

**Київський національний торговельно-економічний університет**  
**Кафедра міжнародного приватного комерційного та цивільного права**

**ВИПУСКНА КВАЛІФІКАЦІЙНА РОБОТА**  
на тему  
**ДОСУДОВЕ ВРЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВІРНИХ СПОРІВ**

студента 2 курсу, 5мз групи,  
спеціальності 081 «Право»

спеціалізації «Комерційне право»

\_\_\_\_\_ Клюзаса Владислава

*підпис*

Ліновича

*студента*

Науковий керівник:

доктор юридичних наук,

\_\_\_\_\_ Мазаракі Наталія

доцент

*підпис*

Анатолівна

*керівника*

Гарант освітньої програми:

доктор юридичних наук

\_\_\_\_\_ Мазаракі Наталія

доцент

*підпис*

Анатолівна

*керівника*

**Київ 2019**

## ЗМІСТ

<b>ВСТУП</b> .....	3
<b>РОЗДІЛ I. ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДОСУДОВОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВІРНИХ СПОРІВ.</b>	
1.1. Поняття договірному спору та його види.....	6
1.2. Досудове врегулювання договірних спорів за законодавством України.....	14
<b>РОЗДІЛ II. ПЕРСПЕКТИВНІ МЕХАНІЗМИ ДОСУДОВОГО ВИРІШЕННЯ ДОГОВІРНИХ СПОРІВ</b>	
2.1. Поняття та принципи медіації.....	26
2.2. Напрямки законодавчого врегулювання правового інституту медіації в Україні.....	31
2.3. Перспективи запровадження обов'язкового досудового врегулювання окремих видів договірних спорів.....	37
<b>ВИСНОВКИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ</b> .....	48
<b>СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ</b> .....	60

## ВСТУП

**Актуальність теми дослідження.** Через активну реформацію судової системи виникла проблема недостатності кадрового складу судів, це відповідно потягнуло за собою збільшення строків вирішення спорів, окрім того за останні роки сам інститут судового врегулювання договірних спорів характеризується низкою суттєвих недоліків, до яких можна віднести:

- великий строк вирішення спорів у судовому порядку, адже як вже зазначалося раніше у судах на даний момент недостатня кількість кадрового складу. Таким чином судовий розгляд може тривати роками. Вирішення спору по суті у судовому порядку може значно затягуватися шляхом подачі сторонами різноманітних процесуальних документів, а також через звернення незадоволених рішеннями судів сторін до апеляції чи касації;

- величезні витрати сторін на судовий розгляд. Нововведення у законодавстві спричинили значне зростання ставок судового збору як за подачу справи до суду, так і за видачу процесуальних документів та вчинення окремих процесуальних дій.

- через законодавчі реформи у більшості випадків представляти інтереси сторін у суді можуть тільки адвокати, що у свою чергу змушує сторін витратити гроші на професійну допомогу та втрачати свій час на пошук професіоналів.

- юридична невизначеність спірних відносин на час судового вирішення договірних спорів. Під час вирішення у судовому порядку договірних спорів виконання самих оспорюваних договорів часто призупиняється до винесення судом рішення по суті справи і набрання таким рішенням законної сили. Як було вже вище вказано судове врегулювання може тривати роками, тоді як кожен день невиконання чи неналежного виконання договорів завдає істотні збитки сторонам конфлікту.

Зважаючи на це, і з теоретичної, і з практичної точки зору існує необхідність детальному аналізу правого явища досудового врегулювання спорів, дослідженні його нинішнього правового врегулювання та шляхів його

Дослідженням питання досудового врегулювання договірних спорів займалися такі українські вчені: Н.А.Мазаракі, В.В. Резнікова, О.М. Каргін, Г.В. Ямпольський, С.С. Білуга, О.І. Савченко, Р.І. Шабанов, М.Д. Ждан та іншими.

**Мета випускної кваліфікаційної роботи** полягає у дослідженні загальних особливостей доктринально-теоретичних підходів порядку досудового вирішення договірних спорів, аналізу сучасного стану даного правового інституту та найбільш популярних методів досудового врегулювання спорів сьогодення в Україні для подальшого їх аналізу та висування раціоналізаторських пропозицій стосовно подальшого розвитку даного правового інституту.

