

Участь *amicus curiae* було привнесено до інвестиційного арбітражу з американської правової традиції, що допускає участь неурядових організацій для захисту порушень, на їх думку, прав людини чи захист довкілля тощо.

Таким чином, інвестиційний арбітраж через особливий статус відповідача (держави – суб'єкта владних повноважень) запозичив певні елементи міжнародного публічного права, які відображаються перш за все в особливому приватно-публічному механізмі формування арбітражної угоди та певному обмеженні принципу конфіденційності. З іншого боку, певні доктрини міжнародного публічного права знаходять свій перегляд з точки зору приватноправових принципів, що передусім виражається в можливості віднесення контрактних зобов'язань держави до міжнародних на підставі «парасолькової клаузули» та зумовлює відповідальність держави за приватноправові зобов'язання на міжнародному рівні (і, як наслідок компетенцію міжнародних інвестиційних арбітражів у спорах, що, передусім ви-

пливають з приватноправових зобов'язань).

Внаслідок постійно зростаючої кількості справ в інвестиційному арбітражі та суперечливості вже ухвалених арбітражних рішень, з'ясування кожної з вказаних вище проблем потребує подальшого детального дослідження на науковому рівні. Саме чітке наукове з'ясування приватно-публічної основи інвестиційного арбітражу зніме невизначеність на практиці та слугуватиме належним орієнтиром для України в погодженні та підписанні нових двосторонніх угод про захист інвестицій.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *The New World of Unilateral Offers to Arbitrate: Investment Arbitration and EC Merger Control* by Gordon Blanke and Borzu Sabahi // *The International Journal of Arbitration: Mediation and Dispute Management*. – Vol. 74. – 2008. – August. – № 3. – P. 211–224.
2. *Jan Paulsson Arbitration Without Privity*. – 10 ICSID Rev.-FILS 232 (1995).
3. *Affidavit of M.Somarajah in Council of Canadians, CUPV and the Charter Committee on Poverty Issues v. Canada* – P. 4 at http://ita.law.uvic.ca/documents/somarajah_affidavit.pdf.

ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ПРИМИРНОЇ ПРОЦЕДУРИ (МЕДІАЦІЇ) В УКРАЇНІ

Задорожна С. Ф.,

молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

У той час як у світі спостерігається зростання зацікавленості учасників комерційних відносин до альтернативних способів вирішення спорів, сторони договорів, що укладаються в Україні за участю українських сторін, зазвичай розглядають дві можливості для вирішення спорів між собою: державний суд або третейський суд (у т. ч. міжнародний комерційний арбітраж). Якщо сума зовнішньоекономічного договору є незначною, такий договір може передбачати звернення до державного суду за вирішенням спорів, що виникають між сторонами. Це пояснюється здебільшого дешевизною судового розгляду в Україні. Зважаючи на складність виконання іноземних судових рішень в Україні, деякі юристи радять використовувати українські державні суди незалежно від суми договору. Зокрема, ч. 2 статті 4 Угоди про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності [1], надає можливість сторонам обрати державний суд, який буде здійснювати розгляд спору між сторонами.

Незважаючи на той факт, що більшість договорів містять положення, відповідно до якого усі спори мають вирішуватися шляхом переговорів, зазначене положення у більшості випадків є декларативним, і сторони звертаються безпосередньо до судового розгляду або передають спір на вирішення арбітражу залежно від того, який саме спосіб вирішення спорів передбачено угодою сторін.

Насправді значна кількість спорів перед тим, як передавати їх до суду чи арбітражу, могли б бути вирішені сторонами самостійно, якби вони дійсно вдавалися до намагань вирішити спір шляхом дружніх Береговорів. Існує велика кількість причин того, що навіть при бажанні (принаймні на початковій стадії) сторін вирішити спір шляхом переговорів їм це не вдається. Найбільш поширеними причинами є: відсутність у осіб, за-

лучених до вирішення спору, відповідних повноважень; надання помічниками неповної або недостовірної інформації; неправильна оцінка суті справи та імовірності досягнення сприятливого результату.

Законодавство України на сьогодні містить норми щодо альтернативного вирішення спорів. Також питанням альтернативного вирішення спорів присвячено ряд наукових праць, в тому числі цим питанням почали присвячувати праці українські автори. Так, зокрема, даній проблематиці присвячена публікація Діани Проценко «Медіація в Україні зайшла, і це – факт. Тепер їй треба дати можливість проявитися» [2].

