

## СУДОВА ПРАКТИКА

• партнер рубрики



www.lcfgroup.com.ua

Телефон 044 502-5523

відних фотографій переважала громадський інтерес до цієї справи.

4. Пріоритет публічних інтересів. Ця тема також знаходить своє віддзеркалення у згаданих вище рішеннях. Так, у п. 41 Рішення по справі «Українська Прес-Група проти України» ЄСПЛ зазначає, що відповідно до п. 2 ст. 10 Конвенції сфера для обмеження політичних висловлювань чи дебатів щодо питань, які становлять загальний інтерес, є дуже малою. У п. 56 Рішення у справі «Ляшко проти України» ЄСПЛ вказує, що всі чотири статті було викладено в надзвичайно жорстких термінах. Проте, з огляду на той факт, що вони були написані з питань серйозного суспільного інтересу та стосувалися публічних осіб і політиків, Суд вважає, що застосована термінологія не може вважатися надмірною.

У Рішенні у справі Kucuk v. Turkey ЄСПЛ визнав, що заборона та конфіскація книги «Інтерв'ю у саду курдів» та кримінальне покарання її автора порушили право громадськості отримувати альтернативну інформацію та відстежувати ситуацію на південному сході

Туреччини. Крім того, ЄСПЛ ще раз наголосив на тому, що мета заборони повинна бути виправданою в демократичному суспільстві. Суд дійшов висновку, що з огляду на інтереси громадської безпеки та громадського порядку, зміст книги не обумовлював необхідності настільки жорсткого втручання у свободу вираження, яке мало місце стосовно заявника. Засудження заявника та конфіскація накладу книги не зумовлювалися нагальною соціальною потребою та не були пропорційними законній меті, яка переслідувалася. Таким чином, втручання у свободу вираження заявника не було необхідним у демократичному суспільстві і мало місце порушення ст. 10 Конвенції.

У Рішенні у справі Thorgerisson v. Iceland ЄСПЛ зазначив, що заявник у своїх творах торкнувся питання жорстокості поліції в своїй країні, а ця тематика має громадське значення. Юридична відповідальність за розповсюдження такої інформації може завдати вільним обговоренням з питань, які становлять громадський інтерес.

5. Обов'язок держави

доводити законність та доцільність обмежень. Оскільки обмеження свободи в демократичному суспільстві, в тому числі і свободи творчості, повинні бути обґрунтовані, обґрунтовувати такі обмеження повинна держава. Такий підхід проходить через усі рішення ЄСПЛ. Наприклад, В.М. Підгородинський (див.: «Юридичний вісник», 2009, № 3, с. 53-58) наголошує на позиції ЄСПЛ, відповідно до якої обов'язок доказування необхідності будь-яких втручань, обмежень у здійсненні права на свободу висловлювань покладається на державу, а відсутність відповідних доказів означає відсутність пропорційності (домірності) державних заходів, спрямованих на обмеження свободи самовираження. Якщо держава (національний суд) не надасть доказів пропорційності (домірності) втручання, тобто доказів обґрунтованості визнання певних дій правопорушенням (зокрема, за законодавством України, з урахуванням вимог Конвенції), то таке визнання буде незаконним, а відповідні діяння (поширення публікації) має розглядатися як законне.

Разом з тим, ЄСПЛ визначився з випадками, коли обмеження свободи творчості (свободи самовираження) можуть бути виправдані. Наприклад, у справі, Wingrove v. the United Kingdom ЄСПЛ не знайшов порушення принципу свободи творчості у факті обмеження показу спірної кінострічки, оскільки втручання держави у цьому випадку мало легітимну мету (захист прав інших, особливо права на свободу віросповідання) та було необхідним у демократичному суспільстві. ЄСПЛ дійшов висновку, що еротичні фантазії головної героїні спірної кінострічки, визначеної в титрах як Св. Тереза Авільська (відома монахиня XVI століття), завдають образи релігійним почуттям християн, з огляду на спосіб, в який цей «суто еротичний витвір» показує фігуру Христа. До аналогічного висновку приходив ЄСПЛ у іншій справі – Otto Preminger-Institut v. Austria. Ця справа стосувалася заборони на розповсюдження фільму, в якому викривлялася доктрина римо-католицької церкви. У цих умовах ЄСПЛ, зокрема, вказав, що в контексті релігійних переконань

та віросповідання на миття можна правомірно покласти обов'язок уникати, наскільки це можливо, вираження поглядів, що є безпідставно образливими для інших і, таким чином, порушує їхні права. У справі Handyside v. the United Kingdom ЄСПЛ зазначив, що доцільність обмежень щодо видання для дітей книги «Маленький червоний підручник» залежить від аудиторії, для якої насамперед було призначене це видання – для дітей і підлітків віком від 12 до 18 років. ЄСПЛ визначив, що за певних обставин «Підручник» може мати згубний вплив на моральність багатьох дітей і підлітків, які його читатимуть. За таких умов ЄСПЛ не встановив порушення свободи творчості у факті обмежень на видання цього підручника. Як правило, ЄСПЛ вважає відповідні обмеження свободи творчості правомірними, якщо вони спрямовані на запобігання

них меншин чи віруючих; на захист найбільш вразливих категорій аудиторії – дітей та юнацтва; або якщо існує небезпека, що такі категорії можуть отримати доступ до інформації, матеріалів або ідей та поглядів, які можуть зашкодити їх моральному розвитку.

