

35. *Сорокина Е. А.* Категория добросовестности в западной традиции права: историко-теоретический аспект : дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 / Елена Александровна Сорокина. — М., 2009. — 180 с.

36. *Седаков С. Ю.* Создание и развитие контрактов в доклассическом римском праве : дис. канд. юрид. наук : 12.00.2001 / Сергей Юрьевич Седаков. — М., 1996. — 168 с.

37. *Харитонов С. О.* История частного (цивильного) права Европы. Витоки / Евгений Олегович Харитонов. — О. : Бахва, 1999. — 292 с.

38. *Куприянов А. А.* Библиейские корни правосознания россиян. (Выступление на VII Международной конференции памяти прот. Александра Меня, 10.09.1997 г.) / А. А. Куприянов // Библия и конституция. Сборник статей. — М. : Белые альвы, 1998. — С. 69—88.

39. *Синюков В. Н.* О правовом развитии России в XXI столетии / Владимир Николаевич Синюков // Государство и право на рубеже веков, (материалы всероссийской конференции). — М. : Изд-во ИГиП РАН. — С. 135—143.

Стаття надійшла до друку 1 грудня 2011 року.

УДК: 346(477.075.8)

Г. Ю. Шкіря, канд. юрид. наук,
старший викладач кафедри
правового регулювання економіки
ДВНЗ «КНЕУ імені Вадима Гетьмана»

МЕДІАЦІЯ ЯК АЛЬТЕРНАТИВНИЙ СПОСІБ ВИРІШЕННЯ ГОСПОДАРСЬКИХ СПОРІВ

У статті розглянуто певні аспекти концепції альтернативного врегулювання господарських спорів, метою якого є не покарання, а відновлення порушених прав і вирішення правового конфлікту шляхом застосування заходів не пов'язаних з судовими процедурами. Центральним елементом цієї концепції є інститут медіації, заснований на пошуку консенсусу і примирення сторін.

Ключові слова: альтернативні шляхи вирішення господарських спорів, процедура примирення в господарському праві, інститут медіації, медіація.

В статье рассматриваются некоторые аспекты концепции альтернативного урегулирования хозяйственных споров, целью которого является не наказание, а восстановление нарушенных прав и решение

правового конфлікту мерами не пов'язаними з судовими процедурами. Центральним елементом даної концепції є інститут медіації, оснований на пошуку консенсусу і примирення сторін.

Ключевые слова: альтернативные пути решения хозяйственных споров, процедура примирения в хозяйственном праве, институт медиации, медиация.

In this article are examined some aspects of conception of alternative settlement of economic disputes, the purpose of which is not punishment, but renewal of the broken rights and decision of legal conflict measures unconnected with judicial procedures. The central element of this conception is an institute of mediacy, based on the search of consensus and reconciliation of sides.

Keywords: alternative ways of decision of economic disputes, procedure of reconciliation in an economic right, institute of mediation, mediation.

Актуальність теми. Проблема ефективного та швидкого вирішення господарських спорів завжди гостро поставала перед системою державного судочинства. Із впевненістю можна сказати, що зараз вона набуває все більшої актуальності у зв'язку з розвитком у ряді країн альтернативних методів врегулювання спорів — шляхом посередництва (медіації), примирення, а також деяких пов'язаних із ними.

Мета і завдання дослідження. Мета даного дослідження полягає у науково-теоретичному та практичному аналізі правової природи медіації, аналізі її сутності, осмисленні основних особливостей її застосування у господарському процесі України.

Для досягнення мети були поставлені наступні завдання:

- дослідити виникнення поняття «медіація»;
- виділити передумови започаткування даного інституту в Україні;
- визначити правову природу медіації;
- проаналізувати сутність, зміст та ознаки;
- навести порівняльний аналіз «Проекту Закону про медіацію» в Україні та порівняти із Законом «Про медіацію» Російської Федерації;
- дослідити основні переваги та недоліки «Проекту Закону про медіацію» України.

В літературі традиційно наводяться переваги посередницької процедури, зокрема: більш широкі можливості для досягнення взаємоприйняттого результату, конфіденційність процедури (відсутність можливості третіх осіб знайомитись з конкретними обставинами спору), можливість зберегти ділові відносини з партнером із яким виник конфлікт, економія грошових коштів та ін. Всі ці переваги є суттєвими у складній процедурі врегулювання господарських спорів привертають увагу українських правників.