Для досягнення поставленої мети необхідно виконати наступні **завдання:**

- проаналізувати та узагальнити думки видатних вчених стосовно поняття договірного спору та його види.
- розглянути порядок врегулювання досудових справ за українським законодавством сьогодення.
- розкрити та проаналізувати поняття та принципи медіації.
- проаналізувати напрямки законодавчого врегулювання правового медіації в Україні.
- детально розглянути перспективи запровадження обов'язкового досудового врегулювання окремих видів договірних спорів.
- надати раціоналізаторські пропозиції стосовно подальшого оптимального розвитку системи досудового врегулювання спорів у межах української правової системи.

**Об'єктом дослідження** випускної кваліфікаційної роботи є суспільні відносини, які складаються при досудовому врегулюванні договірних спорів.

**Предметом дослідження** є досудове врегулювання договірних спорів.

**Методи дослідження.** Під час дослідження були використані наступні загальнодоступні та спеціальні методи: логічний, аналітичний, системний, формально-функціональний, структурно-функціональний. Логічний метод застосовувався у логічному аналізі змісту нормативно правових актів. Аналітичний метод - текст даної вищої кваліфікаційної роботи спирається на аналізі різноманітних правових джерел. Системний метод застосовувався при дослідженні об'єкта роботи як цілісної множини елементів в сукупності відношень і зв'язків між ними, тобто розгляд об'єкта як системи. Формально-юридичний метод - у роботі досліджується взаємозв'язок внутрішнього змісту і форм нормативно-правових явищ та інститутів. Структурно-функціональний метод – використовувався при дослідженні структуру нормативно правових актів.

**Наукова цінність** цього дослідження полягає у формулюванні пропозицій щодо підвищення ефективності досудового врегулювання договірних спорів в українській правовій системі, популяризації медіації як альтернативного способу вирішення спорів. Зокрема елементи новизни містяться у висновках щодо відповідності інституту обов'язкового досудового регулювання спорів забезпеченню права на доступ до правосуддя.

**Практична цінність** роботи полягає в розробці висхідних положень для подальшого обговорення, розробки законодавчого врегулювання механізму досудового врегулювання договірних спорів. За результатами написання випускної кваліфікаційної роботи було опубліковано наукову статтю: Ключас. В.Л. «Правовий інститут обов'язкового досудово-претензійного врегулювання договірних спорів» у збірнику наукових статей студентів «Правове забезпечення підприємницької діяльності» К.: Київ. Нац.. торг.-екон. ун-т, 2019. Ч.1. С.105-112.

**Структура та обсяг роботи.** Робота складеться зі вступу, двох розділів, п'яти підрозділів, висновків та списку використаних джерел. Загальний обсяг роботи становить 59 сторінок.

## РОЗДІЛ І.

### Теоретико-правові засади досудового врегулювання договірних спорів.

#### 1.1. Поняття договірної спору та його види.

Відповідно до тематики наукової роботи необхідно надати визначення терміну «договірний спір», але для більш повного та ґрунтовного висвітлення даного питання необхідно спочатку надати визначення поняття «договору» як такого.

Згідно з положеннями частини 1 статті 626 Цивільного кодексу України (надалі можливе використання скорочення Ц.К.У.) «договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків». [3 с 10.]

Отже можливо дійти логічного висновку, що договірний спір – це спір, з приводу договірних відносин між сторонами щодо встановлення, зміни, виконання чи припинення прав та обов'язків шляхом укладеного між ними у встановлений законодавством спосіб договору.

Для комплексного та системного розгляду будь-якого правового явища, в тому числі правового інституту досудового врегулювання договірних спорів необхідно спочатку визначитися із самим терміном зазначеного поняття. Висвітлюючи зазначене питання доречно буде проаналізувати найбільш поширені наукові підходи до розуміння поняття «досудового врегулювання спорів».

Зокрема вчений Савченко О. у своїй науковій роботі зазначає, що у юридичній літературі під досудовим врегулюванням господарського спору також розуміють ведення господарюючими суб'єктами усних переговорів, обмін кореспонденцією, пред'явлення претензій, проведення інших заходів, які мають на меті розв'язання суперечок і конфліктів, що виникають між ними, без передачі спору на розгляд до господарського суду [46 ст. 66].

