

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
Тернопільський національний економічний університет
Юридичний факультет
Кафедра конституційного, адміністративного та фінансового права

ТЕСЛЮК Ірина Василівна
Медіація як інструмент відновного правосуддя та
альтернативний спосіб вирішення господарських спорів /
Mediation as an instrument for restorative justice and an alternative
way of commercial dispute settlement's.

спеціальність: 081 – Право
магістерська програма – Право

Магістерська робота

Виконала студентка групи
ПРМ-21
І. В. Теслюк

Науковий керівник:
к.ю.н., доцент, О. Р. Шевчук

Магістерську роботу допущено
до захисту

«___» _____ 2018 р.

Завідувач кафедри

_____ **С. К. Гречанюк**

ТЕРНОПІЛЬ – 2018

РЕЗЮМЕ

Магістерська робота містить 98 сторінок, складається з вступу, трьох розділів, висновку, списку використаних джерел із 87 найменувань.

Метою магістерської роботи є встановлення особливостей розвитку та запровадження процедури медіації як інструменту відновного правосуддя в українське законодавство, а також формування на цій основі висновків, пропозицій та рекомендацій щодо вдосконалення даного процесу.

Об'єктом дослідження є альтернативні способи вирішення спорів, їх місце в правовій системі України.

Предметом дослідження є теоретико-правовий аналіз проблем та перспектив запровадження процедури медіації для вирішення господарсько-правових спорів.

Одержані висновки та їх новизна визначаються тим, що магістерська робота є одним із перших в Україні досліджень теоретико-правового розуміння альтернативного вирішення спору шляхом медіації, передумови запровадження цієї процедури в систему права, на основі зарубіжного досвіду та оцінки нововведень у вітчизняному законодавстві.

Ключові слова: альтернативні способи вирішення спорів, медіація, господарсько-правові відносини, переговори, мирне врегулювання, завдання, функції, імплементація, процедура.

RESUME

Master thesis contains 98 pages, consists of entry, three sections, conclusions, list of sources with 87 titles.

The aim of the master thesis is the establishment of the peculiarities development and implementation of mediation procedures as a tool of restorative justice in the Ukrainian legislation, drawing conclusions, suggestions and recommendations for improvement this process on this basis.

Object of research is alternative ways to resolve disputes, their place in the legal system of Ukraine.

The subject of research is a theoretical and legal analysis of problems and prospects for the introduction of a mediation procedure for the settlement of economic and legal disputes.

The resulting conclusions and novelty: is determined by the fact that the master thesis is one of the first Ukrainian work of theoretical and legal understanding of alternative dispute resolution through mediation, the preconditions for the introduction of this procedure into the system of law, on the basis of foreign experience and assessment of innovations in domestic legislation.

Keywords: alternative ways to resolve disputes, mediation, legal relations, negotiations, peaceful settlement, tasks, functions, implementation, procedure.

АНОТАЦІЯ

Теслюк І.В. Медіація, як інструмент відновного правосуддя та альтернативний спосіб вирішення господарських спорів – *Рукопис*.

Дослідження на здобуття освітньо-кваліфікаційного рівня «магістр» за спеціальністю 081 – Право. – Тернопільський національний економічний університет, Тернопіль, 2018.

Магістерську роботу присвячено аналізу особливостей розвитку альтернативних способів вирішення спорів у вітчизняній системі права, а саме медіації, як ефективного шляху врегулювання конфліктів господарсько-правового характеру. Досліджено плюралізм поняття медіації, визначено сутнісні ознаки, принципи та особливості характерні для цього інституту. Проведено аналіз переваг та недоліків медіації у порівнянні з судовим розглядом. Сформульовано основні тези перспективи медіативної процедури в господарських спорах.

ANNOTATION

Tesliuk I.V. Mediation as an instrument for restorative justice and an alternative way of commercial dispute settlement's. – *Manuscript*.

The master's thesis is devoted to analysis specifics of the development of alternative dispute resolution in national legal system, namely, mediation, as an effective way to resolve commercial legal conflicts. The pluralism of the concept mediation is investigated, the main features, principles and peculiarities characteristic of this institution are defined. The analysis of the advantages and disadvantages of mediation compared with the trial. The main theses of prospects mediation in commercial disputes are formulated.

ЗМІСТ

ВСТУП.....	5
РОЗДІЛ 1. ПОНЯТТЯ, ПРИРОДА, ПРИНЦИПИ ТА СУТНІСНІ ОЗНАКИ АЛЬТЕРНАТИВНИХ СПОСОБІВ ВИРІШЕННЯ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВИХ СПОРІВ.....	11
1.1. Теоретико-історичні засади та доктринальні погляди на альтернативні способи вирішення господарсько-правових спорів...	11
1.2. Поняття та природа альтернативних способів вирішення господарсько-правових спорів.....	21
1.3. Принципи та сутнісні ознаки альтернативного вирішення спорів у сфері господарювання.....	26
Висновки до розділу 1.....	32
РОЗДІЛ 2. КЛАСИФІКАЦІЯ АЛЬТЕРНАТИВНИХ СПОСОБІВ ВИРІШЕННЯ ГОСПОДАРСЬКО –ПРАВОВИХ СПОРІВ.....	35
2.1. Класифікація видів альтернативних способів вирішення господарсько-правових спорів.....	35
2.2. Переговори та претензійний порядок вирішення господарсько- правових спорів	40
2.3. Медіація, третейський розгляд, інші квазісудові та комбіновані способи вирішення господарсько-правових спорів.....	48
Висновки до розділу 2.....	59
РОЗДІЛ 3. ПЕРСПЕКТИВИ ТА ШЛЯХИ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ ІНСТИТУТУ МЕДІАЦІЇ В ГОСПОДАРСЬКЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ.....	61
3.1. Імплементация процедури медіації в законодавство України.....	61
3.2. Переваги та недоліки процедури медіації як передумова імплементации у вітчизняне законодавство.....	69
3.3. Перспектива імплементации судової медіації: новели вітчизняного законодавства.....	77
Висновки до розділу 3.....	84
ВИСНОВКИ.....	86
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	91

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. Рівень конфліктної напруженості, що притаманний юридичним спорам, в українському суспільстві, сьогодні, напруг великий, доволі, високий. Традиційне змагальне вирішення спорів часто стає причиною загострення конфліктів і припинення відносин сторін. Проблеми, що існують у вітчизняному судочинстві, приводять до втрат сил, коштів, часу, навантаження судів великою кількістю справ, а кінцеве рішення, яке завжди задовольняє одну із сторін, в результаті супроводжується труднощами у його виконанні. У зв'язку з цим, видається дуже необхідним звернення до альтернативних способів вирішення конфліктів, використання примирних процедур, особливе місце серед яких посідає медіація.

Незважаючи на відсутність єдиного нормативно-правового акта, який би визначав основні аспекти впровадження процедури медіації, в Україні прийнято деякі нормативно-правові акти, що частково регулюють та охороняють суспільні відносини в цій сфері, вжито низку заходів державними органами й громадськими організаціями щодо розуміння суті та значення медіації і її впровадження у вітчизняну правову систему. Конституцією України гарантується право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань. Отже, конституційне підґрунтя для запровадження медіації в Україні є. Активну позицію в цьому відстоюють громадські організації, які власними зусиллями популяризують медіацію, організовують заходи різного характеру, спрямовані для розуміння суті та значення медіації і впровадження її в систему права України. Це ще раз підкреслює важливість та актуальність обраної теми.

Актуальність та корисність медіації засвідчують переваги цієї процедури та необхідність закріплення її в спеціальному законодавчому акті. Зокрема, доцільно створити правові умови для: 1) визначення статусу медіатора, прав та обов'язків; 2) вирішення спору методом прийняття взаємовигідного рішення; 3) усунення шкоди спричиненої конфліктом; 4) запобігання появи нових

конфліктних ситуацій; 5) розвантаження судів; 6) забезпечення гармонізації суспільних взаємовідносин.

У багатьох випадках, якщо люди можуть вирішити проблему шляхом обговорення і переговорів, вони досягнуть швидшого і кращого результату, ніж при протистоянні або судовому розгляді. Проте здебільшого їм цього не вдається зробити без допомоги когось третього. Сильні емоції, ворожість, тактика протистояння та нерівність соціального становища можуть стати перепонами на шляху до конструктивних переговорів. В умовах сьогодення особливої актуальності у цьому контексті набуває питання застосування медіації в господарському судочинстві. Для бізнесу швидкість вирішення господарського спору є ключовим чинником. Адже перспектива витратити час та ресурси на довготривалу судову тяганину, щоб в результаті не отримати реального виконання «вистражданого» судового рішення не приваблює нікого. Тож гнучкість та оперативність медіації одразу зробить її привабливим інструментом для вирішення спорів в очах господарюючих суб'єктів. Таким чином, необхідність інституту медіації є очевидною для українського бізнесу, який давно і наполегливо потребує дієвого інструменту для швидко та ефективного вирішення власних конфліктів.

В Україні дослідження питань, так чи інакше пов'язаних із застосуванням альтернативних методів вирішення спорів проводилось в різноманітних аспектах. Зокрема, проблематика медіації стала предметом дослідження О. Адамантис, В. Баранова, О. Белінської, О. Бобрової, Н. Бондаренко-Зелінської, Я. Валюк, Л. Власової, О. Ващук, А. Гайдука, О. Горової, Ю. Губар, С. Задорожної, В. Землянської, Г. Єременко, В. Кудрявцева, Ю. Ліхолєтової, В. Малярєнка, Л. Мамчур, Ж. Мішиної, Т. Подковенко, Н. Прокопенко, В. Тісногуз, К. Шершун, А. Чернеги, Д. Яніцької та ін. Значний доробок означених питань становлять праці таких зарубіжних учених, як Н. Александер, Л. Боулл, Х. Бесмер, Е. Ватцке, М. Герзон, Л. Герін, Г. Девіс, Р. Керролл, П. Ловенхайм, М. Манн, Х. Мессмер, Дж. Монк, С. Пен, М. Робертс, Дж. Уінслейд та ін.

Мета і завдання дослідження. Мета роботи – на основі аналізу наукових робіт, чинного законодавства та правозастосовної практики вивчити особливості розвитку та запровадження процедури медіації як інструменту відновного правосуддя в українське законодавство, а також сформулювати на цій основі висновки, пропозиції та рекомендації щодо вдосконалення цього процесу. Реалізація поставленої мети спричинила необхідність виконання таких завдань:

- проаналізувати теоретико-історичні засади розвитку альтернативних способів вирішення спорів, доктринальні дослідження у цій галузі з метою узагальнення інформації про стан розвитку та перспективи запровадження в Україні;

- з'ясувати природу, поняття та сутнісні ознаки основних видів альтернативних способів вирішення спорів, основне місце з яких займає медіація;

- дослідити теоретичне обґрунтування процедури медіації з урахуванням плюралізму її інтерпретацій та відшукати найбільш ефективні з них;

- проаналізувати правову базу регулювання процедури медіації в Україні;

- охарактеризувати поняття, ознаки та принципи процедури медіації;

- виявити переваги та недоліки процедури медіації як підстави для імплементації або відмови від імплементації процедури медіації в господарське законодавство України;

- дати оцінку новелі господарського процесуального законодавства, як передумові розвитку альтернативи в вітчизняному судочинстві;

- акцентувати увагу на проблемах запровадження процедури медіації в законодавство України, оскільки саме вони формують найбільш об'єктивне уявлення про її дійсну цінність;

- відпрацювати авторські пропозиції щодо шляхів імплементації процедури медіації в законодавство України.

Об'єкт дослідження. Об'єктом дослідження є альтернативні способи вирішення спорів, їх місце в правовій системі України.

Предмет дослідження є теоретико-правовий аналіз проблем та перспектив запровадження процедури медіації для вирішення господарсько-правових спорів.

Методи дослідження. Методологічну основу дослідження становлять методологічні підходи (філософський, психологічний, політичний, соціальний та правовий), принципи (історизму, системності, діалектичності, об'єктивізму, конкретності та універсальності); загальнонаукові та спеціально-наукові методи дослідження: історичний, системно-структурний, діяльнісний, класифікації, моделювання, системного аналізу, порівняльно-правовий, статистичний, формальноюридичний та ін. Історичний метод дав змогу вивчити генезу альтернативних способів вирішення спорів, еволюцію подій, які передували розвитку нових способів, які досліджуються, динаміку їхнього становлення, проаналізувати їх розвиток у законодавстві та в практичній діяльності (підрозділ 1.1). Для ґрунтовного дослідження альтернативних способів вирішення спорів як цілісної системи, визначення понять, принципів, ознак використано системно-структурний метод (підрозділи 1.2, 1.3). Метод класифікації дозволяє розподілити явища за певними характеристиками у групи. Альтернативні способи вирішення спорів таким чином вдалось класифікувати для кращого розуміння суті кожного способу (підрозділ 2.1). Діяльнісний метод передбачає дослідження різновимірних правових явищ через призму їхньої дієвості, функціонування. Оскільки існує різноманіття альтернативи, впровадження кожного нового методу характеризується особливостями в практичній діяльності, що допоміг визначити цей метод (підрозділи 2.2, 2.3). Метод моделювання використано з метою плюралізму інтерпретацій теоретичного обґрунтування процедури медіації (підрозділ 2.1). Метод системного аналізу дав змогу здійснити аналіз і синтез даних, отриманих у результаті досліджень, а також отримати цілісне уявлення про предмет вивчення, виявити різноманіття зв'язків його компонентів і звести їх в єдину теоретичну картину (підрозділи 3.1–3.3). Статистичний метод дав змогу шляхом накопичення і вивчення емпіричних даних про медіативну практику,

що склалася, визначити засади, якими керуються медіатори у своїй діяльності, усвідомити ефективність дії окремих нормативних регуляторів тощо (підрозділ 3.3). Висновки до розділів, загальні висновки, положення, що характеризують наукову новизну одержаних результатів, обґрунтовано на основі формально юридичного методу.

Наукова новизна одержаних результатів визначається тим, що магістерська робота є однією з перших в Україні, в якій досліджено теоретико-правове розуміння альтернативного вирішення спору шляхом медіації, передумови запровадження цієї процедури в систему права, на основі зарубіжного досвіду та оцінки нововведень у вітчизняному законодавстві. Наукові результати, що є новими, або характеризуються певною долею новизни і виносяться на захист, є такі:

- визначення, що медіація – це альтернатива судового розгляду у досудовій чи позасудовій формі, що поєднує комплекс механізмів та технологій процесів, які забезпечують її реалізацію, що добровільно обирається конфліктуючими сторонами і передбачає наявність неупередженої, нейтральної третьої сторони, що спонукає сторін прийняти компромісне взаємоприйнятне рішення;

- узагальнення, що не підготовлено вітчизняного теоретико-правового дослідження, у якому б з'ясувалася сутність імплементації процедури медіації в українське законодавство.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що:

- у науково-дослідній сфері положення магістерського дослідження можуть бути основою для подальшого аналізу проблем запровадження процедури медіації в українське законодавство і вироблення стратегій для практичного застосування альтернативи в господарсько-правових відносинах, зокрема, популяризації серед громадськості цієї процедури;

- у сфері правотворчості висновки та пропозиції магістерського дослідження можуть бути використані у подальшому при підготовці і розробці спеціального законодавства України у сфері медіації;

– у навчальному процесі, положення магістерського дослідження можуть бути використані при: розробці навчальних програм спецкурсів “Альтернативні способи вирішення спорів”, “Господарське процесуальне право” юридичних вищих навчальних закладів; підготовці студентами наукових робіт і в процесі вивчення відповідних спецкурсів.

Структура і обсяг магістерської роботи. Магістерська робота складається із вступу, трьох розділів, які охоплюють дев'ять підрозділів, висновків, списку використаних джерел із 87 найменувань. Загальний обсяг роботи – 98 сторінок.

РОЗДІЛ 1

ПОНЯТТЯ, ПРИРОДА, ПРИНЦИПИ ТА СУТНІСНІ ОЗНАКИ АЛЬТЕРНАТИВНИХ СПОСОБІВ ВИРІШЕННЯ ГОСПОДАРСЬКО- ПРАВОВИХ СПОРІВ

1.1. Теоретико-історичні засади та доктринальні погляди на альтернативні способи вирішення господарсько-правових спорів

Різноманітність та багатосторонність громадського життя спричиняє виникнення, існування та припинення величезної кількості конфліктів, багато з яких переростають у правові спори. Вирішувати такі конфлікти зобов'язана держава, її обов'язком є створення механізму, який буде ефективно протидіяти спірним правовідносинам. Безумовно така функція належить судовій владі, яка через суд та всіма належними правовими інструментами (закони та інші нормативно-правові акти) регулює відносини між сторонами щодо спірних питань. Практика та досвід свідчать про те, що сьогодні суд не є єдиним варіантом вдалого врегулювання конфлікту. Для демократичної держави важливою є альтернатива, тобто суб'єкт права повинен мати можливість самостійно обирати способи вирішення правових спорів.

Україна вже має певний досвід використання альтернативних методів вирішення суперечок певними структурами, організаціями та громадами в різних сферах людської діяльності – зокрема, арбітраж, посередництво (медіація). Сьогодні існує великий перелічень робіт, які присвячені аспектам, зокрема, історичним особливостям розвитку АВС, науковці активно розвивають тему доцільності та перспектив застосування альтернативи судовому розгляду. Окремі види АВС досліджувалися на дисертаційному рівні.

Серед праць слід виокремити кандидатську дисертацію Н. Вангородської «Третейський суд в Україні у Х–XVIII ст.» [22], у роботі дослідниця акцентувала на історичному аспекті зародження третейських судів. Третейські суди на територіях, що входили до складу сучасної України почали

зароджуватись ще за часів Київської Русі. Політичний устрій Київської Русі, її адміністративні та правові відмінності, міжусобні війни сприяли активному розвитку третейських судів і третейського судочинства, адже до таких судів за вирішенням спорів звертались не лише пересічні громадяни, а й князі для вирішення конфліктів між ними по справедливості [18, с. 5].

Аналізуючи судочинство в Україні під час княжої епохи, Н. А. Вангородська досліджувала княжий суд, суд віча та суд верві. Науковець зробила висновки, що, згідно з положеннями «Руської правди», князь хоча і вчиняв судочинство як посадова особа, проте він швидше був третейським суддею, котрий вирішував спір відповідно до правил общини. Суд віча на той час становив зібрання громади, а саме повноправних громадян для проведення розслідування.

Арбітражний і третейський розгляд спорів досліджували: на рівні докторської дисертації: Ю. Притика «Теоретичні проблеми захисту прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді» [57]; на рівні кандидатських дисертацій: О. Переверзева «Міжнародний комерційний арбітражний суд з вирішення спорів у сфері торговельного мореплавства» [53], С. Кравцов «Міжнародний комерційний арбітраж та національні суди» [46], С. Юлдашев «Правове регулювання третейського розгляду господарських спорів» [70].

Особливою є робота І. Ясиновського «Імплементация процедури медіації в українське законодавство: теоретико-правовий аналіз» [69], яка присвячена медіації (посередництву) як одному з альтернативних способів вирішення спорів. Праця особлива тим, що вчений не тільки відслідкував генезу процедури медіації, але й зміг визначити стадії імплементації цього процесу у рамки українського законодавства. Це зокрема виконання державою взятих зобов'язань у межах міжнародних угод; розроблення та реалізація державної політики у сфері медіації; створення нормативної бази; легалізація виду діяльності; запровадження реєстру медіаторів; поширення серед представників правової спільноти та населення інформації про процедуру медіації.

Визначальною для дослідження сутності АВС є дисертаційна робота І. Злакомана «Господарсько-правові засоби та форми вирішення інвестиційних спорів». В ній автор серед можливих варіантів врегулювання інвестиційних спорів виділяє судові та позасудові засоби. Серед найбільш застосовуваних методів визначено проведення консультацій, вирішення інвестиційних спорів у дружній спосіб. Особливий акцент зроблено на правових засадах організації в Україні комісій для досудового врегулювання спорів між інвесторами та органами виконавчої влади. Автором з'ясовано, що процес розгляду спірних питань у комісії із сприяння досудовому вирішенню спорів між інвесторами та органами виконавчої влади дозволяє всім зацікавленим сторонам знайти компромісне рішення щодо предмета спору, що, у свою чергу, збільшує довіру іноземних інвесторів до державних органів та формує позитивний інвестиційний імідж держави [33,с.10].

Потреба застосування альтернативних способів вирішення спорів зумовлена процесом виникнення конфліктів на різних етапах розвитку суспільства. Організація суспільного життя зазнавала змін, що стало причиною пошуку альтернативи вирішення спірних відносин. Для загального розуміння історичного розвитку АВС у всіх країнах відстежити їх особливості досить складно, тому необхідно зупинитись на деяких найбільш значних тенденціях в генезисі цього явища. Опіраючись на теорію щодо підходів періодизації світової історії (доісторичний, античний, середньовічний, новий і сучасний), можна виокремити п'ять етапів, які повною мірою охоплюють найбільш значущі періоди розвитку АВС [35,с.50].

Перший етап охоплює доісторичний і давній періоди розвитку людства і характеризується тим, що вирішення конфліктів регулюється шляхом безпосередньої взаємодії конфліктуючих сторін, за допомогою звичаїв і традицій. АВС застосовувались як для вирішення спорів між окремими особами, так і між племенами, в подальшому їм на зміну прийшли державні утворення. Багатьом способам вирішення конфліктів тисячі років. У давнину був поширений звичай кровної помсти, який вважався беззастережним

обов'язком усіх родичів потерпілого. Зрозуміло, що ситуація, коли будь-який спір у племені призводив до застосування насильства, навіть вбивства, загрожувала існуванню племені (общини), а тому поступово стала неприйнятною. Функцію примирення здійснювали вожді або старійшини, їх основним завданням було відновлення миру і стабільності у племені. Внаслідок застосування примусу спори часто вдавалося закінчити миром, але не обов'язково на умовах, що цілком задовольняли сторони [65,с.103].

