*, італ. *Legge federale sul diritto internazionale privato*, англ. *Federal Act on Private International Law*, PILA), який застосовується в разі якщо сторони не заперечують проти його використання на користь положень Частини 3 Цивільного процесуального кодексу Швейцарії (нім. *Schweizerische Zivilprozessordnung*, фр. *Code de procédure civile*, іт. *Codice di diritto processuale civile svizzero*, романш. *Cudesch da procedura civila svizzer*, англ. *Swiss Civil Procedure Code*, SCPC). При цьому, якщо сторони не погодять іншого, чи відмовляться від застосування положень SCPC на користь положень Розділу 12 PILA, то положення Частини 3 SCPC є застосовними до розгляду в арбітражних судах, розташованих у Швейцарії.

Глава 3 Розділу 12 PILA, що складається зі статті 178 «Арбітражна угода та арбітражне застереження», встановлює вимоги до арбітражної угоди. Так, згідно з ч. 1 цієї статті, імперативною є вимога до письмової, або іншої форми арбітражної угоди, що дозволяє підтвердити її наявність за допомогою текстової форми. Дослідники також вказують, що законодавство не містить вимоги до підписання арбітражної угоди. Таким чином може визнаватися дійсним арбітражне застереження, яке міститься в не підписаному контракті (Захватаєв, 2017b, с. 741).

Частина 2 статті 178 PILA містить вимоги стосовно змісту арбітражної угоди. Вона є дійсною, якщо «відповідає або праву, обраному сторонами, або праву, що регулює предмет спору, зокрема праву, що регулює основний договір, або швейцарському праву». А частиною 3 закріплюється принцип автономності арбітражної угоди чи арбітражного застереження від основного зобов'язання. Частина 4 встановлює аналогію застосування положень Глави 3 до арбітражного застереження в односторонньому правочині або в статуті юридичної особи (PILA, 1987).

Згідно зі статтею 179 PILA призначення, відкликання та заміна арбітрів здійснюється відповідно до домовленості сторін. Частина друга цієї статті встановлює, що за відсутності такої домовленості й у разі місця арбітражу в Швейцарії, ці дії можуть бути здійснені державним судом, до якого першим звернулися сторони. Якщо до судді надійшло клопотання про призначення арбітра, то він зобов'язаний це клопотання задовольнити. Воно може бути відхилене виключно лише в тому разі, якщо в процесі його попереднього розгляду буде встановлено, що арбітражна угода між сторонами відсутня (ч. 3 ст. 179 PILA). Подібна система, на нашу думку, забезпечує не лише широку суддівську дискрецію стосовно вибору арбітра, але й може гарантувати його неупередженість, в силу того, що суд не обтяжений жодними вимогами до способу обрання арбітра.

На відміну від PILA, норми SCPC вже не такі стислі, є більш деталізованими, проте загальні принципи арбітражу незмінні. Однак певні процедури, зокрема призначення та відводу арбітрів є лише дещо схожими. Так, згідно з ч. 1 ст. 362 SCPC, «якщо арбітражною угодою не передбачено іншого органу для призначення або якщо такий орган не призначає членів протягом розумного строку, суд загальної юрисдикції, компетентний відповідно до пункту 2 статті 356, здійснює призначення на вимогу однієї зі сторін, якщо: а. сторони не можуть домовитися про призначення одноособового арбітра або голови; б. сторона не призначила свого арбітра протягом 30 днів після того, як їй було запропоновано зробити це; або с. призначені арбітри не можуть дійти згоди щодо призначення голови протягом 30 днів з моменту їх призначення» (Swiss Civil Procedure Code, 2008). Таким чином, норма цієї статті є набагато ширшою за відповідну в PILA. Вона покликана звузити розсуд суду під час вирішення питань, пов'язаних з діяльністю арбітражів, які діють на території Швейцарії, що виглядає справедливим у контексті дії *lex fori* та *lex arbitri*.

Країною, арбітражне законодавство якої, хоча й базоване на Типовому законі ЮНСІТРАЛ, проте має цілу низку додаткових норм, є Іспанія.

Правове регулювання міжнародного комерційного арбітражу здійснюється Законом 60/2003 від 23 грудня «Про арбітраж» (*Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*) (*Ley de Arbitraje, 2003*).

Окремо варто зауважити на докладності Преамбули Закону 60/2003, яка, на нашу думку, спрямована на спрощення інтерпретації основних його положень, а також вказує на цілепокладання кожної статті й мотивацію до її викладу в наявній формі та змісті.

Предмет арбітражного розгляду в нормований статтею 2 Закону 60/2003. У Преамбулі Закону зазначено, що «стаття 2 регулює питання, що підлягають арбітражу на підставі принципу вільного волевиявлення (*libre disposición*). Саме тому в Законі не визначено жодного переліку арбітрабельних спорів. Водночас законодавець не виключає, можливості встановлення такого переліку в спеціальних нормах в інших законодавчих актах.

Частина 1 статті 2 Закону 60/2003 викладена наступним чином: «Підлягають арбітражу спори з питань будь-яких прав, якими, згідно з законодавством, сторони можуть розпоряджатися на власний розсуд (*Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*)».

На думку авторів, положення ч. 1 ст. 2 Закону 60/2003 означає, що на території Іспанії можуть розглядатися будь-які спори, якщо тільки не існує будь-якого спеціального обмеження, встановленого чинним іспанським законодавством у зв'язку з тим чи іншим особливим характером прав, вільне розпорядження якими не допускається (Захватаєв, 2017а, с. 518).

На нашу думку, і це відображено в перекладі норми запропонованому нами, термін «*libre disposición*», є найбільш наближеним до розсуду, оскільки розуміється як можливість сторін вільно встановлювати предмет спору, який сторони передбачають для розгляду в арбітражі, якщо це не суперечить нормам законодавства, які, в такому разі, є одними з меж та обмежень розсуду. Наведене дає змогу дійти висновку, що Законом 60/2003 перелік

арбітрабельних спорів вирішується на розсуд сторін, а також на підставі дії принципу компетенції-компетенції арбітражу.

Також частиною 2 статті 2 Закону 60/2003 встановлено, що держави та їх залежні установи не можуть використовувати прерогативи своєї юридичної системи з метою ухилення від виконання зобов'язань, що випливають з арбітражної угоди, з огляду на принцип рівності сторін арбітражного розгляду.

Стаття 4 Закону 60/2003 встановлює правила тлумачення його норм: «Якщо положення цього Закону (а) залишає сторонам право вільно вирішувати питання, це право включає право уповноважити третю сторону, в тому числі арбітражну установу, прийняти таке рішення, за винятком випадку, передбаченого статтею 34 [де йдеться про правила, що застосовуються до суті спору]. (b) Якщо вони стосуються арбітражної угоди або будь-якої іншої угоди між сторонами, вважається, така угода включає положення про будь-які арбітражні правила, яким сторони підпорядкували свій спір. (c) Якщо вони стосуються позову, вони застосовуються також до зустрічного позову, а якщо вони стосуються заперечень проти позову, вона застосовується також до заперечень проти цього зустрічного позову, за винятком випадків, передбачених у пункті (а) статті 31 та підпункті (а) пункту (2) статті 38». Положення пункту (а) статті 31 Закону 60/2003 стосуються припинення арбітрами арбітражного розгляду внаслідок неподання позивачем позовної заяви у встановлений строк. Правило підпункту (а) пункту 2 статті 38 цього Закону передбачає винесення арбітрами ухвали про припинення арбітражного розгляду в разі, коли позивач відкличе свій позов, якщо тільки відповідач не заявить обґрунтованих заперечень щодо відкликання, які будуть прийняті арбітрами.

Пункт 6 ст. 9 Закону 60/2003 встановлює, що «якщо арбітраж є міжнародним, арбітражна угода є дійсною, а спір підлягає арбітражному розгляду, якщо вона відповідає вимогам, встановленим правовими нормами, обраними сторонами для регулювання арбітражної угоди, або правовими

нормами, що застосовуються до суті спору, або іспанським законодавством». Іспанський законодавець завдяки подібній нормі встановлює таку формальну вимогу до дійсності арбітражної угоди, як наявність дійсного волевиявлення сторін на її існування та передачу спору до міжнародного комерційного арбітражу. Застосовне до арбітражної угоди право не є прямо внормованим, проте сторони мають підтвердити саме волю на його існування, особливо якщо це встановлено обраним сторонами правом. Автори при цьому вказують на ліберальність іспанського законодавства щодо цих питань (Захватаєв, 2017а, с. 527-529).

Стаття 10 Закону 60/2003 дозволяє створення заповідального арбітражу, який покликаний вирішити спір між спадкоємцями за заповітом стосовно розподілу чи управління спадщиною. Застереження про такий арбітраж має міститися у тексті заповіту. Це положення не притаманне іншим країнам, і тим більше, не міститься у Типовому законі ЮНСІТРАЛ, проте його існування пов'язане зі сталою правовою традицією Іспанії.

Якщо стаття 11 Закону 60/2003 встановлює імператив арбітражної угоди для сторін та державного суду за принципами притаманними для Типового закону ЮНСІТРАЛ, то статті 11 *bis* та 11 *ter* дозволяють вирішувати корпоративні спори на підставі арбітражного застереження в статуті юридичної особи. Стаття 11 *bis* присвячена порядку внесення такого застереження у статут, та пропонує порядок обрання складу арбітражу та кількість арбітрів, стаття 11 *ter* загально внормовує порядок скасування за рішенням арбітражу корпоративних рішень, що підлягають реєстрації.

Відповідно до положень частини 1 статті 15 Закону 60/2003, «якщо сторони не домовилися про інше, в арбітражних спорах, які не підлягають вирішенню *ex aequo et bono*, коли арбітражне рішення приймається одноособовим арбітром, такий арбітр повинен бути юристом.

В силу правила пункту 1 статті 15 Закону 60/2003, коли арбітражна справа розглядається трьома або більше арбітрами, принаймні, один з них

повинен бути юристом (*Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista*).

Такі обмеження у виборі арбітрів доповнюється ще одним правилом, яке міститься в частині 4 статті 17 Закону 60/2003. Згідно з ним, за відсутності угоди сторін про інше, арбітром не може бути особа, яка раніше брала участь у врегулюванні цього спору як медіатор.

Також, з точки зору нашого дослідження, цікавими є положення статті 21 Закону 60/2003. Законодавчі положення про відповідальність арбітрів та арбітражних установ. Згідно з частиною 1 статті 21 Закону 60/2003 прийняття арбітрами мандата покладає на них, а також у відповідних випадках на арбітражну установу обов'язок здійснювати свої функції згідно з принципом добросовісності. У разі порушення цього принципу вони несуть відповідальність за будь-яку шкоду вчинену через недобросовісність, необережність або шахрайство (*por mala fe, temeridad o dolo*). Коли доручення про арбітраж надане арбітражній установі сторона, що потерпіла, набуває права на пред'явлення прямого позову про притягнення цієї установи до відповідальності. Причому це право у сторони виникає незалежно від наявності у неї права пред'явити позов до арбітрів про відшкодування заподіяної ними шкоди.

Частина 1 статті 21 Закону 60/2003 також встановлює обов'язок арбітрів або арбітражних установ страхувати відповідальність за можливе заподіяння шкоди. Відповідно до положення названої частини пункту 1 статті 21 Закону 60/2003 арбітри або арбітражні установи, діючи в інтересах арбітрів, зобов'язані вжити заходів до страхування відповідальності або внести відповідне забезпечення в сумі, передбаченій відповідними нормативно-правовими актами. Вищенаведена вимога, однак, не застосовується до юридичних осіб публічного права, так само, як і до арбітражних систем, «які інтегровані або залежні від органів державної влади».



Дослідники визнають, що наявні нині у світі арбітражні тенденції вказують на те, що законодавство про арбітраж не повинно містити такого роду положень, а норми статті 21 Закону 60/2003 є нормативно-правовою новелою іспанського законодавця (Захватаєв, 2017а, с. 541).

Ми лише констатуємо, що на нашу думку, справедливою в будь-якому випадку, є вимога до добросовісного вирішення спору. Недекларативності такій нормі надає опис подальших санкцій за її порушення, однак сама по собі вимога видається справедливою з огляду на широкі можливості до розсуду та дискреції арбітражу згідно з іспанським законодавством. До того ж така норма, в частині вимоги до добросовісного розгляду спору є дороговказною як спосіб боротьби з можливими проявами свавільної поведінки арбітрів, особливо враховуючи надані ч. 2 ст. 21 та статтю 23 Закону 60/2003 повноваження арбітрів на вчинення дій щодо забезпечення позову.

Закон Литовської Республіки «Про комерційний арбітраж» (лит. *Lietuvos Respublikos komercinio arbitražo įstatymas*) № I-1274 (*Lietuvos Respublikos komercinio arbitražo įstatymas*, 1996), який також базується на Типовому законі ЮНСІТРАЛ, містить кілька важливих для нашого дослідження положень. Так, стаття 4, що присвячена тлумаченню закону та використовуваних у ньому термінів, у ч. 5. містить положення такого змісту: «Типовий закон Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі про міжнародний комерційний арбітраж 1985 року з наступними змінами та доповненнями застосовується субсидіарно до тлумачення цього Закону та термінів, що використовуються в ньому». Подібним чином законодавець визнає стійкий зв'язок з типовим законом та санкціонує можливість субсидіарного застосування норм Типового закону з метою реалізації дискреційних повноважень арбітрів та суддів під час розгляду чи перегляду справи, а також сторін, які реалізують власне право на врегулювання тих чи інших питань за домовленістю.

Примітними також є ч. 6 та ч. 7 статті 5 Закону № I-1274, якими встановлюються важливі імперативні норми: «6. Питання, які регулюються цим Законом, але не врегульовані в ньому докладно, визначаються відповідно до принципів справедливості, розумності, добросовісності та інших загальних принципів права. 7. Цей Закон повинен тлумачитися таким чином, щоб арбітражний розгляд за цим Законом максимально відповідав принципам арбітражу». Тобто литовський законодавець вимагає неухильного дотримання цих принципів арбітражу з одного боку, а з іншого такими нормами встановлюються межі арбітражного розсуду та арбітражної дискреції, які не можуть використовуватися поза цими принципами.

Стаття 31 Закону № I-1274 «Мова арбітражного розгляду» в ч. 1 унормовує таке: «Якщо сторони не домовилися про інше, мова або мови, що використовуються в арбітражному провадженні, визначаються складом арбітражного суду. Якщо сторони не домовилися про мову арбітражного розгляду, мовою арбітражного розгляду вважається мова, якою було укладено арбітражну угоду, доки склад арбітражного суду не визначить мову арбітражного розгляду». Таке положення дозволяє встановити мову на підставі мови арбітражної угоди, що значно спрощує підхід до її встановлення, а також беззаперечно сприяє економії часу під час розгляду справи. До того ж таким чином презюмується, що мова арбітражного розгляду є зрозумілою для сторін, оскільки вони вже уклали цією мовою арбітражну угоду, чим висловили свою дійсну волю. Окремим важливим аспектом є можливість змінити мову за рішенням арбітражу, якщо сторони чи арбітраж не бажають її використовувати як мову розгляду.

Стаття 33 Закону № I-1274 «Докази і доказування» містить також основні правила здійснення доказування, де серед іншого в ч. 7 визначено, що «склад арбітражного суду має право визначати допустимість, достатність та належність будь-якого доказу». Цікаво, що такі ж положення містяться в процесуальних кодексах України. Здається що вони мають застосовуватися до міжнародного комерційного арбітражу також, особливо з огляду на

використання норм такого ж змісту литовським законодавцем. Однак, варто зауважити, що ми поділяємо думку К. М. Пількова, який вважає, що юридикалізація арбітражу шляхом прямого використання норм процесуального права суду за місцем арбітражного розгляду, навіть у межах, які не суперечать правовій природі арбітражу, веде до його знецінення як гнучкого та ефективного способу вирішення спорів, а також є шкідливою для запровадження уніфікації арбітражних процедур, ускладнює ведення арбітражних процесів арбітрами, які не практикують у відповідній юрисдикції. Сторони та арбітраж мають утримуватися від застосування норм процесуального права ще й тому, що запровадження такої практики може слугувати підставою для скасування арбітражного рішення через недотримання процедури, у якій «державні суди, мають власну практику у питаннях про істотність порушення цього процесуального права, створює додатковий ризик розширеного тлумачення підстав для скасування арбітражного рішення» (Пільков, 2016, с. 8).

Цікавим також є встановлене правило згідно з яким, «якщо сторони не дійшли згоди щодо застосовного права, склад арбітражного суду застосовує право, яке, на обґрунтований погляд складу арбітражного суду, є застосовним до конкретного спору, включаючи торгові звичаї (*lex mercatoria*)» (ч. 2 ст. 39 Закону № I-1274). На відміну від французького законодавства, де використання *lex mercatoria* є імперативною вимогою, литовський законодавець використовує диспозитивну норму, просто прирівнюючи торгові звичаї до права. При цьому визнається певний паритет між державним правом і усталеними звичаями. Примітно, що через процеси поєднання *lex mercatoria* у єдині правила міжнародним організаціями, такими як УНІДРУА та ЮНСІТРАЛ, цей процес отримав назву доктринальна нормотворча діяльність (Гайдулін, 2009, с. 123).

