

ТЕМА НОМЕРА

МЕЖДУНАРОДНЫЙ АРБИТРАЖ

Тайны переписки

При ведении доарбитражной переписки следует учитывать не только предмет спора, но и юрисдикцию, в которой будет рассматриваться дело

Елена ПЕРЕПЕЛИНСКАЯ • Специально для «Юридической практики»



К этому моменту стороны успевают сделать заявления, в том числе и в письменной форме, в отношении сути спора, а иногда и своей правовой позиции, и, что также немаловажно, в отношении возможного мирного урегулирования спора.

Соответственно, привлеченным внешним юристам приходится иметь дело уже с ситуацией, когда стратегию защиты интересов клиента они вынуждены строить с учетом сделанных им заявлений.

При этом важно и то, что чаще всего воспрепятствовать появлению такой переписки в арбитраже со ссылкой на профессиональную или иную привилегию, как правило, довольно сложно. Чаще всего потому, что соответствующая переписка не была должным образом помечена/обозначена как подпадающая под такую привилегию либо же в силу специфики правового регулирования вопроса таких привилегий по месту арбитража, о которых клиент попросту не знал.

Пропало — пиши

Помимо описанных выше формальных нюансов, по сути такие заявления чаще всего написаны исходя из правовых реалий юрисдикции, в которых соответствующая сторона находится, в нашем случае Украина, несмотря на то, что применимое к контракту право может быть и не украинским. В этом аспекте наиболее проблемные ситуации возникают, когда применимое к контракту право принадлежит к другой системе права либо же существенно отличается в определенном аспекте от права украинского. В практике автора такие случаи имели место, например, когда к контракту применялось английское и китайское право. В подобных ситуациях доарбитражная переписка ста-

новится фактически решающей для исхода дела, что еще раз подтверждает не только ее значение, но и тезис о том, что все нужно делать вовремя. В противном случае даже самые лучшие юристы будут не в силах «спасти» дело просто потому, что, будучи привлеченными слишком поздно, они уже не смогут что-либо изменить и повернуть на мирное урегулирование ситуации без обращения в арбитраж или суд. И если к контракту применимо украинское право — это нормально. Но если к нему применимо, скажем, английское право, ситуация совершенно иная. По английскому праву в зависимости от нюансов конкретного дела подобные действия пострадавшей стороны могут быть квалифицированы, например, как отказ от

арбитража были отклонены. Более того, сделанное после указанных покупателем писем заявление о прекращении контракта в связи с нарушением его продавцом арбитраж квалифицировал как нарушение контракта самим покупателем, поскольку, подтвердив действие контракта и возможность его исполнения, покупатель был уже не в праве его прекращать со ссылкой на несоблюдение изначально установленных сроков поставки. Это описание является, конечно, очень схематичным и упрощенным, но оно наглядно показывает, какое значение может иметь буквально каждое сказанное стороной слово.

Предусмотреть нюансы

Иногда складывается и другая ситуация, когда определенные знания, напри-



Доарбитражная переписка может быть решающей для исхода дела, что еще раз подтверждает не только ее значение, но и тезис о том, что все нужно делать вовремя

время вспять, даже тогда, когда их клиент контракт не нарушал.

Например, что чаще всего делает украинская сторона, когда в договоре купли-продажи вторая сторона не исполняет своих обязательств поставить товар или заплатить за него в срок, установленный в контракте? Она пишет письма, требует исполнения контракта и надеется

прекращения контракта со ссылкой на его существенное нарушение, отказ от права требовать исполнения в установленный в контракте срок, или подтверждение того, что контракт все еще действует и открыт для исполнения.

А все потому, что английское право дает пострадавшей стороне другие правовые инструменты защиты и устанавливает совершенно иные последствия ее действий, совершенных после нарушения.

Так, в одном из дел, в котором автор представлял интересы ответчика-продавца, покупатель по прошествии установленных контрактом сроков поставки написал продавцу два небольших письма. В первом он поинтересовался его намерениями в отношении исполнения контракта. Во втором, со ссылкой на изменение правового регулирования, имеющего непосредственное отношение к исполнению контракта, — предлагал продавцу совершить необходимые по новому регулированию действия для осуществления поставки. Товар так и не был поставлен, но покупатель дело проиграл. Состав арбитража постановил, что этими письмами покупатель подтвердил, что контракт все еще открыт для исполнения. И, соответственно, требования продавца, построенные на том, что пропуск установленного срока поставки являлся существенным нарушением контракта со стороны продавца, предоставлявшим покупателю право прекратить контракт и требовать возмещения убытков, составом

мер, того же английского права при их применении в отношении контрактов, к английскому праву отношения не имеющих, могут навредить ситуации.