У статті Каргіна О. згадується поширена позиція, за якою досудове врегулювання господарських спорів - це сукупність заходів, здійснених підприємствами та організаціями, права яких порушені, для безпосереднього вирішення спорів, що виникли, з підприємствами та організаціями, які порушили майнові права і інтереси, до звернення із позовом до господарського суду [31 ст. 112].

Досить цікавою з цього приводу є позиція Резнікової В., яка своїй науковій статті висловлює наступну позицію. Спосіб вирішення господарського спору — це процесуальний порядок, що обирається господарюючим суб'єктом для вирішення господарського спору, тобто застосування способу вирішення господарського спору здійснюється не лише з метою припинення конфліктних відносин, а й вирішення спору по суті. В той же час досудове врегулювання є одним із способів вирішення господарського спору.

Відповідно до загальної теорії права досудовий порядок врегулювання спорів — це сукупність заходів, які підлягають здійсненню стороною, права якої порушено, для безпосереднього вирішення спору, що виник, зі стороною, яка є порушником майнових прав чи інтересів. [44 ст. 228].

Каргін О. у своїй науковій роботі зазначає наступні основні ознаки, властиві інституту досудового врегулювання договірних спорів:

- Наявність конфлікту;
- Здійснення активних дій для захисту і відновлення порушених прав та інтересів;
- Особливий інструмент відновлення порушених прав;
- Вирішення конфлікту безпосередньо учасниками конкретних правовідносин без залучення інших осіб чи органів. [31 ст. 112].

Окрім того, спираючись на наукові роботи вченого Ківалова С. можна виділити ще ряд характерних особливостей правового інституту досудового врегулювання: 1) альтернативність самостійного вирішення

спорів сторонами за допомогою судді; 2) добровільність; 3) конфіденційність; 4) незалежність та неупередженість судді; 5) гнучкість процедури; 6) пошук компромісу в позиціях сторін; 7) економія часу; 8) безкоштовність процедури. [32 ст. 11].

У свою чергу Резнікова В. висвітлює завдання досудового врегулювання господарських спорів:

- Відновлення порушених прав і захист законних інтересів суб'єктів господарювання;
- Виявлення причин та умов невиконання договірних зобов'язань;
- Попередження порушень планової і договірної дисципліни, чинного законодавства; [44 ст. 228-229].

Вчений Ківалов С. виділяє характерний для правового інституту досудового врегулювання ряд особливих спеціальних принципів, зокрема: принцип добровільності, принцип рівності, принцип нейтральності та незацікавленості (неупередженості) й принцип конфіденційності. Окрім зазначених принципів, досудове врегулювання спорів має ґрунтуватися на засадах справедливості, добросовісності та розумності. [32 ст. 14].

Задля об'єктивного розкриття суті зазначеного питання доречним буде навести позиції вчених щодо переваг та недоліків правового інституту досудового врегулювання договірних спорів.

Резнікова В. у своїй науковій публікації виділяє наступні переваги досудового врегулювання спорів:

- Досудове врегулювання сприяє:
  - (а) Організації та підвищенню рівня укладення та виконання господарських договорів;
  - (б) Виявленню й усуненню причин та умов виникнення господарських правопорушень;
- За умови досудового врегулювання спору немає потреби сплачувати судовий збір, а у разі необхідності — і витрати на проведення експертизи тощо, що повинні бути відшкодовані боржником. Натомість



звернення з претензією до боржника вимагає лише сплати поштових витрат, понесених у зв'язку з її надсиланням (щоправда, можливою й тут є ситуація, коли необхідні додаткові витрати, пов'язані, наприклад, із проведенням експертизи, оцінки тощо);