Одним з таких джерел, що фактично нині стало найдієвішим способом зближення процедур арбітражного розгляду, а відтак і арбітражного розсуду, є Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж

1985 р., з наступними змінами в 2006 році (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 2006)

Не вдаючись до розбору всіх його положень, оскільки він уже був виконаний опосередковано під час операціоналізації понять Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», який досить точно відтворює положення Типового закону в редакції 1985 року. Ми звернемо свою увагу на положення, які були додані в Типовий закон у 2006 році, оскільки відповідні зміни до Закону України поки не вносилися.

Так, 7 липня 2006 року ЮНСІТРАЛ ухвалила поправки до п. 2 ст. 1, ст. 7 і п. 2 ст. 35, а також нову главу IVA замість статті 17 і нову статтю 2A.

Статтю 2A ми вже розглядали під час дослідження статті 4 Закону Литовської Республіки «Про комерційний арбітраж», яка заснована на цій статті Типового закону. Дійсно, Комісією рекомендовано додатково вказати на природу законодавства, заснованого на Типовому законі, а також на важливості основних принципів арбітражу, якими він послуговується. Принагідно зазначимо що більш загальні норми Типового закону були конкретизовані литовським законодавцем.

Новою редакцією статті 7, запропоновано до імплементації два варіанти її викладу, з метою вибору державами можливості встановити різну широту розсуду сторін стосовно форми арбітражної угоди. В першому варіанті проглядається більш традиційний підхід до форми арбітражної угоди письмовий, або такий який може слугувати документальним (текстовим) підтвердженням існування волі сторін; натомість другий варіант містить вкрай широке визначення: «Арбітражна угода» – це угода сторін про передачу на розгляд арбітражу всіх або окремих спорів, які виникли або можуть виникнути між ними у зв'язку з певними правовідносинами, як договірними, так і позадоговірними». Подібним чином, Комісія надає можливість для широкого тлумачення цих положень як арбітражем, так і судом, рівно з тим також і можливість для сторін самостійно встановити форму арбітражної угоди.

Арбітри отримали набагато ширші та уточнені повноваження щодо забезпечувальних заходів у порівнянні з первісною редакцією Типового закону. Новий розділ IVA також встановлює можливість винесення попередніх постанов (*preliminary orders*).

Стаття 17 Типового закону 1985 року надавала арбітражному суду повноваження «розпорядитися про вжиття якою-небудь стороною ... забезпечувальних заходів щодо предмета спору». Як вказує Комісія у Збірнику прецедентного права щодо Типового закону про міжнародний комерційний арбітраж (*UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*), «суди визнали, що це положення обмежується заходами, які безпосередньо стосуються захисту предмета спору, і не надає арбітражному суду жодних повноважень щодо забезпечення виконання його наказу». У новій редакції стаття 17 надає арбітрам ширші повноваження, зокрема усуває необхідність вжиття забезпечувальних заходів, пов'язаних з предметом спору, і містить загальне визначення цього поняття (UNCITRAL, 2012). Подібним чином встановлюють більш чіткі межі розсуду арбітражу, ніж «предмет спору», до того ж уточнюється, що ці заходи можуть бути не завжди прямо з ним пов'язані.

Цікавим через призму дослідження розсуду є положення статті 17 В, пункт 1 якої встановлює, що «Якщо сторони не домовилися про інше, сторона може без повідомлення іншої сторони подати клопотання про забезпечення позову разом із заявою про винесення попередньої постанови, яка зобов'язує сторону не перешкоджати досягненню мети запитуваного забезпечення позову», при цьому згідно з пунктом 2 цієї статті: «Склад арбітражного суду може винести попередню постанову за умови, що він вважає, що попереднє розкриття клопотання про вжиття тимчасового заходу стороні, проти якої він спрямований, може призвести до недосягнення мети такого заходу». Пропонована система правового регулювання забезпечує зв'язок одноосібного розсуду сторони стосовно намірів іншої сторони з розсудом арбітрів, які мають встановити, для себе, чи буде можливою шкода

від неповідомлення іншої сторони. Натомість баланс захисту інтересів сторони, стосовно якої приймається попередня постанова, забезпечується положеннями ст. 17 С, яка зобов'язує арбітраж повідомити всі сторони про винесення попередньої постанови (п. 1), та надає стороні, стосовно якої приймається попередня постанова, час для наведення контраргументів (п. 2), які мають бути розглянуті складом арбітражного суду негайно після їх надходження (п.3).

Варто зазначити що Конвенція ООН про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958р. (Нью-Йоркська конвенція), а також Типовий закон ЮНСІТРАЛ «Про міжнародний комерційний арбітраж» 1985 року, утворюють практично єдину світову систему правил міжнародного комерційного арбітражу за рахунок їх поширення у законодавстві більшості юрисдикцій.

Такі глобалізаційні процеси в арбітражі за останні сто років змушують використовувати єдині підходи до тлумачення та застосування цих норм. Подібна тенденція пов'язується з процесами глобальної правової акультурації. Особливо гостро ці процеси можна виявити в рамках створення наднаціональних норм у рамках Європейського Союзу.

О. О. Гайдулін, досліджуючи європеїзацію контрактного права, запропонував таку робочу дефініцію правової акультурації європейського контрактного права «це процес європеїзації контрактного права, що відбувається не в напрямі зближення процесу правотворчості (уніфікації та гармонізації норм права), який нині є провідним, а в новому напрямі, що торує собі шлях, зближення процесу праворозуміння (гармонізації національних правових доктрин) у сфері європейського контрактного права» (Гайдулін, 2012, с. 160). Як зазначає дослідник, акультурація відбувається насампередшляхом доктринального опрацювання таких напрямків: гармонізації інтерпретаційних процедур; систематизації термінів і понять передусім у сфері правової інтеграції, і, як результат,

подолання розбіжностей у розумінні загальних принципів контрактного права в процесі культурно-правового діалогу.

Одним з вдалих прикладів використання правової акультурації саме за цими напрямками є Регламент (ЄС) № 593/2008 Європейського Парламенту та Ради про право, що застосовується до договірних зобов'язань (Рим I) (Rome I, 2008), а також Регламент (ЄС) № 864/2007 Європейського Парламенту та Ради про право, що застосовується до недоговірних зобов'язань (Рим II) (Rome II, 2007).

Регламент Рим I, через його характерну особливість юридико-технічного характеру установлення системного зв'язку з іншими актами уніфікації й гармонізації та послідовне розмежування з ними сфери свого застосування там, де це є необхідним, вважають актом «систематизації регламентарної євроуніфікації контрактного права» (Гайдулін, 2012, с. 115).

Зауважимо, що застосування Регламентів Рим I і Рим II не є обов'язковим для арбітражу, проте ці акти слугують орієнтиром для арбітрів, під час визначення права, що застосовується по суті спору за відсутності вибору права сторонами в силу того, що вони являють собою акти уніфікації колізійних норм (Гайдулін, 2012, с. 127).

Арбітри мають змогу керуватися загальноприйнятими нормами, що містяться в цих Регламентах. Також ці Регламенти можуть бути застосовними з огляду на міркування публічного порядку в контексті виконуваності арбітражного рішення в рамках юрисдикції Європейського Союзу. Зокрема для цього арбітраж може встановити дефініцію переважних імперативних норм, яка міститься у ч. 1 ст. 9 Регламенту Рим I, про що вказує В. І. Нагнибіда (Нагнибіда, 2021, с. 364).

Рим I виключає «арбітражні угоди (*arbitration agreements*)» зі сфери свого застосування (п. е) ч. 2 ст. 1). При цьому таке формулювання Рим I швидше визнає відокремленість арбітражного застереження від основного договору. Виключення п. е) ч. 2 ст. 1 стосується лише визначення права, що застосовується до арбітражного застереження, тобто питання, яке може

виникнути як перед судами (зокрема, в процедурах визнання та виконання), так і перед арбітражем. Проте таке регулювання не вказує чи зобов'язані арбітражні суди керуватися Рим I при вирішенні питання про право, що застосовується до суті спору.

На відміну від Риму I, Рим II прямо не виключає арбітражні угоди (як і арбітраж загалом) зі сфери своєї матеріальної дії. Насправді п. 8 Преамбули Рим II передбачає, що цей Регламент «повинен застосовуватися незалежно від характеру суду або трибуналу, до якого передається справа (*should apply irrespective of the nature of the court or tribunal seised*)». Термін «трибунал» не визначений у Рим II, і він використаний лише один раз у Преамбулі, тоді як в інших нормах Рим II йдеться виключно про суди. Цей термін, швидше за все, є застосовним щодо державних судів ЄС з огляду на відмінності в назвах цих органів та їх підрозділів в залежності від юрисдикції, а не до арбітражу.

Таким чином, Регламенти Рим I та Рим II, незважаючи на відсутність прямої визначеності щодо їх застосування арбітражами є досить важливими актами, які покликані спростити визначення арбітрами права, застосовного до суті спору, саме в контексті викладу уніфікованих наддержавних колізійних норм.

### 3.2 Приватноправові засоби гармонізації національних інститутів арбітражного розсуду

Приватноправові засоби гармонізації права являють собою такі акти, як модельне законодавство, типові договори, збірки торгових звичаїв. Окремою ознакою таких актів є те, що вони прийняті на партикулярному рівні, тобто без прямої участі держав, неурядовими організаціями, некомерційними організаціями, або ж установами з системи Організації Об'єднаних Націй, основною метою діяльності яких є створення єдиних або одноманітних норм.



Саме тому, окрім норм національного та наднаціонального права, важливе місце в процесі гармонізації арбітражних процедур взагалі і арбітражного розсуду зокрема займають акти м'якого права (*soft law*).

Завдяки процесам глобалізації підходів до арбітражного розгляду все частіше асоціаціями та некомерційними організаціями розробляються й ухвалюються інструменти саме м'якого права. Серед таких інституцій можливо виділити Міжнародну асоціацію юристів (*International Bar Association, IBA*), Міжнародний інститут з уніфікації приватного права (*Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT, УНІДРУА*), Міжнародну Торгову Палату (*International Chamber of Commerce, ICC*).

За даними дослідження IBA, *Report on the reception of the IBA arbitration soft law products*, станом на серпень 2016 року одним із найпопулярніших інструментів м'якого права у сфері арбітражу стали Правила Міжнародної асоціації юристів щодо отримання доказів у міжнародному арбітражі (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*). Так, у світі Правила IBA використовувалися в 48 % арбітражних проваджень, однак, з цих проваджень, як обов'язкові у 20 %, у той час, як у 80 % як керівні принципи (*guidelines*) (The IBA Arbitration Guidelines and Rules Subcommittee, 2016, с. 8-9).

Іншим актом м'якого права, що нині «конкурує», з Правилами IBA, є Правила ефективної організації процесу в міжнародному арбітражі (Празькі правила), що самостійно розроблені групою авторів у 2014–2018 роках.

Варто дослідити причину «конкурування», яка бере свій початок з передумов створення Празьких правил. У Вступі Празьких правил зазначено, що Правилами IBA подолано розрив між традиціями загального та континентального права, що стосуються отримання доказів. Правила МАЮ успішно впоралися із завданням створення майже стандартизованої процедури міжнародного арбітражу. Проте, на думку розробників Празьких правил, Правила IBA ближчі до традицій загального права, оскільки вони слідують змагальному підходу щодо процедури розкриття документів,

свідків з питань факту і призначених сторонами експертів. Крім того, право сторони на проведення перехресного допиту свідків сприймається практично як гарантоване. Вказується, що ці обставини впливають на швидкість, ефективність, а, головне, на вартість арбітражного розгляду. Саме тому автори вважають, що «розробка правил отримання доказів, заснованих на інквізиційній процесуальній моделі і здатних підтримати активну роль арбітрів, має допомогти підвищити ефективність міжнародного арбітражу» (Prague Rules Workgrup, 2018). Таким чином, основним, що відрізняє ці правила є їх пов'язаність з різними культурно-правовими традиціями змагальності або інквізиційності доказування. Це також прямо впливає на те, чію роль правила піднімають вище, сторін чи арбітрів. Змагальна система покладається на добросовісність сторін, інквізиційна на добросовісність та професійність саме арбітрів.

Оскільки Празькі правила це акт м'якого права, їх застосування є додатковим до *lex arbitri*, регламенту арбітражу, домовленостей сторін. Більше того, сторонам та арбітрам не заборонено адаптувати положення правил до конкретного спору за умови спільної згоди. Така гнучкість дозволяє широко використовувати Празькі правила з метою встановлення найбільш ефективної та економної процедури розгляду спору. Позиція розробників проглядається вже в Преамбулі та ст. 1 Празьких правил (Prague Rules Workgrup, 2018). Правила ІВА надають ширшої дискреції саме сторонам. З цього ми маємо виснувати необхідність порівняння певних положень обох правил, відштовхуючись при цьому від позиції, що Празькі правила не конкурують з Правилами ІВА, а, як влучно зазначив А. Белоглавок: «Празькі правила покликані допомогти і надати життєздатну альтернативу там, де це можливо» (Prague Rules Workgrup, n.d.).

Празькі правила передбачають можливість для складу арбітражу застосувати Правила «за власною ініціативою, але після консультацій зі Сторонами» (ст. 1.2). Ч. 1 ст. 1. Правил ІВА лаконічно вказує на можливість самостійного застосування Правил складом арбітражу (*the Arbitral Tribunal*

*has determined to apply the IBA Rules of Evidence*) (International Bar Association, 2021b).

Проблематика дотримання балансу між розсудом сторін та розсудом арбітрів, яку піднімають ці, прості на перший погляд, положення обох Правил, веде до *due process paranoia* (параної належної правової процедури), що тлумачиться як «небажання арбітрів діяти рішуче в певних ситуаціях через побоювання, що арбітражне рішення може бути оскаржене на підставі того, що сторона не мала можливості представити свої аргументи в повному обсязі» (Queen Mary University and White & Case, 2015, p. 10). При цьому відсутність належного контролю та організації процесу часто відзначають як основний чинник затримок і збільшення витрат на арбітраж (Queen Mary University and White & Case, 2015, p. 32).

Необхідність забезпечення виконання арбітражного рішення викривляється деякими арбітрами як обов'язок забезпечити належний процес, докладаючи всіх зусиль, щоб дозволити сторонам представити свою справу в будь-який спосіб, який вони бажають. На думку дослідників, «у руках таких арбітрів арбітражний розсуд і пов'язані з ним повноваження більше схожі на беззубого тигра, ніж на ключовий інструмент для ефективного ведення арбітражного розгляду» (Berger & Jensen, 2016, p. 420). Такі дії пов'язують з небажанням арбітрів вести арбітражний розгляд проактивно, що ставить під загрозу «впорядкований розгляд» (Berger & Jensen, 2016, p. 420).

Тому стають актуальними повноваження арбітрів стосовно можливості обмежити кількості раундів обміну письмовими заявами сторін і обсягу таких заяв, а також установити жорсткі строки їхнього подання (ст. 2.4 Празьких правил). При цьому арбітри повинні забезпечити рівне і справедливе ставлення до сторін, а також надати їм розумну можливість представити свої пояснення, враховуючи імперативні положення застосовного *lex arbitri* і можливі вимоги регламентів (ст. 1.3 Празьких правил).

Празькі правила виходять з того, що усне слухання краще не проводити, якщо це можливо (ст. 8.1). Безумовно, існують численні аргументи на користь його проведення. Водночас у низці випадків справа може бути вирішена виключно на підставі письмових документів, що дає змогу значно скоротити витрати і строки розгляду. Якщо ж слухання виявляється необхідним, то ст. 8.2 Празьких правил спонукає сторони та арбітрів до його проведення в найефективніший спосіб, зокрема й із застосуванням електронних засобів зв'язку, щоб уникнути непотрібних витрат на відрядження. Схожим чином встановлюється питання проведення слухань дистанційно і в Правилах ІВА, ч. 2 ст. 8 передбачає, що склад арбітражу може за клопотанням сторони або за власною ініціативою і після проведення консультацій зі сторонами винести ухвалу щодо проведення слухання з доказів у дистанційному форматі. У цьому випадку склад арбітражу проводить консультації зі Сторонами з метою встановлення протоколу проведення Слухання з доказів у віддаленому форматі для того, щоб таке слухання було проведене «ефективно, справедливо і, за можливості, без ненавмисних збоїв». Також арбітри уповноважені відповідно до п. е) ч. 2 ст. 2 «вирішувати будь-які питання, пов'язані із забезпеченням кібербезпеки та захисту даних» під час попередніх консультацій з питань отримання та подання доказів. Цей підпункт акцентує увагу на важливості оцінювання та вирішення питань, пов'язаних із застосуванням технологій, ще на ранньому етапі розгляду з метою забезпечення ефективної, безпечної та економної процедури отримання доказів, зокрема й шляхом розкриття електронних документів.

Процедура розкриття електронних документів (*e-disclosure*) зазвичай пов'язується з використанням послуг спеціалізованих компаній, які розміщують на захищеному сервері систематизовані документи у сканованому вигляді. Примітно, що існує Протокол щодо розкриття документів в електронній формі в міжнародному арбітражі (*Protocol for E-Disclosure in International Arbitration*), ухвалений Королівським інститутом

арбітрів Великобританії (Chartered Institute of Arbitrators, n.d.). Положення Празьких правил не рекомендують проводити процедуру розкриття доказів, особливо у форматі *e-disclosure*, через зниження швидкості процесу, проте, все ж, за обґрунтованої необхідності розкриття доказів допускається.

