

6. Ромовська З. В. Українське сімейне право: підручник [для студ. вищ. навч. закл.] / З. В. Ромовська. – К.: Правова єдність, 2009. – 500 с.

7. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40–44. – Ст. 356.

8. Верес І. Я. Договір про сурогатне материнство / І. Я. Верес // Науковий вісник УжНУ. Серія Право. – Вип. 20. – Ч. 2. – Т. 1., 2013. – С. 163–165.

Дутко А. О. Договір как регулятор общественных отношений: особенности конструкции

Речь идет о возрастающей роли договора в семейном праве. Анализируется договорное регулирование семейных отношений. Рассматриваются особенности конструкции семейно-правового договора, а именно: особый субъектный состав, условия, форма договора, его место в общей системе договоров, а также общие требования действительности семейно-правовых договоров.

Ключевые слова: юридическая конструкция, семейно-правовой договор, конструкция договора, субъекты договора, условия договора, форма договора.

Dutko A. O. Contract as a regulator of family relations – construction features

The article deals with the growing role of a contract in family law. The contractual regulation of family relations is analysed. It's also described the features of a design of family law agreement, such as: special subjects, conditions, form of contract, and its place in the general system of contracts and the general requirements for effective family law contracts.

Keywords: legal structure, family law contract, contract structure, subjects of a contract, contract terms, contract form.

Стаття надійшла 18 червня 2013 р.

УДК 347.965.42

В. М. Махінчук

**ДО ПИТАННЯ АЛЬТЕРНАТИВНИХ ПРОЦЕДУР
ВИРІШЕННЯ СУПЕРЕЧНОСТЕЙ
У ПІДПРИЄМНИЦЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ**

Досліджуються форми захисту прав суб'єктами підприємницьких відносин. Простежуються альтернативні процедури врегулювання підприємницьких спорів у контексті зарубіжного досвіду.

Ключові слова: підприємницький спір, господарський процес, арбітраж, медіація, врегулювання спору.

Постановка проблеми. Можливість реалізувати право займатись підприємницькою діяльністю незмінно створює передумови виникнення великої кількості конфліктних ситуацій, які зазвичай переходять у формалізовану фазу вирішення спору. В Україні судова система побудована за принципом спеціалізації судів, вирішення підприємницьких спорів покладено на господарські суди, які посідають найважливіше місце в системі інституцій, що здійснюють захист прав суб'єктів підприємницьких відносин. Однак формалізованість господарського процесу у врегулюванні господарських процесуальних відносин призводить до значних затрат на правову допомогу та часових витрат, робить господарське судочинство інститутом, який не відповідає потребам суб'єктів підприємницьких відносин. Тому в багатьох розвинених економіках підприємницька практика виробила низку форм врегулювання підприємницьких спорів, які знайшли своє закріплення у законодавстві.

Стан дослідження. Правові проблеми врегулювання та вирішення підприємницьких спорів є предметом дослідження таких визначних юристів, як О. А. Беляневич, В. М. Горшенєв, П. П. Заворотько, О. В. Кудрявцева, Д. Д. Луспенік, Д. М. Притика, В. І. Тertiшніков, Н. А. Чечина, Д. М. Чечот, М. Й. Штефан, В. Н. Щеглов, К. С. Юдельсон та ін. Частина наукових праць цих дослідників стала теоретичним та методологічним підґрунтям для подальшого опрацювання питань правового регулювання юрисдикційних форм захисту прав суб'єктів підприємницьких відносин, деякі – для дослідження правових питань третейського та арбітражного вирішення спорів.

Метою статті є визначення основних напрямів удосконалення правового врегулювання спорів, які виникають з підприємницьких відносин.