У Китаї АВС беруть свій початок із конфуціанських принципів експансії гармонії [75], згодом також в інших азіатських країнах або африканських общинах, де вирішення спорів називали «moots» (або в деяких державах Ubuntu або gasaca). Це явище нагадувало медіацію, в якій старійшини вислуховували аргументацію фактів від сторін та/або допомагали їм вести переговори, або застосовували арбітраж – вирішували або вказували вчиняти дії у певний спосіб, щоб забезпечити спокій у общині. Давню історію застосування в Китаї має традиційна медіація [81]. Звертаючись до історичної спадщини Китаю, відомим стає, що практика застосування АВС відома там ще 3000 років тому [75]. Медіація стала поширеною завдяки Конфуцію, адже його вчення розглядає конфлікт як дисгармонію у природі, натомість прагнення дійти компромісу є справедливим та добродесним вчинком, що усуває будь-яку напругу у суспільних відносинах. Коли хтось звертався до суду, це мало значення втрати обличчя, так як було причиною неможливості досягнення гармонії [72]. Конфуціанство проголошувало пріоритет моралі над правом, адже правила соціальних відносин між людськими істотами не є предметом права, а певних моральних обов'язків. Тому право розглядалося лише у розумінні кримінального права. Велика кількість конфліктів вирішувалося за допомогою медіації тому що, представник держави був занадто далеко і тому старше покоління та лідери намагалися вирішувати спори на місці тобто локально аби уникнути непотрібної уваги з сторони очільників держав. Також слід наголосити, що формальний правовий процес утруднювався процедурними ризиками. Аби справа була прийнята до так званого розгляду, той хто

позивався повинен був сплатити необхідні кошти та вручити подарунки людям, які працювали на лідера держави. Представник держави в окрузі мав повноваження відмовити у розгляді справи або скерувати позивача звернутися до процесу медіації за участю місцевих представників, якщо той вважав, що не може самостійно вирішити спір. Особливостями супроводжувався і процес вирішення сімейних спорів, так зокрема спори в сім'ї вирішувалися самостійно її членами, а спори що виникали з особою, яка не є членом сім'ї передавалися на вирішення громади села. Цей спосіб вирішення конфліктів називався медіацією серед людей. Спори, що супроводжувалися порушенням умов контрактів, вирішувалися гільдіями торговців. Гарантією виконання рішень як результату вирішення спору вважався соціальний тиск, а невиконання рішень означало втрату обличчя. Конфуціанство та непростий доступ до тогочасного правосуддя стало причиною найчастішого застосування медіації до періоду падіння Китайської імперії.

Традиційна медіація як форма контролю соціуму та спосіб вирішення спорів у Єгипті та Вавилоні згадується і в історії Античності. Система правосуддя у Стародавніх Греції та Римі була основою мирних процедур врегулювання суперечностей. Зокрема медіація та арбітраж були основними шляхами для вирішення цивільних спорів. Основна ціль врегулювання конфлікту полягала не у встановленні справедливості а у відновленні гармонії у суспільстві [86]. Використання процедури медіації та арбітражу полягало також у попередженні нових конфліктних ситуацій та запобіганні ескалації конфлікту за межі конфліктуючих сторін. Період Античності характеризується також існування божих судів. Тоді панувала сильна віра в богів, люди вважали, що вони не можуть допустити смерті невинної людини, таким чином переконуючись у його правоті. Ворогуючих між собою людей зв'язували та кидали у воду, і вважали, що той хто не потоне є невинний. Ще одним методом визначення невинної людини був бій на смерть, в якому сторони спору бились, і той хто залишився живим, вважався невинним, а той, хто помирав, вважався покараним.

Переговори як метод вирішення суперечностей також відомі людству здавна. Сторони конфлікту старалися вирішити непорозуміння власноруч, проте кожен був озброєний власними аргументам, так як відстоював власні інтереси, тому часто це закінчувалося безрезультатно. Дуже часто в таких ситуаціях закликали третю сторону, яка була незацікавлена у результаті вирішення конфлікту, останню називали арбітр. Приклад застосування арбітражу відомий з історії Афін. Приблизно 400 років до н. е. було створено посаду публічного арбітра, це відбулося тоді коли суди стали переповненими людьми. Арістотель зазначав, що всі чоловіки виконували цю функцію до 60 років, слухаючи всі види цивільних справ, у яких сторонам не потрібно було представати перед більш формальним і повільним судом. Рішення щодо звернення до арбітра було добровільним, але рішення стати арбітром – ні, якщо тільки особа не займала іншої посади або не вирушала за кордон. Як тільки чоловіка обирали арбітром він мав виконувати його функції, в іншому разі його позбавляли цивільних прав. Обрання арбітра для справи здійснювалося методом випадковості. Основним завданням арбітра було вирішити спір дружнім способом. Арбітр міг викликати свідків і вимагати письмової дачі показань. Сторони мали право оскаржити позицію арбітра звернувшись до колегії арбітрів, які в свою чергу приймали рішення про передачу справи в суд. Цицерон писав, що суд був точним, чітким та ясным, тоді як арбітраж – м'яким і помірним. Той, хто звертається до суду сподівається виграти або ж програти, той, хто звертається до арбітражу не сподівається отримати усе, але сподівається всього не втратити [73].

Ідея арбітра як незалежної неупередженої сторони була центральною для арбітражних процесів. Присяга (клятва) арбітра виразно про це свідчить: «Я присягаюся Юпітером, Луціаном Аполоном (the Lucian Apollo) та землею, що я буду суддею у справі між сторонами під присягою та буду найбільш справедливим. Я не буду судити лише на підставі свідчень одного свідка, якщо мені не буде здаватися, що він говорить правду. Я не отримував жодних подарунків в якості сприяння вирішення цього спору, ні я ні хто-небудь для

мене, чоловік чи жінка. Нехай я процвітаю, якщо дотримаюсь цієї присяги, але буде нещастя для мене, якщо я порушу клятву свою» [82, с. 162]. Не менш важливою роль арбітра була у провадженні міжнародних відносин. Договір між Спартою та Афінами укладений 445 р. до н. е. зобов'язував сторін не вдаватися до військових дій у випадку якщо будь-яка із сторін прийме рішення передати спір до арбітражу. У 432 р. Спарта звинуватила Афіни в недотриманні умов договору. На пропозицію Афін передати спір в арбітраж, у відповідь Спарта відмовила та здійснила напад на Афіни. Як наслідок розгорм Спарти спричинив хвилю обурень та думок про те, що це стало своєрідним покаранням богами, за те, що спартанцями було порушено урочисту клятву. Через 10 років війни сторони уклали так званий Нікієв мир у 421 р. до н. е., в якому зазначили зобов'язання не вдаватися до війни і передавати всі майбутні суперечки в арбітраж. Та все таки історія повторилася. Прошло декілька років і Спарта звернулася до арбітражу через порушення договору від 421 р. до н. е., а Афіни в свою чергу відмовилися від цього. Спарта розпочала війну, внаслідок чого зазнали краху Афіни. Оскільки останні відмовилися від арбітражу, тоді вважали, що боги більше не були на їхньому боці. Д. Бедерман про практику арбітражу між грецькими містами-полісами та громадами в Римській імперії писав: «Інститут вирішення спорів рішенням третьої сторони було засновано Олімпійськими богами» [73].

Інститут мирової угоди, зокрема його доктринальна розробка та законодавче вивчення беруть свій початок з римського права. Саме тут розроблена його цілісна концепція. Зокрема, можливість укласти таку угоду до початку судового процесу було передбачено у Законах XII таблиць (стадія *in jure*). Згодом, з еволюцією римського права, популярними стали угоди, метою яких було припинити спірні правовідносини, їх називали *fransactio* – мирова угода. Слід зазначити, що більш ефективними мирні процедури стали в момент запровадження грошового відшкодування за вчинення правопорушення. Одне із основних завдань такого відшкодування було полегшення здійснення переговорів задля примирення сторін. У римському праві це відшкодування

називали «композиція» (тобто штраф, що потерпілому відшкодував порушник). Відомо, що композиція на перших етапах її застосування мала добровільний характер. Проте згодом на законодавчому рівні було визначено її обов'язковий характер. Не менш поширеною тоді була процедура розгляду справ третейськими судами. Дж. Белл писав, що арбітраж для римлян був популярним як швидкий та ефективний спосіб вирішення спорів (*ad finem daslites*). Вчений посилається на згадування арбітрів в Законах XII таблиць і в працях Цицерона [73]. Для Індії арбітраж став відомим 2500 років тому і особливим у цій країні було те, що за допомогою арбітражу вирішувалися спори навіть кримінального характеру. Перший етап розвитку АВС характеризується суспільними способами вирішення конфліктів, це зумовлюється надто слабкою системою органів управління, сильним авторитетом релігії та ідеології, зокрема конфуціанства.

Наступний, другий етап походить з епохи Середньовіччя. В цей період арбітрами були представники католицької церкви, зокрема Папа Римський, або імператори Римської імперії [82, с. 61]. На українських землях вирішення спорів здійснювали церковні, вотчинні, копні та цехові суди. У науковій літературі вказують на близькість вказаних судів до третейських. Діяльність третейських судів, або як їх ще називали «полюбовних», регулювалася Статутами Великого князівства Литовського, законодавчими актами Речі Посполитої [31, с. 83]. Арбітри в той час належали до різних груп та класів, що було певною особливістю даного етапу. У цей період поширеним стало вирішення спорів міжнародного рівня за допомогою арбітражу. Г. Гроцій писав, що арбітраж є чудова альтернатива війні, яка слугує способом мирного вирішення конфліктів між володарями. Для цього періоду характерною особливістю є те, що попри можливість вирішення спорів у межах гільдій, корпорацій, посиленої ролі арбітражу як ефективного способу вирішення міжфеодальних спорів, відбувається вагомий вплив регулювання АВС з боку держави.

Третій етап пов'язаний з періодом становлення Нової історії, виникнення нової цивілізації та системи відносин «європейського світу» й експансії європейської цивілізації в інші частини світу. Тоді ж активно почав діяти міжнародний арбітраж, де найчастіше розглядали спори міжнародні, справи щодо тлумачення договорів, відповідальності держав. Особливістю даного періоду є помітний розвиток суверенного права держав, розширення механізмів та процедур вирішення правових спорів, а основне розвиток арбітражу як одного з кращих методів вирішення спорів міжнародного рівня.

Четвертий етап, який припадає на кінець XIX ст. – початок 90-х років XX ст., ознаменувався напруженими відносинами у міжнародному просторі. 28 червня 1919 р. підписанням Версальського договору було створено Лігу Націй, з метою збереження безпеки, а також для сприяння міжнародному співробітництву держав. Проте її діяльність була не настільки дієвою, так як в 1939 році розпочалася Друга Світова війна. Згодом, на підставі Хартії Об'єднаних Націй у 1945 році було створено ООН, статут якої закріплював концепцію мирного врегулювання міжнародних конфліктів, задля збереження миру, безпеки та справедливості. Те, що «держави повинні шукати якомога швидшого та справедливого вирішення своїх міжнародних конфліктів шляхом переговорів, розслідування, посередництва, узгодження було визначено Декларацією про принципи міжнародного права щодо дружніх взаємин та співробітництва між державами 1970 р. Конвенція ООН з морського права 1982 р. визначала право держав звертатися до Міжнародного трибуналу з морського права, Міжнародного суду ООН або до арбітражу. З цього випливає, що держави мали змогу самостійно обирати альтернативні методи врегулювання спірних відносин. Отож четвертий період ознаменувався зростанням кількості авторитарних держав, централізацією державного управління. Це в свою чергу, стало причиною звуження АВС у приватноправовій сфері.

Розвиток п'ятого етапу триває і досі. Для більшості країн його початок відбувся у 90 роки XX століття. Процеси демократизації стали наслідком зменшення авторитарних держав, це спричинило збільшення масштабів

застосування альтернативних способів вирішення спорів. Стрімкий розвиток різних сфер суспільного життя призвів до виникнення суперечностей. Роботи в судах ставало куди більше, навантаження яке стало відчутним виявилось не підйомним для судової системи, яка потребувала удосконалення та реформації. Суди були неготові справлятися з такими об'ємами роботи, тому в цей період значного інтересу набуває використання недержавних процедур врегулювання спорів. В цей період вагоме значення в поширенні АВС відіграла Рада Європи, тоді було прийнято низку актів, які спрощували процедуру доступу до правосуддя (Рекомендація № R (81) 7 від 14 травня 1981 р.; Рекомендація № R (86) 12 від 16 вересня 1986 р.). Комітет Міністрів Ради Європи у Рекомендації № R (81) 7 від 14 травня 1981 р., з урахуванням того, що судочинство здебільшого має непростий, тривалий і дорогий характер, дав рекомендацію урядам держав-членів вжити заходів для спрощення, прискорення і здешевлення судочинства. Комітет Міністрів Ради Європи 5 вересня 2001 р. ухвалив Рекомендацію Rec (2001) 9 «Про альтернативи судового розгляду між адміністративними органами і приватними сторонами». У цій директиві зазначено побажання урядам держав-членів сприяти застосуванню недержавних процедур задля вирішення суперечок між адміністративними органами і фізичними, юридичними особами.

П'ятий період характеризується прагненням пошуку компромісу між конфліктуєчими сторонами, задоволення їх спільних інтересів шляхом застосування оптимального способу для вирішення спору.

З огляду на вищезазначене, слід зробити висновок, що сьогодні існує багато доктринальних робіт в яких визначено і історичні аспекти розвитку альтернативних способі врегулювання спорів, і особливості їх застосування сьогодні. Історія свідчить про те, що кожен період характеризується необхідністю пошуку альтернативи державним методам вирішення суперечок. Міжнародна спільнота проходила різні етапи становлення єдності та розуміння народів, націй, еволюція та прогрес завжди породжували конфлікт інтересів

держав, суспільства вцілому і це в свою чергу було поштовхом до пошуку компромісу та збільшення як якісних так і кількісних показників АВС.

1.2. Поняття та природа альтернативних способів вирішення господарсько-правових спорів

Багатоманіття та різноплановість суспільного життя спричиняє велику кількість конфліктів, які здебільшого переростають у правові спори. Будь-яка держава повинна концентрувати максимум зусиль для того аби вирішувати правові спори, покладаючи таку функцію на органи судової влади. Для держави демократичного режиму важливо мати альтернативу, яку суб'єкт повинен мати можливість обирати самостійно.

Альтернативні способи вирішення спорів за своєю суттю є сукупністю методів та шляхів, що дають змогу сторонам вирішити правовий спір при цьому не звертаючись до суду чи до інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування. АВС здавна практикують у різних державах світу, адже це зменшує навантаження на суди, береже час та гроші сторін, та найголовніше приводить до консенсусу між сторонами. Аби відмежувати такий вид вирішення спорів від судового та адміністративного використовують назву «альтернативні». Тому досить часто теоретики іменують альтернативні способи вирішення спорів як недержавні. На наш погляд, така думка є цілком вірною. Вагомим аргументом тут є те, що АВС не включає судового порядку, воно передує або є доповнює його. Державне судочинство істотно відрізняється за своїми ознаками та принципами функціонування від АВС, яке в свою чергу не може замінити судовий порядок розгляду правових спорів.

В науковій літературі існує також позиція, згідно якої АВС та державне судочинство є однією системою вирішення спорів. В даній ситуації говорити про альтернативу не можливо, так як суд і АВС згідно даного підходу є єдиним цілим.

Правовий термін «alternative dispute resolution» в оригіналі не містить пояснення, що це способи, форми, засоби, процедури чи методи. М. Поліщук вважає, що найбільш доречним перекладом загальноновизнаного іноземного терміна «alternative dispute resolution» є «альтернативні способи вирішення спорів» [56]. Одна частина науковців стверджує, що тут йдеться про альтернативні форми вирішення спорів, інша ж уникає це питання і пропонує переклад – альтернативне вирішення спорів [36]. Отож, як бачимо, це питання дискусійне, тому вважаємо що тут доречно говорити про способи, а не про форму. Вивчаючи процес вирішення правових спорів, акцентувати увагу необхідно на змістовній складовій цього процесу – способах, так як їх використання сторонами, уповноваженими особами (арбітром, медіатором, експертом) є шансом вирішити спірні питання. У тлумачному словнику, слово спосіб трактується як дія, або ж прийом чи система прийомів, те що служить знаряддям, засобом у якій-небудь справі, дії [51, с. 390].

В науковій літературі існують декілька підходів щодо визначення поняття АВС. Одне з них можна знайти у Юридичному словнику «Black's Law Dictionary» («Юридичний словник Блека») [74]. В цьому словнику поняття АВС визначено як процедуру для вирішення спорів будь-якими іншими способами, відмінними від судового, зокрема як медіація та арбітраж.

Словник Швейцарської арбітражної асоціації дає визначення АВС як: 1) необов'язкове дружнє вирішення спору третьою стороною, не включаючи арбітраж (у Європі); 2) будь-яке вирішення спору, яке включає третю сторону, за винятком судового процесу, включаючи арбітраж (у США) [79, с. 6]. Ще один юридичний словник визначає поняття АВС як об'єднуючий термін, який узагальнює методи, які сторони мають право використовувати, проте окрім судового, включаючи переговори, медіацію та багато видів арбітражу. Поняття АВС в одному з електронних словників пояснюється як спосіб вирішення спору не звертаючись до суду.

Якщо розібратись, то існує велика кількість підходів розуміння АВС. Пояснити це можна тим, що науковці і практики включають до нього різні

способи вирішення спорів. Для прикладу, обов'язковість арбітражу для сторін, є підставою для деяких науковців не відносити його до альтернативних способів вирішення спору, інші стверджують, не слід відносити до АВС і переговори, так як в процесі переговорів присутні юристи сторін, а також відсутня третя сторона.

Деякі з вітчизняних науковців [64] помилково стверджують, що АВС є досудовими способами вирішення спорів. Помилковість такого твердження проявляється в тому, що в ньому прямо передбачається наявність судового процесу як невід'ємної частини вирішення спірних відносин. Н. Вознюк у своїй роботі визначає альтернативні способи вирішення господарсько-правових спорів як засоби несудового впливу на спір, що виникає у процесі здійснення господарської діяльності, метою яких є усунення суперечностей між сторонами, його вирішення або мінімізація негативних наслідків для учасників за мінімальних витрат часу і коштів [25]. Не менш важливим є той факт, що АВС часто є не менш витратним аніж судовий розгляд. АВС використовують також для вирішення не тільки господарсько-правових спорів. Так, через арбітраж, медіацію, переговори можна вирішити інші види правових спорів. АВС притаманна універсальність, що значно розширює сферу застосування. З.Красіловська стверджує, що вирішення спорів це процес, який нерозривно пов'язаний із застосуванням норм права, та прийняття рішення, яке базуватиметься на основних принципах законодавства.

Бачення російських науковців у трактуванні поняття АВС також різняться між собою. Доволі прийнятною є позиція вченого Міхеля Д.Є, який стверджує, що альтернативне вирішення спорів – напрям юридичної науки та практики, який стрімко розвивається та охоплює такі поняття як третейський розгляд, міжнародний комерційний арбітраж, посередництво (або медіація) і переговори [40, с.2]. Більш ширше трактує це поняття Леннуар Н.М. На його думку, альтернативними формами вирішення правових спорів (АВС) або конфліктів (АВК) слід вважати прийоми а також способи вирішення спорів за межами правосуддя [34, с.9]. С.В. Ніколюкін відстоює позицію, згідно якої

альтернативні способи вирішення спорів він асоціює з системою взаємних дій сторін та інших осіб як учасників суперечки, спрямованих задля врегулювання спору за межами суду, а також, за допомогою застосування примирних та інших процедур, які незаборонені та які здійснюються за згодою сторін [38, с.40].

У країнах Європи трактування АВС є дещо ширшим, пов'язаним з усіма видами вирішення спорів окрім судового. А от для США особливим є те, що третейський розгляд там виключають з під поняття АВС, а також переговори без участі третьої особи [28].

Сучасна юридична література визначає такі способи АВС, як переговори, що безпосередньо проводяться конфліктуючими сторонами; вирішення конфлікту за участю посередника; третейський суд; укладання сторонами мирових угод; міжнародний комерційний арбітраж; посередництво (медіація); інші способи вирішення конфліктів без участі держави. Отож, можна зробити висновок, що в іноземній та вітчизняній літературі немає єдиного підходу щодо трактування поняття "альтернативне вирішення спорів" та зокрема його змісту.

Усю сукупність наявних концепції щодо визначення поняття АВС можна поділити на три групи.

Першу групу складають твердження, які характеризують альтернативні способи врегулювання конфліктів як приватну систему, яка сформувалася в протиріч публічному процесу вирішення спору, отож всі позасудові (несудові) процедури врегулювання спору, тобто арбітраж, посередництво (медіація) належать до альтернативних.

Друга група охоплює такі підходи розуміння АВС, які в сукупності об'єднують всі способи вирішення приватно-правових спорів та поділяються на чотири основні категорії: переговори між сторонами; медіація (посередництво); арбітраж; судові провадження. Вважати альтернативними можна лише ті способи АВС, які спрямовані на досягнення консенсу. Це може бути медіація, переговори та інші. Такий варіант пояснення АВС є дуже вузьким. Третейський розгляд і міжнародний комерційний арбітраж, які полягають у застосуванні

норма права, зокрема процесуального, до нього віднести не можна. За даним підходом відбувається розмежування понять альтернативне вирішення спорів і процедури примирення. В даному випадку під процедурою примирення розуміють взаємоприйнятний для сторін процес, який базується на їх спільному волевиявленню. Лише бажання сторін конфлікту, яке є проявом взаємних поступок, санкціонують результат вирішення спору. У третейському суді рішення приймає арбітр, третейський суддя, а не самі сторони, з огляду на це даний спосіб віднести до процедури примирення не можна. Природа альтернативних способів вирішення охоплює всі ці інститути, тому даний підхід є дещо суперечливим. Третейський розгляд базується також на добровільному бажанні сторін. Тому можна зробити висновок, що поняття АВС є досить багатозначним і включає в себе процедури примирення.

Зміст завершальної третьої оцінки терміну "альтернативні" розкривається через такі механізми врегулювання спору, які можуть застосовуватися в різноманітних комбінаціях або окремо або між собою. Для прикладу окремо чи у взаємодії можуть застосовуватись методи переговорів і посередництва, утворюючи універсальний метод – переговори-посередництво. В такому випадку під альтернативою слід розуміти не вибір між цими методами і судовим розглядом, а можливість вибору існуючих варіантів серед альтернативних способів вирішення спорів.