Реалізуючи можливість розкриття електронних документів, також необхідно враховувати, що використання цифрових ресурсів пов'язане з певними ризиками, про це слушно вказує О. М. Вінник: «Цифрова безпека – необхідна навичка в сучасному цифровому світі, важливість якої незаперечна: віруси і хробаки можуть переходити з системи в систему і впливати на використовувані електронні пристрої; тому користувачі повинні знати про потенційні наслідки і атаки шкідливого програмного забезпечення і, головне, навчитися запобігати їм і захищати свої пристрої» (Vinnyk, 2022, p. 104).

Враховуючи інквізиційну модель, згідно з Празькими правилами склад арбітражу наділений широкими повноваженнями щодо отримання документів, які він вважатиме необхідними для правильного вирішення спору. При цьому, якщо сторона не надасть витребувані арбітрами документи, Правила дозволяють арбітрам зробити щодо цього факту «негативні висновки» (*adverse inference*), наприклад визнати доведеним факт, який має бути встановлений за допомогою ненаданого стороною документа (ст. 10 Празьких правил). Подібну норму містять і Правила ІВА, однак чіткої вказівки на негативні висновки немає, натомість ч. 6 та ч. 7 ст. 9 визначають, що в разі, якщо сторона без задовільного пояснення причин не може надати будь-який документ чи доказ (включаючи показання), запитуваний у неї, проти чого вона не заперечувала у встановлений строк, арбітражний суд може зробити висновок про те, що такий документ чи доказ суперечитиме інтересам цієї сторони (*adverse to the interests of that Party*). Таке формулювання, можливо, не відображає належним чином наслідки, які можуть настати у випадку застосування подібної конструкції. Проте в Коментарі до нової редакції Правил ІВА 2020 року (*Commentary on the*

*revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*) відповідний підрозділ де прокоментовано ч. 6 та ч. 7 ст. 9, має назву «Негативні наслідки (*Adverse Inference*)» (International Bar Association, 2021a, p. 31). Можливо, у подальших ревізіях Правил ІВА це поняття буде включено максимально чітко, доки його можна висувати базуючись на присутньому тлумаченні коментованих норм, базуючись зокрема й на згаданому Коментарі.

Цікавим положенням Празьких правил, якого немає у Правилах ІВА, є ст. 9.1 Празьких правил, яка уповноважує арбітрів сприяти мирному врегулюванню спору сторонами, за винятком випадку, коли одна зі сторін проти цього заперечує.

Надалі стаття 9.2 встановлює, що арбітри «настільки, наскільки це допустимо з точки зору застосовного *lex arbitri*, після отримання згоди всіх сторін» вправі висловити свою попередню думку щодо відповідних позицій сторін. Водночас у цій же частині статті прямо обумовлюється, що «висловлення такої попередньої думки не повинно вважатися вирішенням спору і не може слугувати підставою для відводу будь-якого члена складу арбітражу». Варто наголосити, що висловлення попередньої думки щодо позиції сторін відрізняється від висловлення позиції до вирішення спору (*pre-judgement*), яке може бути підставою для заявлення відводу арбітра. *Pre-judgement* у цьому випадку постає висловлення арбітром думок що натякають на остаточно сформовану думку арбітра з приводу того чи іншого питання, що має значення для врегулювання спору по суті, тоді як попередня думка стосується тільки того, якими арбітру видаються докази й аргументи сторін у кожен конкретний момент. До того ж, висловлення попередньої думки не може бути підставою для заявлення відводу не тому, що така думка проголошується попередньо, а тому, що її висловлюють тільки на прохання або за згодою обох сторін.

Іншим регламентованим способом сприяння мирному врегулюванню спору може бути виступ арбітра медіатором (ст. 9.3 Празьких правил).

Празькі правила передбачають, що для проведення арбітром медіації потрібна письмова згода всіх сторін. Якщо ж в результаті проведеної медіації сторони досягають мирової угоди, то залежно від їхніх потреб вони можуть формалізувати її як арбітражне рішення на узгоджених умовах або просто припинити провадження у справі.

Складність виникає в разі, якщо медіація не увінчалася успіхом. Річ у тім, що в рамках медіації сторони діляться з медіатором конфіденційною інформацією, яка не підлягає переданню іншій стороні і, відповідно, не стала б відома арбітру в рамках арбітражу. Тому для продовження арбітром виконання своїх функцій після провалу медіації він має отримати письмову згоду всіх сторін. Якщо такої згоди не було отримано, арбітр повинен скласти свої повноваження (ст. 9.4 Празьких правил). Подібне регулювання досить нечасто можливо узгодити з чинними нормами національного права країни місця арбітражу, однак їх використання за можливості видається нам досить вдалим та таким що всебічно сприяє мирному вирішенню спорів.

Підсумовуючи результати порівняння Правил ІВА та Празьких правил, необхідно констатувати що ці документи насправді схожі за змістом певних норм, та безсумнівно є аналогічними за духом. Як і передбачалося, основною різницею між ними є покладення більших повноважень на сторони та на арбітрів у цих актах відповідно. На нашу думку, найбільш вдалим було б комбінування обох цих актів, ураховуючи доцільність використання тих, чи інших положень з огляду на кращу їх пристосованість до вимог конкретної справи.

Неможливо оминати проблематику визначення застосовного до суті спору матеріального права. Подекуди національне законодавство спонукає до використання таких норм права, які не пов'язані з жодною юрисдикцією, або ж, як аналізоване законодавство Франції та Швейцарії, може спонукати до використання звичаїв *lex mercatoria*. У випадку, коли таких посилань немає, цю роль перебирають на себе експліцитно регламенти арбітражних інституцій. Так, у Арбітражному регламенті Міланської арбітражної палати

(Milan Chamber of Arbitration, CAM) міститься положення, що склад арбітражу має обов'язково «брати до уваги торгові звичаї» (*In any case, the Arbitral Tribunal shall take into account trade usages*) (п. 4 ст. 3 Арбітражного регламенті CAM) (Milan Chamber of Arbitration, 2023). Натомість В. І. Нагнибіда вважає, що практика відмови вказувати в арбітражних регламентах застосовним саме «закон», на відміну від використання «права», «дозволяє сторонам обрати як застосовуване не лише матеріальне право окремої країни, але й будь-яке інше право, яке не пов'язане із окремою країною. Серед таких норм автор виділяє «Принципи УНІДРУА, правила ІНКОТЕРМС, норми *lex mercatoria*, положення права Європейського Союзу, принципи міжнародного публічного права, звичаї міжнародного ділового обороту». До того ж арбітри у більшості випадків схильні до використання «комбінованого підходу», за якого норми національного права, обрані сторонами, застосовуються поряд із «загальновизнаними принципами і звичаями ділового обороту». Пояснюється такий підхід необхідністю подолання прогалин у національному праві (Нагнибіда, 2021, с. 206).

Одним з найчастіше вживаних актів серед тих, що спрямовані на кодифікацію звичаїв та норм *lex mercatoria*, є Принципи міжнародних комерційних контрактів (Принципи УНІДРУА). Їх застосування під час арбітражного розгляду вже не настільки популярне як раніше, проте за даними системи UNILEX у 2022 їх використали щонайменше в 11 провадженнях, а станом на вересень 2023 в системі міститься 1 справа за 2023 рік (UNILEX, n.d.-a). Необхідно наголосити на тому що на сайті системи зазначено застереження: «Нагадуємо користувачам, що оскільки більшість арбітражних рішень, що стосуються Принципів УНІДРУА, не публікуються, загальна кількість арбітражних рішень, які так чи інакше посилаються на Принципи УНІДРУА, значно перевищує цифри, зазначені в цій базі даних» (UNILEX, n.d.-b). Тому точну кількість випадків використання Принципів УНІДРУА відстежити досить важко. Однак це не



впливає на дійсність того факту, що Принципи УНІДРУА застосовують, а лише його підтверджує.

Сфера використання та мета Принципів УНІДРУА визначена в їх Преамбулі: «Ці Принципи встановлюють загальні правила для міжнародних комерційних договорів. Вони повинні застосовуватись, коли сторони дійшли згоди про те, що їхній договір буде регулюватись цими Принципами. Вони можуть застосовуватись, коли сторони погодились, що їхній договір буде регулюватись загальними принципами права, *lex mercatoria* або аналогічними положеннями. Вони можуть застосовуватись, коли сторони не обрали право, яким буде регулюватись їхній договір. Вони можуть застосовуватись для тлумачення або доповнення міжнародних уніфікованих правових актів. Вони можуть застосовуватись для тлумачення або доповнення внутрішнього права держави. Вони можуть слугувати як приклад для національних та міжнародних законодавців» (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2016). Преамбула містить примітку, згідно з якою: «Сторони, які бажають визначити, що їх контракт регулюватиметься Принципами, мають використовувати одну з Типових форм застережень про використання Принципів міжнародних комерційних контрактів УНІДРУА».

Таким чином, сторони можуть вільно обирати Принципи як застосовні норми права (*rules of law*), як результат, Принципи можуть застосовуватися, виключаючи будь-яке конкретне національне право, за винятком імперативних норм національного права, які застосовуються, незалежно від того, яке право регулює договір. Більше того, Принципи УНІДРУА можуть використовуватися як загальні правові принципи у значенні *lex mercatoria* або як звичаї міжнародної торгівлі чи подібні положення, що визначені в контракті. Інакше подібні посилання на нечітко визначені принципи та правила міжнародного або транснаціонального характеру можуть викликати критику через їхню недостатню конкретність. Надати їм конкретності покликані саме Принципи УНІДРУА.

Крім того, склад арбітражу може застосовувати Принципи УНІДРУА навіть за відсутності будь-якого вибору застосовного права. Така практика є гнучкою і дозволяє арбітражу застосовувати «норми права, які вони вважають відповідними».

Показовою в цьому випадку є справа № 19127, яка розглядалася у 2013 році. База UNILEX містить короткий виклад обставин справи (UNILEX, 2013). У своїх поданнях щодо юрисдикції сторони не вказали норми права, що визначають матеріальну силу арбітражної угоди. З цієї причини арбітражний суд, що знаходиться у Швейцарії, вважав, що в межах швейцарського законодавства має певний розсуд при вирішенні, які норми права він застосовуватиме до цього питання. Розглянувши різні норми права, арбітраж вирішив, що відсутність згоди сторін можна трактувати як негативний вибір і що зв'язок договору з різними країнами не є достатньо переважним, щоб виправдати застосування одного національного законодавства за винятком інших. Виходячи з вищевикладеного, арбітраж вирішив застосувати Принципи УНІДРУА та швейцарське законодавство до питання про матеріальну дійсність арбітражної угоди. Визначаючи, чи сторони дали згоду розглядати спір в арбітражі, було застосовано статтю 4.1, а також статтю 4.3 (с) Принципів УНІДРУА. В контексті тлумачення подальшої поведінки сторін арбітраж вирішив, що заяви «компанії Б» свідчать про те, що арбітражне застереження було дефектним і непрацездатним. Арбітраж вирішив, що твердження про протилежне суперечить принципу *venire contra factum proprium* (заборони суперечливої поведінки), який застосовується згідно зі статтями 1.7 та 1.8 Принципів УНІДРУА, а також швейцарським законодавством. Примітно, що обидві сторони скасували арбітражну угоду та визнали юрисдикцію державних судів.

Ще одним з випадків дискреційного тлумачення волі сторін стосовно застосовного права є справа № 12123. Так, арбітражне застереження передбачало, що законом, що застосовується до суті спору, є «європейське

право» без додаткових пояснень. Арбітражний суд установив, що поняття «європейське право» може мати суттєве значення і вказує на «своєрідну суміш основних принципів, до яких прагнуть основні європейські системи, наприклад ті, що лежать в основі проектів Європейського цивільного кодексу, проекти УНІДРУА, ті, що містяться в міжнародних конвенціях єдиного законодавства, ті, що належать до *lex mercatoria*, тощо». Сторони, після такого висновку арбітрів, звузили свій вибір і просили арбітражний суд застосовувати французьке законодавство (UNILEX, 2003).

Також прикладом реалізації дискреції арбітрів щодо тлумачення узгодженого розсуду сторін є рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті Румунії від 29.09.2005 р. № 261. У цій справі сторони вибрали застосовним правом «загальні принципи права, визнані застосовуваними в міжнародному торговому праві», і суд, визнаючи автономію волі сторін, розсудив, що застосовними є Принципи УНІДРУА (Romanian Chamber of Commerce and Industry, 2005).

Окремими актами, що спрямовані на гармонізацію та глобалізацію арбітражних процедур є власне арбітражні регламенти, які подекуди містять схожі або ж взагалі ідентичні положення. Наприклад ч. 3 ст. 9 Регламенту Арбітражного інституту Торгової палати Стокгольма (SCC): «Ненадання відповідачем відзиву на позовну заяву не перешкоджає продовженню арбітражного розгляду (*Failure by the respondent to submit an answer shall not prevent the arbitration from proceeding*)» (SCC Arbitration Institute, 2023), ч. 4 ст. 11 Регламенту Міланської арбітражної палати (CAM): «Якщо Відповідач не подає відзив або не бере участі у будь-якій іншій стадії арбітражного розгляду, арбітражний розгляд продовжується без нього (*Where Respondent does not file its reply or does not attend any other phase of the proceedings, the arbitration shall proceed without it*)» (Milan Chamber of Arbitration, 2023). Окрім Регламентів CAM та SCC подібні положення містяться в ч. 2 ст. 5 Регламенту Міжнародної торгової палати (ICC), який передбачає, що «Секретаріат може надати відповідачу продовження строку для подання

Відповіді за умови, що клопотання про таке продовження містить зауваження або пропозиції відповідача щодо кількості арбітрів та їхнього вибору, а також, якщо цього вимагають Статті 12 та 13, щодо кандидатури арбітра. Якщо відповідач не зробить цього, Суд діє відповідно до Регламенту (*If the respondent fails to do so, the Court shall proceed in accordance with the Rules*)» (International Chamber of Commerce, 2021). Згідно з ч. 5 ст. 4 «Швейцарського Регламенту» Швейцарського арбітражного центру: «Якщо не заявлено зустрічного позову, позову за пунктом 1 Статті 6, заліку зустрічних вимог (*set-off defence*) або не надано відповіді на Повідомлення про арбітраж, або якщо не зазначено суму такого позову чи заперечення, Суд може покладатися виключно на Повідомлення про арбітраж для того, щоб визначити можливість застосування пункту 1 Статті 42 (Прискорена процедура) (*... the Court may rely exclusively on the Notice of Arbitration in order to determine the possible application of Article 42(1)...*)» (Swiss Arbitration Centre, 2021). Таким чином встановлюються менш жорсткі наслідки неподання відзиву, натомість констатується недостатня обізнаність складу арбітражу щодо аспектів справи які можуть вплинути на її прискорений розгляд. Подібні положення містяться й у ч. 1 ст. 49 Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України: «Якщо сторони не домовилися про інше, у тих випадках, коли без посилання на поважні причини: відповідач не подає своїх заперечень щодо позову склад Арбітражного суду продовжує розгляд, не розцінюючи таке неподання саме по собі як визнання тверджень позивача ...» (ІСАС, 2023с). Цілепокладання подібних норм спрямоване на недопущення затягувань у справі шляхом зловживання правами та зменшення випадків свавільної поведінки відповідача, тобто є межами розсуду.

Регламенти також виконують іншу функцію на яку ми вже побіжно вказували уточнення та розширення норм *lex arbitri*. Так, Швейцарський арбітражний центр розробив Додатковий швейцарський регламент для

корпоративних спорів (*Supplemental Swiss Rules for Corporate Law Disputes*), який, згідно з пунктом d) Вступу (Introduction) цього акту, він покликаний «врегулювати особливості корпоративних спорів, імплементувати законодавчі вимоги та забезпечити ефективне та результативне вирішення корпоративних спорів за допомогою арбітражу за Швейцарським регламентом» (Swiss Arbitration Centre, 2022). Причину його прийняття викладено в пункті c) Вступу: «Стаття 697n (застосування якої розширюється посиланнями на статтю 764(2) та статтю 797a) Швейцарського зобов'язального кодексу (*Swiss Code of Obligations*), що набула чинності з 1 січня 2023 року, встановлює, що статuti швейцарських акціонерних товариств (*Swiss Companies Limited by Shares*), швейцарських командитних товариств (*Swiss Partnerships Limited by Shares*) та швейцарських товариств з обмеженою відповідальністю (*Swiss Limited Liability Companies*) можуть передбачати, що «корпоративні спори (*corporate law disputes*)» вирішуються арбітражним судом, розташованим у Швейцарії, і, якщо в статуті не передбачено інше, передбачене законом арбітражне застереження є обов'язковим для виконання компанією, її керівними органами, членами її керівних органів та акціонерами. Арбітражний розгляд на підставі такого арбітражного застереження регулюється положеннями про внутрішній арбітраж у Частині 3 Цивільного процесуального кодексу Швейцарії, за винятком положень, що регулюють міжнародний арбітражний розгляд у Главі 12 Закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право». Стаття 697n Швейцарського зобов'язального кодексу також передбачає, що статут може регулювати особливості арбітражного розгляду, в тому числі шляхом посилання на інституційний арбітражний регламент. У будь-якому випадку вони повинні забезпечити, щоб «особи, на яких можуть безпосередньо вплинути правові наслідки арбітражного рішення (*persons who may be directly affected by the legal effects of the arbitral award*)», були поінформовані про початок і припинення арбітражного розгляду і могли брати участь у призначенні арбітрів і в арбітражному розгляді в якості третіх осіб». Таким

чином, Додатковий швейцарський регламент, окрім того, що розширює норми законодавства Швейцарії, ще й імплементує їх, як зазначено в ньому. Такий акт є прикладом необхідної нормотворчості арбітражних інституцій, які покликані врегулювати норми, що уповноважують сторони на створення власних правил арбітражного розгляду. Фактично Додатковий швейцарський регламент є актом, що спрямований на спрощення процесу дискреційного створення правил розгляду корпоративних спорів сторонами, пропонуючи їм готове рішення, яке модифікує Швейцарський регламент до вимог законодавства. Не випадково акт називається додатковим. Підкріплює таку позицію ч. 3 ст. 1 Додаткового швейцарського регламенту, яка визначає що він є додатковим до Швейцарського регламенту. До того ж самі положення Додаткового швейцарського регламенту спрямовані на гармонізацію Швейцарського регламенту до вимог Швейцарського зобов'язального кодексу в частині повідомлення постраждалих осіб (*Affected Persons*).