Розділ II Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК) [3] «Досудове врегулювання господарських спорів» передбачає, що сторони застосовують заходи досудового врегулювання господарського спору за домовленістю між собою. Порядок досудового врегулювання спорів визначається Господарським процесуальним кодексом України, якщо інший порядок не встановлено діючим на території України законодавством, яке регулює конкретний вид господарських відносин. Таким документом, що визначає правила досудового вирішення спорів, є Господарський кодекс України. Зокрема, стаття 222 «Досудовий порядок реалізації господарсько-правової відповідальності» [4] встановлює такі правила досудового вирішення спорів. Учасники господарських відносин, що порушили майнові права або законні інтереси інших суб'єктів, зобов'язані поновити їх, не чекаючи пред'явлення їм претензії чи звернення до суду. У разі необхідності відшкодування збитків або застосування інших санкцій, суб'єкт господарювання чи інша юридична особа – учасник господарських відносин, чий права або законні інтереси порушено, з метою безпосереднього врегулювання спо-

ру з порушником цих прав або інтересів має право звернутися до нього з письмовою претензією, якщо інше не встановлено законом.

У претензії мають зазначатися:

- повне найменування і поштові реквізити заявника претензії та особи (осіб), якій претензія пред'являється;
- дата пред'явлення і номер претензії;
- обставини, на підставі яких пред'явлено претензію;
- докази, що підтверджують ці обставини;
- вимоги заявника з посиланням на нормативні акти;
- сума претензії та її розрахунок, якщо претензія підлягає грошовій оцінці;
- платіжні реквізити заявника претензії;
- перелік документів, що додаються до претензії.

Документи, що підтверджують вимоги заявника, додаються в оригіналах чи належним чином засвідчених копіях. Документи, які є у другої сторони, можуть не додаватися до претензії.

Претензія розглядається у місячний строк з дня її одержання, якщо інший строк не встановлено Господарським кодексом або іншими законодавчими актами України. Обгрунтовані вимоги заявника одержувач претензії зобов'язаний задовольнити.

При цьому вважаємо, що саме норми Господарського процесуального кодексу України мають бути орієнтиром для сторін, які бажають спробувати вирішити спір між собою без звернення до суду. Зокрема, лише цей документ містить перелік категорій спорів, що можуть бути вирішені у позасудовому порядку. Так варто зауважити, що порядок досудового вирішення спорів, передбачений Господарським процесуальним кодексом, формально поширюється лише на певну категорію спорів, тобто частину спорів, визначених у статті 12 Кодексу (спори підвідомчі господарським судам), що включають:

- справи у спорах, що виникають при укладанні, зміні, розірванні і виконанні господарських договорів, у тому числі щодо приватизації майна, та з інших підстав, крім: (1) спорів про приватизацію державного житлового фонду; (2) спорів, що виникають при погодженні стандартів та технічних умов; (3) спорів про встановлення цін на продукцію (товари), а також тарифів на послуги (виконання робіт), якщо ці ціни і тарифи відпо-відно до законодавства не можуть бути встановлені за угодою сторін; (4) спорів, що виникають із публічно-правових відносин та віднесені до компетенції Конституційного Суду України та адміністративних судів; (5) інших спорів, вирішення яких відповідно до законів України та міжнародних договорів України віднесено до відання інших органів;

– справи про банкрутство;

– справи за заявами органів Антимонопольного комітету України, Рахункової палати з питань, віднесених законодавчими актами до їх компетенції;

– справи, що виникають з корпоративних відносин у спорах між господарським товариством та його учасником (засновником, акціонером), у тому числі учасником, який вибув, а також між учасниками (засновниками, акціонерами) господарських товариств, що пов'язані із створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності цього товариства, крім трудових спорів.