Крім того, вважають, що поняття «методи АВС», «способи АВС», «форми АВС», «процедури АВС» є синонімами, так як усі вони означають певний порядок вирішення спору або ж врегулювання конфлікту. Натомість аналіз літератури свідчить про те, що дані поняття є не зовсім взаємопов'язаними, так як кожному притаманна власна специфіка.

Ми вважаємо, що найбільш точним буде застосування як узагальнюючого для всіх варіантів позасудового вирішення спорів поняття «спосіб АВС». Ця категорія найкраще гармоніює з ч.5 ст. 55 Конституції України, в якій визначено: «Кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань» [1].

Поняття засіб у тлумачному словнику трактується так: це дія або прийом, що дає змогу щось виконати, здійснити, чогось досягти; спосіб. Отож найбільш точним терміном уніфікації в даному випадку слугує поняття «спосіб АВС». Окрім того багато правознавців ототожнюють категорії «способи АВС» і «методи АВС». Проте, це не дуже правильно, так як процесуальний метод є загальною спрямованістю взаємних дій сторін спору, які спрямовують зусилля для його вирішення. Натомість «методи АВС» сконцентроване на результат. Наприклад, кінцевою метою для методу «вирішення спору» може стати захист оскарженого права, для методу «врегулювання правового конфлікту (пошуку компромісу)» та узгодження інтересів сторін шляхом вироблення спільного рішення або висновку угоди про врегулювання конфлікту.

Способи АВС не обмежені рамками встановленої процесуальної форми, яка є ознакою державного судочинства. Процесуальна діяльність чітко регламентується нормами права і відступити від порядку, який визначений законом при рішенні спору це безумовно підстава для скасування рішення суду. Тож визначальною особливістю процесуальної форми є її регламентація законодавством.

З аналізу вищенаведених думок випливає, що існують різні підходи до трактування поняття АВС. Всі вони мають право на існування, так як характеризують різноплановість альтернативних способів.

1.3. Принципи та сутнісні ознаки альтернативного вирішення спорів у сфері господарювання

Пізнати природу альтернативного вирішення спорів повноцінно можливо через аналіз принципів, які світова практика визначає як основоположні засади існування та функціонування цього інституту. Принцип – це категорія досить філософського змісту. Як виявляться розвиток АВС напряму залежить від процесу розроблення системи принципів, так як будь-яка діяльність має власні організаційні основи та базові правила її ведення. Севастьянов Г.В. у своїх

вченнях про концепцію приватного процесуального права, звертає увагу на його три основоположні умови – правові принципи: добровільності як основи виявлення бажання врегулювати спір за допомогою АВС, довіри до третіх сторін, які сприятимуть сторонам вирішити спір, та диспозитивності, що реалізується в самостійному виборі правил та умов виконання процедури [61, с.25]. Міхель Д. Є., виокремлює для себе базові принципи АВС, якими виступають свобода вибору та укладення угоди про застосування способів АВС: диспозитивність; конфіденціальність; процесуальна рівність, незалежність осіб, що вирішують спір або сприяють врегулюванню конфлікту [40].

З вище наведеного можна узагальнити, що науковці розглядають принципи АВС як базу відповідної діяльності. Вони можуть бути загальними, тобто притаманними для усього спектру процесів АВС, або спеціальними – характерними для окремих процесів.

С. І. Калашнікова стверджує, що діяльність має свої організаційні основи та базові правила здійснення [44], на основі цього пропонує наступну класифікацію принципів:

- фундаментальні ;
- принципи, що виділяють специфіку статусу учасників АВС;
- принципи, що визначають процес проведення АВС (процедурні принципи).

У першу групу відносять ті принципи, на практиці реалізація яких дозволяє створити необхідні соціально-правові основи ефективності функціонування даного інституту, а саме, визначити базисні передумови, на яких базуються взаємовідносини у сфері АВС. Цей перелік складають такі принципи:

- самовизначення сторін;
- справедливості;
- добровільності.

Для принципу самовизначення сторін особливістю є прагнення сторін зробити відповідальний крок на шляху до вирішення конфлікту, делегувавши третім особам право прийняти рішення. Принцип самовизначення сторін також передбачає можливість для сторін повноцінно контролювати процес вирішення спору. Принцип справедливості є логічним завершенням принципу самовизначення сторін, він ототожнюється із довірою сторін до АВС. Сторони обираючи конкретну процедуру мають усвідомлювати, що можливість вирішити спір полягає в результаті, який забезпечується за допомогою АВС. Для сторін цей результат буде справедливим. Не поглиблюючись у філософсько-правове розуміння поняття «справедливість», виходимо з існування «триєдиної формули справедливості», що має три базових концепти, зокрема, розподільчу справедливість, яка передбачає, що мова йде про певну суму благ чи прав, які належить розподілити між суб'єктами. Звідси, «розподільча» справедливість передбачає ймовірність, за результатами урегулювання спору, задоволення сторонами певної частини інтересів та реалізації прав. У другому ж випадку можливо говорити про «процедурну» справедливість. Вихідним є те, що процедурну справедливість можна визначити як додержання процедурних правил, що спрямовані на забезпечення справедливості результату тієї чи іншої дії, незалежно від інших обставин. У даному контексті принцип справедливості можливо обґрунтувати наступними латинськими сентенціями: 1) *nemo esse debet iudex in propria causa* (ніхто не може бути суддею у своїй власній справі); 2) *audial teram partem* (обидві сторони повинні бути вислуханими). Реалізація даного принципу, як наслідок, передбачає визнання за сторонами спору під час процедури АВС широкого кола прав, зокрема щодовисловлення своєї позиції перед іншою стороною, представництва, залучення до врегулювання спору незалежної та неупередженої третьої особи тощо. Втілення принципу справедливості потребує впровадження належних стандартів як на нормативно-правовому рівні регулювання АВС так і на локальному – на рівні надавачів послуг з АВС. Даними стандартами повинні бути встановлені вимоги, яким мають відповідати

процедури АВС задля гарантування їх справедливості. У зв'язку з викладеним цілком справедливо виникає питання щодо співвідношення принципу справедливості у сфері АВС та принципу справедливості і законності при здійсненні правосуддя. У сучасній теорії права справедливість визнана необхідним елементом, сутнісною невід'ємною характеристикою правосуддя, зокрема справедливість є: а) базовим елементом концепції верховенства права, яка утверджує визначальну роль права у суспільному житті; б) принципом правосуддя, засадничим елементом будь-якої діяльності суду із розгляду й вирішення юридично значущих справ; в) метою і завданням процесуального законодавства; г) необхідним елементом змісту судового рішення, в якому відображається результат діяльності суду із захисту й відновлення.

Сьогодні виокремлюють цілий перелічень принципів, пропонуємо зупинитись на характеристиці базових.

Принцип верховенства права та законності. Його розуміють як можливість та право сторін обирати альтернативні способи вирішення спорів. Зазвичай таке право визначено законодавством, або ж в законодавстві непередбачена заборона діяти певним чином. Правові системи більшості держав не встановлюють межі регулювання для того щоб не впливати та не обмежувати розвиток альтернатив.

Автономія волі сторін. Вчені виділяють його як основоположний, адже вся сутність альтернативних способів вирішення спорів зводиться до бажання самостійно сторонами дійти консенсусу. Цей принцип є гарантією того, що будь-які санкції, до сторін застосовувати заборонено, окрім, тих, що встановлюють сторони.

Принцип добровільності. Добровільність проявляється і в тому, що сторони добровільно домовляються вирішити конфлікт, виконати рішення, яке спільно прийняли або яке прийняла третя сторона. Сторони спору наділені однаковими правами та обов'язками – це гасло наступного принципу – процесуальна рівність сторін. Обираючи будь-який альтернативний спосіб

вирішення конфлікту, незалежно від їхнього статусу поза межами спору сторони є рівними у виконанні правил, які ж і встановлені сторонами.

Диспозитивність – важливий принцип, що реалізується через можливість самостійно сторонами обирати спосіб в який вирішуватиметься суперечка, третю незалежно сторону, яка братиме участь в проєсі, мову, якою буде вестись АВС та інше.

Конфіденційність. Важливо, що процедура АВС має вестись конфіденційно, звідси і впливає принцип конфіденційності. Ділова репутація для сторін є дуже важливою і часто цей фактор стає причиною угоди сторін про вирішення спору за допомогою альтернативних способів. Конфіденційність це основоположна ознака АВС, так як, арбітри, медіатори, експерти та інші учасники процесів не можуть розголошувати відомості, про які вони дізналися в процесі.

Принцип спеціалізації. За допомогою АВС можуть вирішуватися комерційні, банківські (фінансові), інвестиційні, страхові, туристичні, енергетичні, будівельні, телекомунікаційні, спори з інтелектуальної власності, корпоративні, трудові, спортивні, сімейні та інші спори, тому звідси впливає спеціалізація альтернативних способів вирішення правових спорів.

Принципи характеризують основу процесу звідси й виділяють сутнісні ознаки АВС. В. Конусова пропонує розглянути наступні ознаки, що характерні для недержавних шляхів вирішення спорів: відсутність державного впливу; визнання публічною владою; застосування на основі договору; добровільний характер застосування процедур; співпраця між сторонами спору; характерна конфіденційність; формальний характер; варіативність процедур, їх різноманіття (як властивість сукупності); відбуваються за участь третього учасника, якого сторони обирають за взаємною згодою [48]. Позиція науковця цілком правильна, проте деякі ознаки викликають дискусію щодо їх належності АВС. Зокрема, ми вважаємо, що визнання публічною владою не притаманні АВС, та не для всіх альтернативних способів обов'язкова участь третьої сторони. Узагальнення теорії дозволяє виокремити такі ознаки АВС:

- недержавний характер;
- договірний характер застосування, що базується на взаємоузгодженому визначенні процедур та виконанні прийнятих рішень;
- універсальність (за допомогою АВС можуть вирішуватися спори між фізичними, юридичними особами, міжнародними організаціями, державами, союзами держав);
- правовий характер (застосовуючи АВС можна вирішити як вже існуючі, так і потенційно можливі спори, які базуються на правах або обов'язках визначених правом);
- гнучкість (різноманіття прийомів, засобів, варіативність процедур, самостійне визначення сторонами умов та порядку їх здійснення);
- конфіденційність (участь у вирішенні спору беруть виключно сторони процесу та запрошені особи. Інформація отримана в ході чи в результаті розгляду спору є конфіденційною, вона не може бути використана в судовому процесі, якщо інше не було погоджено сторонами. Відповідно до законодавства деяких держав окремі особи, наприклад медіатор, не можуть бути допитані в якості свідків стосовно інформації, яка стала їм відома під час розгляду спору).

Порівнюючи АВС та судовий розгляд спорів, можна виділити їх спільні та відмінні риси. Те, що найбільш об'єднує ці дві категорії – мета, а саме вирішення спору та задоволення інтересів сторін. Необхідно визначити також системність як характерну спільність. Дана ознака полягає в тому, що суди є системою органів судової влади та розглядають спори у визначеному законодавством порядку, тобто за визначеною юрисдикцією. В свою чергу існує система АВС, зокрема інституції різного профілю, як Міжнародна організація інтелектуальної власності, ЮНСІТРАЛ, Міжнародна торгова палата та інші. Ще одна спільна ознака, яка є гаслом діяльності судів так і невід'ємним принципом для АВС – незалежність. Спир у двох випадках розглядається учасником, який незалежний від сторін конфлікту, примає рішення незалежно.

Висновки до розділу 1

1. Сьогодні виокремлюють п'ять етапів розвитку АВС, які характеризують конкретний період розвитку всесвітньої історії. Перший етап характеризується додержавними або ж їх ще називали суспільними способами вирішення спорів через відсутність органів управління та впливу релігії, ідеологій. Другий етап – це період вирішення спорів у межах гільдій, корпорацій, характерним для нього є поселення регулювання АВС з сторони держави. Особливістю третього етапу є помітне зміцнення права держав самостійно вирішувати спори, розширення сфери державного судочинства, посилення впливу держави на практику застосування АВС шляхом регулювання відповідних відносин, розвиток міждержавного арбітражу як основного способу вирішення спорів на міжнародному рівні. Четвертий період ознаменувався укріпленням авторитарного режиму та централізацією державного управління, що стало підставою звуження АВС у приватноправовій сфері та розвитку державного судочинства. Для п'ятого періоду характерним є максимальне врахування інтересів сторін спору, створення умов для врегулювання відносин конфліктуючих сторін та задоволення їх потреб щодо доступу до правосуддя, а ще розширення кількісних та якісних показників впровадження АВС.

2. Доктринальне вивчення альтернативного вирішення спорів призводить до багатоманіття визначень та трактувань цього поняття. Альтернативні способи вирішення в загальному визначають як сукупність методів та шляхів, що дають змогу сторонам вирішити правовий спір при цьому не звертаючись до суду чи до інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

3. В науковій літературі виділяють декілька підходів щодо визначення поняття АВС. Зокрема у Юридичному словнику «Black's Law Dictionary» поняття АВС визначено як процедуру для вирішення спорів будь-якими іншими способами, відмінними від судового, зокрема як медіація та арбітраж. Вітчизняні науковці, а саме, Н. Вознюк визначає альтернативні способи

вирішення господарсько-правових спорів як засоби несудового впливу на спір, що виникає у процесі здійснення господарської діяльності, метою яких є усунення суперечностей між сторонами, його вирішення або мінімізація негативних наслідків для учасників за мінімальних витрат часу і коштів. Бачення російських науковців у трактуванні поняття зводяться до думки, що альтернативне вирішення спорів - напрям юридичної науки та практики, який стрімко розвивається та охоплює такі поняття як третейський розгляд, міжнародний комерційний арбітраж, посередництво (або медіація) і переговори. У країнах Європи трактують як поняття широке за змістом, з яким пов'язують усі види вирішення спорів окрім судового. А от для США особливим є те, що третейський розгляд там виключають з під поняття АВС, а також переговори без участі третьої особи.

4. Як висновок, сукупність наявних концепції щодо визначення поняття АВС розділяють на три групи. Першу групу складають твердження які характеризують альтернативні способи врегулювання конфліктів як приватну систему, яка сформувалася в протиріч публічному процесу вирішення спору, отож всі позасудові (несудові) процедури врегулювання спору, тобто арбітраж, посередництво (медіація) належать до альтернативних. Друга група охоплює такі підходи розуміння АВС, які в сукупності об'єднують всіх способів вирішення приватно-правових спорів поділяються на чотири основні категорії: переговори між сторонами; медіація (посередництво); арбітраж; судові провадження. Третя група включає твердження про АВС, що розкриваються через такі механізми врегулювання спору, які можуть застосовуватися в різноманітних комбінаціях або окремо або між собою.

5. Для альтернативних способів вирішення спорів характерні ознаки, що суттєво різнять їх від судового розгляду. До ознак АВС відносять універсальність, недержавний характер, конфіденційність, гнучкість договірний характер. Ці ознаки в свою чергу формують принципи які визначають як основоположні засади функціонування цього інституту.

6. Принципи АВС класифікують на базові, загальні та спеціальні та інші.
З усіх слід виділити основні: принцип верховенства права, справедливості, самовизначності сторін.

РОЗДІЛ 2

КЛАСИФІКАЦІЯ АЛЬТЕРНАТИВНИХ СПОСОБІВ ВИРІШЕННЯ ГОСПОДАРСЬКО -ПРАВОВИХ СПОРІВ

2.1. Класифікація видів альтернативних способів вирішення господарсько-правових спорів

Сьогодні існує велика кількість способів вирішення правових конфліктів. Світова практика свідчить про те, що не існує вичерпного переліку альтернативних способів вирішення спорів, так як не має сформованої єдиної позиції щодо вирішення спору застосувавши саме альтернативу. Вирішення господарських спорів за допомогою недержавних методів та їх класифікація за критеріями залежить від держави де їх використовують, правової культури, правової свідомості громадян та рівня їх довіри до державних органів, економічної ситуації в цілому. Основна мета класифікації альтернативних способів їх систематизація та отримання нової інформації у цій сфері.

Традиційні форми вирішення конфліктів прийнято поділяти на три групи [41]:

1. З позиції сили влади. Під цим слід розуміти перевагу однієї сторони над іншою за рахунок фізичного примусу, чисельної чи технічної переваги. Практика застосування силових методів задля вирішення спорів добре усім відома своїми наслідками. Навіть прихильники такої позиції визнають, що застосування сили в таких випадках незавжди приводить до добра.

2. Правовий піхід – реалізується через судовий процес, основою якого є юридичне право. Стверджують, що підхід з позиції права є менш ризиковий аніж сила примусу, проте існують моменти втрат та розчарування. Судовий процес є звичайним та найбільш поширеним способом вирішення спорів, а також різноманітні форми третейських судів, арбітражних процедур і т.д., результатом цих процесів є рішення нейтральної третьої сторони, прийняте виходячи з певних норм та правил, доцільних для тієї чи іншої ситуації.

Незважаючи на характерні ознаки тих чи інших правових систем, в правовому підході їх об'єднує спосіб вирішення конфліктних та спірних ситуацій у судах, особливо, якщо випадок явно підпадає під юридичні норми. Проте, єдність позицій так само полягає і в тому, що недосконалість законів, неможливість передбачити в них специфіку і складність ситуації, часом їх відставання від реальної практики, перевантаженість судів, тривалість і часто дорожня судового розгляду, можливість судової помилки, труднощі виконання судових рішень свідчать про певну обмеженість даного підходу. Об'єктивним є і той фактор, що зважаючи на існуючі недоліки державної судової системи, судові рішення деколи провокує ескалацію конфлікту, а не його вирішення.

3. З позиції інтересів (альтернативний, позасудовий) – це альтернативні способи врегулювання спорів (медіація, переговори), які передбачають визначення того, що стало підставою виникнення спору і пошук компромісних рішень та досягнення згоди між конфліктуючими сторонами завдяки зусиллям третьої, незалежної сторони. Вони дозволяють перетворити суперника на партнера і досягти результату, що максимально задовольнив би усі сторони. На відміну від силових чи правових методів, де проблема полягає у наявності опонента як такого (і, відповідно, формулюється завдання: перемогти, а іноді й усунути його), такий підхід розглядає конфлікт як проблему задоволення інтересів всіх сторін, що вимагає спільного прийняття рішення [38].

Сьогодні у практиці найбільш поширені альтернативні процедури переговори, переговори за участю представника, експертний висновок, примирення, посередництво, посередництво-арбітраж, комісії з вирішення спорів, приватний суд, міні-процес, досудова нарада з вирішення спору та інші.

У зв'язку з цим в науковій літературі виділяють багато класифікацій за якими можна найбільш вдало групувати ці види. Так одну з них пропонує П. Штепан. Він вважає, що найбільш традиційним є поділ альтернативних форм вирішення правових конфліктів на основні та комбіновані. До основних форм альтернативи належать: переговори (negotiation) – спосіб вирішення спору за прямої участі сторін, без інших учасників; посередництво (mediation) – це шлях

досягнення компромісу за допомогою, незалежної, нейтральної третьої сторони, посередника; третейський суд (arbitration) – врегулювання суперечки за участю незалежної, нейтральної особи - арбітра (або групи арбітрів), якому делеговано винести обов'язкове рішення для сторін. Ці три основні форми, а саме їх складові є частинками інших примирювальних процедур. Зокрема переговори універсальний процес, який присутній і в інших альтернативних способах вирішення правових спорів. Що характерно для переговорів та є особливістю цієї форми, це взаємозалежність учасників, що впливає із природи переговорів, де результатом перш за все є компроміс, а вже згодом встановлення права. Процес ведення переговорів також належить визначати учасникам конфлікту, так як він не порядкується нормам права [43].

Внаслідок комбінування основних елементів деяких форм АВС, утворюються нові «комбіновані» методи. Зокрема виділяють такі комбіновані методи: медіація-арбітраж (mediation-arbitration (med-arb) – вирішення спору за участю посередника-арбітра, який у разі недосягнення сторонами згоди, уповноважений вирішити суперечку в порядку арбітражу; приватна судова система (private court system) або суддя «напрокат» (rent-a-judge) – це процес вирішення конфлікту за участю судді, який перебуває у відставці, і важливо, що рішення, яке приймає суддя, що пішов у відставку має обов'язкову силу для учасників; незалежна експертиза (neutral expert fact finding) – участь кваліфікованого фахівця для встановлення у справі фактичних обставин.

Досить цікава позиція Є.І. Носирєвої щодо класифікації альтернативних способів. Вона виділяє судові та позасудові процедури. До позасудових пропонує віднести переговори сторін (negotiation), медіацію (mediation або conciliation) – «врегулювання спору за допомогою незалежного посередника, який сприяє досягненню сторонами компромісу; врегулювання спору за допомогою посередника-арбітра, який у разі недосягнення компромісу уповноважений вирішити суперечку в порядку арбітражу (med-arb)» та «врегулювання спору за участю керівників підприємств, їхніх юристів і третього незалежного особи, яка очолює слухання справи (mini-trial)». Судові

процедури (Court-Administred ADR) Є.І. Носирева. у свою чергу поділяє на обов'язкові і добровільні .

Варто приділити увагу класифікації розробленій А.І.Херсонцевим. Аналізуючи дані Європейської комісії з питань альтернативного вирішення спорів автор класифікує альтернативні способи з урахуванням участі третьої сторони в процесі вирішення спору на дві групи: першу групу складають способи де а) третя особа залучається до погодження та подальшого прийняття обов'язкового для сторін рішення б) третя особа об'єднує способи, в яких третя сторона дає рекомендації з якими сторони або погоджуються або ні [67, с.119]. Другу групу формують способи де незалежний учасник формально не напручує можливі варіанти вирішення спору, попри це намагається допомогти дійти згоди конфліктуючим сторонам. Ця класифікація об'єднує альтернативні способи в яких бере участь третя сторона. Та вважати її повноцінною неможна, так як до неї не входять переговори, як один із найважливіших способів альтернативи.