Проте можливий ще один приклад уніфікації арбітражних процедур Типовий арбітражний регламент Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ (*UNCITRAL Arbitration Rules*) у його останній редакції 2021 року. Окремо варто відмітити що цей регламент не прив'язаний до жодної правової системи, з метою універсальності його застосування, проте його норми не заперечують випадків, коли імперативні норми національного законодавства превалюють (п. 3 ст. 1). Також в редакції 2021 року було додано положення про прискорений арбітраж, який нині є досить поширеним. При цьому згідно з п. 5 ст. 1 Регламенту ЮНСІТРАЛ: «Правила прискореного арбітражу, викладені у Додатку, застосовуються до арбітражного розгляду, якщо сторони домовилися про це» (UNCITRAL, 2021). Тобто остання воля про їх застосування покладається на розсуд саме сторін, а не складу арбітражу.

Ми погоджуємося з думкою, що найкращим використанням Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ є вибір його як такого, що встановлює процедуру арбітражного розгляду при утворенні арбітражу *ad hoc*. У такому випадку завдяки універсальності цього виду арбітражу «розсуд сторін не

обмежується вибором арбітражного регламенту, як і з метою встановлення застосовного процесуального права вибором конкретної національної правової системи, базуючись на загально визнаній свободі підпорядковувати арбітражний розгляд й іншим правовим конструкціям» (Нагнибіда, 2021, .с 283).

Необхідно зазначити, що використання комбінованих процедур з огляду на застосування різних регламентів, ураховуючи розсуд сторін та розсуд арбітрів, сприяє встановленню таких правил арбітражного розгляду, які є найбільш сприятливими для ефективного вирішення спорів. Використання актів м'якого права має особливе значення під час заповнення прогалін у національному праві, наявних арбітражних регламентах, а особливого значення приймає у разі утворення арбітражу *ad hoc*.

#### Висновки до третього розділу

У розділі розглянуто засоби гармонізації та уніфікації арбітражного розгляду на прикладі міжнародного та європейського права, а також актів м'якого права та регламентів європейських арбітражних інституцій, практики міжнародних комерційних арбітражних судів. Це дозволило дійти наступних висновків:

1. Визначальну роль у реалізації арбітражного розсуду відіграють матеріальні норми цивільного та господарського (комерційного) законодавства. Зокрема найбільш важливими є приписи права, пов'язані з санкціонуванням розсуду в цивільному праві країн членів Європейського Союзу: Цивільному кодексі Швейцарії, Загальному цивільному кодексі Австрії, Цивільному кодексі Італії, Цивільному кодексі Іспанії, Цивільному кодексі Литовської Республіки. Встановлено, що матеріальні норми цих актів спрямовані головним чином на узагальнення інтерпретаційних приписів законодавства та збільшення дискреційних повноважень учасників відповідних правовідносин.

2. Більш докладно проаналізовано процесуальне та арбітражне законодавство європейських країн. Найбільш показовим визнано відповідне законодавство Франції, зокрема ст. 1507 Цивільного процесуального кодексу Франції не передбачає правил щодо форми арбітражної угоди і віддає вибір такої форми здебільшого на розсуд сторін. Більш вузькі межі арбітражного розсуду встановлено Законом Чеської Республіки «Про арбітраж та виконання арбітражних рішень», Цивільним процесуальним кодексом Швейцарії та швейцарським Федеральним Законом «Про міжнародне приватне право», Законом Іспанії «Про арбітраж», Законом Литовської Республіки «Про комерційний арбітраж».

3. Як міжнародний акт зближення процедур арбітражного розгляду кваліфіковано Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж 1985 р. з подальшими змінами в 2006 році. Встановлено, що Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» за своїм основним нормативним змістом є практично ідентичним Типовому закону ЮНСІТРАЛ. Наголошено на тому, що в новій редакції Типового закону арбітри наділені більш широкими повноваженнями щодо забезпечувальних заходів. Виокремлено розділ IVA який вносить винесення попередніх постанов (*preliminary orders*) складом арбітражу. Уточнено поняття забезпечувальних заходів, особлива увага приділяється тому, що такі заходи не завжди напряму пов'язані саме з предметом спору. Конвенція ООН про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. (Нью-Йоркська конвенція) оцінюється як така, що разом з Типовим законом ЮНСІТРАЛ 1985 р. утворюють єдину світову систему правил міжнародного комерційного арбітражу.

4. Визначено, що в ЄС нагромаджено унікальний досвід уніфікації колізійних норм, що не звужує законодавчі межі розсуду, а навпаки, істотно їх розширює. Як один із найбільш дієвих засобів зближення колізійних норм у контексті європеїзації оцінено Регламент (ЄС) № 593/2008 Європейського Парламенту та Ради про право, що застосовується до договірних зобов'язань



(Рим I), та Регламент (ЄС) № 864/2007 Європейського Парламенту та Ради про право, що застосовується до недоговірних зобов'язань (Рим II), незважаючи на необов'язковість застосування їх в арбітражі.

5. Встановлено, що достатньо ефективними все частіше проявляють себе приватноправові засоби гармонізації арбітражного розсуду, зокрема, акти м'якого права. На прикладі Правил Міжнародної асоціації юристів щодо отримання доказів у міжнародному арбітражі виявлено, що в арбітражній процедурі провідну роль відведено розсуду сторін, а Правила ефективної організації процесу в міжнародному арбітражі (Празькі правила), як заявлено розробниками, спрямовані на більш широке використання розсуду арбітрів. Зроблено висновок, що найбільш вдалим для арбітражного розгляду є комбінування цих актів у єдині правила розгляду спору з огляду на кожен конкретну справу.

6. Як один із найбільш вживаних актів, якими кодифіковано звичаї та норм *lex mercatoria* розглянуто Принципи міжнародних комерційних контрактів (Принципи УНІДРУА). Виявлено, що Принципи УНІДРУА можуть застосовуватися за відсутності обраного сторонами застосовного матеріального права, однак за винятком імперативних норм національного права, які застосовуються, незалежно від того, яке право регулює договір. Також висвітлено практику міжнародних арбітражних судів стосовно особливостей застосування Принципів УНІДРУА.

7. Спеціально проаналізовано арбітражні регламенти як акти, які спрямовані на гармонізацію та глобалізацію арбітражних процедур. Зокрема розглянуто Регламент Арбітражного інституту Торгової палати Стокгольма, Регламент Міланської арбітражної палати, Регламент Міжнародної торгової палати, «Швейцарський Регламент» Швейцарського арбітражного центру. На основі цього запропоновано зміни до Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України. Як один з найвдаліших прикладів висвітлено Додатковий швейцарський регламент для корпоративних спорів, який прийнято на виконання змін до

Швейцарського зобов'язального кодексу. Проте найбільш дієвим інструментом приватноправової гармонізації правил арбітражного розгляду кваліфіковано Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ. Констатовано, що цей акт найчастіше застосовується в ситуації вибору процедури арбітражного розгляду при утворенні арбітражу *ad hoc*.

## ВИСНОВКИ

За підсумками роботи поставлена *мета дослідження* досягнута по основних параметрах: переосмислені теоретико-концептуальні засади нормативно-правового обмеження арбітражного розсуду (дискреції) в Україні, що дозволило виокремити основні напрямки розширення практики застосування дискреційних повноважень учасниками арбітражного впровадження та розробити конкретні пропозиції щодо модернізації арбітражного законодавства в контексті євроінтеграційних процесів.

*Завдання дослідження*, що визначають послідовність реалізації цілей наукового пошуку, виконано відповідно до логіки викладення змісту розділів, підрозділів та проміжних висновків роботи.

Реалізація задуму дослідження, яка репрезентована головним чином через досягнення мети та виконання поставлених завдань, більш повно розгортається в багатьох положеннях, що мають різний ступінь наукової новизни. На базі цих наукових результатів виокремлюються три групи висновків щодо: (1) *теорії та методології дослідження* такого специфічного предмета, яким є розсуд (дискреція) на рівні як доктрини, так і міжнародного права та чинного законодавства; (2) засад подальшої концептуалізації арбітражного розсуду, яка формується в умовах приватноправової євроінтеграції і стосується безпосередньо *предметної сфери дослідження*; (3) *науково-прикладних аспектів дисертації*, які пов'язані з проблематикою розширення розсуду (дискреції) учасників арбітражного провадження.

Таким чином, одержані результати наукової роботи, кожен з яких окремо й у сукупності з іншими забезпечує приріст об'єктивно нових знань.

### ***У сфері теорії та методології:***

1. Реалізовано пізнавальний потенціал теоретичного базису *загальної методології* дослідження, який окреслено з позицій соціокультурного підходу до аналізу сутності правових явищ та процесів.

Зокрема концепція розсуду (дискреції) в праві, сформульована в дисертації, ґрунтується на наступних ідейних засадах: (1) античні природно-правові вчення римських юристів авторів Дигест (передусім Павла та Ульпіана); (2) середньовічна аксіологія (концепції дискреції Олександра Гельського, вчення свободи духа Екгарта фон Гохгайма) та новітньої християнської історіософії (Микола Лоський); (3) лібералістичні концепції природного права Джона Локка та Томаса Гоббса; (4) ідеї панлогізму Баруха (Бенедикта) Спінози та Готфріда Лейбніца, Георга Гегеля, Іммануїла Канта та Йоганна Вольфганга фон Гете; (5) європейські традиції філософії свободи мислення та волі (Фрідріх Ніцше, Мартін Гайдеггер, Карл Ясперс, Жан-Поль Сартр, Микола Бердяєв).

Саме на цих філософсько-методологічних засадах і ґрунтуються аксіологічний та герменевтичний методи в праві, застосування яких дозволило виявити специфіку неюридичних меж арбітражного розсуду (дискреції), що потребує подальшого системного з'ясування та всебічної апробації.

2. На рівні спеціальної методології найбільш експлуативним виявився компаративно-правовий метод, який дістав подальшого розвитку через специфікацію його застосування до порівняння норм різних галузей чинного законодавства України та європейських країн, які регулюють межі арбітражного розсуду.

Враховуючи те, що арбітражний розсуд (дискреція) має явно виражену подвійну морально-правову та позитивно-правову природу, компаративно-правовий аналіз здійснювався з урахуванням соціокультурного та культурно-історичного контекстів предмета дослідження.

Особливістю застосування спеціальної методології є те, що науково-правове порівняння отримало триєдиний вимір: (1) «вертикальний» – у площині історичного зіставлення різних історичних форм розсуду (дискреції); (2) «горизонтальний» – як порівняння нормативно-правових меж розсуду в Україні та за сучасним законодавством європейських країн та

міжнародним правом; (3) «внутрішній» – як компаративний аналіз відповідних норм різних галузей права України: цивільного, господарського, цивільно-процесуального, колізійного та власне арбітражного.

Пізнавальні можливості компаративно-правового методу було розширено шляхом його конструктивного доповнення двома іншими спеціальними методами: (1) догматичним (для аналізу норм чинного законодавства), (2) герменевтичним (для порівняльної інтерпретації різних концептів розсуду), які проф. Р. А. Майдаником поряд з порівняльним було вперше кваліфіковано як основні в сучасній цивілістиці.

3. На рівні прикладної методології виявлено особливу продуктивність численних прикладних методів, запозичених з інших галузей наукового знання, зокрема елементів методів контент-аналізу, етимології та семантики.

Вперше для з'ясування сутності розсуду (дискреції) та суміжних, переважно оціночних, понять було застосовано соціологічний метод операціоналізації, який дозволив раціоналізувати їх зміст шляхом виокремлення певних діяльнісних ситуацій, які контекстуально пов'язані з цими поняттями.

Це дозволило не лише концептуально осмислити сутність соціокультурних меж дискреції, а й виявити низку юридичних конструкцій, за допомогою яких законодавчо врегульовано механізм реалізації судового та арбітражного розсуду. До таких конструкцій було віднесено ті, які пов'язані не тільки з «власним розсудом», а й з легальними поняттями: «вибір», «дозвіл», «згода», «угода», «домовленість», «аналогія права», а також предикатами «самостійно», «вільно», «схвалений», «погоджений».

Це дозволило дійти висновку, що досить перспективним для подальшого дослідження проблеми арбітражного розсуду є застосування поряд з суто правовими методами і більш широкого спектра методів соціології, психолінгвістики та культурології.

#### ***У предметній галузі дослідження:***

4. За допомогою аналізу англійських та українських

лексикографічних джерел етимологічного онлайн-словника англійської мови *Etymonline* та Великого тлумачного словника сучасної української мови було встановлено, що запозичене в українську та англійську мову латинське поняття *discretio* має схоже тлумачення в цих мовах. Проте відповідність значеннєвого змісту українського поняття «розсуд» до латиномовного *discretio* була поставлена під сумнів. Під час пошуку відповідника, було встановлено що в англійській мові термін *judgment* також вживається у близькому значенні до *discretion*. Виходячи з таких лінгвістичних паралелей, висвітлено необхідність розмежування понять дискреція та розсуд, насамперед на тій підставі, що вони знаходяться у родо-видових відносинах, де розсуд тлумачиться набагато ширше за дискрецію, отже, є цілим по відношенню до частини. Таким чином побудовано білінгвістичну (англо-українську) терміносистему предметної сфери дослідження, а також встановлено розмежування понять «розсуд» та «дискреція».

Після аналізу наявних доктринальних джерел було сформульовано авторську дефініцію розсуду в праві як інтелектуально-вольової форми реалізації природного права на свободу думки і волі, яка здійснюється через морально-правову оцінку та раціональну кваліфікацію конкретної юридичної ситуації, що дозволяє істотно уточнити застосовувану норму права або створити нову норму на основі загальних принципів права, серед яких визначальними є справедливість, розумність, добросовісність;

Відмежування розсуду та дискреції від суміжних понять дозволило реалізувати в україномовному правовому дискурсі англійську концепцію *arbitral discretion* арбітражний розсуд, яка є об'єднуючою, родовою для понять «розсуд сторін» (*parties' discretion*) та «розсуд арбітрів» (*arbitrators' discretion*) з огляду на специфічний склад суб'єктів арбітражного розгляду.

5. Аналіз доктринальних джерел та законодавства дає підстави вказувати на необхідність розмежування суддівської та арбітражної дискреції через розбіжності за колом суб'єктів такого розсуду. Суддівська дискреція пов'язана лише з особою судді, натомість в арбітражі дискреційними повноваженнями

більшою мірою наділені саме сторони відповідного спору. Однак, на практиці більшість таких дискреційних повноважень сторони арбітражного розгляду делегують арбітрам, що мотивується необхідністю попередження зловживання відповідними процесуальними правами через затягування провадження. Саме такий підхід закріплений у Правилах ефективної організації процесу в міжнародному арбітражі (Празьких правилах). Враховуючи подвійну морально-правову та позитивно-правову природу арбітражу таке делегування дискреційних повноважень має здійснюватися на основі пріоритетів добра та справедливості при винесенні арбітражного рішення.

6. Використовуючи метод герменевтики проаналізовано морально-правові засади судової та арбітражної дискреції, завдяки чому було встановлено аксіологічну природу виникнення дискреційної нормотворчості як одного зі способів вирішення дилеми добра і зла при розв'язанні шляхом аналогії права випадків зловживання правом.

Використання розсуду учасниками арбітражного провадження в кожній конкретній ситуації полягає передусім у розв'язанні дилеми добра і зла через моральну оцінку правових наслідків власної поведінки та поведінки протилежної сторони. Однак свобода розсуду не є абсолютною, вона обмежується пануючою в соціумі мораллю. Такі межі запропоновано кваліфікувати як морально-правові (неюрідичні) моральні, психологічні, релігійні, політичні, які по багатьох параметрах істотно відрізняються від позитивно-правових (юрідичних) меж розсуду, що закріплені в чинному законодавстві.

Виявлено що в країнах романо-германської традиції права морально-правові межі розсуду мають другорядне значення щодо юридичних (позитивно-правових) меж розсуду і можуть застосовуватися лише субсидіарно в ситуаціях заповнення прогалін у законодавстві та для додання зловживань буквою закону за допомогою аналогії права. Саме тому в ході дисертаційного дослідження правових меж арбітражного розсуду в Україні головна увага приділялася з'ясуванню саме позитивно-правових норм чинного

законодавства.

В умовах панування в українському дискурсі позитивістської моделі права неюридичні межі, які не оформлені як офіційні джерела права, є субсидіарними по відношенню до юридичних і виявляються здебільшого в ситуаціях подолання прогалин у праві та протидії зловживанню правом.

Натомість, за англо-американською культурно-правовою традицією такі морально-правові межі є первинними та визначальними для кожного прецеденту і репрезентуються як приписи здорового глузду (*common sense*) учасників правовідносин у конкретній юридичній ситуації; встановлено, що саме останній підхід закріплений як провідний у міжнародних конвенціях приватноправового змісту, провідною серед яких є Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (Віденська конвенція 1980 року, CISG).