Дане питання досліджували такі вітчизняні вчені-правознавці, як: Г. О. Аболонін, С. С. Алексєєв, В. П. Грибанов, Н. С. Кузнецова, О. Я. Курбатов, С. Д. Могилевський, А. Я. Пилипенко, В. К. Попов, Ю. О. Тихомиров, О. С. Янкова та інші, а також науковці в галузі конфліктології: Г. В. Ложкін, Н. І. Пов'якель, М. В. Цюрупа та ін.

Так, у сучасній юридичній літературі виділяються п'ять підходів до визначення змісту медіації.

Нормативний підхід — це один з мирних засобів вирішення суперечок і конфліктів.

Функціональний підхід — комбінація тактичних прийомів, діяльність, спрямована на досягнення взаємоприйняттого вирішення конфлікту.

Комунікативний підхід — процес трибічних переговорів і обміну інформацією, що веде до вигідного компромісу сторін у суперечці.

Також виділяють консультативний варіант вирішення конфлікту та психологічний підхід, у ході якого відбувається його переконання і усунення підстав його виникнення.

На нашу думку, медіація є процесом, в ході якого сторони конфлікту за сприяння нейтрального посередника визначають проблеми, виявляють шляхи їх вирішення, проводять аналіз варіантів завершення конфлікту, обирають найвідповідніший варіант вирішення суперечки, прийнятний для обох сторін, тому всі ці підходи можна вважати такими, що відповідають змісту медіації.

Поняття медіація походить від латинського «mediare» і означає буквально «бути» посередником. У міжнародному праві цей спосіб вирішення конфліктів визначається як пропозиція посередництва сторонам, що сперечаються, тією державою, яка не бере участь у спорі. Як засіб залагодження суперечок медіація визнана в ст. 33 Статуту Об'єднаних Націй. Медіація є дуже старим інструментом міжнародного права, проте в тому вигляді, в якому постає сьогодні, з'явилася у другій половині двадцятого століття. Спочатку медіація була запроваджена в США, Англії і Австралії,

а пізніше з'явилася в Європі — Франції, Бельгії, Нідерландах, Німеччині, Австрії, Італії, Швейцарії, будучи одним з найбільш успішних і широко застосовуваних методів ADR, тобто альтернативних шляхів вирішення спорів. Під позасудовим вирішенням спорів, спираючись на прийняте в англо-американському мовному просторі поняття Alternative Dispute Resolution (ADR), розуміють процедури, в яких конфлікти вирішуються до судового розгляду справи за участю третьої сторони.

Нині в західних країнах медіація досягла такого рівня популярності, що стало доцільно і необхідно її законодавче врегулювання. Так, у США виданий Єдиний закон про медіацію (Uniform Mediation Act), що об'єднав більше 2500 законів, які регулюють посередницьку діяльність у різних Штатах і сферах її застосування, що існували по теперішній час у США. У таких країнах, як Австрія, Канада, Австралія, Франція, Сербія, Болгарія і інших, прийняті спеціальні законодавчі акти про медіацію, що закріплюють її врегулювання на державному рівні. Наприклад, у Франції, Австрії і Німеччині процедури медіації в кримінальних справах передбачені на законодавчому рівні, в яких ініціатором медіації є прокурор, який може направити кримінальну справу на досудове врегулювання між потерпілим і правопорушником, унаслідок чого сторони можуть прийти до взаємної згоди, результатом є припинення розслідування і звільнення від кримінальної відповідальності [1]. У ряді країн: Угорщині, Канаді, Словенії, Австрії прийняті закони про медіацію також щодо цивільних і господарських спорів, які базуються на Типовому законі про міжнародну комерційну примирну процедуру, розробленому Комісією ООН по праву міжнародної торгівлі (ЮНСИТРАЛ) в 2002 р. і схваленому Генеральною Асамблеєю ООН. Подібний закон «Про альтернативну процедуру врегулювання суперечок за участю посередника (процедурі медіації)» був також ухвалений у Російській Федерації в липні 2010 року.

Так, у Польщі медіатори, щоб отримати справи, повинні зареєструватися в суді та мати відповідну кваліфікацію. Оплата праці медіаторів здійснюється з державного бюджету.

У Чехії державна організація Служба апробації та медіації підпорядкована Міністерству юстиції. Ця служба має свою виконавчу вертикаль, завдяки чому її послуги доступні в усіх регіонах країни. Медіацією можуть займатися ті, хто мають спеціальну підготовку в галузі права чи соціальних наук і пройшли спеціальний тренінг.

У Франції послуги медіації надають громадські організації, а медіатори мають бути акредитовані прокурором, після чого можуть підписати контракт з Міністерством юстиції Франції щодо надання послуг медіації. Вони є безкоштовними для учасників процесу і оплачуються з державного бюджету.