З урахуванням того, що закордоном активно розвивається альтернативне регулювання спорів не тільки у приватній сфері, а також помітний розвиток їх у межах судових процедур (досудові спори) виділяють приватні та публічні види альтернативних процедур. Аналіз робіт американських авторів, приводить до висновку, що у США існує два напрямки розвитку альтернативних способів вирішення спорів, які є елементами правової системи: (у публічній сфері) і поза нею (у сфері приватного правового регулювання). Ці два напрямки постійно взаємодіють і впливають один на одного. Від цього і походить ще одна усталена класифікація, в основі якої критерій належності способу до тієї чи іншої сфери правового регулювання. Звідси АВС розмежовують на приватні і публічні. Цікаво, що П. Штепан робить акцент на «Court-Administred ADR» та називає їх «публічними» АВС [20, с. 95]. Він відносить до них процедури, що примиряють сторони (досудові наради, досудове посередництво); процедури, які завершуються прийняттям рекомендаційного рішення (спрощений суд присяжних, експертна оцінка обставин спору); процедури, результатом яких є

обов'язкове для виконання рішення (досудовий арбітраж, приватний трибунал). З цього випливає, що публічні процедури застосовуються в суді після порушення справи, але до початку судового розгляду. Приватні способи АВС відрізняються більшим ступенем диспозитивності, меншим формалізмом та мінімальним втручанням з боку держави. Щодо публічних способів АВС, то вони характеризуються меншим ступенем процесуальної гнучкості й жорсткішим законодавчим регулюванням.

Класифікувати АВС можна і за іншими ознаками. Для прикладу польський професор А. Кубась у своїй роботі «Альтернативні способи вирішення спору у Польщі» пропонує класифікувати їх таким методом:

- 1) залежності від порядку використання способів альтернативного вирішення спору:
 - а) позаюрисдикційний (будь-який із способів АВС);
 - б) доюрисдикційний (встановлений за угодою сторін чи на підставі закону, базується на методі врегулювання правового конфлікту (переговори, примирення, посередництво)).

Ми вважаємо, що така класифікація відображає використання форм одного і того ж способу АВС, тому не може бути коректною. Підтвердженням цього є пропозиція автора віднести посередництво як спосіб альтернативи до всіх груп.

- 1) залежно від методу, який використовується для досягнення результату:
 - а) змагальні (третейський суд, міжнародний комерційний арбітраж);
 - б) консенсуальні (переговори, омбудсмен);
 - б) рекомендаційні (спрощений суд присяжних);
 - в) мішані.

Отже, можна зробити висновок що сьогодні існує багато варіантів альтернативи судовому розгляду. У зв'язку з цим виникають деякі розбіжності у законодавчому визначенні понять, проте, як виявляється, всі вони характеризують подібні між собою процеси. Цілесне уявлення та характеристику про види можна отримати класифікувавши їх за різними

критеріями. Такий поділ дозволяє розкрити внутрішню логіку, специфіку та закономірності розвитку кожного способу окремо.

2.2. Переговори та претензійний порядок вирішення господарсько-правових спорів

Тривалий період часу досудовий порядок вирішення господарських спорів мав обов'язковий характер, а у випадку недотримання цієї процедури громадяни втрачали право звернутися у суд. З моменту прийняття Конституційним Судом України Рішення у справі про досудове врегулювання спорів від 9 липня 2002 р. та внесення на підставі цього Рішення змін до ГПК України ситуація значно змінилася [59]. Сьогодні досудове врегулювання господарських спорів є добровільним. Сторони мають можливість на свій розсуд вирішувати питання про направлення або не направлення претензії. Більшість укладених господарських договорів містять пункт де визначено, що, всі спори, які виникають з цього договору, вирішуються у претензійному порядку, але якщо сторони не дійшли згоди, вони вправі звернутися до суду. У випадку порушення умов договору контрагенти намагаються дотримуватися законодавства і направляти претензії порушнику.

Досудове врегулювання господарсько правових спорів в національному судочинстві вже тривалий час спричиняє суперечки серед вітчизняних теоретиків та практиків. Зоднієї сторони звучать твердження про інститут досудового регулювання як «пережиток минулого», з іншої – наголошується на необхідності збереження його як позасудового або ж альтернативного способу врегулювання конфліктів в сфері економіки, господарювання. Слід вважати за норму, що конфліктуючі сторони повинні вжити необхідні заходи для вирішення спору, а вже згодом звертатись до суду. І опоненти і прихильники досудового вирішення господарських спорів сходяться на думці про доцільність цього інституту, адже це значно економить час, кошти та зберігає партнерські відносини. Тут неможливо не погодитись з твердженням

О.Подцерковного, про те, що збільшення репресивного апарату приведе державу в нікуди, в той час як вирішення економічних спорів не в судовому порядку сприятиме більш якісному згодоженню цих конфліктів, навіть за умови, що досудове врегулювання завершилось безуспішно, сторони, які звертались до позасудового вирішення спору чи робили це в досудовому порядку мають більші чіткі позиції в судовому процесі, це дає суду розуміння можливостей оцінити та вирішити конфлікт між ними [55,с.20].

Способи вирішення господарських спорів слід трактувати як процесуальний порядок який обирає суб'єкт господарювання з метою вирішення спору, тобто вибір способу вирішити господарський спір не тільки задля припинення конфлікту але і вирішення спору по суті. Досудове врегулювання є одним із способів вирішення конфліктів господарсько-правового характеру. Із загальної теорії права відомо, що досудовий (претензійний) порядок врегулювання спорів – це перелік дій, заходів, що має здійснити сторона, права якої порушено, для вирішення спору зі стороною, яка є порушником майнових прав та інтересів. Досудове врегулювання спору включає в себе також процес ведення усних переговорів суб'єктами, обмін кореспонденцією, пред'явлення претензій, та проведення інших процедур для вирішення спору, при цьому без передачі справи до господарського суду.

Сьогодні найбільш ефективним способом вирішення конфліктів є переговори. Науковці стверджують, що переговори є формою альтернативного вирішення спорів, при цьому наголошують, що це не самостійна категорія, а складова інших способів АВС. Справді, переговорам притаманні ознаки альтернативних способів:

- а) добровільність, консенсуальність, множинність сторін;
- б) універсальний характер;
- в) правова природа спорів;
- г) добровільне виконання рішення (сторони добровільно виконують домовленості, досягнуті у результаті переговорів);
- д) конфіденційність.

Відсутність третьої сторони є характерною особливістю переговорів. Застосування переговорів у випадку спорів можливе як застереження у тексті договору між сторонами. Важливо, що сторони можуть вільно обрати будь-який інший варіант вирішення конфлікту, якщо переговори будуть безрезультатними. Щодо претензії, ситуація тут зовсім інша. Не всі вчені відносять претензійний порядок вирішення спору до альтернативних.

На нашу думку, претензію слід розглядати як частинку переговорів, так як вона виражає позицію однієї сторони щодо конфліктної ситуації. Правила арбітражу міжнародних інституцій (ICC, LCIA, SCC та ін.) передбачають першим етапом арбітражного спору подачу запиту про арбітраж, у якому має міститися викладена в письмовій формі суть спору (a summary of the dispute). Ми вважаємо, що викладення у письмовій формі суті спору і є претензією, для неї не характерні ознаки АВС, тому як різновид альтернативи розглядати не слід.

Вітчизняна правова система передбачає здійснення досудового вирішення спору через інститут претензії. Претензія – це письмовий документ, який сторона, яка вважає що її законні права та інтереси було порушено, надсилає порушнику з вимогою відновити їх. Основною метою досудового врегулювання господарських спорів є усунення та запобігання негативного впливу на господарську діяльність з боку контрагентів, конфліктів та спірних ситуацій без звернення до суду. Позитивний аспект полягає у добровільному задоволенні претензійних вимог, що в свою чергу забезпечує швидке відновлення порушених прав кредитора. Неодмінно такий порядок є сприятливим і для добросовісного боржника, так як звільняє його від додаткових судових витрат.

Досудовий порядок реалізації господарсько-правової відповідальності ґрунтується на загальному правилі визаченому ч.1 ст. 222 ГК України, згідно з яким учасники господарських відносин, які порушили права або законні інтереси, інших суб'єктів повинні поновити, не чекаючи пред'явлення до них претензії або звернення до суду [15]. У рішенні Конституційного Суду України від 9 липня 2002 р. по справі №1–2/2002 (про досудове врегулювання

спорів) [59] зазначено, що обов'язкове досудове врегулювання спорів, яке виключає можливість прийняття позовної заяви до розгляду і здійснення за нею правосуддя, порушує право на судовий захист. Можливість використання суб'єктами досудового регулювання спорів може бути додатковим засобом правового захисту, який держава надає учасникам певних правовідносин, що не суперечить принципу здійснення правосуддя виключно судом. Держава повинна ініціювати використання досудового врегулювання спорів, це одна з необхідностей підвищення рівня правового захисту. Проте їх виконання є звичайно правом особи, а не обов'язком. Зі змісту даного рішення можна зробити короткі висновки:

1) процедура досудового врегулювання спорів за будь-якою категорією справ є правом, а не обов'язком сторони;

2) це додатковий спосіб вирішення спору, що не суперечить принципу здійснення правосуддя тільки судом;

3) не ставиться під сумнів можливість особи використати позасудові засоби захисту своїх прав та інтересів (арбітраж, міжнародний комерційний арбітраж) тощо;

З вищенаведеного випливає – обов'язковість процедури досудового врегулювання спору впливає з бажання учасників, закріпленого у договорі, де визначено застереження про те, що спори пов'язані з укладенням, виконанням, розірванням цього договору, можуть бути передані до господарського суду за умови додержання досудового регулювання. Виникає логічне питання, чи варто дотримуватися порядку оформлення, пред'явлення, розгляду претензій, коли досудове врегулювання є справою добровільною? Адже можна припустити, що легше надіслати боржнику лист довільної форми з проханням та надією про швидше погашення заборгованості. Однозначно, що кредитору ніхто не забороняє до моменту звернення в суд зв'язатися з керівником підприємства-боржника в телефонному режимі, чи листуванням про сплату боргу чи поставку товару. Іноді така форма зв'язку є досить оптимальною та дієвою. Проте як свідчить практика, чим швидше кредитор розпочне офіційну претензійну

розмову з боржником, не обмежуючись обіцянками і розмовами, тим вищі для нього шанси виконання контрагентом зобов'язань.

Незважаючи на те, що пред'явлення претензії є правом суб'єкта господарювання, законні права та/або інтереси якого порушені, законом імперативно встановлено строки, в які претензія має бути розглянута, тобто для одержувача це вже стає обов'язком. Цей строк становить один місяць, він є загальним. Спеціальні строки розгляду претензій застосовуються з урахуванням особливостей господарських відносин.

Окрім того, Указ Президента від 10 травня 2006 р. «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів» [17] визначає одним із пріоритетних завдань концепції створення умов для розвитку альтернативних (позасудових) способів розв'язання спорів. Десятий розділ Указу визначає основи реформування та розвитку інститутів пов'язаних із реалізацією права на судовий захист, а саме наголошується на необхідності розвитку альтернативних способів врегулювання спорів. Зокрема визначено, що розвиток альтернативних способів (позасудових) сприятиме розвантаженню судів. Наголошено на необхідності створення умов для розвитку більш дешевих та менш формалізованих шляхів вирішення конфлікту та інформування громадян про їх переваги в порівнянні з механізмом судового захисту. Звернення за захистом в суд бажано використовувати як винятковий варіант.

Досудовий порядок вирішення господарських спорів є великою перспективою зберігти партнерські відносини у діяльності суб'єктів господарювання та інших учасників господарських правовідносин. Такий спосіб має багато переваг над стандартною процедурою звернення у суд. Одна з характерних відмінностей – це відсутність грошових витрат у порівнянні з поданням позову, можливість сторін в процесі переговорів швидко вирішити спір, досягнути бажаного результату. У претензії також можна зазначити не тільки про те, що невиконано певне зобов'язання, а й про негативні наслідки, якщо порушення не буде усунуто, наприклад звернення до суду з метою

стягнення збитків, нарахування штрафних санкцій, 3% річних, індексу інфляції за період прострочення тощо. В даній ситуації вказується на вірогідність покладання всіх судових витрат на боржника (у тому числі витрат на оплату послуг адвоката), арешту банківських рахунків у порядку забезпечення позову, а також про стягнення з нього штрафу. Безумовно великою перевагою є те, що за умови вдалого вирішення спірних відносин між сторонами зберігаються дружні партнерські відносини, що сприятиме веденню їх діяльності у майбутньому.

У цілому досудовий порядок реалізації господарської відповідальності є корисним і для держави, і для учасників господарських правовідносин. Він дає змогу розвантажити господарські суди, сприяє попередженню, виявленню та швидкому усуненню фактів господарських правопорушень.

Сьогодні на законодавчому рівні існує невичерпний перелік проблем пов'язаний з регулюванням досудового вирішення спорів. Пред'явлення претензії до боржника є своєрідним попередженням для нього про те, що кредитор в майбутньому збирається подавати у суд і відповідальність буде неминуча. Правопорушники, недобросовісні боржники з моменту отримання попередження намагаються приховати майно, кошти а то і припинити господарську діяльність. В сфері господарювання, особливо серед малого та середнього бізнесу популярним стало явище заснування однією особою декількох підприємств. На одне з таких підприємств здійснюється оформлення права на майно, землекористування, ставляться на баланс різноманітні активи і т.д. З метою уникнення ризиків відповідальності, таким підприємством, яке є «пасивним держателем активів», реальна господарська діяльність не ведеться. Максимум таким підприємством здійснюється оренда або позичка майна, що є у його власності. В цей час інші підприємства, які створені особою що і підприємство «пасивний держатель активів» ведуть ризикову діяльність: виконують роботи, надають послуги, виробляють товари. Однак на їх балансах не обліковуються ліквідні активи. Все, чим користуються у діяльності такі підприємства, земля, нерухомість, устаткування, не належить на праві

власності, а лише передане у користування. Тому, коли до такого підприємства надходить претензія від кредитора на значну суму, коли виникає ризик несення відповідальності то власником або засновником поточна діяльність поступово згортається. Це власне і переростає у процес спеціального зтягування розгляду претензії. Такі схеми дуже часто використовують сьогодні підприємства, які потрапляють у боргову яму, це прямий шлях від ухилення від відповідальності, який має легальне підґрунтя.

Юристи-практики пропонують застосовувати санкції майнового характеру до боржника, який проігнорував претензію кредитора. Це було б зобов'язання для одержуваа претензії – суб'єкта господарювання, розглянути претензію у визначений законом строк, повідомити кредитора про результати розгляду та задовольнити вимоги заявника.

В процесі реформування інституту досудового врегулювання спорів необхідно зазначити, що бувають ситуації, коли спір, що виникає між суб'єктами господарювання, пов'язаний із тлумаченням норми господарського договору. Сторони, як правило, неспроможні самостійно роз'яснити норми чи положення договору і через це виникають розбіжності у поглядах. Тут доцільно ініціювати доповнення процесуального законодавства нормами, які б давали можливість тлумачити господарським судам зміст договору на стадії досудового врегулювання. Незважаючи на наявність ст.ст. 213, 637 ЦК України їх потенціал не використовується повною мірою у господарському процесі. По-перше, це результат незнання громадян про таку можливість. По-друге – відсутність законодавчого регулювання процесу звернення суб'єктів господарювання за тлумаченням змісту договору, а також надання судом тлумачення на стадії досудового врегулювання спору. Якби цей механізм працював, це б значно скоротило кількість судових справ щодо укладення, виконання та розірвання договорів.

Варто зазначити, що тлумачення договору на досудовому врегулюванні спору було б досить ефективним, так як, суддя спочатку вислуховує позиції сторін, а вже згодом враховуючи думки сторін дає оцінку господарському

договору згідно норм законодавства. Незважаючи на обов'язкову силу судового тлумачення, його можна оскаржити в загальному порядку.

О. А. Беяневич стверджує, у випадку звернення сторін до суду з вимогою розтлумачити договір з превентивною метою, щоб запобігти порушення умов договору в процесі виконання через відсутність єдиного бачення, то в розумінні процесуальних наук в цей час спір про право між сторонами відсутній, зокрема швидше йдеться про захист їх інтересів. На думку науковця, розгляд такої категорії справ вимагають або розширення змісту поняття «позов» і відповідно визнання права на подання безспірних позовів або запровадження спеціальної процесуальної форми розгляду таких справ у межах окремого провадження [20]. Слушну пропозицію щодо необхідності додаткового законодавчого регулювання питань про процесуальні підстави, механізм і процесуальну форму вирішення вимог про тлумачення змісту правочину висуває Д. Шадура. Він вбачає необхідність вирішувати питання про вид провадження в якому потрібно розглядати вимоги про тлумачення договору, також питання визначеності сторін спору, та розподіл судових витрат. Пропонуємо виділити недоліки, які найбільш часто виділяють практикуючі юристи у періодичних виданнях:

- неможливість отримати акт преюдиційного характеру: ухвали чи рішення суду, в яких встановлені факти, що мали місце при встановленні відносин певного характеру, для прикладу договірних;

- строк позовної давності не зупиняється у випадку звернення з претензією, окрім того гарантувати вдале вирішення конфлікту неможливо;

- у випадку направлення винній стороні оригіналів документів є ризик, що їх можуть неповернути, адже відповідальності за вчинення таких дій жодним нормативним актом непередбачено. Така помилка може бути на руку недобросовісному боржникові. Тому слід направляти засвідчені належним чином копії документів, при цьому про можливість ознайомлення з оригіналами зазначати в претензії;

— можливо, що боржник проігнорує претензію або ж не надасть відповідь у визначений законом строк. Це сприятиме затягуванню вирішення спору і продовжить час до звернення заявника у суд;

— вирішення спору у претензійному порядку – це завжди можливість для винної сторони приховувати чи перекручувати факти, обставини, давати неповний перелік документів, зловживати правилами та ухилятися від відповідальності.

З цього випливає, що застосування досудового регулювання доцільне тоді, коли кредитор впевнений в добросовісності боржника та може розраховувати на його чесність.

Не менш важливим питанням в претензійному порядку вирішення спорів є момент виконання визнаної претензії. На сьогодні такий примусовий та чіткий механізм відсутній. Претензія може бути визнана, але жодних дій щодо її виконання може так і не відбутися. Тобто виходить, що замість того, щоб захистити порушені законні права та інтереси, така процедура створює інші труднощі для потерпілої сторони. Дуже важливо на законодавчому рівні закріпити можливість примусового виконання визнаної претензії.

У підсумку необхідно зазначити, що сучасний досудовий порядок вирішення господарських спорів повноцінно не захищає суб'єкта господарювання від наслідків правопорушення, що виходить із відсутності державного примосу законодавчо регламентованої поведінки боржника.

2.3. Медіація, третейський розгляд, інші квазісудові та комбіновані способи вирішення господарсько-правових спорів

Посередництво давно відоме і практикується у багатьох країнах світу. Сьогодні існує проблема множинності підходів як таку процедуру іменувати. Найбільш часто зустрічаються поняття «медіація», «консиліація», «посередництво», «примирювальна процедура» та «погоджувальна процедура» [57]. Більшість наковців як вітчизняних так і зарубіжних ототожнюють ці

поняття, так як у більшості нормативних актів відсутні відмінності у їх характеристичі. Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру (офіційний переклад російською мовою) визначає поняття «погоджувальна процедура», що означає процедуру, яка може називатися погоджувальна, посередницька або позначена терміном аналогічного змісту і в межах якої сторони звертаються до третьої особи або осіб («посередника») надати їм допомогу у спробі досягнення мирного врегулювання спору, що виник із договорів чи інших правовідносин або у зв'язку з ними. Англійський переклад даного документа оперує поняттями «conciliation» («консиліація») та «mediation» («медіація»). Офіційний переклад Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами [5] українською мовою визначає термін «примирювальна процедура», тоді як англійська версія цієї Конвенції використовує термін «conciliation». З вище наведеного стає зрозумілим, що в нормативних актах не визначено особливих ознак, за якими можна розмежувати поняття консиліація від медіації, в них передбачена лише процедура вирішення спорів, яка полягає у діяльності посередників (посередника) допомогти сторонам спору досягти мирного врегулювання спору, який виник із договірних або інших правовідносин. Невизначеність даного питання на міжнародному рівні виливається у плутанині в національному законодавстві різних країн. Для прикладу, Естонія прийняла Закон «Про процедуру консиліації» імплементуючи Директиву 2008/52/ЄС [2], хоча сама Директива – про медіацію, що впливає вже навіть із її назви. Термін «медіація» походить від латинського слова «mediare» – «бути посередині». «Mediate» з англійської мови перекладається як «служити зв'язком, посередником». М. Яновський стверджує, що посередництво це процес ведення переговорів третім (який не бере участі в спорі) суб'єктом зі сторонами, що сперечаються, на основі пропозицій, зроблених ним із метою вирішення конфлікту [68, с. 16]. А. Туманянц висловлює позицію, де визначає посередництво як альтернативу судовому розгляду [66, с. 166]. Ми вважаємо, що посередництво – це шлях

вирішення конфлікту, за участі третьої сторони, яка сприяє процесу комунікації і налаштовує сторони до самостійного вибору варіанту вирішення конфлікту, який би задовольнив їхні обопільні інтереси та потреби. Посередник перш за все діє неупереджено, він не може відстоювати позицію будь-якої з сторін.

Н. Бондаренко-Зелінська визначає медіацію як переговори, добровільний і конфіденційний процес де участь посередника (медіатора), полягає допомогти сторонам конфлікту дійти згоди; як метод, за яким сторони управляють і володіють як самим процесом, так і його результатом – угодою, тобто нічого не вирішується без згоди сторін [21, с. 164]. Різниця між медіацією та звичним судовим чи арбітражним процесом полягає у тому, що під час медіації сторони доходять згоди самі, медіатор жодного рішення не приймає, не має жодного права відстоювати інтереси будь-кого з учасників. Т. Коваленко [47] та Г. Гаро [26] не вбачають відмінностей у поняттях «примирення», «медіація» та «посередництво». В. Конусова не робить відмінностей між медіацією та посередництвом, але окрім того виділяє примирення (консиліацію) [49, с. 79]. На нашу думку, терміни «медіація» і «консиліація» це різновид посередництва. Ці поняття характеризують процес вирішення спору за допомогою посередника, різниця лиш в межах поля діяльності та втручання. Щодо примирювальної та погоджувальної процедур, то ці терміни вживаються українськими і російськими науковцями, тоді коли в англійській використовують «медіація» та «консиліація». Можна впевнено стверджувати, що поняття «медіація» та «консиліація» явища сутнісно близькі, але не тотожні. Більш популярний та часто використовуваний як у практиці зарубіжних країн так і в українській термін «медіація», зважаючи на це в подальшому ми не будемо робити акцент на їх розбіжностях, а аналізуватимемо ці правові явища взагалі використовуючи термін «медіація».