7. Для з'ясування універсального нормативного значення меж арбітражного розсуду було здійснено операціоналізацію морально-правового, переважно оціночного, поняття розсуду через виявлення конкретних діяльнісних операцій (конструкцій), які на практиці пов'язані з реалізацією дискреційних повноважень. Зокрема було виявлено низку таких конструкцій, закріплених у чинному законодавстві: вибору, дозволу, згоди (схвалення), погодження, угоди (домовленості), аналогії права та вільної дискреції. Подальший аналіз арбітражного законодавства дозволив довести, що чинні норми встановлюють доволі широкий обсяг дискреційних повноважень сторін та арбітрів, проте не всі з них реалізуються на практиці. Це зумовлює необхідність розширення знань сторін про окремі аспекти арбітражної процедури, які можуть бути спрощені або оптимізовані за їх узгодженим розсудом, без необхідності делегування цих повноважень арбітрам.

**У науково-прикладному плані:**

8. Враховуючи останні зміни в чинному законодавстві, а також провідні тенденції в цивілістиці та арбітражній науці зокрема, запропоновано конкретизувати підходи до розуміння найбільш поширеної у вітчизнаному



праві форми розсуду шляхом запровадження концепту фіксовано-вибіркових меж. Цей підхід передбачає конструкцію вибору суб'єктом правореалізації з певного діапазону можливих дій такої моделі поведінки, яка за певних умов вважається ним доцільною. При такому розсуді здійснюється вибір серед фіксованих варіантів і не утворюється новий нормативний зміст. Подібний підхід висвітлений при аналізі першого законодавчого визначення дискреції яке буде запроваджено з набранням чинності Закону України «Про адміністративні процедури».

З урахуванням того, що право України досить часто визначається як застосовуване матеріальне право, якщо місце арбітражу знаходиться на території нашої країни, обґрунтовано, що реальному розширенню дискреції в арбітражі має сприяти не збільшення питомої ваги спеціальних норм у Цивільному кодексі України, а, навпаки, – істотне зменшення казуальності матеріальних норм. Пропонується це врахувати в процесі рекодифікації цивільного законодавства в Україні на противагу збільшенню кількості спеціальних норм.

9. Важливим напрямом розширення розсуду в арбітражі є внесення змін та уточнень до Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України, які запобігатимуть випадкам свавілля з боку відповідачів шляхом зловживання процесуальними правами через затягування арбітражного розгляду. Запобігти одному з аспектів такої тактики може чітке встановлення непов'язаності складу арбітражного суду з обов'язковим поданням відзиву відповідачем. Для цього замість ліберальної та нечіткої норми ч. 1 ст. 49 Регламенту варто доповнити ст. 21 Регламенту новою частиною 4: «Ненадання відповідачем відзиву на позовну заяву не перешкоджає продовженню арбітражного розгляду». З тією ж метою необхідно привести до єдиного стандарту використання в Регламенті понять «заперечення» та «відзив». Ці зміни пропоновані з огляду на наявність ідентичних норм у регламентах провідних європейських арбітражних установ, що було встановлено під час пошуку уніфікованих норм

арбітражних регламентів таких установ.

**10.** Розширення як юридичних, так і неюридичних меж розсуду пов'язане з постійним удосконаленням теоретичних знань фахівців у галузі права. Реалізація такого цілепокладення можлива шляхом проведення різноманітних вебінарів, тренінгів та воркшопів серед практикуючих у арбітражі та судочинстві адвокатів та суддів. Також вбачається доцільним реалізувати результати дослідження під час навчання на другому та третьому рівні вищої освіти за спеціальністю 081 Право. На цьому етапі розроблено силабус навчальної дисципліни «Правова герменевтика судового та арбітражного розсуду» з можливим запровадженням її як вибіркового компонента з фахового переліку дисциплін на третьому освітньо-науковому рівні вищої освіти в аспірантурі Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Бааджи, Н. А. (2020). *Адміністративний розсуд в діяльності органів публічної адміністрації*. [Автореф. дис. канд. юрид. наук, Одеський державний університет внутрішніх справ].
2. Багрій, М. В. (2011). Угляд (розсуд) слідчого у кримінальному судочинстві України: до питання визначення поняття. *Часопис Академії адвокатури України*, 4(13), 101–105.
3. Барак, А. (2022). *Суддівський розсуд*. Центр учбової літератури.
4. Бердяев, Н. А. (1947). *Опыт эсхатологической метафизики. Творчество и объективация*. УМСА-Press.
5. Бердяев, Н. А. (1939). *О рабстве и свободе человека. Опыт персоналистической метафизики*. УМСА-Press.
6. Белкін, Л. М. (2011). Дискреційні повноваження органів влади як чинник корупції. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*, 24, 91–100.
7. Бігун, В. С. (2011). *Філософія правосуддя: ідея та здійснення*. Реферат.
8. Бойко, О. В. (2019, Грудень 12). *Дискреційні повноваження судді як корупційний ризик під час здійснення правосуддя*. Реалізація державної антикорупційної політики в міжнародному вимірі IV Міжнар. наук.-практ. конф. у 2 ч. Ч. 2, Київ, Україна.
9. Бондаренко-Зелінська, Н. Л. (2023). Врегулювання правових спорів онлайн: поняття та сутність, стан впровадження в Україні. *Вісник Національної академії правових наук України*, 30(1), 213–226.
10. Бондаренко-Зелінська, Н. Л. (2018). Врегулювання спору за участю судді: проблеми та перспективи застосування. *Університетські наукові записки*, 3-4, 62–70.
11. Брило, Ю. М. (2012). Еволюція філософських поглядів на історичний процес: від класичної до постнекласичної парадигми. *Гілея*, 65(10), 204–209.

12. Бусел, В. Т. (Ред.). (2005). *Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.)*. Перун.
13. Бут, І. О. (2017). Договірні засади процедури медіації та врегулювання цивільно-правового спору за участі судді. *Часопис цивілістики*, 27, 138–142.
14. Величко, О. (2004). Правова природа принципів рівності та рівноправності в цивільному процесі. *Юридичний журнал*, 3(21), 118–122.
15. Венеціанська Комісія. (2011). Верховенство права. Доповідь Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеціанської Комісії) від 04.04.2011 №512/2009, CDL-AD(2011)003rev. *Право України*, 10, 168–184.
16. Веніславський, Ф. (2009). Спеціально-дозвільний принцип у конституційно-правовому регулюванні. *Вісник Академії правових наук України*, 2, 57–67
17. Винник, В. О., Юрчук, Л. А. (Ред.). (1974). *Словник української мови*. (Т. 5. Н-О). Наукова думка.
18. Воронов, К. М. (2018). *Принцип «компетенції-компетенції» в міжнародному комерційному арбітражі*. [Дис. канд. юрид. наук, Харківський національний університет ім. В. Н. Каразіна].
19. Гайдунін, О. О. (2021). *Інтерпретація в європейському контрактному праві: герменевтико цивілістичні засади*. Науково дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України.
20. Гайдунін, О. О. (2020a). *Інститут інтерпретації (ius interpretatio = law of interpretation): методологічні засади цивілістичної теорії: монографія: у 2 т. (Т. 1)*. Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України.
21. Гайдунін, О. О. (2020b). *Інститут інтерпретації (ius interpretatio = law of interpretation): методологічні засади цивілістичної теорії: монографія: у 2 т. (Т. 2.)*. Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України.

22. Гайдулін, О. (2016). Інтерпретація застосовуваного права європейськими арбітражами: розмежування базових понять. *Право України*, 5, 48–56.
23. Гайдулін, О. О. (2012). *Європеїзація контрактного права*. КНЕУ.
24. Гайдулін, О. О. (2009). *Зближення контрактного права європейських країн*. Видавець Позднишев.
25. Гарієвська, М. Б. (2017). *Дискреційні повноваження суду при розгляді цивільних справ у суді першої інстанції*. [Дис. канд. юрид. наук, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України].
26. Геселев, О. В. (2009). Проблеми взаємодії праворозуміння та розсуду правозастосувача при обґрунтуванні процесуальних рішень у кримінальному судочинстві. Філософсько-правовий аналіз. *Держава і право*, 46, 473–479.
27. Гетманцев, М. О., і Волощук, О. Т. (2020). *Правовий статус арбітра міжнародного комерційного арбітражу*. (О. Д. Крупчан, Ред.). Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України.
28. Глубоченко, С. М. (2011). Концептуалізація поняття правозастосовчого судового розсуду. *Теорія і практика правознавства*, 1, 213–219.
29. Гнатюк, Г. М., Черторизька, Т. К. (Ред). (1972). *Словник української мови* (Т. 3 З). Наукова думка.
30. Головатий, С. (2017). *Мірило правовладдя коментар; глосарій*. ВАІТЕ.
31. Головатий, С. (2006). *Книга друга. Верховенство права: від доктрини до принципу*. Фенікс.
32. Головін, А. П. (2012). Вплив адміністративного розсуду на формування девіантних установок працівника міліції. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*, 4, 154–162.

33. Горбунова, Л. (2012). Мислення у світі плюральності: проект трансверсального розуму В. Вельша. *Філософія освіти*, 1-2, 92–109.
34. Городецька, І. (2020). Корупціогенні фактори в системі державного контролю в галузі охорони навколишнього природного середовища. *Підприємництво, господарство і право*, 8. 157–162. <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.25>
35. Господарський процесуальний кодекс України № 1798-ХІІ. (Листопад 6, 1991). <https://zakon.rada.gov.ua/go/1798-12>
36. Губська, О. (2020, 14 грудня). Дискреція та її межі: що говорить про це національне та міжнародне законодавство. *Судово-юридична газета. Блог*. <https://bit.ly/3qSzVo9>
37. Гураленко, Н. А. (2012). Свобода вибору як атрибутивна ознака суддівського розсуду. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*, 4, 292–304.
38. Гете, Й.-В. (2013). *Фауст: трагедія*. (М. Лукаш, Пер.) Видавництво Жуланського.
39. Денисова, Р. О. (2018). Інститут медіації в Україні (національно-історичний аспект). *Теорія і практика правознавства*, 1. <https://doi.org/10.21564/2225-6555.2018.13.126194>
40. Деревянко, Б. В., Грещук, Г. І., і Туркот, О.А. (2023). Застосування альтернативних способів захисту прав суб'єктів господарювання: українські реалії та досвід країн ЄС. *Економіка та право*, 1(68), 34–40. <https://doi.org/10.15407/econlaw.2023.01.034>
41. Деревянко, Б. В. (2021, 25 червня). Про уточнення арбітрабельності предмета спору, сфери застосування спеціального Закону та юрисдикції Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України. *Правовий тиждень*. <http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=124977>

42. Дзера О. В., Кузнєцова Н. С., і Луць В. В. (Ред.). (2013). *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України у 2 т.* (5-те вид., переробл. і допов., Т. 2). Юрінком Інтер.
43. Дзера О. В та ін. (Ред.). (2011). *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України у 2 т.* (4-те вид., переробл. і допов., Т. 1). Юрінком Інтер.
44. Добжинські, А. А. (2018). *Атрибутика зла в історико-філософській та релігійно-філософській європейській традиції: онтологічний аспект* [Дис. канд. філос. наук, Львівський національний університет імені Івана Франка].
45. Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж. (Квітень 21, 1961). [https://www.reestrnra.gov.ua/REESTR/RNAweb.nsf/wpage/doc\\_card?OpenDocument&ID=322A9B0D37323EAEC2256F9E004505D1](https://www.reestrnra.gov.ua/REESTR/RNAweb.nsf/wpage/doc_card?OpenDocument&ID=322A9B0D37323EAEC2256F9E004505D1)
46. Заїка, Ю. О. (2005). *Українське цивільне право*. Істина.
47. Запорожченко, А. В. (2023а). Революційна правосвідомість – від широти дискреції до свавілля та суцільної зарегульованості. *Juris Europensis Scientia*, 1, 3–7. <https://doi.org/10.32782/chem.v1.2023>
48. Запорожченко, А. В. (2023б, Червень 15) *Вплив процесуальних норм права на процедуру розгляду спорів у міжнародному комерційному арбітражі*. В. М. Короленко (упорядник). Імплементация міжнародних стандартів у цивільне та господарське судочинство України: збірник матеріалів Шостого науково-практичного круглого столу. Київ, Україна.
49. Запорожченко, А. В. (2023с, Квітень 7). *Недійсність арбітражної угоди через недобросовісні дії однієї з сторін*. Договір як універсальна форма правового регулювання: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції присвяченої пам'яті академіка Національної академії правових наук України, заслуженого діяча науки і техніки України, доктора юридичних наук, професора Володимира Васильовича Луця (1933-2021). Івано-Франківськ, Україна.

50. Запорожченко, А. (2020). Дискреція та автономія волі в міжнародному арбітражі: розмежування базових понять. *Підприємництво господарство і право*, 12, 305–310. <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.53>

51. Запорожченко, А. В. (2019, Грудень 9). *Застосування принципу розумності – утвердження принципу верховенства права у контексті реалізації Угоди про асоціацію Україна – ЄС*. Кузьменко, О.В., Чорна, В.Г (Ред.). *Наближення законодавства України до права Європейського Союзу в контексті Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом: Збірник матеріалів міжнародної науково-практичної конференції*. Київ, Україна.

52. Захватаев, В. Н. (2019а). *Арбитражное правосудие в Украине. Книга первая*. Алерта.

53. Захватаев, В. Н. (2019б). *Арбитражное правосудие в Украине. Книга вторая*. Алерта.

54. Захватаев, В. Н. (2017а). *Арбитражно-правовые системы стран мира: том I*. Алерта.

55. Захватаев, В. Н. (2017б). *Арбитражно-правовые системы стран мира: том II*. Алерта.

56. Зосимов проти України. Заява № 4322/06. (07.07.2016). [https://zakon.rada.gov.ua/go/974\\_c94](https://zakon.rada.gov.ua/go/974_c94)

57. Истомина, Н. (1889). Теодицея Лейбница. Разсуждение о благодати Божей, свободе человеческой и начале зла. Часть первая. (продолжение). *Вера и разум: журнал богословско-философский издававшийся при Харьковской духовной семинарии*, 1, Кн. 1, Ч. 2, 1–15.

58. Івченко, Г.С. (2021). *«Турбота про себе» як соціокультурний конструкт* [Дис. канд. філос. наук, Південноукраїнський національний педагогічний університет імені К.Д. Ушинського].



59. Канцір, В. С. (1998). *Проблеми судового угляду при застосуванні кримінального законодавства України* [Автореф. дис. канд. юрид. наук, Львівський державний університет внутрішніх справ].
60. Кассен, Б., і Сігов, К. (Ред.). (2009). *Європейський словник філософій. Лексикон неперекладностей. Том перший*. Дух і літера.
61. Кахновець, С. О. (2021). *Угляд прокурора у кримінальному провадженні* [Дис. канд. юрид. наук, Львівський національний університет імені Івана Франка].
62. Ковальський, В. С. (2012). Функції права: ціннісний та сутнісний виміри. *Альманах права*, 3, 58–62.
63. Ковальський, В. С. (2002, Квітень 18–19). *Проблеми суддівського розсуду та кримінальний закон*. Судова реформа в Україні. Проблеми і перспективи: матер. Міжнар. наук.-практ. конф. Харків, Україна.
64. Кодекс адміністративного судочинства України № 2747-IV. (Липень 6, 2005). <https://zakon.rada.gov.ua/go/2747-15>
65. Козинець, О. Г. (2007). *Закріплення прав людини у Декларації прав людини і громадянина Франції 1789 р.* Цивілізаційна роль прав людини в упорядкуванні соціальних відносин зб. матеріалів наук.-практ. семінару. Чернігівські обереги.
66. Козловський, А. А. (2005). Гносеологічні принципи права. *Проблеми філософії права*. Т. III, 1-2, 32–44.
67. Коленов, С.О. (2008). *Цифрова обробка інформації: Методичний посібник до лабораторного практикуму для студентів радіофізичного факультету*. Радіофізичний факультет Київського національного університету імені Тараса Шевченка.
68. Коломоєць, Т. О. (Ред.). (2011). *Адміністративне право України*. Академічний курс. Юрінком Інтер.
69. Колотова, О. В. (2010). *Прогалини у праві та шляхи їх подолання* [Автореф. дис. канд. юрид. наук, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького].

70. Комітет Міністрів Ради Європи. (1980). *Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-учасницям «Про здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень»*. №R(80)2 від 11.03.1980 р. <https://rm.coe.int/16804f22ae>.

71. Конвенція ООН про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень, Червень 10, 1958, [https://icas.org.ua/wp-content/uploads/Text-of-UN-Convention\\_New-York-1958-4.pdf](https://icas.org.ua/wp-content/uploads/Text-of-UN-Convention_New-York-1958-4.pdf)

72. Конвенція ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів, Червень 14, 1974, [https://zakon.rada.gov.ua/go/995\\_002](https://zakon.rada.gov.ua/go/995_002)

73. Копоть В. О. (2008). *Концептуальні основи правового реалізму* [Автореф. дис... канд. юрид. наук, Інститут держави і права ім. В.М.Корецького].

74. Котій проти України. Заява № 28718/09. (05.03.2015). [https://zakon.rada.gov.ua/go/974\\_a82](https://zakon.rada.gov.ua/go/974_a82)

75. Коч, О. В. (2021). *Визнання та виконання іноземних арбітражних рішень: теоретико-прикладні засади* [Дис. докт. філос., Одеський національний університет імені І. І. Мечникова].