- Досудове регулювання покликане забезпечити якомога швидше відновлення порушених прав суб'єктів господарювання. Судовий розгляд у першій інстанції може зайняти від одного до двох місяців, а то й більше, крім того, не виключено, що боржник-відповідач буде оскаржувати рішення суду першої інстанції в апеляційному та касаційному порядках, а ця процедура може зайняти ще кілька місяців, та й отримання рішення суду, яке набрало законної сили — ще не вирішення проблеми, оскільки його треба виконати, а цим займаються відділи державної виконавчої служби (необхідно також враховувати строк на виконання рішення). Тому від подання позовної заяви до суду до фактичного виконання отриманого рішення можуть минути роки. Натомість при використанні досудового порядку врегулювання господарських спорів, що встановлений ГПК України, задоволення претензії займе приблизно від одного до двох місяців (залежно від складності перевірки обґрунтованості вимог);

- Сторони вільні в обранні зручного часу та місця для обговорення спірних положень, суті економічного конфлікту, досягнення консенсусу. Більше того, все може бути вирішено за допомогою телефонного, факсимільного та/або іншого засобу зв'язку тощо; [44 ст. 229].

Вчений Білуга С. у своїй роботі наголошує, що усвідомлення важливості поширення альтернативних судочинству способів розв'язання правових спорів відкриває нові перспективи утвердження засад правової держави в Україні, а їх урізноманітнення є показником зрілості правової системи країни та готовності держави до співпраці, обумовлює зростання рівня правової культури її громадян. [16 ст. 1].

У своїх наукових роботах вчений Джепа Ю. висловлює позицію, з якою важко не погодитися, за нею досудовий порядок врегулювання спорів є

невід'ємною частиною господарського процесу, він опосередковує господарській спір та має притаманні йому матеріально-правові та процесуально-правові чинники, що дають підстави виділити зазначений порядок, як окремий галузевий принцип господарського судочинства, що визначає зміст його діяльності. [22 ст. 10].

На думку Резнікової В. існування в господарському процесуальному праві інституту досудового врегулювання окремих категорій спорів забезпечує:

- Більш швидке відновлення порушених прав, законних інтересів суб'єктів господарювання;
- Розвиток між суб'єктами господарювання відносин співробітництва при виконанні договірних зобов'язань;
- Безпосереднє врегулювання господарських спорів у добровільному порядку;
- Попередження появи необґрунтованих і безспірних справ у господарських Судах;
- Дотримання господарських інтересів сторін;
- Зниження невиробничих видатків, пов'язаних зі сплатою штрафних санкцій за невиконання договірних зобов'язань за рахунок застосування санкцій до контрагентів і стягнення з них цих збитків. [44 ст. 229]

Балюк І. у своїй науковій статті виражає обґрунтовану позицію, у якій доводить, що судове врегулювання господарського спору є самостійним правовим інститутом, норми якого містяться в різних нормативно-правових актах. Конституційне закріплення обов'язкового вживання досудового врегулювання спору зумовлює закріплення в нормах матеріального законодавства прямих вказівок на відносини, де має бути дотриманий такий порядок та наслідки його недотримання в процесуальному законодавстві. У разі порушення обов'язкового досудового врегулювання господарського спору залежно від стадії господарського судочинства та супутніх умов наслідком є: залишення позовної заяви без руху, повернення позовної заяви,

залишення позову без розгляду. Коли досудове врегулювання господарського спору за домовленістю сторін має застосовуватися як альтернативний засіб вирішення спору та за недотримання його або негативного наслідку його застосування сторони змушені звертатися до господарського суду, то жодних пов'язаних із цим негативних процесуальних наслідків немає [15 ст. 180].

Звісно серед видатних українських вчених знайшлися й ті, що критикують правовий інститут досудового врегулювання спорів та виступають проти його використання, але таких вчених меншість. В основному така позиція аргументується вченими двома факторами-аргументами:

- Перший – обов'язкове досудове врегулювання порушує конституційне, визнане на міжнародному рівні право громадян на безперешкодний доступ до правосуддя. Натомість прихильники досудового врегулювання зазначають, що згідно з правовою практикою останніх років, та зокрема нещодавніми законодавчими реформами, існування правового інституту обов'язкового досудового врегулювання на законодавчому рівні не тільки можливе, а й на даний момент, згідно з нинішнім чинним законодавством вже поступово вводиться в українську правову систему. Окрім того міжнародна правова практика, та зокрема європейські нормативно правові акти дозволяють створення правового інституту обов'язкового досудового врегулювання, за умови, якщо це не виключить право на доступ до правосуддя у вигляді судової системи. Відповідно права громадян у в аспекті вищезазначеної ситуації фактично не порушуються до тих пір, поки громадяни мають можливість звернення до суду.