У науковій літературі існують різні позиції щодо трактування сутності арбітражу. Одна категорія науковців акцентують на його приватній природі, зокрема визначають, що діяльність арбітражу полягає у вирішенні спору

приватними особами, яких обирають сторони [80, с. 307]. Інші вчені стверджують, що приватну судову систему створює арбітраж, висловлюють дискусійну тезу, що фактично арбітраж створює приватну судову систему [78, с. 40]. Досить популярною є думка про те, що арбітраж це інститут права, якому притаманні як матеріально-правові елементи так і процесуальні [76]. Окремі фахівці висловлюють думку з приводу того, що арбітраж є інститутом приватного правосуддя, це стає можливістю вилучати спори з компетенції загальних судових установ і передавати їх на розгляд окремим особам, наділеним для цього випадку повноваженнями приймати рішення. Такий підхід більшість критикує адже він суперечить ст. 124 Конституції України [1], згідно з якою правосуддя в Україні здійснюють виключно суди.

Звичайно, окрім доктринального, існує і нормативне визначення поняття арбітраж в актах різних за юридичною силою. У заключному акті ОБСЄ від 1 серпня 1975 р. арбітраж трактується як один із найбільш вдалих способів вирішити спір, який виникає з комерційних угод у сфері торгівлі та обміну послугами чи з контрактів у галузі промислового співробітництва швидко та неупереджено [3]. В ЄКЗА [4] термін «арбітраж» визначають як вирішення спорів як арбітрами, яких призначають на кожну справу окремо (арбітраж *ad hoc*), так і постійними арбітражними органами (ст. 1). У типовому законі ЮНСІТРАЛІ щодо міжнародного торговельного арбітражу [8] визначено арбітраж як будь-який арбітраж, незважаючи на те, чи це постійна арбітражна установа чи ні. У ст. 2 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» [10] закріплено трактування цього поняття як «будь-який арбітраж (третейський суд) незалежно від того, чи створений він для розгляду певної справи, чи здійснюється постійно діючою арбітражною установою, зокрема Міжнародним комерційним арбітражним судом або Морською арбітражною комісією при Торгово-промисловій палаті України» (додатки № 1 і № 2 до цього Закону). Аналізуючи вищенаведені приклади регламентації поняття «арбітраж» у нормативних актах, можна дійти висновку, що всебічне та ґрунтовне його визначення дає Заключний акт ОБСЄ від 1 серпня 1975 р. В

ньому визначено арбітраж як спосіб швидкого та справедливого вирішення спорів, виокремлено сфери, в яких вони вирішуються. Щодо інших актів, то в них увага прикута більше до режиму функціонування арбітражу, зокрема це постійно діючий чи створений для вирішення окремого спору орган.

Третейський суд – недержавний незалежний орган, що створюється на підставі угоди або рішення заінтересованих фізичних та/або юридичних осіб, у встановленому законом порядку, для вирішення спорів, що виникають із цивільних та господарських правовідносин. В ст. 7 Закону України «Про третейські суди» [11] визначено, що в Україні можуть утворюватися та діяти постійно діючі третейські суди та третейські суди без статусу юридичної особи, для вирішення конкретного спору (суди *ad hoc*), які мають право розглядати будь-які справи, що виникають із цивільних та господарських правовідносин, за винятком передбачених законом, зокрема справ, коли хоча б одна зі сторін спору є нерезидентом України. Також у статті 1 Закону України «Про третейські суди» прямо звизначено, що його дія не поширюється на міжнародний комерційний арбітраж. Як висновок, слід зазначити, що в Україні деференціюють арбітраж на міжнародний (міжнародний комерційний арбітраж) і внутрішній (третейські суди).

Є особливості, які різнять міжнародний комерційний арбітраж від третейських судів: перш за все суб'єктний склад: а) третейським судом вирішуються спори між резидентами України – фізичними та юридичними особами; б) за угодою сторони можуть передавати спір у міжнародний комерційний арбітраж за умови, що комерційне підприємство однієї зі сторін розташоване за кордоном, а також спори між підприємствами 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; по-друге, правова основа: а) третейські суди свою діяльність провадять на основі національного законодавства; б) регламентація діяльності міжнародного комерційного арбітражу відбувається на підставі міжнародно-правових актів; ну і в третю чергу предметна підвідомчість: а) в

повноваженнях міжнародного комерційного арбітражу вирішувати конфлікти, що виникли з договірних та інших цивільно-правових відносин, при реалізації зовнішньоторговельних відносин та здійснення інших міжнародних економічних зв'язків; б) в третейському суді вирішуються суперечки, що породжуються із цивільних та господарських правовідносин, крім випадків, передбачених законом. Спостерігається доволі значний перелік винятків із компетенції третейського суду. Помітним було його збільшення у 2009 р. внаслідок істотних зловживань з сторони судів, що спричинили шкоду правам та інтересам суб'єктів права. Наприклад, у 2011 р. була введена заборона вирішувати спори щодо захисту прав споживачів, зокрема споживачів послуг банку (кредитної спілки). Такі зміни значно звузили сферу компетенції третейських судів. Отож, всупереч розбіжностям правової природи, в діяльності та організації цих органів є багато чого спільного, тому характеризуючи їх доцільно використовувати термін «арбітраж» і розглядати міжнародний комерційний арбітраж і третейські суди як підвиди одного виду АВС.

Підставою для розгляду спору арбітром є арбітражна угода або арбітражне застереження – це угода сторін про передання арбітражу спорів, які вже виникли або можуть виникнути у майбутньому, у зв'язку з конкретними правовідносинами в яких сторони перебувають, незалежно від їх характеру. Укладати арбітражну угоду можна у формі арбітражного застереження в контракті чи у вигляді окремої угоди. Отож підписуючи договір з арбітражним застереженням, автоматично закріплюється взаємне волевиявлення сторін щодо двох угод [24]. До прав сторін входить можливість вільно обирати мову арбітражу, місце, необхідні кваліфікаційні вимоги до арбітрів, а також право, яке застосовуватиметься до договору. У випадку якщо домовленість щодо місця арбітражу відсутня, то воно визначається третейським судом зважаючи на обставини справи, зокрема враховуючи момент зручності для сторін. Розглядаючи арбітраж як різновид АВС, не можна оминати увагою дискусію щодо співвідношення права на судовий розгляд справи, яке передбачено

завичай національним законодавством та права на застосування арбітражу для розгляду спорів [71, с. 41]. В Україні господарські суди приймають до розгляду та розглядають спори по суті, для яких передбачений арбітраж як спосіб вирішення спорів, посилаючись на ст. 55 Конституції України[1]. Позиція суддів незмінна в тому, що не правильно розглядати домовленість сторін про передачу спору на розгляд арбітражу як відмову від звернення до господарського суду за захистом права чи охоронюваного законом інтересу. Важливо також зазначити, що третейські суди здійснюють не правосуддя, а третейський розгляд спору сторін у цивільних і господарських правовідносинах у межах права.

Сьогодні також існують організації, які пропонують послуги із вирішення спорів шляхом застосування ради, що займається питаннями спірних відносин та шляхів їх вирішення: 1) Міжнародна торгова палата (International Chamber of Commerce) – одна з найбільших бізнес-організацій, діяльність якої спрямована для розвитку міжнародної торгівлі, відповідальною бізнес та глобальним регулюванням задля суспільного розвитку. Створена у 1919 р. у Парижі, Франція; 2) Фундація рад з вирішення спорів (Dispute Resolution Board Foundation) – некомерційна організація, заснована у 1996 р. у Сіетлі (США), основне спрямування діяльності пошереження застосування рад з вирішення спорів у світовому просторі; 3) Федерація рад з вирішення спорів Dispute Board Federation – організація, що поширює застосування рад з вирішення спорів з метою недопущення виникнення спірних відносин на великих проектах із будівництва у країнах, що розвиваються; 4) Milan Chamber of Arbitration Міланська палата арбітражу – діяльність базується надавати послуги різного характеру, серед яких, зокрема, арбітраж, медіація, вирішення доменних спорів і призначення ради з вирішення спорів; 5) Міжнародна федерація інженерів-консультантів (Fédération Internationale DesIngénieurs-Conseils (FIDIC) – з фр.; International Federation of Consulting Engineers – з англ.). Заснована у 1913 р. Бельгією, Францією та Швейцарією, діяльність якої базується на розробці типових положень контрактів задля співпраці учасників інвестиційно-

будівельної діяльності. Організація надає послуги вирішення спорів, якщо сторони передбачили це у договорі. Розроблені FIDIC типові договори в Україні застосовує зокрема, Державне агентство автомобільних доріг України для укладання з підрядниками на виконання робіт із будівництва доріг за кошти Європейського банку реконструкції та розвитку. В цих договорах визначені положення про звернення до експерта з вирішення спорів та ради з вирішення спорів.

Рада з вирішення спорів характеризується наявними ознакам ABC. Це колегіальний орган, призначений сторонами контракту для вирішення спорів у якості посередника з метою економії коштів та відновлення чесності та справедливості. Великою перевагою наданих нею послуг є участь у справі висококваліфікованих спеціалістів. Це необхідно особливо для окремих категорій спорів, зокрема, у сфері будівництва (цивільна інженерія, морська інженерія, метро, аеропорти тощо), де необхідні спеціальні знання і відповідно не можуть бути вирішені особами, які ними не володіють. Їх рішення також можуть мати обов'язковий або рекомендаційний характер. В контрактах рада з вирішення спорів може передбачатися як один вид ABC, а також можливий варіант поєднання декількох способів альтернативи. Найчастіше договорами FIDIC передбачено вирішення спорів шляхом ведення переговорів між сторонами одночасно із залученням Ради з вирішення спорів, а у випадку якщо такий механізм не дієвий, передбачено правобудь-якої сторони звернутися до арбітражу. Як правило, склад Ради з вирішення спорів налічують три особи, два члени призначають сторони, третій – за згодою двох членів. Можливий і одноособовий розгляд, якщо проект не складний [78]. Рада з вирішення спорів проводить слухання, де кожна сторона аргументує свою позицію, відповідає на питання членів Ради та сторони. Передбачено, що Рада має право доступу до інформації щодо спору та якщо виникне потреба зустрічі з сторонами перед засіданням. Є декілька варіантів роботи Ради з вирішення спорів: надавати необов'язкові рекомендації (dispute resolution board), надавати обов'язкові для сторін рішення (dispute adjudication board) або відповідати на поставлені

запитання. Хоча це виглядає дещо дивно, необов'язкові рекомендації є доволі ефективними. Як правило, рекомендації зазвичай стосуються обох сторін, тому якщо сторона хоче, щоб контрагент виконав рекомендації зі свого боку, вона змушена виконувати свої. Рекомендації містять оцінку фактів, положень контракту та висновки. Рішення Ради з вирішення спорів, що мають обов'язкову силу повинні бути негайно виконаними. У випадку, коли одна із сторін незгідна з прийнятим рішенням, вона має повне право звернутись до арбітражу чи в суд. Як правило в державах немає нормативного регулювання діяльності Ради, чи визначення її складу, тому такі моменти мають детально визначатися у договорі, за яким буде застосовуватися даний вид АВС. Ради з вирішення спорів працювали на таких проектах [76], як зведення Дамби Харві (Harvey Dam) в Австралії (2000–2001 рр.), будівництво Міжнародного аеропорту Гонконгу (було розглянуто шість спорів і лише один було направлено до арбітражу, де рішення Ради було залишено в силі), будівництво Нового Панамського каналу, Тунелю Ейзенхауера. Також, під час підготовки до Олімпійських та параолімпійських ігор у Лондоні в 2012 р. було створено незалежну раду з вирішення спорів. З метою врегулювання спірних провідносин в процесі реалізації великих проектів практикують утворювати примирювальні комісії з розгляду спорів (Dispute Review Board). Вони створюються як на постійній так і на тимчасовій основі.

У США з метою «викорінення конфліктної сліпоты» учасників, судовою практикою розроблений «міні-суд» (Mini-Trial). Це доволі непростий процес позасудового вирішення спору, характерний тривалістю у часі, під час якого, комісія з представників керівництва сторін, які не брали участі в попередніх погоджувальних процедурах приймають рішення [84]. Головує такою комісією як правило третя сторона, яка має право вносити свої пропозиції.

Виділяють ще один вид АВС, що за своїми ознаками дуже схожий до медіації – це нейтральна оцінка, яка може бути надана як на досудовій стадії врегулювання конфлікту, так і в процесі судового врегулювання конфлікту. Однією з переваг цієї процедури є економія коштів. Посередник пропонує

можливі варіанти вирішення спору, тим часом, сторонам дається час, щоб проаналізувати їх та обрати максимально комфортний та дієвий для себе. Кожна з сторін має змогу оцінити свої шанси й відмовитися від ведення справи в майбутньому у суді.

Окрім вище зазначених видів вирішення спорів виділяють ще змішані способи, наприклад, переговори-арбітраж (negotiation arbitration) або медіація-арбітраж (mediation-arbitration). Для цих способів характерно застосовувати процедуру медіації до сторін, а якщо сторони не змогли самостійно вирішити свій спір, то він стає арбітром та ухвалює обов'язкове для сторін рішення. Сторони одразу домовляються про такий спосіб вирішення спору й уповноважують третю сторону ухвалити обов'язкове для них рішення у випадку неможливості досягти згоди [84]. Перевага та особливість такої процедури полягає в тому, що вирішити спір вдається у короткий строк, так як третя сторона знає особливості справи. Досить часто медіатори та арбітри які практикують створюють нові моделі альтернативи шляхом змішування різних процедур. Міжнародний медіатор М. Літс розробив процедуру арбітражу-медіації, де до початку медіації закінчується арбітражна частина [83,с.358]. Сторонам показують конверт, в якому міститься рішення арбітра. Сторонам невідомо суть рішення, тому вони починають вести переговори задля того, щоб дійти згоди.

В Австралії, на підставі положень Закону «Про сім'ю», застосовуються такі види АВС: 1) Med-Arb – це особлива форма арбітражу, в якій арбітр спершу виступає посередником, у випадку недосягнення результату, він приймає рішення, обов'язкове до виконання сторонами; 2) рання нейтральна оцінка (early neutral evaluation) – це процес полягає в наданні оцінки спеціалістом щодо можливого результату розгляду справи у суді); 3) арбітраж на основі наданих документів (проводиться без усних слухань); 4) короткий арбітраж; 5) співробітництво або сумісний підхід, особливість цього виду полягає у тому, що переговори ведуться через адвоката [27].

Сьогодні багато вчених відносять до АВС інститут омбудсмена. Поняття «омбудсмен» використовують для визначення суб'єктів у різних відносинах. Посадова особа яка виконує функції додержання закону за дотриманням конституційного законодавства у сфері прав та свобод людини та громадянина не може виступати як різновид АВС. Та в багатьох зарубіжних країнах цим поняттям оперують в розумінні АВС (страховий омбудсмен тощо).

Варто зазначити, що багато дискусій виникає з приводу того чи доцільно відносити судову медіацію до альтернативних способів вирішення спорів. Більшість вчених характеризують судову медіацію (court mediation, court related mediation) як самостійний вид АВС. Проте інколи цей термін визначає процедури, що насправді містять дуже мало спільних характеристик з процедурою медіації. Зарубіжна практика визначає можливість укласти досудову угоду з правосуддям в обмін на співпрацю з органами дізнання, слідства, сприянні розкритті обставин злочину. Стороною в такій угоді можуть виступати учасники, організатори, посібники, співучасники злочину. Варто зазначити, що така угода не характеризується ознаками притаманними для медіації чи інших видів альтернативних способів. Зокрема відсутні добровільний та консенсуальний характер, підконтрольність процедури сторонами, добровільне виконання рішення. Така угода має дещо «прохальний» чи «вимушений» характер.

Великої популярності сьогодні набуває «Електронне вирішення спорів» («Electronic Dispute Resolution»). Розрізняють такі основні види онлайн-вирішення суперечок: а) вирішення суперечок із використанням експертної системи з автоматичного вирішення суперечок; б) онлайн-арбітраж; в) онлайн-медіація; г) онлайн-вирішення суперечок зі споживачами [27]. Електронне вирішення спорів поєднує низку способів врегулювання спорів (конфліктів) із застосуванням інтернет-технологій. У Нідерландах з 2007 р. створена онлайн-платформа «Дорожня карта правосуддя» (Rechtwijzer). За допомогою цієї платформи пари мають змогу домовитися про розлучення і виплату аліментів. Статистика вказує на 700 розлучень оформлених завдяки Rechtwijzer.

Платформа призначена також для вирішення трудових відносин та щодо договору оренди, зокрема, вміщує пропозиції та можливі варіанти, які допоможуть вирішити спір. Сьогодні запущена в дію платформа онлайн-вирішення спорів Online Dispute Resolution (ODR), між споживачам і торговцям з ЄС, Норвегії, Ісландії та Ліхтенштейну. З її допомогою можна владнати розбіжності, пов'язані з онлайн-покупками товарів і послуг, без звернення до суду.

Висновки до розділу 2

1. Альтернативні способи вирішення господарських класифікують залежно від особливостей правової системи держави, правової культури, правової свідомості громадян та рівня їх довіри до державних органів, економічної ситуації в цілому. Основна мета класифікації альтернативних способів їх систематизація та отримання нової інформації у цій сфері. Найбільш традиційним вважають поділ альтернативних форм вирішення правових конфліктів на основні та комбіновані.

2. До основних форм альтернативи належать: переговори (negotiation);, посередництво (mediation), третейський суд (arbitration). Серед комбінованих методів виділяють: медіація-арбітраж (mediation-arbitration (med-arb)), приватна судова система (private court system) або суддя «напрокат», незалежна експертиза (neutral expert fact finding) та інші.

3. Досудовий порядок вирішення господарських спорів є непоганим варіантом для суб'єктів господарювання вирішувати розбіжності та залишатись при цьому у партнерських відносинах. Такий спосіб має багато переваг над стандартною процедурою звернення у суд. Одна з характерних відмінностей це відсутність грошових витрат у порівнянні з поданням позову, можливість сторін в процесі переговорів та через інститут претензії швидко вирішити спір, досягнути бажаного результату.

4. Основною метою досудового врегулювання господарських спорів є усунення та запобігання негативного впливу на господарську діяльність з боку контрагентів, конфліктів та спірних ситуацій без звернення до суду. Позитивний аспект полягає у добровільному задоволенні претензійних вимог, що в свою чергу забезпечує швидке відновлення порушених прав кредитора. Неодмінно такий порядок є сприятливим і для добросовісного боржника, так як звільняє його від додаткових судових витрат.

5. Серед альтернативних способів, що сьогодні відомі та активно практикують виділяють: посередництво – спосіб вирішення спорів за участю посередника, який допомагає сторонам комунікувати та аналізувати усі аспекти конфлікту таким чином, щоб вони змогли вибрати метод виходу з ситуації, найбільш сприятливий та ефективний. Видами цього поняття є «медіація» і «консиліація», вони близькі за своєю сутністю, але не тотожні. Відмінною ознакою є роль третьої сторони; переговори – взаємодія між сторонами, без залучення третьої сторони, спрямована на досягнення компромісу та вирішення правового спору; Рада з вирішення спорів – спосіб, що полягає в участі в розгляді справи висококваліфікованих спеціалістів, що особливо необхідно у сфері будівництва (цивільна інженерія, морська інженерія, метро, аеропорти тощо); укладення досудової угоди з правосуддям в обмін на співпрацю з правоохоронними органами та сприяння в розкритті злочину не є видом АВС, адже для цих відносин не характерні: а) добровільний та консенсуальний характер; б) підконтрольність сторонам процедури (можливість визначати умови та правила проведення переговорів; в) добровільне виконання рішення; г) конфіденційність. Електронне вирішення спорів – методи вирішення спорів з допомогою застосуванням інтернет-технологій, спеціальних програм. Сьогодні зростає популярність використання такого виду АВС, що зумовлено можливістю вступати у такі відносини як резидентам так і нерезидентам, економією часу та простотою процедури.

РОЗДІЛ 3

ПЕРСПЕКТИВИ ТА ШЛЯХИ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ ІНСТИТУТУ МЕДІАЦІЇ В ГОСПОДАРСЬКЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

3.1. Імплементация процедури медіації в законодавство України

Українські науковці досі дискутують, яким чином необхідно імплементувати процедуру медіації у вітчизняне законодавство, так як в нашій країні відновне правосуддя перебуває на етапі формування. Зрозуміло, вітчизняне правосуддя необхідно реформувати, і перш за все виникає потреба розвивати позасудові способи врегулювання спорів, а також створювати умови для стимулювання дешевших і менш формалізованих способів їх урегулювання. Важливо зазначити, що як альтернатива судовому розгляду, медіація для українського суспільства є новою, нетрадиційною процедурою, яка немає спеціального регулювання. Імплементация цього процесу базується на чинниках, які сприяють розвитку відновного правосуддя в Україні. Слід зазначити, що медіація могла б стати ідеальним варіантом вирішення спору шляхом компромісу, механізмом мирного вирішення конфліктів, де посередник працює над тим, щоб порозуміти інтереси сторін [54, с. 37].

З набуттям Україною незалежності розпочалися євроінтеграційні процеси, які вимагають гармонізації вітчизняного законодавства з європейськими стандартами. Інститут медіації в Україні набув популярності зовсім нещодавно, хоча витоки його мають давню історію. Імплементация процедури медіації у вітчизняне законодавство впливає із виконання зобов'язань у рамках міжнародних угод. У 2014 р. було підписано Угоду про Асоціацію з Європейським Союзом, відповідно до якої Україна і Європейський Союз мають посилено співпрацювати у сфері правосуддя, свободи та безпеки задля реалізації принципів верховенства права та поваги до прав людини і основоположних свобод. 15 жовтня 1999 р. на засіданні в Тампері Європейська Рада закликала держави-члени до запровадження альтернативних позасудових

процедур, де медіація є базовим процесом. Україна приєдналася до Статуту Ради Європи шляхом прийняття Закону України «Про приєднання України до Статуту Ради Європи» від 31 жовтня 1995 р. № 398/95-ВР [6]. Відповідно до положень ст. 15.b Статуту Ради Європи, Комітет Міністрів Ради Європи може приймати висновки у формі рекомендацій урядам країн а також попросити уряди країн - членів Ради інформувати його про заходи, вжиті ними щодо таких рекомендацій [6]. Кабінет Міністрів з метою реалізації вказаних повноважень, прийняв низку рекомендацій щодо імплементації процедури медіації. Зокрема, Рекомендації Rec (2001) 9 Комітету Міністрів Ради Європи щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами та сторонами – приватними особами, а також Керівні принципи № 15 для кращого виконання Рекомендації щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами й сторонами – приватними особами [39, с. 442–448].