76. Кочин, В. В. (2020). Європеїзація принципів (засад) цивільного законодавства України. *Приватне право і підприємництво*, 20, 58–61. <https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.10>

77. Красюк, Т. В., Зал, Д. О. (2019). Основні підходи до визначення категорії «корупційні ризики» у сфері праці. *Південноукраїнський правничий часопис*, 3. 126–131. <https://doi.org/10.32850/sulj.2019.3-30>.

78. Крупчан О. (2019, Жовтень 4). *Нью-Йоркська конвенція ООН 1958 року і генеза застереження про публічний порядок*. Нью-Йоркська конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень: 60-річна історія успіху. Зб. доповідей і статей до V Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І. Г. Побірченка. Київ, Україна.

79. Куфтирєв, П. В. (2009). *Суддівський розсуд у теорії права* [Автореф. дис. канд. юрид. наук, Інститут законодавства Верховної Ради України].
80. Лагутіна, А. В., Ленець, К. В. (Ред). (1975). *Словник української мови*. (Т. 6 П-Поїти). Наукова думка.
81. Литвинов, О. М. (2019). Проблема релігійної свободи як питання формування правосвідомості: культурно-історичні засади й актуальний зміст. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*, 2(86), 31–41.
82. Мазуренко, Д. (2021). Реалізація розсуду в податковому праві. *Юридичний вісник*, 4, 192–200. <https://doi.org/10.32837/уув.v0i4.2234>
83. Мальський, М. М. (2013). *Арбітражна угода: теоретичні та практичні аспекти*. Літопис.
84. Масюк, В. В. (2010). *Презумпції і преюдиції в цивільному судочинстві* [Автореф. дис. канд. юрид. наук, Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого].
85. МВФ-Україна. (2023). *Лист про наміри та Меморандум про економічну та фінансову політику. № 7054/0/2-23 від 24.03.2023 р.* [https://bank.gov.ua/admin\\_uploads/article/Lol\\_MEFP\\_Ukraine\\_2023-03-24.pdf?v=6](https://bank.gov.ua/admin_uploads/article/Lol_MEFP_Ukraine_2023-03-24.pdf?v=6)
86. Мельник, Г. П. (2009). Судовий розсуд (дискреція) як явище правової системи. *Наукові записки НаУКМА, Т. 90: Юридичні науки*, 44–47.
87. Менжулін, В. І. (2011). Історико-філософська біографістика: провідні тенденції та віхи становлення. *Наукові записки НаУКМА, Т. 115: Філософія та релігієзнавство*, 18–25.
88. Нагнибіда, В. І. (2021). *Теоретичні засади правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі* [Дис. докт. юрид. наук, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України].

89. Нагнибіда, В. І., Стецков, Д. Д. (2020). Визначення місця арбітражу як передумова вирішення спорів в міжнародному комерційному арбітражі. *Порівняльно-аналітичне право*, 1, 183–185.
90. Національний банк України (2023). *Лист Національного банку України № 40-0009/63167 від 28.08.2023 р.*  
<http://gestorslaw.com/upload/63167.pdf>
91. Остафійчук, Л. А. (2017). До питання змістовних складових поняття «суддівського розсуду» при здійсненні правосуддя. *International Scientific and Practical Conference «World Science»*, 7(23), Vol.4, 57–63.
92. Пільков, К. М., Козловська Л. В., і Позняк Ю. В. (Упоряд.). (2023). *Дайджест судової практики Верховного Суду у справах, пов'язаних із визнанням арбітражних угод, визнанням та наданням дозволу на виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу. Рішення, внесені до ЄДРСР за січень 2018 року – червень 2023 року.* Верховний Суд.
93. Пільков, К. М. (2016). *Теорія і практика доказування у міжнародному комерційному арбітражі.* Освіта України.
94. Подцерковний, О. П., Беляневич, О. А. (2023). Про застосування судами категорії «публічний порядок» щодо рішень міжнародного комерційного арбітражу. *Економіка та право*, 3, 3–17.  
<https://doi.org/10.15407/econlaw.2023.03.003>
95. Польщиков, В. В. (2015). Деякі аспекти визначення суддівського розсуду в теорії права. *Право.ua*, 2, 12–16.
96. Попов, Д. І. (2014). *Філософсько-правові засади застосування природного права при здійсненні судового угляду* [Дис. канд. юрид. наук, Львівський державний університет внутрішніх справ].
97. Постанова Верховного Суду року у справі № 522/3665/17. (28 лютого 2019). <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80167902>
98. Притика, Ю. Д. (2005). *Міжнародний комерційний арбітраж: Питання теорії та практики.* Ін Юре.

99. Про адміністративну процедуру: Закон України № 2073-IX. (Лютий 17, 2022). <https://zakon.rada.gov.ua/go/2073-20>
100. Про введення воєнного стану в Україні : Указ Президента України № 64/2022. (Лютий 24, 2022). <https://zakon.rada.gov.ua/go/64/2022>
101. Про звернення громадян: Закон України № 393/96-ВР. (Жовтень 2, 1996). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80>
102. Про медіацію: Закон України № 1875-IX. (Листопад 16, 2021). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1875-20>
103. Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України № 4002-XII. (Лютий 24, 1994). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>
104. Про роботу банківської системи в період запровадження воєнного стану: Постанова Національного банку України № 18. (Лютий 24, 2022). <https://zakon.rada.gov.ua/go/v0018500-22>
105. Про третейські суди: Закон України № 1701-IV. (Травень 1, 2004). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1701-15>
106. Пуделька, Й. (2020). Доктрина розсуду в податковому праві Німеччини та України. *Право України*, 4, 93–104.
107. Рісний, М. Б. (2006). *Правозастосувальний розсуд (загальнотеоретичні аспекти)* [Автореф. дис... канд. юрид. наук, Львівський національний університет імені Івана Франка].
108. Рішення Конституційного Суду України № 3-р/2022. (23.12.2022). <https://zakon.rada.gov.ua/go/va03p710-22>
109. Рішення Конституційного Суду України № 7-р/2018. (11.10.2018). <https://zakon.rada.gov.ua/go/v007p710-18>
110. Савенко, М. Д. (2004). Суддівський розсуд у цивільному процесі. *Наукові записки. Юридичні науки*, Т. 26, 75–79.
111. Савонова, Г. І. (2019). Надцінність зла та його онтологічні виміри у філософії Ж. Батая. *International Academy Journal Web of Scholar*, 10(40), 69–77. [https://doi.org/10.31435/rsglobal\\_wos/31102019/6746](https://doi.org/10.31435/rsglobal_wos/31102019/6746)

112. *Святе Письмо Старого та Нового Завіту.* (о. І. Хоменко, Пер.) (1963). (Повний переклад, здійснений за оригінальними єврейськими, араміїськими та грецькими текстами під час Другого Ватиканського Вселенського Собору). О.О. Василян.
113. Селівон, М. Ф. (2013). *Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: стан та перспективи розвитку.* Крупчан О. Д. (Ред.) Міжнародний комерційний арбітражний суд: відповідність сьогоденню. Право України.
114. Спасибо-Фатеева, І. (2003). Трансцендентна судова мімікрія або про принципи права, аналогію закону та права в судовій практиці. *Вісник Академії правових наук України, 4(35), 137–148.*
115. Спіноза, Б. (2018). *Теологічно-політичний трактат.* Фоліо.
116. Стахура, І. Б. (2018). Поняття і види меж адміністративного розсуду. *Часопис Київського університету права, 1, 99–103.*
117. Сухацька, А. Б., Логвиненко, М. І. (2017). Дискреційні повноваження як корупційний ризик у діяльності патрульної поліції. *Юридичний науковий електронний журнал, 3, 110–112.*
118. Торбас, О. О. (2020). *Розсуд в кримінальному процесі України: теоретичне обґрунтування та практика реалізації.* Юридична література.
119. Ухвала Київського апеляційного суду по справі №824/291/21, провадження № 22-ск/824/2/2022. (Лютий 10, 2022). <https://reyestr.court.gov.ua/Review/103315172>
120. Фуфалько, Т.М. (2012). Обмеження дискреційних повноважень як складова принципу пропорційності. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ, 1, 52–59.*
121. Харитонов, Є. О., Харитонova, О. І. (2017, Травень 15). *ЦК Швейцарії як топ рецепції римського права у процесі законотворчості.* Харитонов Є. О. (Ред.) Від римського приватного права до права Європи матер. 15-ої міжнар. наук.-практ. конф. Одеса, Україна.

122. Целлер Е., Куйбіда Р., і Мельник Р. (2021). *Звіт «Дискреція адміністративних органів і судовий контроль за її реалізацією»*. Право-Justice. <https://bit.ly/3q1ciyi>
123. Цивільний кодекс України № 435-IV. (Січень 16, 2003). <https://zakon.rada.gov.ua/go/435-15>
124. Цивільний процесуальний кодекс України № 1618-IV. (Березень 18, 2004). <https://zakon.rada.gov.ua/go/1618-15>
125. Шаблій, О. А. (2011). Невизначені правові поняття Федеративної Республіки Німеччина в українському юридичному перекладі. *Мова і культура*, 14(4), 409–420.
126. Шаркова, И. Н. (2013). Понятие добропорядочного отца семейства (bonus pater familias) в римском праве. *Закон и жизнь*, 8/4, 260–264.
127. Шаркова, І. М. (2011). *Принцип добросовісності в римському приватному праві історія та сучасність*. (В. Ф. Опришко, Ред.). КНЕУ.
128. Шатрава, С. О. (2013). Дискреційні повноваження працівників ОВС як корупційний ризик в діяльності органів внутрішніх справ. *Порівняльно-аналітичне право*, 2, 276–277.
129. Ariew, R. (Ed.). (2000). *G. W. Leibniz and Samuel Clarke. Correspondence*. Hackett.
130. Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation. [1947] EWCA Civ 1 (10 November 1947) [1948] 1 KB 223. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1947/1.html>
131. Ballentine, J. A. (Ed.). (2005). *A Law Dictionary of Words, Terms, Abbreviations, and Phrases which are Peculiar to the Law and of Those which Have a Peculiar Meaning in the Law, Containing Latin Phrases and Maxims, with Their Translations and a Table of the Names of the Reports and Their Abbreviations*. Lawbook Exchange.
132. Berger, K. P., & Jensen J. O. (2016). Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule: A Safe Harbour for Procedural Management Decisions

by International Arbitrators. *Arbitration International*, 32(3), 415–435.  
<https://doi.org/10.1093/arbint/aiw020>

133. Bridgman, P. W. (1927). *The Logic of Modern Physics*. MacMillan.  
<https://archive.org/details/logicofmodernphy00brid/page/n7/mode/2up?ref=ol&view=theater>

134. Cambridge Dictionary. (n.d.) Meaning of judgment in English. *Cambridge Dictionary*. Retrieved September 20, 2021, from <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/judgment>

135. Campbell, N. R. (1920). *Physics The Elements*. Cambridge University Press. <https://archive.org/details/physicstheelemen029733mbp/page/n3/mode/2up>

136. Chartered Institute of Arbitrators. (n.d.). *Protocol for E-disclosure in Arbitration*. <https://www.ciarb.org/media/1272/e-isclosureinarbitration.pdf>

137. Codice Civile Italiano № 1942–XX n. 262. (Marzo 16, 1942). <https://www.codice-civile-online.it/>

138. Código Civil de España № BOE-A-1889-4763 (Julio de 24, 1889) [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

139. Culda, S. (2018). The Principle Of Party Disposition In Civil Lawsuits. *Fiat Iustitia*, 12(2), 46–53.

140. Di Pietro, D., & Platte, M. (2001). *Enforcement of International Arbitration Awards. The New York Convention of 1958*. Cameron May.

141. Dworkin, R. (2013). *Taking Rights Seriously*. A&C Black.

142. Eckhart. (2009). *The complete mystical works of Meister Eckhart*. (Walshe M. O. C. & McGinn B., Eds.). Crossroad Pub.

143. Egeland and Hanseid v. Norway. *Concurring opinion of judge Rozakis*. Application no. 34438/04. (16 April 2009). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92246>

144. Federal Act on Private International Law (PILA). (December 18, 1987). [https://fedlex.data.admin.ch/eli/cc/1988/1776\\_1776\\_1776](https://fedlex.data.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776)

145. Festugiere, A. (2023). *Personal Religion Among the Greeks*. University of California Press.



146. Garcia G., & Manuel J. (1993). *Diccionario de jurisprudencia romana*. (3<sup>a</sup> ed). Dykinson.
147. Gesamte Rechtsvorschrift für Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch: Bundesrecht konsolidiert, StF: JGS Nr. 946/1811. (1812) <https://www.ris.bka.gv.at/eli/jgs/1811/946/P0/NOR40198929>
148. Goethe, J. W. (1982). *Naturwissenschaftliche Schriften: Mit binieitungen und Erläuterungen im Text*. (Band V). Rudolf Steiner.
149. Goode, R. (2001). The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration. *Arbitration International*, 17(1), 19–40. <https://doi.org/10.1023/A:1008973626914> .
150. Hague Conference on Private International Law. (2015). *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*. Hague Conference on Private International Law.
151. Halesius, A. (2018). *Summa theologica Halensis: De legibus et praeceptis: Lateinischer Text mit Übersetzung und Kommentar*. De Gruyter.
152. Handyside v. The United Kingdom. Application no. 5493/72. (December 7, 1976). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>
153. Harper, D. (n.d.-a). Etymology of discrete. *Online Etymology Dictionary*. Retrieved April 21, 2022, from <https://www.etymonline.com/word/discrete>
154. Harper, D. (n.d.-b). Etymology of discern. *Online Etymology Dictionary*. Retrieved April 20, 2022, from <https://www.etymonline.com/word/discern>
155. Harper, D. (n.d.-c). Etymology of sophrosyne. *Online Etymology Dictionary*. Retrieved March 5, 2022, from <https://www.etymonline.com/word/sophrosyne>
156. Harper, D. (n.d.-d). Etymology of discretion. *Online Etymology Dictionary*. Retrieved September 15, 2021, from <https://www.etymonline.com/word/discretion>

157. Harper, D. (n.d.-e). Etymology of judgment. *Online Etymology Dictionary*. Retrieved September 15, 2021, from <https://www.etymonline.com/word/judgment>

158. Hegel, G. W. F. (2003). *Elements of the philosophy of right*. (Wood A. W., Ed.). Cambridge University Press.

159. Heidegger, M. (1988). *Vom Wesen der Wahrheit. Zu Platons Höhlengleichnis und Theätet*. (Gesamtausgabe. Abteilung: Vorlesungen 1923 – 1944. Band 34. II). Klostermann.

160. Hobbes, T. (1651). *Leviathan, or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*. McMaster University Archive for the History of Economic Thought. <https://econpapers.repec.org/RePEc:hay:hetboo:hobbes1651a>

161. ICAC. (2023a, Травень). *ICAC висвітлює актуальні питання та практику арбітражу під час воєнного стану на III Ukrainian Arbitration Forum*. <https://icac.org.ua/novyny-ta-publikatsiyi/icac-vysvitlyuye-aktualni-pytannya-ta-praktyku-arbitrazhu-pid-chas-voyennogo-stanu-na-iii-ukrainian-arbitration-forum/>

162. ICAC. (2023b). *Діяльність ICAC у 2022 році*. ICAC.

163. ICAC. (2023c). *Регламент Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України*. [https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Reglament\\_UA\\_2023.pdf](https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Reglament_UA_2023.pdf)

164. ICAC (2015). *Справа № 108 (Рішення від 15 квітня 2015 року)*. <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Case-No.-108.pdf>

165. International Bar Association. (2021a). *Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D>

166. International Bar Association. (2021b). *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>

167. International Chamber of Commerce. (2021, January 1). *Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce*. <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2020/12/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-english-version.pdf>

168. International Law Association. (2008). *International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*. <https://cutt.ly/8wOqb7ky>

169. Jaspers, K. (2016). *Der philosophische Glaube angesichts der Offenbarung* (B. Weidmann, Ed.). Schwabe Verlag. <https://doi.org/10.24894/978-3-7965-4058-5>

170. Kant, I. (2004). *Prolegomena to Any Future Metaphysics: That Will Be Able to Come Forward as Science: With Selections from the Critique of Pure Reason*. (2nd ed., Cambridge Texts in the History of Philosophy). (G. Hatfield, Ed.). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511808517>

171. Kant, I. (1998). *Groundwork of the Metaphysics of Morals* (Cambridge Texts in the History of Philosophy). (M. Gregor, Ed.). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511809590>

172. Kant, I. (1956). *Critique Of Practical Reason. And Other Writings in Moral Philosophy*. (L. W. Beck, Ed.). Bobbs-Merrill.

173. Kelsen, H. (1990). On the theory of interpretation. *Legal Studies*, 10(2), 127–135. <https://doi.org/10.1111/j.1748-121X.1990.tb00595.x>

174. Legifrance (2023). *Code de procédure civile. Livre IV L'arbitrage. (Articles 1442 à 1527). Titre II L'arbitrage international (Articles 1504 à 1527)*. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070716/LEGI\\_SCTA000006117271/#LEGISCTA000023450640](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGI_SCTA000006117271/#LEGISCTA000023450640)

175. Lew, J. D. M., Mistelis, L. A., & Kröll, S. M. (2003). *Comparative international commercial arbitration*. Kluwer law international.