- Другий поєднує у собі цілу купу більш малих аргументів, які можливо між собою об'єднати. Зокрема такі так чи інакше аргументи стосуються безпосередньо можливих недоліків реалізації правового інституту досудового врегулювання договірних спорів. Наприклад строків його проведення, питань щодо закріплення результатів досудового врегулювання в окремих документах та відповідно питання щодо юридичної

сили та практичної реалізації таких документів, стосовно зловживання сторонами своїми повноваженнями, щодо достатнього професійного рівня посередників у здійсненні процесу досудового врегулювання та способу контролю професійності таких посередників, та багато інших. Усі ці питання та аргументи мають спільне рішення, а саме поступове врегулювання інституту досудового врегулювання спорів на законодавчому рівні та на рівні практичних напрацювань у сфері судової та юридичної практики. Стосовно безпосередньо законодавчого вирішення даної проблеми, то необхідно введення в українську правову систему окремих законів про досудове врегулювання спорів та внесення відповідних змін у вже існуючі нормативно-правові акти. Слід наголосити що проблематика законодавчого закріплення інституту досудового врегулювання спорів вже давно не є новою на теренах правових систем європейських держав, відповідно Україна може перейняти європейський досвід такого врегулювання, окрім того величезна кількість вчених, як закордонних так і українських вже досить детально вивчали таку проблематику у незчисленній кількості наукових робіт, відповідно на даний час існує ціла науково-методична база з вирішення означеного питання.

Зокрема одним із таких противників розвитку правового інституту обов'язкового досудового регулювання спорів є вчений Дрішлюк В., який у свою чергу досить красиво розписує вже вищезазначений аргумент проти обов'язкового досудового врегулювання стосовно порушення права доступу до правосуддя: обов'язкове досудове врегулювання спорів, яке виключає можливість прийняття позовної заяви до розгляду та здійснення за нею правосуддя, порушує право особи на судовий захист. Можливість використання суб'єктами правовідносин досудового врегулювання спорів може бути додатковим засобом правового захисту, який держава надає учасникам певних правовідносин, що не суперечить принципу здійснення правосуддя виключно судом. Виходячи з необхідності підвищення рівня правового захисту, держава може стимулювати вирішення правових спорів у

межах досудових процедур, однак їх використання є правом, а не обов'язком особи, яка потребує такого захисту. Право на судовий захист не позбавляє суб'єктів правовідносин можливості досудового врегулювання спорів. Це може бути передбачено цивільно-правовим договором, коли суб'єкти правовідносин добровільно обирають засіб захисту їхніх прав. Досудове врегулювання спору може мати місце також за волевиявленням кожного з учасників правовідносин і за відсутності в договорі застереження щодо такого врегулювання спору. [23 ст. 82]

Отже, в умовах сьогодення постає суттєва проблематика щодо подальшого заснування та розвитку правового інституту досудового врегулювання договірних спорів, адже як показала практика судова реформа на даний момент не принесла бажаних результатів, і як наслідок судове врегулювання договірних спорів через непомірну перевантаженість судів а також тривалість непомірну вартість судового розгляду поступово втрачає свою актуальність та ефективність. Що й спричиняє пошук нових альтернативних способів досудового врегулювання.

Узагальнюючи усе вищеописане дослідження правового інституту досудового врегулювання спорів та введення такого інституту до правової системи українського законодавства є нагальною необхідністю, втім враховуючі закордонний досвід а також думки вчених у цій сфері, існує безліч різновидів як самих видів досудового врегулювання спорів, так і підходів до кожного з них. Відповідно для подальшого дослідження предмету роботи та розкриття її тематики необхідно проаналізувати види досудового врегулювання спорів та надати їм загальну характеристику задля знаходження оптимального для української правової системи, за думками видатних вчених, виду досудового врегулювання спорів.