Так, в одном деле из практики автора контракт регулировался китайским правом и предусматривал место арбитража в Китае. Стороны неоднократно обсуждали мирное урегулирование спора, в том числе и в письменной форме. В одном из таких писем нарушившая сторона предложила другой стороне уплату отступных в расщорчку, что, однако, не было принято последней. При этом нарушившая сторона, имевшая опыт разрешения спора по английскому праву, полагала, что все эти заявления будут защищены особой привилегией, запрещающей их использование в арбитраже.

Нюанс этой ситуации состоит в том, что, в отличие английского права, в китайском подобных привилегий нет в принципе, и все сделанные стороной заявления могут быть свободно использованы противоположной стороной как доказательство в арбитраже.

Суммируя вышесказанное, хотелось бы предостеречь стороны от необдуманных или неосторожных действий в случае появления малейших признаков спора, так как цена ошибки может быть слишком высокой.

ПЕРЕПЕЛИНСКАЯ Елена — советник ЮФ Sayenko Kharenko, г. Киев

щих на Майдане, усматривая вину руководства государства и силовых структур в массовом убийстве людей и превышении власти и служебных полномочий.

Как отметил Святослав Олійник, Виктор Янукович может весьма уверенно апеллировать к тому, что уголовные производства в отношении него носят политический характер, так как он был отстранен от власти не предусмотренным Конституцией Украины способом.

В данный момент Римский статут Международного уголовного суда не был ратифицирован. Как известно, Гаагский трибунал уполномочен рассматривать дела независимо от властных полномочий и должностных привилегий лиц. Украина может преследовать преступников на территории любых государств, если преступления были совершены на Украине, подчеркивает партнер «Юридической группы LCF» Владимир Богатырь. «Я не хочу, чтобы мы перекладывали задачи, которые должны ставить украинское общество перед правоохранительными органами, на плечи каких-то международных организаций», — уточнил адвокат. Сейчас новое руководство МВД, ГПУ и СБУ не реализует всех возможностей для привлечения к ответственности.

Будут ли дела в отношении бывших высокопоставленных должностных лиц беспристрастно рассматриваться? «Многие коллеги сообщают, что суды наконец-то начали работать», — заявил Александр Плахотнюк о последней практике рассмотрения «чисто уголовных дел». — Они начинают не бояться выносить решения законные и действительно обоснованные».

Доктрина преступления

Кроме того, возникла перспектива привлечения к уголовной ответственности судей Конституционного Суда Украины за принятие ими решения в 2010 году, «вернувшего» Основной Закон в редакции 1996 года.



Внесудебное освобождение Юлии ТИМОШЕНКО и других фигурантов резонансных дел некоторые юристы считают оправданным в «революционное время»

дических наук Станислав Шевчук. «Когда страна возвращается к свободе, иногда очень трудно соблюсти предельные процедуры, которыми пользовался предыдущий тиранский режим. В отношении политических протестов очевидно, что судебная система сработала как репрессивная, и люди просто требовали немедленной справедливости. А по другим делам, где были пройдены все процедуры, нужно было работать по той правовой базе, которая есть», — добавил эксперт.

Исполняющий обязанности Генпрокурора Олег Махничкий заявил, что все уголовные дела против протестующих будут прекращены, а сами активисты будут освобождены по реабилитирующим обстоятельствам, а не на основании закона об амнистии. Резонансные дела пересмотрят по исключительным обстоятельствам.

Если подобные решения будут постоянными, то они нивелируют авторитет судебной системы и адвокатской профессии, полагает г-н Шевчук. При этом Александр Плахотнюк не считает, что к адвокатам обращаться будут меньше: прекращенные производства по сравнению с тем массивом дел, которые еще предстоит рассмотреть, это «даже не капля в море». «Адвокатам работы хватит», — заверил он. Производство таких будет действительно много. Остановившись на самых заметных из них.

Первые уголовные лица

Уголовная ответственность грозит Виктору Януковичу и Виталию Захарченко (оба обвинены в международном розыске), а также неограниченному количеству силовиков. В настоящий момент ГПУ объединила дела по факту расстрела протестующих на Майдане, усматривая вину руководства государства и силовых структур в массовом убийстве людей и превышении власти и служебных полномочий.