В Австрії послуги медіації надають департамент Міністерства юстиції та Асоціація апробації і соціальної роботи. Асоціація є незалежною приватною організацією, яка субсидіюється Міністерством юстиції, має власну систему управління та контролю якості надання послуг. В Австрії медіатори повинні мати професійну кваліфікацію в галузі права, соціальної роботи або психології та проходять обов'язкову підготовку з ведення програм медіації.

За статистичними даними, у Росії 30 % спорів врегульовують через третейські суди, а 20 % за допомогою медіації.

Подібне широке міжнародне визнання медіації обумовлене в першу чергу тим, що держави усвідомили неможливість підтримки соціального становища в суспільстві лише за допомогою засобів формальної юстиції. Сучасному суспільству потрібні альтернативні форми врегулювання спорів, для швидкого і ефективного їх вирішення.

До того ж, перевагою зростаючого застосування медіації часто називають пом'якшення тягара, який лягає на судову систему. У сучасному світі, де судові системи всюди перевантажені кількістю справ, державні суди зазвичай всіляко сприяють розвитку альтернативних методів вирішення спорів саме тому, що вони сприяють нормалізації завантаження державних судів, а отже, створенню необхідних умов для ефективнішого здійснення правосуддя. Саме тому, в рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи, що стосуються доступу до правосуддя і забезпечення його ефективності говориться про необхідність прийняття усіх можливих засобів і заходів для заохочення, де це доречно, примирної процедури або дружнього врегулювання спору до його розгляду в суді, або ж в ході самого судового процесу [2].

Слід відмітити, що у рамках Європейського союзу створена ефективна правова база регулювання медіації: Європейська комісія в 2004 році прийняла Європейський кодекс поведінки медіатора, а пізніше також ряд спеціальних директив ЄС, які рекомендують урядам інших держав заохочувати поширення медіації [3].

У рамках Європейського комітету з проблем злочинності (Рада Європи) створений Комітет експертів з організації посередни-

цтва в кримінальних справах, який склав Рекомендації, в яких висвітлюються основні принципи, правова основа, питання організації і розвитку посередництва в кримінальних справах [4]. Крім того, в самій преамбулі Рекомендацій № Я (99) 19 містяться численні відсилання до інших правових актів Ради Європи, які згадують медіацію або аналогічні інструменти.

Таким чином, розповсюдження і потреба у медіативних процедурах, а також розвинена правова база, що регулює досудове врегулювання спорів, становить необхідність розгляду специфіки медіації в її принциповій відмінності від судових процедур.

Так, відмінність медіації від судових процедур: це модель заснована на пошуку консенсусу, а не конфронтації.

Процедура медіації визначається в Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи як «гнучка, доступна, націлена на вирішення конфлікту... міра, що розцінюється в якості доповнення до традиційного процесу або як альтернативи йому». Таким чином, медіація характеризується як певна альтернатива в нашому випадку господарському судочинству в силу принципово різних підходів до врегулювання спору.

Також, відмінність примирного правосуддя від існуючих моделей офіційного господарського судочинства полягає в тому, що його основою є принцип самовизначення сторін, тобто сторонам надаються усі необхідні повноваження для того, щоб прийти до ухвалення взаємовигідного рішення. Припинення провадження у зв'язку з примиренням сторін в результаті медіації є прояв консенсусного способу врегулювання наслідків конфлікту.

По-друге, процес медіації принципово відрізняється від офіційного судового процесу, втім як і від змагання та суперечки взагалі. Медіація — це не суперечка, а дискус. Як спеціально організована процедура, медіація за своєю суттю, можна сказати, протистоїть сучасній процесуальній формі — змагальності, яка орієнтована на протистоянні, традиційній конфронтації сторін.

На нашу думку, в певних випадках акт примирення є більш прийнятним засобом відновлення порушених прав, ніж змагання сторін, а попередження здійснення нових правопорушень знаходить своє ефективне вирішення в межах саме підходу відновлення порушеного права в правосудді, яке є альтернативою, зменшуючи число господарських спорів у суді.

При цьому, для правової держави, було б невірним відкидати додаткові способи вирішення господарського спору, що так ус-

пішно діють у системах зарубіжного законодавства, і які дозволяють врегулювати колізію між потерпілими і правопорушниками шляхом досудового врегулювання спору, при одночасному збереженні можливості проведення традиційного судового розгляду справи, якщо сторони не можуть досягти домовленості відносно заходів реституції. Наслідки законодавчої регламентації альтернативних методів в господарському процесі мають дуже велике значення для розвитку господарських відносин і правової культури в цілому, тим більше що законодавче закріплення інституту медіації вже розпочато і в нашій державі.