Виклад основних положень. Аналіз практики взаємовідносин підприємців дає змогу виділити такі причини виникнення підприємницьких спорів:

– прагнення кожної підприємницької структури досягнути найбільшої вигоди для себе в рамках чинних законів і на основі укладених договорів, які передбачають тверді гарантії виконання договірних зобов'язань іншої сторони по договору;

– прагнення керівників та інших працівників підприємств, пов'язаних із укладенням та виконанням договорів, забезпечити власні інтереси шляхом обходу законів, неправильного їх тлумачення, створення найбільш вигідних для себе умов, обмеження власної відповіда-

льності, що особливо проявляється в умовах відсутності конкурентного середовища;

– нерідко спори виникають через незнання закону, яким слід керуватися [1, с. 202].

У теорії врегулювання спорів усі способи вирішення конфліктів можна розподілити за уявною шкалою, де кожна поділка означає зниження ступеня самостійності сторін у вирішенні їх спору. На початку шкали знаходиться процедура, в якій сторони мають повний контроль над вирішенням спору – переговори. Тут ми намагаємося переконати один одного дати нам те, чого ми хочемо, натомість ми повинні від чогось відмовитись. Далі знаходиться медіація – переговори за сприяння третьої (нейтральної) особи, за якої учасники спору повинні слідувати певній процедурі при виборі посередника та при обговоренні порядку її проведення. Далі слідує інша крайня точка уявної шкали – вирішення справи у суді, коли конфлікуючі сторони повністю втрачають контроль над своїм спором [2, с. 28–29].

Згідно з ч. 2 ст. 5 ГК України до конституційних основ правового господарського порядку в Україні віднесено обов'язок держави забезпечити захист усіх суб'єктів права власності і господарювання. Способи захисту прав останніх визначаються ст. 20 ГК України та частково відповідають способам захисту цивільних прав, визначеним ст. 16 ЦК України.

Єдиним способом захисту цивільних прав та інтересів, який не має відповідника серед способів захисту прав суб'єктів господарювання, закріплених у ч. 2 ст. 20 ГК України, є відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Тим дивнішою видається норма ст. 225 ГК України, згідно з якою до складу збитків, що підлягають відшкодуванню особою, яка допустила господарське правопорушення, включаться матеріальна компенсація моральної шкоди у випадках, передбачених законом. Іншим важливим аспектом захисту прав сторін підприємницьких відносин є форма захисту, обумовлена особливостями способу захисту, обраного підприємцем.

Виділяють три основних методи вирішення договірних спорів: судовий процес, арбітраж, та процедури альтернативного вирішення спорів (АВС). Під судовим процесом розуміється звернення до суду, створеного відповідно до закону. Арбітраж – це добровільне підпорядкування спору не суду, але особі або арбітражній установі, обраній сторонами або призначеній третьою стороною, яку вони обрали для цього [3, с. 1251].

Згідно зі ст. 1 ГПК України підприємства, установи, організації, інші юридичні особи (у тому числі іноземні), громадяни, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статусу суб'єкта підприємницької діяльності, мають право звертатися до господарського суду згідно з встановленою підвідомчістю господарських справ за захистом своїх порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів, а також для вжиття передбачених цим Кодексом заходів, спрямованих на запобігання правопорушенням.

Нині в Україні діє Закон «Про міжнародний комерційний арбітраж», у преамбулі якого визначено, що він виходить з визнання корисності арбітражу (третейського суду) як методу, що широко застосовується для вирішення спорів, які виникають у сфері міжнародної торгівлі, і необхідності комплексного врегулювання міжнародного комерційного арбітражу в законодавчому порядку; враховує положення про такий арбітраж, які є в міжнародних договорах України, а також типовому законі, прийнятому в 1985 р. Комісією ООН з права міжнародної торгівлі і схваленому Генеральною Асамблеєю ООН для можливого використання державами у своєму законодавстві. Згідно з ч. 2 ст. 1 цього Закону до міжнародного комерційного арбітражу можуть за угодою сторін передаватися:

- спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї із сторін знаходиться за кордоном;

- спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їх учасниками, а так само їх спори з іншими суб'єктами права України.