176. Ley de Arbitraje, № 60/2003. (Diciembre 23, 2003). <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/23/60/con>

177. Lietuvos Respublikos civilinio kodekso, № VIII-1864. (Jul 18, 2000). <https://www.e-tar.lt/portal/en/legalAct/TAR.8A39C83848CB/dQwiXgpuoj>
178. Lietuvos Respublikos komercinio arbitražo įstatymas, № I-1274. (Balandis 2, 1996). <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.26964/InzewIVbIJ>
179. Locke, J. (2010). *A Letter concerning Toleration and Other Writings*. Liberty Fund. <http://oll.libertyfund.org/title/2375>
180. Locke, J. (1690). *Two Treatises of Government*. McMaster University Archive for the History of Economic Thought. <https://econpapers.repec.org/RePEc:hay:hetboo:locke1690a>
181. Lord Scarman. (1981). *The Brixton disorders 10-12 April 1981: report of an inquiry*. HMSO.
182. Maître J. B. Bernier. (1929). Droit Public and Ordre Public. *Transactions of the Grotius Society*, 15, 83–91. <http://www.jstor.org/stable/742754>
183. Matussek, P. (2010). *Es ist das Höchste, wozu es der Mensch bringt: Das Aperçu bei Goethe*. In: O., Akio, T., Kazuhiko & T., Dieter (Ed.) *Wie alles sich zum Ganzen webt. Festschrift für Yoshito Takahashi zum 65. Geburtstag* (pp. 103–115). Stauffenburg Verlag. [http://peter-matussek.de/Pub/A\\_71.pdf](http://peter-matussek.de/Pub/A_71.pdf)
184. Merriam-Webster. (n.d.). Judicial activism. *Merriam-Webster Legal Dictionary*. Retrieved May 5, 2022, from <https://www.merriam-webster.com/legal/judicial%20activism>
185. Milan Chamber of Arbitration. (2023, March 2) *The Arbitration Rules of the Milan Chamber of Arbitration*. <https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/arbitrato/cam%20arbitration%20rules-2023.pdf>
186. Nappert, S. (2019). International Arbitration as a Tool of Global Governance: The Use (and Abuse) of Discretion. *The Oxford Handbook of Institutions of International Economic Governance and Market Regulation*. (B., Eric, J.-M. Glachant, & J. Sgard, Eds.) Oxford Academic. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2994914>
187. Nietzsche, F. (1968). *The Will to Power*. Vintage books.

188. O rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů : Zákon Česko No 216/1994. (Listopad 1, 1994). <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1994-216>
189. On online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR), Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council. (May 21, 2013). <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2013/524>
190. On the law applicable to contractual obligations (Rome I), Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council. (June 17, 2008). <http://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj>
191. On the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council. (July 11, 2007). <http://data.europa.eu/eli/reg/2007/864/oj>
192. Park, W. W. (1983). The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration. *The International and Comparative Law Quarterly*, 32(1), 21–52. [https://scholarship.law.bu.edu/faculty\\_scholarship/2511](https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/2511)
193. Pertegás M., Marshall B. (2014). Party Autonomy and its Limits: Convergence Through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. *Brooklyn Journal of International Law*, 39(3), 975–1003. <https://ssrn.com/abstract=2765438>
194. Prague Rules Workgrup. (2018). *Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules)*. [https://praguerules.com/prague\\_rules/](https://praguerules.com/prague_rules/)
195. Pragerules Workgrup. (n.d.). *Report from the Prague Rules inaugural conference*. <https://praguerules.com/news/report-from-the-prague-rules-inaugural-conference/>
196. Queen Mary University and White & Case. (2015). *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*. <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/index.html>
197. Romanian Chamber of Commerce and Industry (2005). *Arbitral award of Court of International Commercial Arbitration of the Romanian*

*Chamber of Commerce and Industry*, 29.09.2005, № 261. UNILEX.  
<http://www.unilex.info/principles/case/2038>

198. Sanders, P. (Ed.) (1967). *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*. Martinus Nijhoff.

199. Sartre, J. P. (1957). *Being and Nothingness: An Essay on Phenomenological Ontology* (H. E. Barnes, Transl.). Methuen.

200. SCC Arbitration Institute. (2023, January 1) *Arbitration Rules of the SCC Arbitration Institute Adopted by the Stockholm Chamber of Commerce*.  
[https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2023-03/1.-scc\\_arbitration\\_rules\\_2023.pdf](https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2023-03/1.-scc_arbitration_rules_2023.pdf)

201. Schiller F. (n.d.). *Ueber Anmuth und Würde*. Projekt-Gutenberg-De.  
<https://www.projekt-gutenberg.org/schiller/anmutwde/anmutwde.html>

202. Schopenhauer, A. (1903). *The basis of morality*. Sonnenschein.

203. Swiss Arbitration Centre. (2022) *Supplemental Swiss Rules for Corporate Law Disputes*. [https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2022/11/Supplemental-Swiss\\_Rules\\_for\\_Corporate\\_Law\\_Disputes\\_EN.pdf](https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2022/11/Supplemental-Swiss_Rules_for_Corporate_Law_Disputes_EN.pdf)

204. Swiss Arbitration Centre. (2021). *Swiss Rules of International Arbitration (Swiss Rules)*. <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2023/08/Swiss-Rules-2021-EN.pdf>

205. Swiss Civil Code. (December 10, 1907).  
[https://fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233\\_245\\_233](https://fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233)

206. Swiss Civil Procedure Code. (December 19, 2008).  
<https://fedlex.data.admin.ch/eli/cc/2010/262>

207. The IBA Arbitration Guidelines and Rules Subcommittee. (2016, September). *Report on the reception of the IBA arbitration soft law products*.  
<https://www.ibanet.org/document?id=Subcommittee-on-Arbitration-Guidelines-and-Rules-IBA-soft-law-products-Sept-2016> C. 8-9.

208. Trykhlil, K. (2016, April 21–22). *The doctrine of the «margin of appreciation» in the case-law of the European Court of Human Rights* in them:

Interdisciplinary approach to law in modern social context [Conference session]. Conference papers of the 4th International Conference of PhD Students and Young Researchers, Vilnius, Lithuania.

209. Uchkunova, I. (2013, January 29). *Arbitral, Not Arbitrary Part I: Limits to Arbitral Discretion in ICSID Arbitration*. *Kluwer Arbitration Blog*. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/01/29/arbitral-not-arbitrary-part-i-limits-to-arbitral-discretion-in-icsid-arbitration/>

210. UNCITRAL. (2021). *United Nations Commission On International Trade Law Arbitration Rules*. [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/21-07996\\_expedited-arbitration-e-ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/21-07996_expedited-arbitration-e-ebook.pdf)

211. UNCITRAL. (2012). *Uncitral 2012 digest of case law on the model law on international commercial arbitration*. United Nations. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf>

212. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985. (2006). [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955\\_e\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf)

213. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. (2016). <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>

214. UNILEX. (2013). *Case no. 19127*. <http://www.unilex.info/principles/case/2203>

215. UNILEX. (2003). *Case no. 12123*. <http://www.unilex.info/principles/case/1428>

216. UNILEX. (n.d.-a). *Unidroit Principles Cases*. <https://www.unilex.info/principles/cases/date/all>

217. UNILEX. (n.d.-b). *Unidroit Principles Instrument*. <https://www.unilex.info/instrument/principles>

218. Velyvis S., & Misevičiūtė R. A. (Eds.). (2010). *Misevičiūtė Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae = Imperatoriaus Justiniano Digestai, arba Pandektos*. (1 knyga: I-XXII skyriai). Registru centras.

219. Vinnyk, O. (2022). Digital rights and digital responsibilities amidst war and other threats to social welfare. *Entrepreneurship, Economy and Law*, 2, 101–107. <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2022.2.16>

220. Zaporozhchenko, A. (2022). The prospective effect of a plea agreement on the judge's discretion and of an arbitration agreement on the arbitrator's discretion: comparative legal aspect. *Entrepreneurship, Economy and Law*, 3, 116–121. <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2022.3.18>



**ДОДАТОК А**  
**СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ ТА**  
**ВІДОМОСТІ ПРО АПРОБАЦІЮ РЕЗУЛЬТАТІВ ДИСЕРТАЦІЇ**

*Статті у наукових виданнях, включених на дату опублікування до переліку наукових фахових видань України:*

14. Гайдулін О. О., Запорожченко А. В. Компаративна інтерпретація понять законодавчого регулювання та правової дискреції: досвід Казахстану та перспективи для України. Часопис Київського університету права. 2018. № 3. С. 26-29.

15. Запорожченко А. Дискреція та автономія волі в міжнародному арбітражі: розмежування базових понять. Підприємництво господарство і право. 2020. № 12. С. 305-310. DOI: <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.53>

16. Zaporozhchenko A. The prospective effect of a plea agreement on the judge's discretion and of an arbitration agreement on the arbitrator's discretion: comparative legal aspect. *Entrepreneurship, Economy and Law*. 2022. № 3. P. 116-121. DOI: <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2022.3.18>

17. Запорожченко А. В. Революційна правосвідомість від широти дискреції до свавілля та суцільної зарегульованості. *Juris Europensis Scientia*. 2023. Вип. 1. С. 3-7. DOI: <https://doi.org/10.32782/chern.v1.2023.1>

*Публікації, що підтверджують апробацію матеріалів дисертації:*

18. Запорожченко А. В. Застосування принципу розумності утвердження принципу верховенства права у контексті реалізації Угоди про асоціацію Україна ЄС. *Наближення законодавства України до права Європейського Союзу в контексті Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом: Збірник матеріалів міжнародної науково-практичної конференції (9 грудня 2019 року) ред. кол.: Кузьменко О.В., Чорна В.Г. Київ: Кафедра, 2019. С. 41-44.*

19. Запорожченко А. В. Межі суддівської та арбітражної дискреції через призму конкуренції юрисдикцій. *Судова влада в системі стримувань та противаг демократичного суспільства: компаративна теорія і практика*: матер. Всеукр. наук.-практ. конф. (15 січня 2021 р.) ред. кол.: Ф. П. Шульженко та ін. Київ: Юрінком Інтер, 2021. С. 69-71.

20. Запорожченко А. В. Двосторонній інвестиційний договір як підстава для застосування розсуду міжнародним інвестиційним арбітражем. *Договір як універсальна форма правового регулювання*: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної онлайн-конференції присвяченої до 30-річчя Навчально-наукового юридичного інституту (м. Івано-Франківськ, 25 березня 2022 р.). Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2022. С. 71-73.

21. Запорожченко А. В. Інституціоналізація міжнародного інвестиційного арбітражу в Україні під час війни: необхідність та світові тренди. *Правове регулювання фінансових послуг: національний, європейський, глобалізаційний виміри* матер. науково-практичного круглого столу (м. Суми, 27 січня 2023 р.). Суми Сумський державний університет, 2023. С. 59-63.

22. Запорожченко А. В. Недійсність арбітражної угоди через недобросовісні дії однієї з сторін. *Договір як універсальна форма правового регулювання*: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції присвяченої пам'яті академіка Національної академії правових наук України, заслуженого діяча науки і техніки України, доктора юридичних наук, професора Володимира Васильовича Луця (1933-2021) (м. Івано-Франківськ, 7 квітня 2023 р.). Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2023. С. 178-181.

23. Запорожченко А. В. Дискреція та розсуд суду при вирішенні житлових спорів. *Правові засади як основа регламентації та регулювання житлових відносин в умовах воєнного часу*: збірник матеріалів науково-практичного круглого столу (м. Київ, 19 травня 2023 р.). Київ: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г.

Бурчака НАПрН України, 2023. С. 111-117.

24. Запороженко А. В. Вплив процесуальних норм права на процедуру розгляду спорів у міжнародному комерційному арбітражі. *Імплементція міжнародних стандартів у цивільне та господарське судочинство України*: збірник матеріалів Шостого науково-практичного круглого столу (м. Київ, 15 червня 2023 р.) упорядник В. М. Короленко. Київ: Електрон. текст. дані. НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2023. С. 50-55.

*Опубліковані праці, які додатково відображають наукові результати дисертації:*

25. Запороженко А. В. Межі розсуду сторін арбітражного розгляду: обґрунтування задуму дослідження. *Ius Privatum (legal doctrine and practice правова доктрина і практика)*. 2020. № 7-8 (1-2). С. 77-83. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4957215>

26. Запороженко А. В. Основні концепції розсуду в теорії арбітражу. *Правове забезпечення ринкових відносин в умовах громадянського суспільства*: збірник наукових праць. Київ: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2022. С. 309-329.

*Відомості про апробацію результатів дисертації:*

Основні результати дослідження були оприлюднені на науково-практичних конференціях і круглих столах: Міжнародній науково-практичній конференції «Наближення законодавства України до права Європейського Союзу в контексті Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом» (м. Київ, 9 грудня 2019 року); Всеукраїнській науково-практичній конференції «Судова влада в системі стримувань та противаг демократичного суспільства: компаративна теорія і практика» (м. Київ, 15 січня 2021 року); Всеукраїнській науково-практичній онлайн-конференції, присвяченій 30-річчю Навчально-наукового юридичного

інституту «Договір як універсальна форма правового регулювання» (м. Івано-Франківськ, 25 березня 2022 року); Науково-практичному круглому столі «Правове регулювання фінансових послуг: національний, європейський, глобалізаційний виміри» (Суми, 27 січня 2023 року); Всеукраїнській науково-практичній конференції, присвяченій пам'яті академіка Національної академії правових наук України, заслуженого діяча науки і техніки України, доктора юридичних наук, професора Володимира Васильовича Луця (1933–2021) «Договір як універсальна форма правового регулювання» (м. Івано-Франківськ, 7 квітня 2023 року); Науково-практичному круглому столі «Правові засади як основа регламентації та регулювання житлових відносин в умовах воєнного часу» (м. Київ, 19 травня 2023 року); Шостому науково-практичному круглому столі «Імплементация міжнародних стандартів у цивільне та господарське судочинство України» (м. Київ, 15 червня 2023 року).

**ДОДАТОК Б**  
**ПРОПОЗИЦІЇ ДО РЕГЛАМЕНТУ МІЖНАРОДНОГО**  
**КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖНОГО СУДУ ПРИ ТОРГОВО-**  
**ПРОМИСЛОВІЙ ПАЛАТІ УКРАЇНИ**

1. З метою недопущення затягувань у справі, зловживання правами, та випадків свавільної поведінки відповідача можливо передбачити в ст. 21 Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України (далі – Регламент ІСАС) норму нової частини 4:

*«Ненадання відповідачем відзиву на позовну заяву не перешкоджає продовженню арбітражного розгляду».*



Ця норма стане аналогічною з ч. 3 ст. 9 Регламенту Арбітражного інституту Торгової палати Стокгольма (SCC): «Відсутність відповіді відповідача не перешкоджає арбітражному провадженню (Failure by the respondent to submit an answer shall not prevent the arbitration from proceeding)», ч. 4 ст. 11 Регламенту Міланської арбітражної палати (САМ): «Якщо Відповідач не подає відзив або не бере участі у будь-якій іншій стадії арбітражного розгляду, арбітражний розгляд продовжується без цих дій (Where Respondent does not file its reply or does not attend any other phase of the proceedings, the arbitration shall proceed without it)», ч. 2 ст. 5 Регламенту Міжнародної торгової палати (ІСС): «Секретаріат може продовжити строк подання Відповіді відповідачем за умови, що клопотання про таке продовження містить зауваження або пропозиції відповідача щодо кількості арбітрів та їхнього вибору, а також, якщо цього вимагають Статті 12 та 13, щодо кандидатури арбітра. *Якщо відповідач не зробить цього, Суд діє відповідно до Регламенту.* (The Secretariat may grant the respondent an extension of the time for submitting the Answer, provided the application for such an extension contains the respondent's observations or proposals concerning the number of arbitrators and their choice and, where required by Articles 12 and 13, the nomination of an arbitrator. *If the respondent fails to do so, the Court shall*

*proceed in accordance with the Rules»). Окрім того, згідно ч. 5 ст. 4 «Швейцарського Регламенту» Швейцарського арбітражного центру: «Якщо не заявлено зустрічного позову, позову за пунктом 1 Статті 6, заліку зустрічних вимог або не надано відповіді на Повідомлення про арбітраж, або якщо не зазначено суму такого позову чи заперечення, Суд може покладатися виключно на Повідомлення про арбітраж для того, щоб визначити можливість застосування пункту 1 Статті 42 (Прискорена процедура). (If no counterclaim, claim under Article 6(1) or set-off defence is raised or no Answer to the Notice of Arbitration is submitted, or if there is no indication of the amount of such claim or defence, the Court may rely exclusively on the Notice of Arbitration in order to determine the possible application of Article 42(1) (Expedited Procedure)»).*

2. Стаття 49 Регламенту ІСАС, містить схоже до пропонованого положення: «...відповідач не подає своїх заперечень щодо позову – склад Арбітражного суду продовжує розгляд, не розцінюючи таке неподання саме по собі як визнання тверджень позивача». Але ця норма апелює до неподання відповідачем «заперечень щодо позову», а не до відзиву. До того ж, окремо хочеться виділити ліберальність з якою викладено норму ст. 49 Регламенту щодо неподання заперечень проти позову, натомість імперативність подібних норм у регламентах інших арбітражних інституцій, окрім наведеної норми «Швейцарського регламенту». Тому запропоновано виключити цю норму з Регламенту ІСАС.