## 1.2. Досудове врегулювання договірних спорів за законодавством України

Існує велика кількість методів досудового (альтернативного) врегулювання спорів, зокрема вчений Немченко С. у своїй науковій роботі згадує наступну класифікацію альтернативних методів вирішення спорів (ARC):

1) Залежно від порядку застосування способів ARC:

- Позаяюрисдикційний (будь-який зі способів ABC);
- Доюрисдикційний (встановлюється законом чи угодою сторін та ґрунтується на методі врегулювання правового конфлікту (переговори, примирення, посередництво);
- Юрисдикційний (встановлюється законом, базується на врегулюванні правового конфлікту методом посередництва):

2) Залежно від методу, який використовується для досягнення результатів:

- Змагальні (третейський розгляд, міжнародний комерційний арбітраж);
- Консенсуальні (переговори, омбудсмен);
- Змішані (посередництво - арбітраж, вирішення колективних трудових спорів)

3) Залежно від обов'язковості застосування способів ABC:

- Обов'язкові, що ґрунтуються на законі чи міжнародному договорі (застосування ABC у досудовому та судовому порядку);
- Добровільні, що ґрунтуються на угоді сторін (третейський розгляд, посередництво) [39 ст. 21].

Тематику різноманіття видів досудового врегулювання широко розкриває у своїй дисертації вчена Мазаракі Н., зокрема у її роботі наводяться наступні різновиди досудового врегулювання спорів:

- Переговори – не передбачають участі третьої сторони, при застосуванні даного методу уся повнота повноважень належить виключно сторонам.

- Посередницька медіація – передбачає обмежену роль медіатора, при якій він не має права висловлювати особисту позицію стосовно позицій сторін та варіантів вирішення спорів, а виключно займається організацією комунікації між сторонами.

- Оціночна медіація – при її застосуванні медіатор висловлює свою оцінку стосовно позицій сторін та варіантів вирішення спору, але не може впливати на рішення сторін.

- Колаборація (взаємодія) – спосіб який переважно застосовується організаціями та державними установами для вирішення спорів шляхом досягнення спільної мети та об'єднання ресурсів.

- Практика взаємодії – передбачає залучення сторонами юристів для проведення переговорів без застосування змагальних процедур.

- Переговори через посередників – сторони довіряють проведення переговорів досвідченим посередникам, при цьому контролюючи лише результати переговорів.

- Міні суд – даний метод полягає у подачі юристами-представниками сторін своїх пропозицій до колегії, яка включає в себе сторін спору та незалежного посередника. В подальшому посередник надає свою оцінку щодо загальної ситуації.

- Нейтральний експерт – залучення до вирішення спору експерта задля отримання експертного висновку, який може розв'язати спір між сторонами.

- Рання нейтральна оцінка – метод при якому сторонами залучається нейтральний посередник який надає свою оцінку стосовно позицій сторін.

- Медіація-арбітраж – після проведення сторонами медіації медіатор бере на себе роль арбітра та виносить обов'язкове рішення.

- Арбітраж-медіація – метод дзеркальний вищеназваному, при ньому медіація проводиться після вирішення спору арбітром, як альтернатива такому рішенню. [36 ст. 99-102].

Враховуючи величезне різноманіття методів досудового врегулювання договірних спорів, а також обмеженість обсягу наукової роботи, відсутня можливість охарактеризувати усі без винятку методи досудового регулювання, але при цьому є можливість розглянути загальні концепції (ідеї) даного правового явища, які в тій чи іншій мірі притаманні усім методам досудового врегулювання спорів.

Зазначені ідеї надзвичайно вдало висвітлюються у дисертації вченої Мазаракі Н., дослідивши позиції викладені у її науковій роботі можливо виділити наступні основні ідеї досудового врегулювання договірних спорів:

1). *Роль третьої сторони як незалежного посередника.* Однією з основних ідей досудового порядку вирішення договірних спорів є участь у такій процедурі третьої сторони, яка бере на себе організацію безперешкодної комунікації між сторонами спору, а також проведення вирішення спору в межах певної процедури. Відповідно посередник виступає таким собі ведучим у процедурі вирішення непорозумінь між сторонами які й призвели до виникнення спору.