Термін «комерційний» в цьому законі охоплює питання, що впливають з усіх відносин торгового характеру, – як договірних, так і не договірних. Відносини торгового характеру включають такі угоди, не обмежуючись ними: будь-які торгові угоди про поставку товарів або надання послуг чи обмін товарами або послугами; угоди про розподіл, торгове представництво; факторні операції; лізинг; інжиніринг; будівництво промислових об'єктів; надання консультативних послуг; купівля-продаж ліцензій; інвестування; фінансування; банківські послуги; страхування; концесії; перевезення товарів та пасажирів повітрям, морем, залізничними та автомобільними шляхами.

Статтею 2 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» визначено, що арбітраж – це будь-який арбітраж (третейський суд) незалежно від того, чи утворюється він спеціально для розгляду окремої справи, чи здійснюється постійно діючою арбітражною установою, зокрема Міжнародним комерційним арбітражним судом або Морською арбітражною комісією при Торгово-промисловій палаті України. Третейський суд при цьому визначається як одноособовий арбітр або колегія арбітрів. Очевидно, що в цьому Законі терміни «арбітражний суд» та «третейський суд» вживаються як синоніми. Однак, в Україні також діє Закон «Про третейські суди», який регулює порядок утворення та діяльності третейських судів в Україні та встановлює вимоги щодо третейського розгляду з метою захисту майнових і немайнових прав та охоронюваних законом інтересів фізичних та юридичних осіб. До третейського суду за угодою сторін може бути переданий будь-який спір, що виникає з цивільних та господарських правовідносин, крім випадків, передбачених законом. Отже, правова природа міжнародного комерційного арбітражу та третейського суду в розумінні Закону України «Про третейські суди» є подібною. Однак міжнародний комерційний арбітраж характеризується більш вузькою спеціалізацією, тому видається за можливе об'єднання законів про міжнародний арбітраж та про третейські суди в єдиний законодавчий акт, який би врахував певні особливості вирішення комерційних спорів з міжнародним елементом.

З огляду на недосконалість юрисдикційних форм захисту суб'єктивних цивільних прав, у країнах з розвинутою та такою, що стрімко розвивається, економікою в останній чверті ХХ ст. розвиваються АВС – як процес, у якому третя сторона запрошується сторонами суперечки з метою вирішення спору миром та без юридично обов'язкового вирішення. Форми АВС включають медіацію, примирні процедури та міні-розгляд. Розрізняють вільну медіацію, в якій роль медіатора полягає у допомозі сторонам досягнути їхньої власної згоди без вираження поглядів чи розсуду медіатора, і оціночну медіацію, у якій у медіатор запитується думка, якій можуть слідувати сторони [3, с. 1252]. Міні-розгляд доповнює медіацію, може здійснюватись без участі нейтральної особи, але є більш ефективним, якщо справа розглядається під керівництвом кваліфікованої третьої сторони [4, с. 361].

Як зазначають російські автори, сучасна практика в Росії та за кордоном показує, що лише незначна кількість підприємців здійснює посправжньому усвідомлений вибір процедури врегулювання спорів, що нерідко є причиною невиправданих витрат та не відповідає потребам

підприємця [5, с. VIII]. Проведене нідерландським Фондом ABC бізнес-товариств дослідження виявило, що за період діяльності товариства з квітня 1998 р. по грудень 2004 р. до ABC для проведення медіації було передано всього 173 справи, з них медіація була фактично проведена за 88% спорів. З них у 77 випадках медіація завершилась успішно. Середня сума, яка була предметом спору, становила 4,5 млн. євро, а середня величина витрат сторін на врегулювання спору сягала всього 3000 євро [6, с. 39]. Понад 50 % опитаних адвокатів, які брали участь у медіативному врегулюванні спорів у країнах ЄС, а також 38% представників корпорацій оцінюють тривалість медіації у 40 днів [7, с. 29].

В 70-х роках минулого століття американська система правосуддя переживала справжню кризу. У 1976 р. на конференції у Міннесоті, професор Ф. Сендер оприлюднив концепцію multi-door courthouse – «суду з багатьма дверима». Покладена у її основу ідея полягала у зміні підходу до організації правосуддя і створенні судів нового типу, в яких громадянам пропонувалася окрім звичного судового розгляду альтернатива з кількох варіантів вирішення спорів, в т.ч. медіація та інші примирні процедури [8, с. 39].