3. Конструкція «заперечення щодо позову» у Регламенті ІСАС застосовується в тому ж значенні що й відзив, але це не стає відомо з тексту напряду, лише шляхом тлумачення п. 5 ч. 1 ст. 20 Регламенту ІСАС. Саме тому доцільною є уніфікація цих термінів, або введення у текст уточнення що заперечення проти позову в Регламенті ІСАС розуміються не як окремий документ, а як частина відзиву.

**ДОДАТОК В**  
**СИЛАБУС НАВЧАЛЬНОЇ ДИСЦИПЛІНИ «ПРОВОА**  
**ГЕРМЕНЕВТИКА СУДОВОГО ТА АРБІТРАЖНОГО РОЗСУДУ»**

	<p><b>Силабус</b>  <b>навчальної дисципліни</b>  <b>«Правова герменевтика судового та арбітражного розсуду»</b></p> <p><b>галузь знань: 08 Право</b>  <b>спеціальність: 081 Право</b></p> <p>освітньо-наукова програма: <b>доктор філософії (PhD)</b>          спеціалізація: <b>цивільне право та господарське право</b>          кваліфікація: <b>доктор філософії (PhD)</b></p>
	<p><b>Рівень вищої освіти</b></p>
<p><b>Статус дисципліни</b></p>	<p>Навчальна дисципліна вибіркового компонента з фахового переліку</p>
<p><b>Семестр</b></p>	<p>5 (п'ятий)</p>
<p><b>Обсяг дисципліни, кредити ЄКТС/ загальна кількість годин</b></p>	<p>2 кредити ЄКТС / 60 годин</p>
<p><b>Мова викладання</b></p>	<p>Українська, англійська</p>
<p><b>Фото, ШБ, науковий ступінь, вчене звання наукового працівника (викладача дисципліни)</b></p>	<div style="text-align: center;">  </div> <p style="text-align: center;">Запорожченко Аркадій Віталійович</p>

Контактні дані наукового працівника (викладача дисципліни)	
Наукометричні профілі та/чи веб-сторінки наукового працівника (викладача дисципліни)	<p>ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0003-3973-715X">https://orcid.org/0000-0003-3973-715X</a></p> <p>Google Scholar:  <a href="https://scholar.google.com/citations?user=wWrV4XEAAAAAJ&amp;hl=uk">https://scholar.google.com/citations?user=wWrV4XEAAAAAJ&amp;hl=uk</a></p> <p>Web of Science ResearcherID:  <a href="https://www.webofscience.com/wos/author/record/2806605">https://www.webofscience.com/wos/author/record/2806605</a></p> <p>Academia.edu: <a href="https://independent.academia.edu/Arkadii_Zaporozhchenko">https://independent.academia.edu/Arkadii_Zaporozhchenko</a></p>
Опис дисципліни до 1000 знаків	<p><b>Правова герменевтика судового та арбітражного розсуду (<i>Legal hermeneutics of judicial and arbitration discretion</i>)</b> – це навчальна дисципліна, які націлена на пошук та виявлення засад розв’язання за допомогою розсуду та дискреції юридичних ситуацій що виникають під час здійснення правосуддя, а також вирішення спорів за допомогою альтернативних засобів.</p> <p>Дисципліну розроблена для цільової аудиторії здобувачів ступеня доктора філософії та є елементом комплексного науково-дидактичного забезпечення високої кваліфікації аспірантів, які будуть конкурентоздатними та адаптованими до викликів професійної юридичної діяльності спеціалістами в контексті розв’язання комплексних проблем як практичного, так і дослідницького спрямування, які пов’язані з розсудом.</p> <p>Навчальна дисципліна входить до вибіркової компоненти навчальної програми, та спрямована на покращення знань про розсуд та дискрецію, а також теорію та практику їх використання у правовідносинах що виникають під час розгляду судових справ, та вирішення спорів.</p>
Що буде вивчатися (предмет навчання)	Предметом навчальної дисципліни є аксіологія арбітражного та судового розсуду, що репрезентована в цивілістичній доктрині, міжнародно-правових актах, <i>lex mercatoria</i> , актах м’якого права, національному законодавстві України та країн членів Європейського Союзу, а також практиці міжнародних комерційних арбітражів та національних судів.
Чому це цікаво/потрібно вивчати (мета)	<b>Мета вивчення дисципліни</b> має двоєдиний методологічний та науково-прикладний (професійно-орієнтований) характер – (1) сформулювати методологічні настанови щодо розв’язання юридичних ситуацій, що можуть бути виявлені під час участі в арбітражних та судових провадженнях; (2) опанувати основні підходи до розуміння розсуду для проведення науково-правових досліджень у цивілістичній сфері.
Чому можна навчитися (результати навчання)	У результаті вивчення дисципліни аспіранти повинні отримати такі результати навчання:  <b>Знання:</b> основних правових конструкцій якими встановлюються межі розсуду в Україні; провідних доктринальних концепцій сучасного бачення проблематики використання дискреції та розсуду; основного змісту,



	<p>структури та тенденцій розвитку наукової думки щодо розсуду; сутності меж розсуду з огляду на їх особливості у культурно-правових традиціях; сутності процесів уніфікації та європеїзації арбітражного розсуду.</p> <p><b>Уміння:</b> виявляти загальне та особливе в певній юридичній ситуації; виявляти вихідні мета-теоретичні засади розв'язання проблем правореалізації, застосування аналогії права, як вищої форми розсуду – дискреції, у ситуаціях, пов'язаних з подоланням прогалин у праві чи випадків зловживання правом.</p>
<p><b>Як можна користуватися набутими знаннями і вміннями (компетентності)</b></p>	<p><b>Комунікація:</b> здатність віднаходити можливості до консенсуального узгодження альтернативного розсуду сторін арбітражного розгляду та судового провадження, з метою вирішення конкретних юридичних ситуацій які можуть виникати. Застосування отриманих навичок для організації правових науково-дослідних робіт, зрозуміло доводити та ефективно роз'яснювати власну позицію у випадку наявності прогалин у праві, необхідності договірного врегулювання тих чи інших питань правореалізації.</p> <p><b>Автономність та відповідальність:</b> усвідомлювати особисту відповідальність за прийняття рішень як арбітра чи судді, необхідність об'єктивності у випадку участі в регулюванні спору як медіатора.</p>
<p><b>Навчальна логістика</b></p>	<p><b>Зміст навчальної дисципліни:</b></p> <p>Тема 1. Основні загальні теоретичні концепції розсуду у їх історичному розвитку</p> <p>Тема 2. Поняття та типологія розсуду у теорії права, цивільного процесу та арбітражу</p> <p>Тема 3. Загальні законодавчі засади визначення меж розсуду</p> <p>Тема 4. Матеріальні норми цивільного та господарського законодавства які встановлюють межі розсуду.</p> <p>Тема 5. Нормативно-правові межі розсуду за процесуальним та колізійним законодавством</p> <p>Тема 6. Норми арбітражного законодавства, які регулюють розсуд, аналогію та дискрецію</p> <p>Тема 7. Гармонізація та уніфікація процедур судового та арбітражного розсуду в європейських країнах: міжнародні та європейські засоби.</p> <p>Тема 8. Приватноправові засоби гармонізації національних інститутів судового та арбітражного розсуду.</p> <p>Методи навчання: класична лекція, навчальна дискусія, інтерактивне спілкування.</p> <p>Форми навчання: очна, дистанційна</p>
<p><b>Оцінювання (за різні форми участі в заняттях, усього за семестр, за іспит чи залік)</b></p>	<p>Протягом курсу навчання застосовуються: поточний контроль: відвідування лекційних занять; обговорення теоретичних питань та особливостей їх застосування на практичному занятті; захист домашнього завдання та виконання завдань, передбачених планом самостійної роботи. Підсумковий контроль: іспит.</p> <p>На 5-х семінарських заняттях проводиться оцінювання поточних знань здобувачів. Оцінювання проводиться за чотирибальною шкалою. Максимальна оцінка за семінарські заняття – 20 балів.</p> <p><b>4 б.</b> – вичерпна і глибока відповідь на питання семінарського заняття. Здобувач виявив всебічне, систематичне й глибоке знання матеріалу,</p>

глибоко засвоїв основну й додаткову літературу з теми, рекомендовану планом. Доповідає активно й упевнено, не прив'язаний до конспекту. Відповідь вирізняється багатством і точністю використаних термінів. Матеріал викладається послідовно й логічно. У розумінні та викладі навчального матеріалу здобувач вищої освіти виявляє науковий підхід і творчі здібності. Після завершення доповіді відповідає на всі питання викладача та здобувачів вищої освіти навчальної групи (викладач має право поставити до трьох коротких питань за темою заняття загалом).

**3 б.** – здобувач виявляє достатньо повне знання матеріалу, не припускається у відповіді суттєвих недоліків, засвоїв основну літературу, рекомендовану викладачем у плані семінарського заняття. Дає відповіді на запитання викладача та інших здобувачів вищої освіти. Часто звертається до конспекту.

**2 б.** – здобувач виявляє знання матеріалу в обсязі, достатньому для подальшого навчання і роботи за спеціальністю. Доповідач прикутий до конспекту, без допомоги якого у матеріалом володіє не достатньо, припускається помилок. Матеріал частково розкриває проблему. Відповідає на поставлені запитання з помилками, однак спроможний зі сторонньою допомогою виправити їх.

**0 б.** – здобувач читає з конспекту. Матеріал розкриває проблему поверхово чи фрагментарно. На запитання викладачів та інших здобувачів вищої освіти відповісти не може. Відповіді немає або вона абсолютно не розкриває сутності питання.

Шосте семінарське заняття присвячено захисту здобувачем своєї самостійної домашньої наукової роботи. За виконання цього завдання він може отримати максимальну оцінку 30 балів. Оцінювання відбувається наступним чином:

**21-30 балів** – здобувачем було обрано тему свого домашнього наукового завдання, підібрано літературу, вірно визначено предмет і об'єкт дослідження, поставлено та досягнуто мету, роботу підготовлено з дотриманням вимог академічної доброчесності з рівнем унікальності тесту більше 70%, роботу було опубліковано у зарубіжному або українському фаховому виданні або у збірнику тез доповідей міжнародної чи всеукраїнської наукової конференції;

**11-20 балів** – здобувачем було обрано тему свого домашнього наукового завдання, підібрано літературу, з окремими недоліками визначено предмет і об'єкт дослідження, недостатньо чітко поставлено, проте досягнуто мету, роботу було опубліковано у зарубіжному або українському фаховому виданні або у збірнику тез доповідей міжнародної, всеукраїнської, регіональної наукової конференції або лише прийнято до друку;

**0-10 балів** – здобувачем було обрано тему свого домашнього наукового завдання, недостатньо повно підібрано літературу, з серйозними недоліками визначено предмет і об'єкт дослідження, недостатньо чітко поставлено, а тому не досягнуто мету, роботу було лише прийнято до друку або відмовлено у цьому.

	<p><b>Критерії оцінювання знань під час проведення екзамену</b></p> <p><b>40-50 балів</b> – «відмінно» – здобувач повністю виконав завдання та надав вірне розкриття питань;</p> <p><b>30-39 балів</b> – «добре» – здобувач виконав завдання та допустив незначні помилки, при розкритті питань, що суттєво не впливають на загальний висновок;</p> <p><b>20-29 балів</b> – «задовільно» – здобувач надав ідею розв’язання завдання, але у розрахунках або в юридичних висновках існують значні помилки, при розкритті питань, які приводять до викривлення рішення;</p> <p><b>0-19 балів</b> – «незадовільно» – здобувач не може виконати завдання або робить принципові помилки, які викривлюють усе рішення щодо розкриття питань</p>
<b>Політика щодо дедлайнів та перескладання</b>	Роботи, які здаються із порушенням строків і термінів без поважних причин, оцінюються на нижчу оцінку. Перескладання контролів відбувається із дозволу лектора за наявності поважних причин (наприклад, лікарняний, відрядження тощо)
<b>Політика щодо академічної доброчесності</b>	Списування під час зрізів знань і контролів на практичних заняттях та екзамені заборонено (зокрема і з використанням мобільних девайсів). Наукові роботи – статті, тези доповідей, есе, реферати та інші творчі завдання повинні мати коректні текстові посилання на релевантні статті, монографічні та інші видання, нормативно-правові акти
<b>Політика щодо відвідування</b>	Відвідування занять є обов’язковим. За об’єктивних причин (наприклад, хвороба, міжнародне стажування, участь у науковому заході) навчання може відбуватись індивідуально (в он-лайн формі за погодженням)
<b>Пререквізити</b>	Наявність знань з філософії права; методології, організації та технології наукових досліджень; актуальних проблем теорії держави і права; цивільного та господарського права; міжнародного приватного права та ін.
<b>Пореквізити</b>	Знання з курсу можуть бути використані під час підготовки кваліфікаційних наукових праць, здійснення професійної практичної діяльності у сфері економіки, здійснення професійної діяльності у сфері науки та/або освіти та ін.
<b>Інформаційне забезпечення з фонду та репозитарію</b>	<p>Список авторських джерел для навчання:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Гайдулін О. О., Запорожченко А. В. Компаративна інтерпретація понять законодавчого регулювання та правової дискреції: досвід Казахстану та перспективи для України. Часопис Київського університету права. 2018. № 3. С. 26-29.</li> <li>2. Запорожченко А. Дискреція та автономія волі в міжнародному арбітражі: розмежування базових понять. Підприємництво господарство і право. 2020. № 12. С. 305-310. DOI: <a href="https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.53">https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.53</a></li> <li>3. Zaporozhchenko A. The prospective effect of a plea agreement on the judge’s discretion and of an arbitration agreement on the arbitrator’s discretion: comparative legal aspect. Entrepreneurship, Economy and Law. 2022. № 3. P. 116-121. DOI: <a href="https://doi.org/10.32849/2663-5313/2022.3.18">https://doi.org/10.32849/2663-5313/2022.3.18</a></li> <li>4. Запорожченко А. В. Революційна правосвідомість – від широти</li> </ol>

	<p>дискреції до свавілля та суцільної зарегульованості. <i>Juris Europensis Scientia</i>. 2023. Вип. 1. С. 3-7. DOI: <a href="https://doi.org/10.32782/chern.v1.2023.1">https://doi.org/10.32782/chern.v1.2023.1</a></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>5. Запорожченко А. В. Межі суддівської та арбітражної дискреції через призму конкуренції юрисдикцій. Судова влада в системі стримувань та противаг демократичного суспільства: компаративна теорія і практика: матер. Всеукр. наук.-практ. конф. (15 січня 2021 р.) / ред. кол.: Ф. П. Шульженко та ін. Київ: Юрінком Інтер, 2021. С. 69-71.</li> <li>6. Запорожченко А. В. Двосторонній інвестиційний договір як підстава для застосування розсуду міжнародним інвестиційним арбітражем. Договір як універсальна форма правового регулювання: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної онлайн-конференції присвяченої до 30-річчя Навчально-наукового юридичного інституту (м. Івано-Франківськ, 25 березня 2022 р.). Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2022. С. 71-73.</li> <li>7. Запорожченко А. В. Інституціалізація міжнародного інвестиційного арбітражу в Україні під час війни: необхідність та світові тренди. Правове регулювання фінансових послуг: національний, європейський, глобалізаційний виміри : матер. науково-практичного круглого столу (м. Суми, 27 січня 2023 р.). Суми : Сумський державний університет, 2023. С. 59-63.</li> <li>8. Запорожченко А. В. Недійсність арбітражної угоди через недобросовісні дії однієї з сторін. Договір як універсальна форма правового регулювання: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції присвяченої пам'яті академіка Національної академії правових наук України, заслуженого діяча науки і техніки України, доктора юридичних наук, професора Володимира Васильовича Луця (1933-2021) (м. Івано-Франківськ, 7 квітня 2023 р.). Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2023. С. 178-181.</li> <li>9. Запорожченко А. В. Дискреція та розсуд суду при вирішенні житлових спорів. Правові засади як основа регламентації та регулювання житлових відносин в умовах воєнного часу: збірник матеріалів науково-практичного круглого столу (м. Київ, 19 травня 2023 р.). Київ: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2023. С. 111-117.</li> <li>10. Запорожченко А. В. Вплив процесуальних норм права на процедуру розгляду спорів у міжнародному комерційному арбітражі. Імплементация міжнародних стандартів у цивільне та господарське судочинство України: збірник матеріалів Шостого науково-практичного круглого столу (м. Київ, 15 червня 2023 р.) / упорядник В. М. Короленко. Київ: Електрон. текст. дані. НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2023. С. 50-55.</li> <li>11. Запорожченко А. В. Межі розсуду сторін арбітражного розгляду: обґрунтування задуму дослідження. <i>Ius Privatum (legal doctrine and practice / правова доктрина і практика)</i>. 2020. № 7-8 (1-2). С. 77-83. DOI: <a href="https://doi.org/10.5281/zenodo.4957215">https://doi.org/10.5281/zenodo.4957215</a></li> <li>12. Запорожченко А. В. Основні концепції розсуду в теорії арбітражу. Правове забезпечення ринкових відносин в умовах громадянського суспільства: збірник наукових праць. Київ: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2022. С. 309-329</li> </ol>
<p><b>Локація та матеріально-технічне забезпечення</b></p>	<p>Зала засідань (каб. № 10), відеосистема, трансляція, презентації на екрані широкоформатного монітора</p>

<b>Семестровий контроль, екзаменаційна методика</b>	Іспит, оцінювання самостійної наукової роботи
<b>Оригінальність навчальної дисципліни</b>	Авторський курс
<b>Лінк на дисципліну</b>	