ПОЛИТИКА И ПРАВО

Удельный перевес

Резкая смена соотношения политических сил в первую очередь проявилась

В уголовно-правовой сфере

Виталий ДУДИН • «Юридическая практика»

Последние события на Украине перевернули представления многих юристов о правовой системе. Парламент взял на себя функции суда, а в свою очередь суд, наоборот, может стать инструментом политической расправы.

Международный контекст

Одним из первых решений новой коалиции стало принятие проекта Закона Украины «О внесении изменений в Уголовный и Уголовный процессуальный кодексы Украины относительно имплементации в

национальное законодательство положений статьи 19 Конвенции ООН против коррупции» (№ 2023). В соответствии с новой редакцией статьи 365 Уголовного кодекса к ответственности за превышение власти и служебных полномочий можно привлечь только правоохранителя. Еще до подписания исполняющим обязанности Президента этого декриминализирующего закона было принято постановление «Об исполнении международных обязательств Украины по освобождению Тимошенко Ю.В.» (№ 4166), которым экс-премьер была освобождена из Качановской колонии. Основанием для освобождения по сути послужила политическая мотивированность уголовного преследования, установленная Европейским судом по правам человека 30 апреля 2013 года. Также авторы ссылались на отказ органов власти исполнить это решение. Напомним: тогда Евросуд не установил, что взятие под стражу г-жи Тимошенко произошло именно по политическим мотивам, и уж тем более не признал политический мотив в возбуждении уголовного дела. К тому же освободить Юлию Тимошенко из СИЗО не представлялось возможным, поскольку к тому времени она уже отбывала наказание.

28 февраля с.г. было прекращено производство в отношении Юлии Тимошенко по «делу ЕЭСУ». «Дело Шербаля» до сих пор расследуется. Александр Плахотнюк, адвокат подсудимой, заявил, что производство приостановлено в мае 2013 года в связи с необходимостью получения результатов исполнения ходатайства Генеральной прокуратуры Украины (ГПУ). Вероятно, оно тоже подлежит прекращению.

Политическое решение

24 февраля с.г. было принято постановление «Об освобождении политических заключенных» (№ 4202), которым освобождались не только активисты Евромайдана, но и еще 23 человека. Данное постановление вообще ничего не говорит о роли адвокатов и судей в процессе «немедленного освобождения». В список попали и семья Павличенко — отец и сын, которые не являются общественными активистами и осуждены за убийство судьи Сергея Зубкова. Их дело рассматривалось в судах всех инстанций, поэтому восстановить их права было проблематично. В то же время освобожден-

VOX POPULI

Защитный эффект

Вопрос о защите прав адвокатов актуален в адвокатском сообществе уже много лет. К тому же в последнее время участились случаи нарушения прав адвокатов, что в свою очередь показало ограниченность адвокатского самоуправления в действенных средствах и способах их защиты.

А может ли вообще система адвокатского самоуправления быть эффективным защитником в этой сфере? Неудивительно, что в свете последних событий многие уверены в том, что такое возможно лишь после смены персонального состава этих органов.

В то же время возможен и вариант внесения соответствующих изменений в действующее законодательство, хотя некоторые адвокаты убеждены, что сегодня существуют процессуальные средства для усиления защиты прав адвокатов. Однако главным фактором остается именно желание адвокатов «взяться за дело».

Vox Populi

МОГУТ ЛИ НАУА И СИСТЕМА АДВОКАТСКОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ СТАТЬ ЭФФЕКТИВНЫМ ЗАЩИТНИКОМ ПРАВ АДВОКАТОВ?



КОММЕНТАРИЙ ЭКСПЕРТА



Денис БУГАЙ, президент Ассоциации юристов Украины, адвокат, партнер ЮФ «Ващенко, Бугай и Партнеры»

— По моему мнению, данный вопрос относительно репрезентативен. Я согласен с мнением большинства, что защита наших профессиональных прав и гарантий — это наше личное дело. Поэтому каждый адвокат должен им заниматься, а не полагаться на кого-либо. Тем не менее я высоко оцениваю роль органов адвокатского самоуправления в данном процессе и считаю это их прямой обязанностью. Уже более года указанные органы активно защищают права адвокатов. В частности, советы адвокатов регионов максимально возможно обеспечивают соблюдение прав при осуществлении следственных действий в отношении адвокатов. Также благодаря адвокатскому самоуправлению появилась практика составления протоколов об административном правонарушении и привлечение к ответственности должностных лиц за непредоставление информации на адвокатский запрос.