Інститут медіації бере витоки із 1994 р., коли за ініціативою американської організації «Search for Common Ground» («Пошук спільних підходів») та Донецького науково-практичного психологічного центру виникла Українська група медіації, також було створено низку громадських організацій, завданнями яких було розповсюдження інформації, досвіду використання альтернативних способів вирішення конфліктів, які з 1999 р. об'єдналися в Асоціацію груп медіації України [39, с. 25–26]. Паралельно свою діяльність розпочав Український центр порозуміння в Києві, мета якого було відновлювати правосуддя і професійну підготовку медіаторів. З 2003 р. Український центр порозуміння почав співпрацювати за програмою відновного правосуддя з Дарницьким районним судом м. Києва та окремими суддями Деснянського районного суду м. Києва. Слід звернути увагу на ключову роль регіональних організацій у сприянні розвитку медіації в Україні. Протягом 1997–1999 рр. Донецька група медіації за підтримки міжнародних організацій реалізувала проект, спрямований на поширення вітчизняних місцевих центрів медіації, підготовки медіаторів та надання їхніх послуг населенню [45]. Тоді

нетрадиційна модель вирішення спорів не була відверто близька суспільству, для нашої держави позасудова процедура врегулювання конфліктів не отримала активної підтримки серед громадян. Успіхи запровадження такої програми були невеликі.

Український центр порозуміння здійснює діяльність щодо розроблення механізму співпраці між медіаторами та органами державної влади, місцевого самоврядування, сторонами, з метою вирішення справ за допомогою процедури медіації. Вектор діяльності Українського центру порозуміння з 2006 р. спрямований на створення центрів відновного правосуддя в громадах, для яких важлива співпраця між громадськими організаціями, державними організаціями на місцях та органами місцевого самоврядування в напрямі залучення громад до альтернативних способів вирішення спорів, у тому числі до проведення медіації. В роки запровадження програми відновного правосуддя відбулися помітні зміни в напрямі розвитку медіації в Україні, серед яких, ефективне співробітництво з правоохоронними органами та судами. Протягом 2004–2011 рр. вісьмома місцевими осередками цієї організації проведено 364 процедури медіації, серед яких 70 % справ передано правоохоронними органами, 20 % – судами і лише 10 % – сторонами конфлікту, адвокатами чи прокурорами, неурядовими організаціями [45]. Даний факт є свідченням того, що відбулись позитивні зміни щодо реалізації процедури медіації в Україні, оскільки проекти змогли зацікавити суспільство до альтернативи, переконати у її ефективності і необхідності розвитку в Україні.

Загалом слід зазначити, що сьогодні законодавче визначення медіації у вітчизняному законодавстві відсутнє. У Верховній Раді України було вже декілька зареєстрованих проектів Закону «Про медіацію», проте процес прийняття триває досі. Сьогодні представлені два законопроекти – №3665 та №3665-1. Обидва мають низку недоліків, але законопроект №3665 вже був прийнятий у першому читанні [14].

Аналіз інтерпретації поняття медіації, приводить до висновку, що всі вони по своїй суті схожі та виділяють характерні ознаки: 1) виникнення правового

спору між сторонами; 2) вирішення спору та винесення рішення безпосередньо сторонами; 3) наявність третьої особи — медіатора, який сприяє налагодженню комунікації між сторонами, однак не вирішує спір по суті; 4) відсутність жорсткої правової регламентації процедури; 5) наявність медіаційної угоди та неможливість примусового її виконання без звернення до компетентних органів. Базою в процесі застосування медіації є бажання сторін до конструктивного діалогу, дійти результату, який буде задовольняти інтереси кожної з сторін. В процесі імплементації процедури медіації в законодавство України необхідно зупинитися на її принципах, так як імплементація обов'язково повинна базуватись на них. Принцип – це твердження, яке сприймається як головне, важливе, суттєве, неодмінне або принаймні бажане [62, с. 693]. Принципами медіації слід вважати базові засади, власне дотримання яких, дає результат та ефекти бажані для сторін. Для того, щоб законодавчо врегулювати медіативний процес, необхідно відштовхуватись від принципів, саме вони є індикатором особливостей медіації в порівнянні з іншими способами вирішення спорів. Спробуємо проаналізувати їх, систематизувати та виокремити ті, які можуть бути представлені в українському законодавстві, а саме в проекті Закону України «Про медіацію».

Принцип добровільності. Сторони добровільно обирають цей спосіб вирішення ситуації, добровільно погоджуються вирішити конфлікт шляхом компромісу. Їм надається можливість в необхідний момент вийти із медіації. Окрім того, що сторони добровільно приймають рішення застосувати медіацію, кінцевий результат повністю залежить від того, як вони розвиватимуть ситуацію самостійно. Перед початком процедури, медіатор обов'язково запитує про добровільність прийнятого рішення кожну із сторін.

Наступний принцип, на якому базується медіація – конфіденційність. Конфіденційність визначається як зобов'язання тримати в таємниці інформацію, що стає відомою під час медіації. Особливістю цього принципу є те, що дотримуватись його зобов'язані як медіатор, так і сторони медіативного процесу. В теорії прийнято виділяти два основні аспекти розуміння

конфіденційності. По-перше, забезпечення принципу конфіденційності необхідне для того, щоб отримана інформація не могла бути використаною в подальшому проти сторін. Цей аспект створює атмосферу довіри, дозволяє сторонам налаштуватись на позитивний результат та співпрацювати нічого не побоюючись. Така ситуація важлива для медіатора в плані ефективної співпраці з сторонами, визначенні їх реальних позицій, проблем та інтересів. Другий аспект розуміння конфіденційності полягає у цінності відносин між стороною та медіатором. У випадках, коли сторони проводять конфіденційні зустрічі з медіатором і надають йому інформацію, яку вони не хотіли б надавати іншій стороні, вони можуть бути впевнені в тому, що таємність такої інформації буде збережено, що є критично важливим для довіри сторін до медіатора.

Наступним принципом є непримусовий характер медіації. Його значення полягає в тому, що сторони не зобов'язані досягати угоди, а варіанти угоди можуть обговорюватися сторонами без зобов'язання себе до виконання конкретного результату. Жодних наслідків для сторін у випадку недосягнення згоди не настає. Медіація передбачає обмеження прав учасників, а це означає, що сказане під час даної процедури не може використовуватися як доказ у подальшому судовому розгляді. Тому учасники можуть вільно обговорювати варіанти угоди. Девід А. Хоффман досліджував і класифікував основні принципи медіації. Найбільше увагу він акцентував на етнічній складовій процедури, а саме принципі неприпустимості конфлікту інтересів. Тобто будь-яка зацікавленість медіаторів у конфлікті, чи це професійна, чи особиста заборонена. В свою чергу медіатор має бути хорошим психологом, в чому реалізується принцип самостійності. Його суть полягає у тому, що медіатор має дати оцінку ситуації, провівши аналіз висловлених позицій і вибрати взаємовигідну позицію для сторін.

Наступний принцип інформованої згоди. Суть його в тому, що результат добровільної згоди сторін вирішити конфлікт полягає в чіткому усвідомленні сторонами вибору такого варіанту поведінки. Роль медіатора не має бути в контексті «джерело інформації», йому необхідно переконатися в тому, що

сторони мають необхідні дані, щоб визначити варіантивирішення спору і, якщо їх виявиться недостатньо, медіатор зобов'язаний обговорити, яким чином сторони таку інформацію можуть отримати [77, с. 153].

Зовсім протилежну позицію на рахунок принципів підтримує Керол Дж. Браун. Він виділяє їх значно меншу кількість. Так, Керол Дж. Браун вважає, що процедура медіації базується на двох принципах: 1) самостійність сторін вибирати спосіб вирішення ними конфлікту; 2) відповідно до якого нейтральна третя сторона, яка сприяє взаємодії сторін, допомагає вирішити питання, які pojawiaються в процесі, звертає увагу сторін на їх власні інтереси та прагне результативно вирішити конфлікт [72].

Цікава також думка щодо принципів медіації С.І. Калашникової, яка поділяє принципи медіації за функціональним призначенням на організаційні принципи (добровільність і нейтральність) і процедурні принципи (самостійність сторін, конфіденційність, співпраця і рівноправність) [47, с. 7].

Попри те, що на даний момент єдиного законодавчого акту, що визначив би основні засади медіації в Україні немає, питання принципів все таки досліджувалося. Так, у двох законопроектах 2013 р. про медіацію під редакцією С. В. Ківалова та Я. П. Федорчука, які зареєстровано у Верховній Раді України, передбачалися статті, що стосувалися безпосередньо принципів медіації. У редакції проекту Закону С. В. Ківалова «Про медіацію» від 3 липня 2013 р. № 2425а-1 у ст. 5 визначено такі принципи: «Медіація проводиться за взаємною згодою сторін конфлікту на підставі принципів добровільної участі, рівності та активності сторін медіації, незалежності, нейтральності та толерантності медіатора, конфіденційності інформації щодо медіації» [12]. Цікавим є положення щодо активності сторін медіації. Суть положення полягає у тому, що сторони медіації самостійно визначають коло обговорюваних ними питань, можливі варіанти вирішення спору між ними, зміст медіаційної угоди, та інше.

У законопроектах «Про медіацію» від 27 березня 2015 р. № 2480 та від 9 квітня 2015 р. № 2480-1, які зареєстровано у Верховній Раді України на розгляд, продубльовано аналогічні принципи. Визначено, що медіація процес,

який проводиться за згодою сторін спору, базується на принципах добровільної участі, рівності, активності і самовизначення сторін медіації, незалежності, нейтральності та конфіденційності інформації щодо медіації [13,14]. Проаналізувавши принципи медіації запропоновані у законопроектах «Про медіацію», слід зробити висновок, що вони ідентичні і обговорень не вкликають.

Цікаво класифікують принципи медіації Б. А. Лєко та Г. В. Чуйко. З поміж запропонованих ними принципів є ті, про які вже згадували раніше: добровільність, рівноправність сторін, конфіденційність, нейтральність, неупередженість. Серед нових автори виділяють: принцип правомочності – в процесі переговорів беруть участь тільки ті особи, які мають право приймати рішення; принцип виключного контролю сторін за результатами процедури медіації; принцип неконфронтаційного характеру переговорів, атмосфера довіри та взаємоповаги. Зміст даного принципу заключається в тому, що базова роль медіатора підтримувати конструктивний характер переговорів із збереженням емоційно-психологічного благополуччя сторін конфлікту. Медіатор контролює хід процесу; принцип широкого кола можливих взаємоприйнятних рішень суперечки. Учасники споровправі погодити будь-яке законне рішення суперечки, що задовольнятиме їхні інтереси; принцип гнучкості процесу. Медіатори, як правило, дотримуються основної структури процесу медіації, але не відповідають їй у деталях; принцип доступності медіації, полягає в тому, що будь-хто, хто бажає вирішити правовий конфлікт через медіацію, має на це право і можливості [19, с. 271–273]. Ми вважаємо, у майбутньому Законі України «Про медіацію» необхідно передбачити такі основоположні принципи, як:

- добровільний характер участі в медіації, що є гарантією вільного волевиявлення сторін та заборонаю тиску на сторони спору з метою проведення чи припинення медіації;
- рівність сторін медіації;

— активна позиція сторін, щодасть змогу самостійно визначати коло обговорюваних питань, варіанти вирішення спору між ними, зміст медіаційної угоди, строки та способи її виконання;

— незалежність, нейтральність медіатора, що виступає гарантією реалізації медіатором його прав;

— толерантність медіатора;

— конфіденційність інформації, як гарантія дотримання прав фізичних та юридичних осіб, які за допомогою до медіатора.

У міжнародних актах, що регулюють питання розвитку та поширення процедури медіації, закріплено перелік принципів медіації. У Рекомендації № R(99) 19 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам Ради, які зацікавлені в організації медіації у кримінальних справах, від 5 вересня 1999 р. визначено такі принципи: добровільність, конфіденційність, доступність, допустимість на будь-яких стадіях правосуддя, незалежність та автономність. Європейський кодекс медіаторів, що прийнятий 2 червня 2004 р., визначає такі принципи, як конфіденційність, нейтральність і незалежність медіатора [19, с. 463]. Принцип добровільності та конфіденційності зазначено в Директиві 2008/ЄС Європейського парламенту та Ради про деякі аспекти медіації в цивільних та господарських правовідносинах від 21 травня 2008 р [2].

Отже, імплементація процедури медіації в законодавство України – це організаційно-правова діяльність української держави та інших уповноважених суб'єктів, що реалізується в певному порядку, який складається з послідовних дій, спрямованих на впровадження альтернативної судовому розгляду форми досудового чи позасудового або позапроцесуального вирішення спорів або ж урегулювання конфліктів і передбачає, крім конфлікуючих сторін, наявність третьої сторони (неупередженого і нейтрального медіатора), який не приймає рішення, але покликаний надати професійну, комплексну допомогу у справедливому вирішенні/урегулюванні конфлікту/спору. На основі аналізу зазначеного визначення можна стверджувати, що ознаками імплементації процедури медіації в законодавство України необхідно вважати такі: є

організаційно-правовою діяльністю української держави та інших уповноважених суб'єктів; має процедурний характер; спрямована на впровадження альтернативної судовому розгляду форми досудового/позасудового або позапроцесуального вирішення спорів/урегулювання конфліктів; передбачає, крім конфлікуючих сторін, наявність третьої сторони (неупередженого і нейтрального медіатора); медіатор покликаний надати професійну, комплексну допомогу у справедливому вирішенні/урегулюванні конфлікту/спору. На законодавчому рівні закріплення потребують такі основоположні принципи, як принцип добровільної участі в медіації, принцип рівності сторін медіації, принцип активності сторін медіації, принцип незалежності, нейтральності медіатора, принцип толерантності медіатора та принцип конфіденційності інформації.

3.2. Переваги та недоліки процедури медіації як передумова для імплементації у вітчизняне законодавство

Про важливість запровадження інституту медіації можна стверджувати лише дослідивши усі переваги та недоліки цього інституту. Думки науковців у цьому питанні різняться. Отож розглянути переваги та недоліки цього явища буде дуже доречно.

Про переваги запровадження процедури медіації в практиці вирішення правових конфліктів свідчить дуже багато факторів основним з яких є ефективність. Якщо сторони зацікавленні вирішити спір, владнати відносини то користь від застосування медіації буде дуже висока. В процесі взаємодії сторони так впливатимуть одна на одну, що діятимуть взаємовигідно та контролюватимуть свої збитки. Так як процедура медіації характеризується відносною гнучкістю то її результати будуть завжди прийнятнішими ніж судовий розгляд. Ефективний результат багато в чому залежить від ролі медіатора як третьої нейтральної сторони. Медіатор повинен використати усі медіаційні технології, щоб допомогти сторонам порозумітися, так як він не є

суддею чи арбітром та не може виносити будь-яких рішень чи судити [54, с. 33–34]. Важливо, щоб медіатор «затягнув» сторін до конструктивної співпраці, дбав про інтереси сторін. Йому необхідно контролювати процес та сприяти реалістичній оцінці ситуації сторонами, для прийняття ними адекватної позиції. Медіатор уникає особистих коментарів чи суджень стосовно учасників, дотримуючись принципу безсторонності. Якщо суддя як правило аналізує минуле й вирішує, що неправильно було зроблено, медіатор навпаки, старається сконцентруватися на реальному майбутньому [37, с. 156].

Отож, ефективною медіація може бути за наявності таких умов: мотивація учасників конфлікту, готовність відкрито обговорювати спірні питання, бажання мирного вирішення конфлікту, готовність до уважного вислуховування опонента та прийняття виваженого рішення.

Невідомною позитивною ознакою медіації є добровільність. Тобто весь процес побудований на взаємній згоді та власному волевиявленні, учасник будь-коли має право покинути стіл переговорів. Під час медіації спілкування відбувається на основі довіри та взаємоповаги і є цілком безпечно для кожної сторони. Спілкування під час медіації відбувається на основі взаємоповаги, взаємодовіри і є безпечним для кожного учасника цього процесу. Добровільність виявляється і в можливості для сторін та посередника у будь-який час припинити переговорний процес без пояснення причин, або за взаємної згоди, поновити його. Рішення щодо врегулювання спору приймається сторонами, якщо вони не дійдуть згоди, то можуть звернутися в суд. В процесі медіації виникають відносини, які є формою реалізації права суб'єктів залагодити конфлікт будь-якими законними методами, які вони визначають пріоритетними для себе. Під час такого посередництва дії учасників відповідають процесуальним взаємовідносинам, що є реалізацією прав та обов'язків, передбачених регламентом процедури [29, с. 36].

В медіаційному процесі виділяють такі позитивні риси, як швидкість та економічність. Напевно це вже усталене розуміння, що медіація є вигідним економічно, швидким та ефективним методом врегулювання відносин в

порівнянні з іншими методами, що глобально впливає на зниження навантаження на суди і витрати держави на забезпечення їх функціонування.

Р. Зайнеман зазначає, що медіація впливає на позитивне розуміння та очікування інших людей, зокрема тих, що належать до інших рас та представляють інші культурні традиції, сприяє самоконтролю і самостійності сторін спірних правовідносин, розвантажує судову систему держави та знижує державні витрати в цій сфері, забезпечує більш швидке врегулювання спорів, які є руйнівними для суспільства або сімей сторін, посилює довіру населення держави до системи правосуддя, відновлює вплив добросусідства і суспільних цінностей, а також соціальну згуртованість, демонструє суспільству, що існують більш ефективні способи вирішення спорів, ніж застосування насильства або дозвіл їх у судовому порядку [87, с. 52].

На підставі аналізу ситуації національного судочинства В. В. Землянська стверджує, що така велика кількість справ, які надходять в наші суди є великою проблемою, перевантаженість впливає на строки розгляду справ, які деколи тривають роками, а також на рівень довіри суспільства, тому медіація є одним з альтернативних способів розгляду правових конфліктів [32].

Врегулювання спору відбувається значно швидше, так як медіацію можна використовувати на ранніх стадіях спору. Зокрема, у Великій Британії у 80 % випадків медіація триває лише один день, причому у 90 % випадків сторони знаходять рішення, яке задовольняє всі сторони процесу. На відміну від судового, процес медіації не вимагає підготовки великої кількості документів, вчинення певних процесуальних дій, дотримання норм, порушення яких у судову розгляді може завершитись програшем. Це свідчить про ще одну позитивну властивість медіації як відсутність формалізованих процедур.

Позитивною ознакою медіації є один з її ключових принципів – конфіденційність. Будь-яка інформація, отримана в процесі посередництва, є конфіденційною. Без письмової згоди сторін медіатору заборонено розголошувати інформацію щодо медіації.

Безумовною перевагою медіації є те, що сторони вільні у виборі медіатора. Вони мають право обрати посередника з переліку можливих, зокрема, в Україні такий перелік може надати Український центр медіації.

Наступним позитивним аспектом є гнучкість процедури медіації. Дана перевага вказує на те, що сторони медіативного процесу не шукають, хто правий, а хто винуватий у конфлікті, а намагаються знайти конструктивний шлях його вирішення. На нашу думку, важливо щоб сторони медіативної процедури мали змогу контролювати процес урегулювання конфлікту і самостійно вирішувати в яких умовах вони будуть укладати угоду чи припиняти медіацію.

Досить значною перевагою медіації є її приватність. Прийнято, що в процесі медіації присутні лише конфліктуючі сторони та їх представники. Це забезпечує надійність посередництва та є гарантією збереження конфіденційної інформації.

Ну і на останок не можна не згадати про важливий аргумент в користь медіації, а саме її базовий принцип – баланс інтересів. Силові методи вирішення суперечки не дають змогу рівнозначно прийняти до уваги інтереси сторін. Медіація спрямована на збереження відносин та уникнення несприятливих наслідків у майбутньому.

Досліджуючи імплементацію процедури медіації в українське законодавство, доцільно обговорити не тільки позитивні аспекти, а і негативні, які безумовно властиві як для будь-якого явища. Ці недоліки є в свою чергу перешкодою впровадження медіації в Україні. Ми знайшли цілий перелік недоліків медіації, аналізуючи доктринальні джерела, зокрема праці Б.А. Лека та Г.В. Чуйко, а саме: ніхто не може змусити сторони медіативного процесу скористатися посередництвом, продовжувати його або погодитися з його результатами; медіація не панацея й може виявитися процедурою, що не відповідає деяким конфліктуючим сторонам і деяким суперечкам; медіатор при своїй нейтральності може мати свої власні інтереси в конфлікті; втручання медіатора та засоби, що він використовує, можуть призвести до укладання угод,

які будуть передусім результатом зовнішнього впливу, ніж внутрішньої мотивації учасників ситуації, що може позначитися на результативності цих угод; існує потенційна небезпека неадекватного застосування засобів втручання медіатора, що може спричинити інтенсифікацію конфлікту [19, с. 278].

Для нашої країни медіація є досить новим інститут, що також можна віднести як недолік. Наявність такої проблеми засвідчує аналіз наукових робіт, статей. Зокрема, експерт-радник Ради Європи, Міністр юстиції Республіки Словенія Алеш Загар вважає, що важливо доносити до населення інформацію про процес медіації та її вигоди. Щоб стимулювати інтерес до неї для широкого загалу. Варто зазначити, що такі методи й засоби комунікації, як «заходи з особливого приводу» (дні відкритих дверей у судах, тижні медіації, навчальні медіаційні процеси) в Україні майже не використовуються. У судах немає інформаційно-довідкових відділів або бюро з питань медіації, відповідальних за надання інформації широкій публіці. Потенціал для подальшого розвитку медіації існує й у сфері правової допомоги, яка в Україні належним чином не сформована.