Отже, ЄСПЛ вважає обмеження свободи творчості правомірними в дуже вузькому колі випадків, а саме, як правило, якщо вони спрямовані на запобігання образам почуттів національних меншин чи віруючих; на захист найбільш вразливих категорій аудиторії – дітей та юнацтва, або якщо існує небезпека, що такі категорії можуть отримати доступ до інформації, матеріалів або ідей та поглядів, які можуть зашкодити їх моральному розвитку, а також у випадках захисту приватного життя осіб від невинуватого втручання, якщо ці особи не здійснюють публічних функцій.

## Позитивний поштовх для України

### Ініціатива Росії гармонізувати своє законодавство щодо міжнародного комерційного арбітражу

Ярослав ПЕТРОВ  
Юрист ЮФ «Астерс»

Арбітражне законодавство більш ніж 60 країн світу побудовано на основі Модельного закону про міжнародний комерційний арбітраж (далі – Модельний закон), який був прийнятий у 1985 році Комісією Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (далі – Комісія). Росія та Україна були одними з найперших на пострадянському просторі, хто взяв за основу Модельний закон з метою прийняття національних законів про міжнародний комерційний арбітраж.

Модельний закон вия-

вився дуже ефективним механізмом уніфікації законодавства щодо міжнародного комерційного арбітражу. Незважаючи на це, після 2000 року практикуючі юристи визнали необхідність внесення поправок до Модельного закону з метою запровадження нових тенденцій, які сформувалися у міжнародній арбітражній практиці. Результатом цього стало прийняття змін до Модельного закону у 2006 році. На сьогодні вже 9 країн внесли поправки до національного законодавства на основі змін до Модельного закону. Українські арбітражні юристи позитивно ставляться до змін, внесених

до Модельного закону і намагаються на внесенні змін до національного законодавства з питань міжнародного арбітражу, особливо щодо питань, пов'язаних із застосуванням засобів забезпечення у рамках арбітражної процедури. На жаль, у Верховній Раді України ще не зареєстровано законопроект, яким би вносились зміни до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» на підставі змін до Модельного закону. Не виключено, що такий законопроект з'явиться, якщо Росія врахує запропоновані зміни до свого національного законодавства щодо міжнародного комерційного

арбітражу.

Нещодавно з'явилась інформація, що Міністерство економічного розвитку Російської Федерації розробило проект змін до Федерального Закону «Про міжнародний комерційний арбітраж» (далі – Законопроект). Після ознайомлення зі змінами, запропонованими Законопроектом – не виникає сумніву, що він був розроблений на підставі змін до Модельного закону. Законопроект закріплює, що: 1) під час інтерпретування іноземного законодавства необхідно застосовувати принципи добросовісності та загально визнані принципи права; 2) дозволяє укладання

арбітражної угоди в різних формах, включаючи шляхом обміну електронними повідомленнями; 3) детально регулює процедуру застосування засобів забезпечення у рамках арбітражної процедури; та 4) надає можливість сторонам домовлятися щодо остаточності арбітражного рішення, тобто без права на оскарження арбітражного рішення в національних судах за місцем арбітражу. Необхідно зазначити, що Законопроект не містить положень щодо визнання та виконання постанов щодо застосування засобів забезпечення, винесених арбітражним трибуналом, як це передбачено змінами до

Модельного закону.

Очікується, що Законопроект буде внесений на голосування російського парламенту у лютому 2011 року. Не виникає сумнівів, що за умови прийняття цього Законопроекту це підштовхне українських юристів до лобювання внесення змін до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Якщо законопроект буде підготовлений – було б бажано, на відміну від російського Законопроекту, включити в нього також положення щодо визнання та виконання постанов стосовно застосування засобів забезпечення, винесених арбітражним трибуналом.