Дослідивши та проаналізувавши матеріали зарубіжного та вітчизняного досвіду, виділимо ознаки, які характеризують медіацію (посередництво).

1. В якості посередника може виступати тільки нейтральна особа, яка не є учасником конфлікту.

2. Активність сторін (у питаннях вибору нейтрального посередника, визначенні кола проблем, виявленні шляхів їх вирішення, обговоренні аргументів сторін, прийнятті взаємоприйняттого рішення), що сперечаються.

3. Посередництво (медіація) передбачає пошук взаємоприйняттого рішення, тому не лише посередник, але і кожна із сторін має право пропонувати свої варіанти врегулювання спору.

4. Медіатор створює конструктивну і спокійну обстановку на переговорах, спрямовуючи і пом'якшуючи дискусію.

Ця ознака медіації є одною з ключових, оскільки вона відбиває суть медіації і ту роль, яку грає медіатор у переговорах, що проводяться за його участі. Оскільки базис медіації складає саме переговорний процес, у ході якого конфліктуючі сторони приходять до вироблення компромісної позиції, головне завдання медіатора зводиться до того, щоб організувати саму процедуру обговорення, орієнтуючи опонентів на співпрацю і досягнення певного позитивного результату.

5. Процедура медіації може бути припинена на будь-якому етапі і у будь-який момент за ініціативою сторін, що сперечаються. Вони завжди можуть відмовитися від медіації і звернутись до суду, якщо медіація не дає того результату, на який вони розраховували.

Медіація в нашій країні на рівні правового регулювання і юридичної практики доки ще не виділена як особливий, такий, що має

характерні риси, спосіб врегулювання конфліктів і суперечок. Вона фактично не є загально визнаною альтернативою арбітражному процесу або третейському розгляду. Юристи-практики, аналізуючи ту або іншу господарську ситуацію, розглядають, перш за все, традиційні способи вирішення юридичних конфліктів.

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

Упровадження медіації потребує вдосконалення законодавства, яке регулює процес вирішення спорів альтернативними методами. Чинне законодавство вже має основи для запровадження медіації. Зокрема, це інститут примирення в процесуальному законодавстві: ст. 175 Цивільного процесуального кодексу, ст. 78 Господарського процесуального кодексу, які регламентують укладання між сторонами судового процесу мирової угоди з метою врегулювання спору на основі взаємних поступок.

Розділ II Господарського процесуального кодексу України (далі — ГПК) «Досудове врегулювання господарських спорів» передбачає, що сторони застосовують заходи досудового врегулювання господарського спору за домовленістю між собою. Зокрема, ст. 222 «Досудовий порядок реалізації господарсько-правової відповідальності» встановлює правила досудового вирішення спорів, а саме претензійне провадження.

Учасники господарських відносин, що порушили майнові права або законні інтереси інших суб'єктів, зобов'язані поновити їх, не чекаючи пред'явлення їм претензії чи звернення до суду. У разі необхідності відшкодування збитків або застосування інших санкцій, суб'єкт господарювання чи інша юридична особа — учасник господарських відносин, чії права або законні інтереси порушено, з метою безпосереднього врегулювання спору з порушником цих прав або інтересів має право звернутися до нього з письмовою претензією, якщо інше не встановлено законом.

А отже, вважаємо, що саме норми Господарського процесуального кодексу України мають бути орієнтиром для сторін, які бажають спробувати вирішити спір між собою без звернення до

суду. Зокрема, лише цей документ містить перелік категорій спорів, що можуть бути вирішені у позасудовому порядку.

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

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

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

Упровадженню медіації заважають відсутність регламентації цього процесу в законодавчих актах та обмежене коло прав, до яких можна застосувати зазначений метод. Саме тому було розроблено кілька проектів Закону «Про медіацію».

Останній «Проект Закону про медіацію» від 21.02.2011 р. містить шість розділів, які пропонують визначити: основні принципи проведення медіації, статус медіатора, а саме встановити основні вимоги до медіаторів, що включає їх сертифікацію, окреслити коло їх прав та обов'язків, визначити порядок оплати праці.

Основною підставою для проведення медіації, Проект визначає договір про медіацію, що укладається між сторонами конфлікту та одним або кількома медіаторами, або організацією і забезпечує проведення медіації. Такий договір має відповідати загальним засадам цивільного законодавства України, що стосуються змісту договорів і спеціальні відомості, що безпосередньо торкаються самої процедури медіації, а саме: положення про прийняття сторонами конфлікту принципів медіації, визначення місця проведення медіації, зазначення строку проведення медіації та порядок оплати сторонами конфлікту витрат на проведення медіації, розмір і порядок оплати гонорару медіатора (медіаторів) або організації, що забезпечує проведення медіації.