Відповідно до статті 5 ГПК порядок досудового врегулювання господарських спорів не поширюється на

спори про визнання договорів недійсними, спори про визнання недійсними актів державних та інших органів, підприємств та організацій, які не відповідають законодавству і порушують права та охоронювані законом інтереси підприємств та організацій, спори про стягнення заборгованості за опротестованими векселями, спори про стягнення штрафів Національним банком України з банків та інших фінансово-кредитних установ, а також на спори про звернення стягнення на заставлене майно. Якщо проаналізувати разом норми процитованих статей 5 та 12 ГПК, то приходимо до висновку, що перелік спорів, що не можуть вирішуватися в досудовому порядку відповідно до статті 5 ГПК, не є вичерпним. Зокрема вважаємо, що справи про банкрутство та справи за заявами органів Антимонопольного комітету України, Рахункової палати (зазначені в статті 12 ГПК) не можуть розглядатися в досудовому порядку, як, втім, не можуть передаватися на розгляд арбітражу чи на вирішення посередника.

Хоча чинне законодавство України не містить відповідних норм, одним з альтернативних методів вирішення спорів є примирна процедура. Її можна визначити як метод мирного вирішення спорів за допомогою незалежної третьої особи або установи, що використовується сторонами.

Слід зазначити, що крім терміна «примирна процедура» на практиці використовуються також інші: «посередництво», «нейтральна оцінка» та «медіація». Часто вони використовуються як взаємозамінні без будь-якого явного розмежування у значеннях. У інших випадках розмежування проводиться в залежності від стилів процедури чи використовуваних методів. Однак, якщо навіть якому-небудь терміну надається особливе значення, його вживання не є послідовним. Наприклад, відповідно до однієї з відмінностей посередництво означає активну участь третьої особи в процесі приведення сторін до примирного врегулювання, тоді як погоджувальна процедура розглядається як процес в межах якого посередник в примирній процедурі є звичайним посередником в діалозі між сторонами спору. Відповідно до іншої відмінності посередник у примирній процедурі повинен відігравати активну роль, в тому числі висловлювати думку про порівняльні переваги та недоліки справ, наданих сторонами, і робити пропозиції чи рекомендації щодо змісту можливого врегулювання, тоді як звичайний посередник, як бачимо, має утримуватись від використання оціночних методів та швидше сприяти діалогу між сторонами так, щоб це було прийнятно для сторін, які самостійно розробляють та досягають згоди. Ці різні процедури чи підходи, навіть якщо концептуально вони можуть відрізнятися один від одного, на практиці є спектром багатьох методів, які можуть бути вибрані, скомпоновані та пристосовані до очікувань сторін [5].

Щоб визначитися з тим, чи є можливим розвиток примирної процедури в Україні, спершу слід встановити, якими є характеристики спорів та ті чинники, які сприяють або перешкоджають запровадженню примирної процедури в Україні.

Чинники, що перешкоджають поширенню примирної процедури на теренах України, є очевидними. По-

перше, це необізнаність сторін спору про існування можливості вирішення спору без участі суду. По-друге, навіть якщо сторонам відомі такі способи, вони не мають упевненості в їх дієвості, ефективності, перш за все в тому, що буде досягнуто і, головне, де-факто реалізований компроміс, що задовольняє інтереси обох сторін.

Однак вирішальною перепоною, що багато в чому обумовлює існування зазначених стримуючих факторів, є відсутність адекватного законодавчого регулювання як приватноправових і приватно-процесуальних питань посередництва, так і публічно-правової оцінки факту застосування примирних процедур і публічно-правових наслідків угод, досягнутих як результат примирення.

При цьому, хоча Україна перебуває лише на етапі формування вітчизняної моделі відновного правосуддя, варто зазначити, що ідея запровадження інституту примирення (медіації) у вітчизняній системі права підтримується широким колом спеціалістів. Таке зацікавлення відповідає прагненню України до гармонізації національного законодавства із законодавством Європейського Союзу, на теренах якого примирній процедурі приділено значної уваги.

Варто зазначити, що, незважаючи на відсутність спеціального законодавства, в Україні діють спеціальні групи та центри, які активно займаються запровадженням програм примирення та просвітницькою діяльністю у цій сфері [6].