### КОМЕНТАРІ ЕКСПЕРТІВ

#### «Нашому законодавцю є над чим працювати»



Олена ПЕРЕПЕЛИНСЬКА  
Старший юрист  
ЮФ «Василь Кісіль і Партнери»

Типовий Закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж 1985 року є прикладом одного з найуспішніших інструментів міжнародної уніфікації національних законодавств у певній сфері. Кількість країн, арбітражне законодавство яких розроблено на його основі, дійсно вражає, і ця кількість продовжує зростати. У той же час більшість таких країн дуже обережно ставляться до доповнень до Типового закону, що були прийняті

Комісією ООН з права міжнародної торгівлі у 2006 році (далі – Доповнення). І хоча цим Доповненням вже йде п'ятий рік, країни, які їх імплементували в своє арбітражне законодавство, можна порахувати на пальцях. Причин цьому декілька. Одна з них – це розуміння, що Доповнення в певній частині є «невигодними» для відповідної країни, адже вдосконалені положеннями Доповнення механізми прийняття та приведення до виконання запобіжних заходів працюватимуть в першу чергу «проти» її резидентів та осіб, що мають на її території активи. З іншого боку, для найбільш популярних у світі арбітражних юрисдикцій, що часто обираються сторонами як нейтральні, прийняття вказаних Доповнень не є критичним, адже їх арбітражне законодавство і так є достатньо розвиненим. З урахуванням цього, запропонована Мінеконом-

розвитку Росії реформа арбітражного законодавства Російської Федерації – є, безумовно, сміливим кроком. Російські спеціалісти у сфері міжнародного арбітражу вважають, що у випадку реалізації цієї реформи, російське арбітражне законодавство перетвориться на одне з найрозвинутіших у світі, а привабливість Російської Федерації в якості місця арбітражу може зрости в кілька разів.

Що ж до українського законодавства у сфері міжнародного арбітражу, то, без сумніву, нашому законодавцю є над чим працювати. Але почати було б краще не з внесення змін до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», якими б прогресивними вони не були, а з вдосконалення процесуального законодавства. Адже відсутність норм, які регламентують процедуру провадження реалізувати можливість, передбачену у чинній редакції ст. 9 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». У рамках подальшої реформи нашого законодавства у цій сфері хочеться сподіватися, що і Верховна Рада України, і українська арбітражна спільнота доклали спільних зусиль для підвищення привабливості України як місця арбітражу, що не обмежується питаннями отримання забезпечувальних заходів сторонами арбітражного провадження, а включає також комплексне вдосконалення законодавства про міжнародний комерційний арбітраж, відповідного процесуального законодавства на його підтримку, про-арбітражну практику їх застосування та належним рівнем кваліфікації і професійної етики всіх учасників арбітражного провадження.

#### «Хочеться сподіватися, що адаптація українського закону до зміненого Типового не буде механічною»

Не можна не погодитися з ідеєю про необхідність переглянути деякі положення Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» у зв'язку з прийняттям у 2006 році змін до Типового закону ООН про міжнародний торговий арбітраж. Правда, хочеться сподіватися, що адаптація українського закону до зміненого Типового не буде механічною, тобто автоматичним перенесенням новел з міжнародного акта до тіла відповідного Закону України. Цей процес має бути осмисленим з обов'язковим врахуванням правозастосовної практики, рівня правової культури суспільства та специфіки побудови ділових стосунків в Україні.

Тетяна ВЕНЗОВСЬКА

Адвокат АК «Партнери» ливість укладення сторонами угоди в різних формах частково вже відтворено в чинному нині українському законі – частина 2 статті 7 дозволяє укладення арбітражної угоди шляхом обміну листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням інших засобів електронного зв'язку, що забезпечують фіксацію такої угоди. Тому сторони вже сьогодні вправі укладати арбітражну угоду шляхом обміну, в тому числі й електронними повідомленнями. Головне при використанні електронних засобів зв'язку – унеможливлення втручання в роботу електронних

систем. Втім, в силу відсутності ще в Україні сталих правових демократичних традицій та прийнятих у світі ділових звичаїв може бути небезпечним запозичення в український закон правила пункту 3) статті 7 Типового закону, згідно з яким арбітражна угода вважається укладеною в письмовій формі, якщо її зміст зафіксовано у будь-якій формі, незалежно від того, чи укладена арбітражна угода в усній формі, на підставі поведінки сторін чи за допомогою інших засобів.

Вжиття заходів забезпечення позовних вимог, справді, є одним з ефективних засобів реального виконання судового рішення, яке відповідно до практики Європейського суду з прав людини вважається складовою права на справедливий суд. Звичайно, мова йде, передовсім, про державні (компетентні) суди. Проте внесені в Типовий закон поправки свідчать, що питання забезпечувальних заходів в межах арбітражного провадження є також загально актуальним.

З огляду на незадовільний стан виконання рішень державних судів, на чому, особливо останнім часом, невпинно наголошує Європейський суд з прав людини, процедура вжиття забезпечувальних заходів в арбітражному провадженні обов'язково має бути відтворена в українському законі так само детально, як це зроблено в Типовому законі. Разом з тим, при імплементуванні норм міжнародного акта в національний закон слід враховувати встановлений в Україні порядок виконання судових рішень. Тому відповідні зміни повинні торкнутися не лише Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», а й Закону про виконавче провадження, відповідних процесуальних кодексів, оскільки до процедури застосування арбітражем забезпечувальних заходів залучаються й компетентні суди.