Для прикладу в більшості країнах Європи, особи, які звернулися за правовою допомогою, отримують не тільки інформацію про медіацію, але і мають право на допомогу адвоката, який за рахунок державних коштів представляє цю сторону на засіданнях медіації. Натомість, інформаційно-рекламні матеріали про медіацію, в Україні існують у вигляді брошур випущених деякими неурядовими організаціями. Бувають випадки проведення семінарів, круглих столів присвячених питанням медіації, але як показує практика це буває дуже рідко. Досить успішними в цьому плані є ухвалені в межах програми «Прозорість та ефективність судової системи» між Радою Європи та головами Господарського суду м. Києва, Вінницького апеляційного адміністративного суду, Донецького апеляційного адміністративного суду та Білоцерківського міжрайонного суду Київської області домовленості про добровільне застосування процедури медіації в цих судах. Припускаємо, що, навіть за умови прийнятих прогресивних законів, українцям не вдасться їх

застосувати, поки ефективними результатами на завершаться такі пілотні проекти. Тридцять шість українців уже пройшли підготовку в Центрі ефективного розв'язання спорів і конфліктів у Великій Британії, із них сім акредитовано в цій країні як медіатори. Отож, перспективи впровадження медіації та її розвитку в Україні непогані [60, с. 12].

Затягування імплементації процедури медіації Україні ускладнює і те, що досі не прийнято основоположний закон, який би визначав основи медіативної процедури. Я вже зазначалося раніше, на законодавчому рівні були і є спроби прийняти Закон України «Про медіацію», зокрема у Верховній Раді України в 2013 і 2015 рр. було зареєстровано по два законопроекти, які визначають правові засади організації та здійснення медіації і діяльності медіаторів в Україні. Ми вважаємо, що прийняття спеціального законодавства закріпить правові умови, завдання медіації, сферу її застосування, принципи здійснення медіації, умови набуття статусу медіатора, гарантії соціального захисту, права, обов'язки та відповідальність медіаторів, права та обов'язки сторін медіації, процедуру медіації та медіаторське самоврядування.

Вагомими недоліками медіації при вирішенні правових конфліктів є зокрема те, що бути переконаним у професіоналізмі медіатора важче, аніж судді, крім того медіатор має бути обізнаним одразу в декількох сферах, що на практиці виявляється складно. Сторони конфлікту це люди з різними характерами та особитими якостями, тому більш сильна сторона може нав'язувати свою думку іншій.

Враховуючи досліджувані нами позиції висвітлені у вітчизняних та зарубіжних наукових джерелах, які характеризують недоліки та проблемні питання медіації, вважаємо доцільно виділити найбільш вагомі, а саме:

- 1) професіональність медіатора та обізнаність його у багатьох сферах завжди викликатиме сумнів, аніж щодо суддів. Часто знання медіаторів-непрофесіоналів поверхові в кожній з таких сфер;
- 2) так як медіація надає менше процесуальних гарантій аніж судовий розгляд, сильна сторона користуватиметься нагодою нав'язати думку слабшій;
- 3) неврегульований

алгоритм дій самої процедури, так як це питання сьогодні контролюється медіативними організаціями; 4) невизначеність відповідальності медіатора за заподіяну умисну і неумисну шкоду; 5) механізм медіації, в центрі уваги якого перебувають спори і конфлікти між приватними конфліктуючими сторонами, може приховувати від громадськості деякі суттєві спори, які мають або можуть мати соціально значимі наслідки.

Ми вважаємо, що доречно буде завершити аналіз недоліків та переваг медіації у порівнянні із судовим розглядом, так як це дасть змогу пересвідчитись, що медіація є більш ефективною та перспективною альтернативою суду. Судовий процес завершується оформленням рішення, який приймає однозначно суддя і яке ґрунтується виключно на представлених фактах і чинному законодавстві. У судовому процесі завжди буде той хто виграв і той хто програв, і діалог між сторонами відсутній. Щодо медіативного вирішення то тут рішення в процесі перемовин приймають тільки сторони. Найважливіше те, що це рішення взаємоприйнятне і задовольняє обидві сторони, тому немає ні переможців ні переможених. Перебіг вирішення конфлікту в медіативній формі неформальний, в суді – формальний. Як правило, неформальна атмосфера знімає емоційну напругу в конфлікті, сторонам комфортно спілкуватися і викладати свої аргументи. Змагальності як такої в медіації немає. Довіра до медіатора може бути значно вищою аніж до судді–професіонала. Важливим аргументом в позитивну сторону медіації є її тривалість. Всі знають, що судовий розгляд може затягуватись на роки, а тривалість медіації від кількох днів до місяця в середньому. Слід згадати про цінову політику, яка дуже різниться. Судовий розгляд потребує більше витрат, оскільки цей процес триваліший за часом і потребує оплати судових зборів. Медіація менш вартісна і встановлюється індивідуально залежно від випадку. Розгляд справи судом – це публічна процедура, окрім деяких виключень, тому принципу конфіденційності легше дотриматись при медіативній процедурі. Перед медіацію встановлюються правила поведінки сторін, у суді такі правила чітко регламентовані процесуальним законодавством. Важливо також

зазначити про відносини, які складаються між сторонами. Медіація полягає в співпраці та взаємодії, тому сторони, якщо вони справді налаштовані на позитивний результат, намагатимуться знайти компроміс і зберегти відносини на майбутнє. Водночас розгляд спору в суді породжує повний антагонізм між сторонами. Варто звернути увагу і на відносини, які складаються між сторонами конфлікту. Медіативна процедура спрямована на досягнення угоди, примирення, в будь-якому випадку у виграші будуть обидві сторони. У судовому розгляді основним принципом є змагальність сторін, тому в цьому випадку завжди є правий та винуватий. Емоційний результат розв'язку конфліктної ситуації має також важливе значення. Як правило після медіації емоційна напруженість між сторонами знімається, цілком реально підтримувати в подальшому дружні та партнерські відносини. Судовий розгляд найчастіше закінчується загостренням напруження, тому тут важко говорити про побудову будь-яких стосунків.

Отож, підводячи підсумки, необхідно зазначити, що медіація як альтернативний спосіб вирішення спору має все таки набагато більше переваг та є перспективнішою аніж традиційний судовий розгляд. Медіація спрямована на досягнення взаємоприйняттого результату, а не на те, щоб вияснити хто правий, а хто винний. Ця процедура дає сторонам можливість оцінити ситуацію з урахуванням становища в майбутньому, а не тільки юридично оцінити факти, як під час розгляду справи судом. Медіація дозволяє сторонам оцінити ситуацію на подальше з урахуванням їх майбутніх інтересів, а не лише юридичної оцінки фактів, як під час судової процедури. Відомий вислів Авраама Лінкольна: «уникайте судитися. Переконайте вашого суперника дійти компромісу. Зверніть його увагу на те, що номінальна перемога в суді – це часто реальна поразка у витратах коштів і часу» [86, с. 306]. На жаль, не всі юридичні конфлікти можна вирішити за допомогою медіації.

3.3. Перспектива імплементації судової медіації: новели вітчизняного законодавства

Зовсім нещодавно було внесено прогресивні зміни до Господарського процесуального кодексу України. Ці зміни поки що маловідомі для більшості вітчизняних суддів, але стали у практиці судів зарубіжних країн. Одна з новел – врегулювання спору за участю судді. Теоритична база з цього приводу напрацьована давно, однак на практиці в Україні ще нереалізована. Суть цього інституту – максимальне спрощення вирішення спору. Прийняття нового процесуального кодексу спричинило бурю обговорень у професійному середовищі щодо запровадження нового інституту захисту прав – врегулювання спору за участю судді. За зовнішніми ознаками цей механізм нагадує іноземні аналоги судової медіації. Однак у нашому випадку судова медіація має свої особливості та недоліки.

Чи зможе суддя стати повноцінним медіатором в Україні – велике питання, адже суддя, за класикою жанру, є служителем Феміди та керується, насамперед, буквою закону. Чи зможе суддя врегулювати спір, виходячи з інтересів сторін, спираючись на емоції та інтереси – залишається питанням. Таке функціональне поєднання може знівелювати суть закладеного інституту судової медіації, оскільки судді все одно дивитимуться на спір з позиції доказів і норм права та певною мірою формалізовано підходити до спору, зважаючи на те, що суддя-медіатор, насамперед, є суддею, а вже потім – медіатором.

Закордонний досвід показує, що судова медіація є звичним явищем не лише для країн Європейського союзу, а й для пострадянських держав (Республіка Білорусь, Казахстан, Російська Федерація), при цьому використовуються різні концепції судової медіації. Україна пішла на впровадження концепції судової медіації, за якої остання повинна стати повноцінним елементом судових процедур, тобто однією зі стадій судового провадження. Такий концепт апріорі суперечить сутності класичної моделі медіації та її автономної ролі у вирішенні спорів. Основна мета медіації – це

досягнення консенсусу. Натомість судова медіація базується на компромісах, за яких сторони поступаються позиціями. Таким чином, найімовірніше, ми будемо мати справу з «квазі медіацією», яка далека від класичного розуміння медіації.

Запропонованими змінами не регламентовано будь-яких додаткових вимог до спеціальної підготовки судді, що буде врегульовувати спір. Суддя – це особа, яка працює в певних межах, виходячи з принципу імперативності та базуючись на хрестоматійному принципі діяльності будь-якого органу державної влади «дозволено лише те, що прямо передбачено законом», що є діаметрально протилежним медіації, де весь процес не підпорядковується формалізованим процедурам та ґрунтується на принципах диспозитивності. Для того щоб спрямувати цей процес у правильний напрямок, варто звернути увагу на спеціальну підготовку суддів у проведенні процедур з наближення до загальноприйнятих принципів медіації, а також необхідно якнайшвидше прийняти спеціальний Закон «Про медіацію». Також видається доволі перспективним запровадження переліку суддів, які матимуть відповідну кваліфікацію на судове врегулювання спору за участю судді, провівши аналогію з інститутом слідчих суддів у кримінальному процесі.

Пропонуємо більш детально проаналізувати запропонований інститут та спрогнозувати його перспективність у сучасних реальних умовах українського судочинства.

Глава 4 розд. III Господарського процесуального кодексу України [16] передбачає, що врегулювання спору за участю судді проводиться суддею-доповідачем виключно одноособово у формі спільних та (або) закритих нарад. Також сторони можуть при цьому брати участь у таких нарадах в режимі відеоконференції. Під час проведення спільних нарад суддя зобов'язаний в'яснити підстави, предмет позову, аргументи учасників, а також роз'яснити сторонам предмет доказування стосовно категорії спору, який розглядається, пропонує сторонам надати пропозиції щодо шляхів мирного врегулювання спору та здійснює інші дії, спрямовані на мирне врегулювання конфлікту сторонами. Суддя наділений правом пропонувати шлях мирного врегулювання

спору для сторін. Також він може аналізувати судову практику в аналогічних справах, але йому заборонено давати будь-які юридичні консультації та рекомендації чи оцінювати докази у справі. Вітчизняним законодавством передбачено чотири можливих варіанти припинення врегулювання спору за участю судді, а саме:

- 1) у разі подання стороною заяви про припинення врегулювання спору за участю судді або закінчення строку врегулювання спору за участю судді;
- 2) за ініціативою судді у разі затягування врегулювання спору будь-якої зі сторін;
- 3) у разі укладення сторонами мирової угоди та звернення до суду із заявою про її затвердження або звернення позивача до суду із заявою про залишення позовної заяви без розгляду;
- 4) у разі відмови позивача від позову чи визнання позову відповідачем.

В таких ситуаціях суддя постановляє ухвалу про поновлення провадження у справі, яка оскарженню не підлягає.

Процес врегулювання спору за участю судді передбачає вільну форму спілкування судді та сторін, так як протокол наради не ведеться і заборонено використовувати портативні аудіотехнічні пристрої, здійснювати фото- і кінозйомку, відео-, звукозапис, фіксування технічними засобами не здійснюється. Будь-яка інформація, яку отримали сторони чи суддя, є конфіденційною.

Переваги імплементації інституту врегулювання спору за участю судді у вітчизняне процесуальне законодавство не можливо не оцінити. Звичайно, якщо відповідач недобросовісний та несумлінний, для нього це може стати одним із способів маніпуляції та зловживання своїми процесуальними правами задля затягування розгляду справи та вирішення спору. Проте все таки є надія що такий гібридний інструмент який поєднує позасудову медіацію та елементи судового провадження, стане дієвим механізмом вирішення судових спорів у першій інстанції, зменшити кількість апеляційних та касаційних скарг і таким чином розвантажити суди від судових процесів. Громадяни, які справді

зацікавлені вирішити спір, зберігти час та партнерські відносини можуть без вагань застосувати інститут врегулювання спору за участю судді.

Юристи практики та фахівці у галузі права стверджують, що зміни внесені до процесуального законодавства є передумовою розвитку та формування судової медіації. Замість того щоб прийняти спеціальне законодавство про медіацію, законодавці зробили його частиною цивільного, кримінального, господарського процесів (у контексті альтернативного вирішення приватноправових спорів), а не складовою матеріального права [32,с.12]. Ми вважаємо, що таке рішення має недоліки, адже початок функціонування інституту судової медіації буде повним дефіцитом вичерпних матеріальних норм внутрішньої регуляції. Натомість подібний підхід сприятиме накопиченню юридичної практики та її узагальненню, а в майбутньому – стандартів медіаційного правозастосування.

Проте, окремі аспекти цієї новели сьогодні викликають багато дискусій серед фахівців. Суддя постановляє ухвалу про проведення процедури врегулювання спору за участю судді та одночасно зупиняє провадження у справі. Якщо сторони не зможуть дійти згоди та мирно врегулювати спір за наслідками проведення врегулювання спору за участю судді то такої повторної можливості не допускається. Такий підхід викликає багато застережень перш за все у суддів, адже процесуальне законодавство передбачає лише п'ять статей, що регламентують цей порядок. Дефіцит законодавчого регламентування порядку примирення учасників спірних правовідносин за участю судді посилюється ще й тим, що у судді виникає недовіра до процедури особистої участі у примиренні сторін поза межами судового процесу (адже суд постановляє ухвалу, якою зупиняє провадження у справі). Як наслідок з'являється новий статус судді-медіатора. У запропонованому порядку бракує досвіду для здійснення функцій медіатора (що є відмінним від звичайної для судді місії), а також гарантій для судді в разі, якщо сторони не досягли згоди та одна зі сторін не задоволена результатом діяльності судді. Можливо, більш

виваженим для цієї стадії процесу було б залучення іншого судді, або, що є більш доцільним, залучення фахового медіатора.

Очевидними позитивними моментами запровадженої процедури врегулювання спору можна назвати такі, як: 1) доступність для сторін. Так, вказана процедура є елементом судового розгляду справи, додатковим етапом для сторін. Механізм застосування дає змогу досить комфортно з психологічної точки зору робити "м'який перехід" від судового розгляду до процедури врегулювання спору за участю судді, а в разі потреби – повернутися до розгляду справи по суті в загальному порядку; 2) відсутність додаткових грошових витрат для проведення зазначеної процедури (вартість покривається за рахунок судових витрат); 3) відсутність ризиків, пов'язаних зі строками позовної давності, у зв'язку з тим, що процедура проводиться після подання позову до суду; 4) існування додаткових стимулів у вигляді повернення 50 % судового збору у випадку врегулювання спору (у разі укладення мирової угоди до прийняття рішення у справі судом першої інстанції, відмови позивача від позову, визнання позову відповідачем).

Також окремо необхідно виділити дискусійні моменти, що заслуговують на особливу увагу. По-перше, за новим процесуальним законодавством основну роль медіатора відведено судді-доповідачу, у провадженні якого знаходиться справа. Водночас в європейських країнах, де альтернативна процедура врегулювання спору також була інтегрована до судового процесу, незважаючи на очевидний її успіх, така модель урегулювання спорів стикнулася з певною критикою, що стосується виконання суддями функцій, не пов'язаних зі здійсненням правосуддя. Також велика частина заперечень, які висловлювалися, стосувалася того факту, що врегулюванням спору займаються діючі судді, які проводять таку процедуру одночасно з виконанням своїх основних обов'язків щодо судового вирішення спорів, а відповідно на шкоду своїм професійним обов'язкам. У нашому випадку справедливим буде зауважити, що покладення ролі медіатора на суддю, у провадженні якого знаходиться справа, має свої недоліки та переваги. До очевидних переваг слід

віднести те, що суддя, у провадженні якого знаходиться справа, є безпосередньо зацікавленим у врегулюванні спору, оскільки вказане дасть змогу зекономити його час (який би він витратив на розгляд справи) та істотно поліпшити якісні показники своєї роботи, а тому він є мотивованим на досягнення результату врегулювання спору. Також у цьому випадку важливим, на нашу думку, може бути і психологічний фактор – під час проведення саме судової медіації сторони схильні більш серйозно сприймати як саму процедуру врегулювання спору, так і свою участь у ній. Як правило, така психологічна складова особливо присутня, наприклад, у сімейних і трудових спорах.

Не варто забувати, що запроваджений інститут врегулювання спору за участю судді відрізняється від судового процесу в його загальноприйнятому розумінні в нашій державі. А тому перехід до нової концепції правосуддя (що покликане сприяти примиренню сторін, полегшувати переговори, зберігати відносини між сторонами) може бути сповнений перепон, пов'язаних із продовженням розгляду суддями справ із позиції застосування права, а не шляхом спонукання сторін до досягнення компромісу. Іншим не стільки недоліком, скільки побоюванням є питання про здатність суддів проводити роботу, направлену на врегулювання спору (судову медіацію).

Як вбачається з досвіду зарубіжних країн і проведених пілотних проектів в Україні, однією з умов ефективного проведення процедури врегулювання спору за участю судді є обов'язкове проходження суддями або іншими фахівцями, які претендують на роль судових медіаторів, спеціального навчання, що дає їм змогу здійснювати професійний підхід до врегулювання конфліктів. Проте запроваджена чинними процесуальними кодексами модель врегулювання спору за участю судді не передбачає такої вимоги до суддів. Проходження такого навчання, на наше переконання, було б додатковою гарантією і запорукою успішного проведення процедури врегулювання спору та становлення такого інституту як альтернативи вирішенню справи по суті. Вказані питання досі залишаються відкритими. По-друге, дискусійним, на нашу думку, є питання строків проведення процедури врегулювання спору за участі

судді, які становлять не більше тридцяти днів з дня постановлення ухвали про проведення врегулювання. Наприклад, існує критика вказаного інституту, зокрема з боку професійних медіаторів, пов'язана з тим, що процедура примирення, яка проводиться суддями, не може бути ефективною, зокрема, через її обмеженість у часі, оскільки вказане не дає можливості суддям з'ясувати справжні інтереси сторін для досягнення примирення. Така критика, на нашу думку, є достатньо обґрунтованою, оскільки навряд чи можна розраховувати на врегулювання складних конфліктів, наприклад, тих, які тривають роками та знаходяться поза межами окремого судового провадження, протягом такого обмеженого проміжку часу. Слід зауважити, що в середньому (залежно від складності справи, важливості спору для сторін, змісту правовідносин, структури корпоративного управління, компетенції органів управління юридичних осіб при прийнятті рішень) тривалість позасудового врегулювання спору може становити від 1 – 2 тижнів (у нескладних справах) до 3 – 4 місяців або ж перевищувати такі строки. Тобто обмеженість у часі та ресурсах може стати підставою для формального підходу при виконанні суддями функції з урегулювання спору, що не сприятиме власне врегулюванню спору та не відповідатиме тим філософії та логіці, які першочергово закладалися при запровадженні зазначеного інституту. Водночас закладені у нововведений механізм врегулювання спору принципи (добровільності, конфіденційності, рівноправності сторін, сприяння незалежного посередника-судді) відповідають загальноновизнаним принципам проведення процедури медіації, у зв'язку з чим, очевидно, вони повинні стати запорукою ефективності врегулювання конфлікту за умови неформального підходу з боку судді та сторін.

Отже, запровадження інституту врегулювання спору за участю судді та його інтеграція в судовий процес у поєднанні з логікою вирішення спорів, що закладена в нові процесуальні кодекси, на наше переконання, є втіленням передових тенденцій розвитку процесуального законодавства європейських країн, що, безумовно, є позитивною складовою судової реформи в Україні.

Водночас відкритим залишається питання, чи стане вказаний інститут ефективним інструментом врегулювання спору, альтернативою повномасштабного процесу розгляду справи в суді та тим інструментом, за допомогою якого законодавець має намір розвантажити судову систему від спорів, що можуть бути врегульовані без судового втручання.

Висновки до розділу 3

1. Зміни Господарського процесуального кодексу, а саме запровадження інституту врегулювання спору за участю судді сьогодні активно обговорюються фахівцями у галузі права. Одна категорія науковців відмежовує цей інститут від класичної медіації, інші характеризують його як «квазі медіацію», дехто називає типовою судовою медіацією. Ми вважаємо, що основна мета медіації – це досягнення консенсусу. Натомість судова медіація базується на компромісах, за яких сторони поступаються позиціями. Таким чином, найімовірніше, ми будемо мати справу з «квазі медіацією», яка далека від класичного розуміння медіації.

2. Переваги імплементації інституту врегулювання спору за участю судді у вітчизняне процесуальне законодавство не можливо не оцінити. Очевидними позитивними моментами запровадженої процедури врегулювання спору можна назвати такі, як: 1) доступність для сторін; 2) відсутність додаткових грошових витрат для проведення зазначеної процедури (вартість покривається за рахунок судових витрат); 3) відсутність ризиків, пов'язаних зі строками позовної давності, у зв'язку з тим, що процедура проводиться після подання позову до суду; 4) існування додаткових стимулів у вигляді повернення 50 % судового збору у випадку врегулювання спору (у разі укладення мирової угоди до прийняття рішення у справі судом першої інстанції, відмови позивача від позову, визнання позову відповідачем).

3. Проте, окремі аспекти цієї новели сьогодні викликають багато дискусій серед фахівців. Суддя постановляє ухвалу про проведення процедури

врегулювання спору за участю судді та одночасно зупиняє провадження у справі. Якщо сторони не зможуть дійти згоди та мирно врегулювати спір за наслідками проведення врегулювання спору за участю судді то такої повторної можливості не допускається. Такий підхід викликає багато застережень перш за все у суддів, адже процесуальне законодавство передбачає лише п'ять статей, що регламентують цей порядок. Дефіцит законодавчого регламентування порядку примирення учасників спірних правовідносин за участю судді посилюється ще й тим, що у судді виникає недовіра до процедури особистої участі у примиренні сторін поза межами судового процесу (адже суд постановляє ухвалу, якою зупиняє провадження у справі).