Саме цим пояснюється той факт, що наприкінці січня Міністерством юстиції України на виконання пункту 20 Орієнтовного плану законопроектної роботи на 2007 рік на сайті було розміщено проект Закону України «Про медіацію (примирення)» (далі – Проект або Проект Закону) та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо процедури медіації (примирення)». За словами міністра юстиції Миколи Онищука, вказані законопроекти розроблені з метою приведення національного законодавства до вимог Європейського Союзу та Ради Європи. Дані законопроекти передбачають запровадження в українському судочинстві конкретного механізму забезпечення права сторін на примирення. Зокрема, пропонується впровадити процедуру медіації, яка спрямована на примирення сторін з метою досягнення між ними згоди щодо спірних питань за допомогою посередника (медіатора).

Передбачається, що запровадження інституту примирення в кримінальне, цивільне та господарське законодавство забезпечить більш ефективне вирішення питань відшкодування моральної та матеріальної шкоди [7].

Проект Закону дає визначення медіації (примирення). Так, під медіацією (примиренням) Проект закону розуміє процедуру, спрямовану на примирення сторін, а також досягнення згоди (прийнятного рішення) щодо спірних питань за допомогою медіатора (посередника). Примирна процедура повинна закінчуватися підписанням договору про примирення. Договір про примирення – це договір, який укладається сторонами з метою врегулювання спірних питань на основі взаємних поступок і може стосуватися лише прав та обов'язків сторін та предмета спору.

Проект українського закону має значні відмінності від правил, які визначаються на міжнародному рівні

(що регулюється наступними актами):

Типовий Закон ЮНСІТРАЛ про міжнародну примирну процедуру [8];

Рекомендації Ради Європи щодо посередництва у цивільних справах.

Типовий закон дає визначення примирної процедури, при цьому охоплюючи цим терміном погоджувальну/примирну процедуру та посередництво. Типовий закон розроблено таким чином, щоб він міг застосовуватися як до міжнародної, так і до внутрішньої (державної) примирної процедури.

Обмеження, зроблене законом, полягає у тому, що вказаний закон не застосовується до випадків, коли суддя чи арбітр у ході судового, арбітражного розгляду намагається сприяти врегулюванню спору між сторонами, тобто закон чітко виокремлює примирну процедуру серед інших способів альтернативного вирішення спорів.

У той же час сторонам надається право передбачити строк, протягом якого вони мають дійти згоди та визначити умови. Якщо згоди не вдалося дійти, то спір передається до суду чи арбітражу. При цьому сторони можуть погодити, щоб посередник надалі виступав як арбітр, звичайно за умови дотримання процесуальних правил порушення арбітражної справи. Таким чином, після виникнення спору сторони можуть перейти від примирної процедури до звернення до державного суду. Адже, наприклад, примирний регламент ЮНСІТРАЛ передбачає, що сторони можуть перейти до арбітражного вирішення спору, якщо примирення сторін не можна досягнути. У той же час виконання арбітражного рішення відбувається через звернення до судової системи відповідної держави.

У той же час Проект, розроблений в Україні, застосовується лише щодо спорів, які вже передані на розгляд до компетентного суду. Так процедура медіації (примирення) допускається на будь-якому етапі Проведення у кримінальних, цивільних та господарських справах до видалення суду в нарадчу кімнату для ухвалення рішення (стаття 9 Проекту). Отже, говоримо, що суд застосовує (призначає) примирну процедуру, а не сторони. Також варто зауважити, що Проект закону не містить жодного положення про угоду про звернення до примирення, тобто Проект не передбачає можливості сторін самостійно, на власний розсуд звернутися до примирення замість звернення до суду за вирішенням спору між сторонами.

Таким чином, законодавець України не планує наразі запровадження примирної процедури в її класичному вигляді (як альтернативу державному судовому розгляду), а розглядає лише можливість додаткового способу вирішення спорів, що передані на вирішення державного суду.

Разом з тим, незважаючи на деякі переваги, притаманні примирній процедурі, слід зазначити, що цінність примирної процедури найбільше проявляється в межах довгострокових контрактів, коли виникають питання технічного характеру, невизначеність щодо тлумачення положень договору [9].

Щодо можливості поширення звернення до примирної процедури суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України, то основною перешкодою (поряд з менталі-

тетом) залишається Закон України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті», який змушує сторони звертатися до суду чи арбітражу щоразу, як їм загрожує застосування санкції в «180 днів».