У середині 1980-х років соціолог Ф. Бруінсма опублікував результати опитування учасників судових процесів, у справах яких Верховним Судом Нідерландів були прийняті рішення, які стали віхою судової практики. Беручи до уваги те, що основна ідея медіації полягає у якраз у наданні сторонам можливості самим вирішувати їх спір, невелика група практикуючих юристів та науковців почали шукати нові ідеї у практиці США та Великобританії та зрештою створили Нідерландський інститут медіації (NMI), що стало поштовхом для уряду до застосування медіації [2, с. 33–34].

Отже, в умовах кризової економіки, яка характеризується, до того ж неусталеністю ані правового регулювання, ані комерційної практики, слід більш чітко визначати форми захисту суб'єктивних цивільних прав, у тому числі, і прав суб'єктів підприємницьких відносин, а також імплементувати до чинного законодавства положення, які дадуть підприємцям можливість не лише звертатися до суду за вирішенням спору між ними, а також забезпечать дієвість застосування приватно-правових механізмів та форм вирішення комерційних спорів. Серед першочергових питань тут видається переосмислення законодавчо визначеного співвідношення понять «міжнародний комерційний арбітраж» та «третейський суд», приведення їх до єдиного розуміння як приватно-правової форми вирішення приватно-правового спору, а та-

кож дослідження зарубіжного досвіду застосування процедур АВС та запровадження законодавчих гарантій застосування медіації у господарському процесі: продовження імперативно визначеного строку розгляду справи, імунітет від розкриття в суді інформації, відкритої стороною в ході процедур альтернативного вирішення спорів.

1. Анохин В. С. Предпринимательское право: учеб. для студ. высш. учеб. заведений. – М.: Гуманит. изд. центр ВЛАДОС, 1999. – 400 с.

2. Яхтенбер Р. Комерційна медіація у Нідерландах // Коммерческая медиация: теория и практика: сб. статей / Р. Яхтенбер, А. де Роо; под ред. С. К. Загайновой, В. О. Аболонина. – М.: Инфо-тропик Медиа, 2012. – 304 с. – С. 28–49.

3. Ewan McKendrick. Goode on Commercial Law. Penguin books. 2010 – 1433 p.

4. Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж / Нил Эндрюс; пер. с англ.; под ред. Р. М. Ходыкина; Кэмбриджский ун-т. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – 544 с.

5. Коммерческая медиация: теория и практика: сборник статей / под ред. С. К. Загайновой, В. О. Аболонина. – М.: Инфо-тропик Медиа, 2012. – 304 с.

6. Conflict is costing business £33 billion every year // http://www.cedr.com/?location=/news/archive/20060526_232.htm

7. The costs of Non ADR – Survey Data Report / ADR Center. – Rome, 2010. – 57 p.

8. Аболонин В. О. «Судебное посредничество» в арбитражном процессе: Новая модель примирительной процедуры от ВАС РФ / В. О. Аболонин // Слияния и поглощения. – 2011. – № 7–8. – С. 39–44.

Махинчук В. М. К вопросу альтернативных процедур разрешения противоречий в предпринимательской деятельности

Исследуются формы защиты прав субъектами предпринимательских отношений. Прослеживаются альтернативные процедуры урегулирования предпринимательских споров в контексте зарубежного опыта.

Ключевые слова: предпринимательский спор, хозяйственный процесс, арбитраж, медиация, урегулирование спора.

Mahynchuk V. M. To the Question of Alternative Procedures of Resolving the Contradiction in Entrepreneurial Activity

The article deals with forms of right's protection by the subjects of business relations. The alternative procedures of 'disputes' adjustment in the context of international experience are outlined.

Keywords: entrepreneurial dispute, economic procedure, arbitration, mediation, dispute's adjustment.

Стаття надійшла 23 квітня 2013 р.