4. Незважаючи на недоліки запровадження інституту врегулювання спору за участю судді та його інтеграція в судовий процес у поєднанні з логікою вирішення спорів, що закладена в нові процесуальні кодекси, на наше переконання, є втіленням передових тенденцій розвитку процесуального законодавства європейських країн, що, безумовно, є позитивною складовою судової реформи в Україні.

ВИСНОВКИ

В процесі написання магістерської роботи було порушено питання актуальності, перспектив розвитку та імплементації процедури медіації в господарсько-правове законодавство. Основою написання магістерської стало дослідження альтернативних способів вирішення спорів, теоретико-історичних засад, доктринальних поглядів, класифікації та характеристики основних принципів варіантів альтернативи, переваг та недоліків, проблем імплементації в українське законодавство та сучасного стану досліджуваного питання.

Досліджено теоритико-історичні особливості розвитку альтернативних способів вирішення спорів. В теорії виділяють п'ять основних періодів еволюції цього явища, які пов'язують з історичною періодизацією. Кожен з цих періодів особливий, так як міжнародна спільнота проходила різні етапи становлення єдності націй, народів, що породжували конфлікти і постійно виникала потреба в методах пошуку компромісу.

Аналіз наукової літератури дає зробити висновки, що багатоманіття позицій та поглядів науковців в цій сфері породжують плюралізм визначення поняття АВС. Зокрема, одне з основних запропоновано у Юридичному словнику «Black`s Law Dictionary» («Юридичний словник Блека») В ньому поняття АВС визначено як процедуру для вирішення спорів будь-якими іншими способами, відмінними від судового, зокрема як медіація та арбітраж. В контексті цього зроблено висновок про недоцільність ототожнення категорій «способи АВС» і «методи АВС». В результаті найбільш доцільно застосовувати як узагальнююче для всіх варіантів альтернативи поняття «спосіб АВС», що найкраще відповідає з ч.5 ст. 55 Конституції України: «Кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань». Вивчати альтернативні способи вирішення спорів найкраще шляхом аналізу базових принципів, які розкривають повноту їх сутності та призначення. Науковці виділяють як базові

такі принципи: добровільність, конфіденційність, автономія волі сторін, принцип спеціалізації.

Вичерпного переліку способів альтернативи врегулювання конфліктів немає, так як з часом появляються нові, комбіновані варіанти, про які раніше і нездогадувались. Різноманіття цих процедур дозволяє їх класифікувати за характерними ознаками. Зокрема, традиційний поділ альтернативних форм на базові та комбіновані є найбільш поширеним в теорії. До основних форм альтернативи належать: переговори (negotiation); посередництво (mediation); третейський суд (arbitration). Серед комбінованих виділяють: медіація-арбітраж (mediation-arbitration (med-arb)); приватна судова система (private court system) або суддя «напрокат» (rent-a-judge); незалежна експертиза (neutral expert fact finding) і цей перелік не є вичерпним.

Дискусійним вивляється питання досудового врегулювання господарських спорів, яке на думку багатьох вчених втрачає актуальність сьогодні, а для інших є кращим варіантом розв'язку спору. Вітчизняна правова система передбачає здійснення досудового вирішення спору через інститут претензії, основна мета якої – усунення та запобігання негативного впливу на господарську діяльність з боку контрагентів, конфліктів та спірних ситуацій без звернення до суду. Позитивний аспект полягає у добровільному задоволенні претензійних вимог, що в свою чергу забезпечує швидке відновлення порушених прав кредитора. Досудове врегулювання спору включає в себе також процес ведення усних переговорів суб'єктами, обмін кореспонденцією, пред'явлення претензій, та проведення інших процедур для вирішення спору, при цьому без передачі справи до господарського суду.

Серед альтернативних варіантів вирішення господарсько-правових спорів виділяють посередництво або ж медіацію – шлях вирішення конфлікту, за участю третьої сторони, яка сприяє процесу комунікації і налаштовує сторони до самостійного вибору варіанту вирішення конфлікту, який би задовольнив їхні обопільні інтереси та потреби; третейський суд – недержавний незалежний орган, що створюється на підставі угоди або рішення заінтересованих фізичних

та/або юридичних осіб, у встановленому законм порядку, для вирішення спорів, що виникають із цивільних та господарських правовідносин; арбітраж. Ці форми знайомі для багатьох зокрема третейське судочинство досить широко використовується сьогодні. Окрім цих способів існують доволі нетрадиційні: «міні-суд», електронне вирішення спорів, інститут омбудсмена, рада з вирішення спорів, та інші. У зарубіжних державах такі способи користуються попитом давно.

Варто зазначити про позитивні зміни внесені до Господарського процесуального кодексу. Законодавець пропонує можливість врегульовувати спір за участю судді. З аналізу положень можна дійти висновку, що суть нового інституту становить розвантаження судів, швидке вирішення спорів, відновлення іміджу судової системи в очах бізнесу та громадян, зменшення витрат, подолання барерів в сприйнятті відносин між сторонами та суддею. Зроблено висновок, що за зовнішніми ознаками ця процедура далека від медіації в класичному розумінні. Та все ж, це досить перспективний та прогресивний крок до імплементації процедур Європейського еталону в системі правосуддя.

Щоб це нововведення ефективно працювало, доцільно звернути увагу на спеціальну підготовку суддів у проведенні таких процедур, в напрямку зближення до принципів медіації. Важливо якнайшвидше прийняти спеціальний Закон «Про медіацію». Також перспективно було б оприлюднити список суддів, які б мали кваліфікацію та право проводити процедури врегулювання спору за участю судді.

Зміни Господарського процесуального кодексу, а саме запровадження інституту врегулювання спору за участю судді сьогодні активно обговорюються фахівцями у галузі права. Одна категорія науковців відмежовує цей інститут від класичної медіації, інші характеризують його як «квазі медіацію», дехто називає типовою судовою медіацією. Ми вважаємо, що основна мета медіації – це досягнення консенсусу. Натомість судова медіація базується на компромісах, за яких сторони поступаються позиціями. Таким

чином, найімовірніше, ми будемо мати справу з «квазі медіацією», яка далека від класичного розуміння медіації.

Переваги імплементації інституту врегулювання спору за участю судді у вітчизняне процесуальне законодавство не можливо не оцінити. Очевидними позитивними моментами запровадженої процедури врегулювання спору можна назвати такі, як: 1) доступність для сторін; 2) відсутність додаткових грошових витрат для проведення зазначеної процедури (вартість покривається за рахунок судових витрат); 3) відсутність ризиків, пов'язаних зі строками позовної давності, у зв'язку з тим, що процедура проводиться після подання позову до суду; 4) існування додаткових стимулів у вигляді повернення 50 % судового збору у випадку врегулювання спору (у разі укладення мирової угоди до прийняття рішення у справі судом першої інстанції, відмови позивача від позову, визнання позову відповідачем).

Проте, окремі аспекти цієї новели сьогодні викликають багато дискусій серед фахівців. Суддя постановляє ухвалу про проведення процедури врегулювання спору за участю судді та одночасно зупиняє провадження у справі. Якщо сторони не зможуть дійти згоди та мирно врегулювати спір за наслідками проведення врегулювання спору за участю судді то такої повторної можливості не допускається. Такий підхід викликає багато застережень, перш за все у суддів, адже процесуальне законодавство передбачає лише п'ять статей, що регламентують цей порядок. Дефіцит законодавчого регламентування порядку примирення учасників спірних правовідносин за участю судді посилюється ще й тим, що у судді виникає недовіра до процедури особистої участі у примиренні сторін поза межами судового процесу (адже суд постановляє ухвалу, якою зупиняє провадження у справі).

Незважаючи на недоліки запровадження інституту врегулювання спору за участю судді та його інтеграція в судовий процес у поєднанні з логікою вирішення спорів, що закладена в нові процесуальні кодекси, на наше переконання, є втіленням передових тенденцій розвитку процесуального

законодавства європейських країн, що, безумовно, є позитивною складовою судової реформи в Україні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України: офіц. текст. Київ: КМ, 2013. 96 с.
2. Директива № 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах: міжнародний документ від 21.05.2008р. №2008/52
ЄСURL:http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a95 (дата звернення:12.11.2018).
3. Заключний акт Наради безпеки й співробітництва в Європі: міжнародний документ від 1 серпня 1975 р. URL:http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_055 (дата звернення:12.11.2018).
4. Європейська конвенція про зовнішньоторгівельний арбітраж: міжнародний документ від 21.04.1961 URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_069 (дата звернення: 12.11.2018).
5. Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_060 (дата звернення: 10.10.2018).
6. Статут Ради Європи: Рада Європи; Статут, Міжнародний документ від 5 трав. 1949 р. Офіційний вісник України. 2004.№ 26. С. 215.Ст.1733.
7. Типовий закон Комісії Організації Об'єднаних Націй по праву міжнародної торгівлі про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру від 24 червня 2002 р. URL:http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_117 (дата звернення: 01.10.2018).
8. Типовий закон ЮНСІТРАЛ щодо міжнародного торговельного арбітражу: міжнародний документ від 21 червня 1985 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_879 (дата звернення: 12.11.2018).
9. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо досудового врегулювання спорів: Закон України від 23 червня 2005 р. № 2705-IV. Дата оновлення: 01.04.2011. URL:<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2705-15> (дата звернення 12.11.2018).

10. Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від від 24.02.1994р. №4002-ХІІ. Дата оновлення 15.17.2012. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-1>(дата звернення: 12.11.2018).
11. Про третейські суди: Закон України від від 11.05.2004 №1701-IV. Дата оновлення 05.10.2016. URL:<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1701-15>(дата звернення:12.11.2018).
- 12.Про медіацію: Проект Закону України від 3 лип. 2013 р. № 2425а1 URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47710(датазвернення 12.10.2018).
13. Про медіацію: Проект Закону України від 9 квіт. 2015 р. № 2480-1,URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47710(дата звернення12.10.2018).
14. Про медіацію: Проект Закону України від 27 берез. 2015 р. № 2480 URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54558(дата звернення12.10.2018).
15. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003р. №436-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003, № 18, № 19-20, № 21-22, Ст.144.
16. Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 06.11.1991№1798-ХІІ. 1992, № 6, ст.56.
17. Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердженнясправедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: Указ Президента України від 10.05.2006 р. №361/2006. Урядовий кур'єр. 2006. 24 березня (№95).
18. Арбітражні суди України: історико-правовий нарис, портрети, події: 10-й річниці присвячується / за заг. ред. Д. М. Притики. Київ: Ін Юре, 2001. 324 с.
19. Б. А. Леко, Г. В. Чуйко. Медіація : підруч. Чернівці : Книги - ХХІ, 2011. 518 с.
20. Беляневич О.А. Теоритичні питання тлумачення договорів. Центр економічної освіти. URL:www.ceo.kiev.ua/art1.php (дата звернення10.08.2018).

21. Бондаренко-Зелінська Н. Л. Запровадження альтернативних способів врегулювання спорів: європейський досвід для України. Приватне право і підприємництво. 2009. Вип. 8. С. 162–165.
22. Вангородська Н. А. Третейський суд в Україні у Х–XVIII ст.: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2011. 20 с.
23. Верлос Н. В. Медіація в процесі вирішення (врегулювання) конституційних конфліктів. Вчені записки Таврійського національного університету імені В. І. Вернадського. Серія : Юридичні науки. 2018. Т. 29(68), № 3. С. 18-25.
24. Винокурова Л. Доктрина «автономности арбитражной оговорки» URL: <http://arb.ucci.org.ua/publ/rept2014reading.pdf> (дата звернення: 01.02.2018).
25. Вознюк Н. Альтернативні способи вирішення господарсько-правових спорів. Юридична Україна. 2013. № 10. С. 80-83.
26. Гаро Г., Кушнір О. Особливості медіації конфліктів і суперечок в професійному спорті. URL: http://protokol.com.ua/ua/osoblivosti_mediatsii_konflikti_v_i_superechok_v_profesiynomu_sporti/ (дата звернення: 01.02.2018).
27. Грицишина М. Віртуальна справедливість: як залагодити суперечки в онлайн-режимі. Або що втрачає бізнес, не застосовуючи нові технології для вирішення спірних ситуацій URL: <http://forbes.net.ua/ua/opinions/1427784-virtualnaspravedlivist-yak-zalagoditi-superechki-v-onlajn-rezhimi> (дата звернення: 01.02.2018).
28. Давыденко Д.Л. Вопросы юридической терминологии в сфере «альтернативного разрешения споров» Третейский суд : науч. журнал. – СПб., 2009. № 1. С. 40–53.
29. Добриніна Г. Чи можна вирішити спір, не звертаючись до суду. Справочник економіста. 2008. № 6. С. 35–38.
30. Запара С. І. Поняття медіації та особливості її становлення в Україні та світі. Порівняльно-аналітичне право. 2015. № 3. С. 83–85.
31. Запара С. І. Удосконалення процедури вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) примирними органами в Україні : автореф. дис. ... канд.

- юрид. наук : спец. 12.00.05.Київ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. Київ, 2005. 22 с.
32. Землянська В. Альтернатива судам – належить вам. Юридична газета URL:http://bihun.in.ua/uploads/tx_upspubs/I_2007_Zemlyanska.pdf (дата звернення 13.04.2018).
33. Злакоман І. М. Господарсько-правові засоби та форми вирішення інвестиційних спорів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: Одеса, 2011. 19 с.
34. Леннуар Н. Н. Альтернативное разрешение споров: переговоры и медиация: учеб.-метод. пособие. – СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского института права имени Принца П.Г. Ольденбургского, 2004. 100 с.
35. Любченко Я.П. Альтернативні способи вирішення правових спорів: теоретико-правовий аналіз: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01/ Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Харків, 2018, 249с.
36. Лукач І. В. Альтернативні шляхи вирішення корпоративних спорів. Адміністративне право і процес. 2014. № 3. Ст. 66–76.
37. Максимова С. В. Медіація. Юридична енциклопедія. Київ: Укр. енцикл., 2001. Т. 3. с.792
38. Малигіна К. Позасудове врегулювання спорів: огляд існуючих альтернатив. Юридична газета. 2013. № 19/20. С. 40–41.
39. Маляренко В. Т. Відновлювальне правосуддя: можливості запровадження в Україні Відновне правосуддя в Україні. 2005. № 1–2. С. 17–35.
40. Міхель Д. Є. Співвідношення альтернативного вирішення спорів та державного правосуддя. Наукові дослідження та їх практичне застосування. Сучасний стан та шляхи розвитку: матеріали наук.- практ. інтернет конф. м. Харків, 2-12 жов. 2012 р.; Укр. інженернопедпгогічна академія. – Харків, 2012.
41. Міжнародне приватне право. Особлива частина: підруч. Київ: Алерта, 2013. 400 с.
42. Можайкіна О. Медіація у виконавчому провадженні. Evropsky politicky a pravni diskurz. 2018. Vol. 5, Iss. 1. - С. 131-136.

43. Морозова А. Е. Альтернативные способы разрешения семейных споров в Австралии. Сравнительно-правовые аспекты правоотношений гражданского оборота в современном мире: сборник статей Международной научно-практической конференции памяти доктора юридических наук, профессора В. К. Пучинского.
44. Калашникова С. И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. Екатеринбург, 2010. 26 с.
45. Кисельова Т. Роль міжнародних донорів та місцевих НУО в розвитку медіації в Україні
URL:http://ukrmediation.com.ua/ua/useful_information/articles/?pid=1134 (дата звернення 12.04.2018).
46. Кравцов С. О. Міжнародний комерційний арбітраж та національні суди: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків: Б.в., 2012. 22 с.
47. Коваленко Т. Медиация: процедура врегулювання спорів за взаємною згодою сторін. URL:<http://www.inprojournal.org/wpcontent/uploads/2017/06/117Kovalenko-T.pdf> (дата звернення: 01.02.2018).
48. Конусова В. Т. Негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров: дис. ... канд. юрид. наук. Астана, 2010. 175 с.
49. Конусова В. Т. Негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров: вопросы теории и практики: учебно-научное пособие. Астана, 2012. 356 с.
50. Ніколюкин С. В. Альтернативні способи врегулювання спорів у системі захисту цивільних прав. Освіта і право. 2012. № 9(37). С. 93–114.
51. Новий тлумачний словник української мови : у чотирьох томах / [укл. В. В. Яременко, О. М. Сліпушко], Т. 2. – К. : Видавництво «АКОНІТ», 2008.– 926 с.
52. Панура Ю. В. Медиация як оптимальна модель в процесі вирішення податкових спорів. Молодий вчений. 2018. № 1(2). С. 952-956.
53. Переверзева О. С. Міжнародний комерційний арбітражний суд з вирішення спорів у сфері торговельного мореплавства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: Київ, 2006. 16 с.

54. Подковенко Т. О. Медіація як один з альтернативних способів розв'язання конфліктів. Держава і право. Юридичні і політичні науки. 2009. Вип. 45. С. 31–38.
55. Подцерковний, О. До проблеми примирення сторін у господарському процесі. Українське комерційне право. 2011. №11. С.20-26.
56. Поліщук М. Я. Медіація як спосіб вирішення цивільно-правових спорів: дис. ... канд. юрид. наук:Київ, 2017. 225 с.
57. Посередництво як нова форма вирішення приватноправових спорів Вісник господарського судочинства. 01/2005р.. №1. С.231-237.
58. Приходько В. Ю. Медіація як альтернативний метод вирішення конфліктів та її перспективи в Україні. Молодий вчений. 2018. № 4(2).
59. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням ТОВ «Торговий дім «Кампус Коттон Клаб» щодо офіційного тлумачення положення частини другої статті 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів) від 9 липня 2002 р. № 15-рп/2002. Офіційний вісник України. 2002. № 28.Ст.
- 60.Санченко А. Медіація як демократичний й ефективний спосіб вирішення спорів: Європейські норми і досвід та українська перспектива. Голос України. 2010. 30 жовт. № 204.С. 12–13
61. Севастьянов Г.В. Современные тенденции развития АРС в России. Развитие медиации в России: теория, практика, образование: сб. статей: дис. ... канд. юрид. наук: Астана, 2010. 29с.
62. Словник української мови : в 11 т. – 1976. Т. 7. С. 693.
63. Словник української мови: в 11 тт.АН УРСР. Інститут мовознавства/за ред. І. К. Білодіда. Київ: Наукова думка, 1972 .Т.3.С. 307.
64. Соркін І. В. Альтернативні механізми врегулювання спорів у сфері фінансових послуг: світовий досвід та реалії України. Фінанси України. 2013. № 10. С. 7–19.

65. Спектор О. М. Історичні корені виникнення та етапи становлення системи альтернативного вирішення спорів. Питання цивільного, господарського та фінансового права. 2010. № 4. С. 102–107.
66. Туманянц А. Р. Посередництво в урегулюванні правових суперечок: досвід США. Проблеми законності: респ. міжвідом.наук. зб. Харків: НЮАУ, 2007. Вип. 86. С. 166–171.
67. Херсонцев А.И. Альтернативное разрешение споров: проблемы правового регулирования и европейский опыт. Российский юридический журнал. 2013, № 3. С. 116-122.
68. Яновский М. В. Мирные средства разрешения международных споров. Ташкент: Изд-во САГУ, 1957. 43 с.
69. Ясиновський І. Г. Імплементация процедури медіації в українське законодавство: теоретико-правовий аналіз: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: Київ, 2016
70. Юлдашев С. О. Правове регулювання третейського розгляду господарських спорів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: Донецьк, 2006. 18 с.
71. Barona V. D., Mota E. ADR mechanisms and their incorporation into global justice in the twenty first century: some concepts and trends. 2014.
72. Bederman D. J., International Law in Antiquity. Cambridge University Press, 2001.
73. Bell M. J. Treatise on the Law of Arbitration in Scotland. 2nd ed. Edinburg, 1877. 460 p
74. Black`s Law Dictionary. 9 ed., 2009. 1920 p.
75. Chinese legal academia claims that mediation has its roots in the ancient times of the Zhou-Dynasty (1066-1221 BC). P. Cao, 54 Disp. Resol. J. 32 (1999).
76. Dispute Adjudication Boards: Are they the future of dispute resolution? URL:<https://www.whitecase.com/publications/article/disputeadjudication-boards-arethey-future-dispute-resolution> (дата звернення: 01.02.2018).
77. Hoffman D. A. Ten principles of mediation ethics / D. A. Hoffman // Alternatives to the High Cost of Litigation. 2000. Vol. 18. Issue 8.P. 147–169.

78. Fidic and Dispute Adjudication Boards (DAB(s)). URL: <http://fidic.org/sites/default/files/webinar/PresentationCSeppFIDICandDisputeAdjudicationBoards.pdf> (дата звернення: 01.02.2018).
79. Glossary of Arbitration and ADR Terms and Abbreviations. Geneva: Swiss Arbitration Association, 2009. 48 p.
80. Glasson M. Tissier. Traite theoretique et pratique d'organisation judiciaire de competence et de procedure civile. 1936. 3221 p
81. Menkel-Meadow C. The History and Development of «A» DR (alternative/appropriate dispute resolution). URL: <http://voelkerrechtsblog.org/thehistory-and-development-of-a-dr-alternativeappropriate-dispute-resolution/> (дата звернення: 01.02.2018).
82. Merrills J. International Dispute Settlement. 2nd ed. Cambridge: Grotius Publication Limited, 1991. 416 p.
83. Leathes M., Bulder B., Kervers W. & Schonewille M. Einstein's Lesson in Mediation', Managing IP (July–August 2006) – ADR in Business: Practice and Issues Across Countries and Cultures. Kluwer Law Arbitration, 2011. Vol. 2. 657 p
84. Mini-Trial: Alternative Dispute Resolution Litigation: Information Portal of the National Institute in Consume. URL: <http://adrresources.com/adr-methods/mini-trial> (дата звернення: 01.02.2018).
85. Mota C. E. Marquis L. New Developments in Civil and Commercial Mediation. 2015. 762 p
86. Ralston J. International Arbitration From Athens to Locarno. 1929. 417p
87. Xavier A. Mediation is here to stay! Indian Yearbook of International Law and Policy.–2009.–P.363–378.
URL: http://www.arbitrationindia.org/pdf/mediation_tostay.pdf (дата звернення 20.10.21).