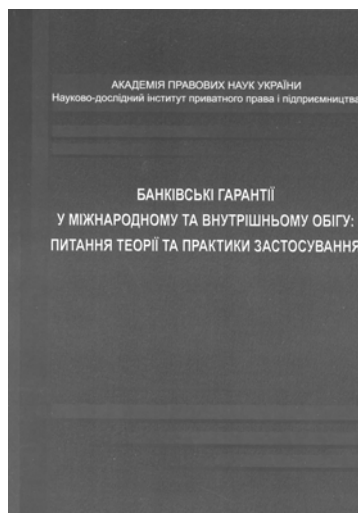
Вважаємо, що підвищення ефективності примирних процедур, забезпечення їхнього гармонійного співіснування з іншими способами вирішення спорів належить до завдань, що мають вирішуватися, перш за все, на законодавчому рівні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Угода* про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності від 20.03.1992 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 12. – Ст. 587.
2. *Проценко Д.* Медіація в Україну зайшла, і це – факт. Тепер їй треба дати можливість проявитися // Юридична газета. – 2008. – № 6 (141), 12 лют. // <http://www.yur-gazeta.com/article/1496/>
3. *Господарський* процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56.
4. *Господарський* кодекс України // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 462.

5. *Урегулирование* торговых сборов. Возможные единообразные положения по некоторым вопросам, касающимся урегулирования торговых споров: письменная форма арбитражного соглашения, обеспечительные меры, согласительная процедура. Записка Генерального секретаря / Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. Рабочая группа по арбитражу. Тридцать третья сессия (Вена, 20 ноября – 1 декабря 2000 года). – С. 30–31. (A/CN.9/WG.II/WP.110)

6. *Жмудь В.* Запровадження процедури медіації (примирення) у законодавстві України // <http://www.minjust.gov.ua/0/11347>
7. *Обговорення* законопроектів «Про медіацію (примирення)» та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо процедури медіації (примирення)» // <http://www.rj.org.ua/node/121>
8. *Доклад* Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать пятой сессии // Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая (A/57/562); Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей ООН (A/RES/57/18).
9. Див: *Доклад* Генерального секретаря: комментарии к пересмотренному проекту Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ (A/CN.9/180) 27 февраля 1980 // Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. – 1980. – Т. XII. – С. 216–252.



Молодик Кирило Юрійович

Банківські гарантії у міжнародному та внутрішньому обігу: питання теорії та практики застосування: Монографія. – Київ – Тернопіль: Підручники і посібники. – 2008. – 176 с.

У монографії на підставі аналізу широкого кола актів вітчизняного законодавства, міжнародного права, наукових монографій та дисертаційних досліджень узагальнені наукові підходи до змісту банківських гарантій, їх практичного застосування. Вперше у вітчизняній науці проаналізовані законодавчі тенденції у розвитку відповідних правовідносин вже після набуття чинності новим ЦК України, а також проведено комплексне дослідження судової практики щодо гарантій, які видавалися протягом останніх років вітчизняними комерційними банками. Робота має економіко-правовий характер з урахуванням комплексного характеру надання відповідних банківських послуг, в яких юридична складова не може бути відірвана від економічної.

Видання розраховано на науковців, аспірантів і студентів юридичних та економічних навчальних закладів, всіх, хто цікавиться актуальними проблемами цивільного та міжнародного приватного права.



Крупчан Олександр, Луць Володимир, Берестова Ірина

Методологічні засади охорони та захисту майнових прав осіб в Україні та ЄС: Монографія / За заг. ред. О. Д. Крупчана. — Тернопіль: Підручники і посібники, 2008. — 160 с.

У монографії розкрито методологічні засади охорони і захисту майнових прав у правових системах України та Європейського Союзу, матеріально-правові та процесуальні форми захисту майнових (виключних) прав інтелектуальної власності на об'єкти авторського права в Україні та ЄС з урахуванням вимог Світової організації торгівлі, правову природу, підстави виникнення і види кондикційних зобов'язань, особливості їх здійснення і звернення з кондикційними позовами при захисті майнових прав, подібні та відмінні риси інституту безпідставного збагачення і практичні проблеми його застосування в Україні та деяких країнах ЄС. Результати дослідження можуть сприяти підвищенню рівня охорони та захисту майнових прав суб'єктів приватного права у відповідних сферах, ефективності нормотворчої та правозастосовчої діяльності в Україні у контексті реалізації євроінтеграційної політики держави.