Проаналізувавши наведений Проект, варто відмітити відсутність норми, яка б встановлювала чітко визначений строк проведення процедури медіації, а саме, проект закріплює право сторін визначати цей строк самостійно. На нашу думку, це є не дуже коректно, завдяки відсутності строкового обмеження процедура може затягтись, таким чином, спричинивши незручності сторонам. На відміну, в Законі Російської Федерації «Про медіацію» ці строки є чітко визначеними і становлять не більше шістдесяті днів, з моменту початку проведення процедури медіації. В порядку виключення (якщо необхідне дослідження певних відомостей і за складністю справи), ця процедура може бути подовжена, за згодою сторін і медіатора, але цей строк не може перевищувати сто вісімдесяті днів. Такі обмеження, вважаємо, варто закріпити і в українському законодавстві.

При цьому, на відміну від російського законодавства стосовно вимог до медіатора, а саме, що діяльність медіатора може здійснюватись як на професійній основі, так і на непрофесійній основі особою, якій виповнилось вісімнадцять років, що має повну дієздатність і відсутню судимість, в українському Проекті чітко зазначено, що медіатор має бути сертифікований будь-яким підприємством, установою, організацією, які здійснюють підготовку медіаторів в Україні або за її межами за програмою, що складає не менше сорока академічних годин, включаючи практичні заняття. Документом, який підтверджує проходження відповідної підготовки, є сертифікат або інший документ який підтверджує проходження особою відповідної підготовки.

На нашу думку, це є обов'язковою вимогою до медіатора, оскільки найуспішнішими у вирішенні конфліктів за допомогою медіації є фахівці-практики, які знайомі з правилами ділового обороту, але при цьому мають ще і відповідну підготовку у таких дисциплінах як конфліктологія, право та психологія, що усуне ризики некваліфікованої діяльності суб'єктів.

Кінцевим результатом проведення медіації є угода про результати медіації. Угода про результати медіації є обов'язковою для виконання сторонами медіації. У випадку порушення стороною медіації своїх зобов'язань за угодою про результати медіації, інша сторона медіації має право звернутися до суду з позовом до сторони, що порушила свої зобов'язання за угодою про результати медіації, про зобов'язання виконати умови такої угоди.

Розділ четвертий Проекту встановлює повноваження та відповідальність центрів, що забезпечують здійснення медіації та з

огляду на те, що в Україні медіація як засіб врегулювання спорів робить перші кроки центри медіації діють лише в деяких регіонах. Утворені також всеукраїнські громадські організації — Асоціація груп медіації України, Український центр порозуміння. На жаль, на цей час ще немає центрів медіації, які б сприяли залагодженню складних господарських спорів.

Проаналізувавши вище наведене можна зробити висновок, медіація дає змогу під різним кутом розглядати предмет спору, використати конфлікт як «інструмент примирення» і основу для покращення взаємин між сторонами. Тобто, медіація — це один із так званих альтернативних (позасудових) способів врегулювання спорів, ефективність якого є дуже високою. Однак в Україні такий метод вирішення господарських спорів тільки започатковується.

Таким чином, можна зробити прогноз, що в українському законодавстві буде запроваджено цей дійсно прогресивний інститут, який позитивно впливатиме на учасників кримінального, цивільного, господарського процесів, і стане конкретним механізмом забезпечення права сторін на примирення, визначеного чинним законодавством, що сприятиме формуванню позитивного іміджу країни серед світової спільноти.

Література

1. Паньшина И. Ю. Перспективы альтернативного способа разрешения уголовно-процессуального конфликта / И.Ю. Паньшина // Актуальные проблемы совершенствования законодательства, правоприменения и правовых теорий в России и за рубежом / Материалы второй Международной научно-практической конференции, Челябинск. — 2010. — С. 292—296.
2. Рекомендации Комитета Министров государствам — членам Совета Европы относительно путей облегчения доступа к правосудию // Российская юстиция. — 1997. — № 7. — С. 8.
3. Европейский кодекс медиаторов // Брюссель. — 2 июня 2004 г.
4. Рекомендация N R (99) 19, принятая Комитетом министров Совета Европы 15 сентября 1999 г., и пояснительные заметки. Посредничество в уголовных делах // Вестник восстановительной юстиции. М.: МОО Центр «Судебно-правовая реформа». — 2001. — № 2. — С. 86—103.

Стаття надійшла до друку 1 грудня 2011 року.