При цьому слід зазначити що обсяг повноважень третьої сторони визначається виключно самими сторонами. Фактично більша частина спектру методів вирішення спорів побудована співвідношенні зростання ролі та зменшення нейтральності третьої сторони.

2). *Здатність сторін спору самостійно визначити порядок та результат вирішення спору (перевага диспозитивності).* Судове вирішення має величезну кількість обмежень. Зокрема обмеження «захисту права», за яким сторона у більшості випадків має право звернутися до суду лише за умови порушення її законних прав та інтересів за схемою «порушення-відповідь». А також обмеженням встановленої законодавством процедури та методів захисту. Часто розгляд у справі зводиться до принципу «можливо



тільки те що прямо передбачене чи дозволене законом», «рішення задовольняє лише одну зі сторін»

На протипагу зазначеному вище, досудове вирішення договірному спору дозволяє перейти від згаданих принципів до ідей «інтереси сторін понад усе», «дозволено усе що прямо не заборонено законом», «реагування на упередження правопорушення – найкращий захист», «рішення може задовольнити інтереси усіх сторін спору» тощо.

### *3). Формулювання та дотримання норм етики посередників.*

Поняття етики та справедливості надзвичайно важливе для сторін будь-якого спору, й частково перевалює навіть над законом, адже законодавство початково створювалося саме на основі цих ефемерних ідеалів. Окрім того норми закону досить часто суб'єктивні і вирішення справи у великій мірі залежить від суб'єктивного бачення посередника чи особи яка вирішує спір. Саме тому надзвичайно важливі високі моральні та етичні норми поведінки посередників. Так, в Україні, незважаючи на відсутність профільного закону, медіаторська спільнота розробила та ухвалила Кодекс етики медіатора, чудовим прикладом цього є Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України. [4].

### *4). Професійність третьої сторони,* на якій, зокрема, наголошується у Директиві ЄС щодо медіації: «Щоб забезпечити необхідну взаємну довіру в питаннях конфіденційності, дії строків давності, а також визнання та виконання договорів, досягнутих посередництвом, держави-члени повинні будь-яким способом, який вони вважають відповідним, сприяти навчанню посередників та впровадженню ефективних механізмів контролю якості з надання послуг через посередництво». [36 ст. 103-105].

### *5). Висока у порівнянні з судовим розглядом швидкість вирішення спору.* У переважній більшості випадків будь-які з методів досудового врегулювання займають менше часу а ніж один рік (як правило рахунок йде на місяці, а то й неділі), тоді як судовий розгляд може проводитися роками

(як правило судовий розгляд на даний момент займає мінімум пів року або рік).

Проводячи аналіз чинного законодавства, нових законопроектів та загальних тенденцій розвитку українського законодавства можна виділити три види досудового врегулювання які набули найбільшого поширення на теренах української правової системи:

- Переговори;
- Медіація;
- Претензійне провадження.

Через обмеженість обсягу даної наукової роботи доцільним буде зосередитися на розгорнутій характеристиці даних трьох найбільш популярних способів досудового врегулювання спорів в Україні.

- **Переговори.** Досить поширений метод досудового врегулювання спорів. Термін «переговори» у правовій літературі здебільшого трактується як самостійний універсальний спосіб альтернативного вирішення спорів, що реалізується через переговорний процес під час безпосередньої конструктивної взаємодії сторін і спрямований на досягнення взаємоприйняттого компромісного рішення.

Тобто переговори – це диспозитивний, добровільний, на особистий розсуд сторін спосіб вирішення правових конфліктів шляхом прямого діалогу сторін такого конфлікту між собою з метою прийняття рішення. При цьому сам переговорний процес безпосередньо на законодавчому рівні чітко не врегульований, що з одного боку надає сторонам досить широкий спектр свободи в застосуванні даного методу досудового врегулювання, а з іншого ускладнює захист результатів такого врегулювання у суді, якщо переговори не нададуть бажаних результатів.

Таким чином є досить важливим правильно зафіксувати результати врегулювання спору шляхом переговорів, зокрема уклавши угоду зафіксовану у окремому письмовому договорі у якому чітко будуть

прописуватися досягнуті сторонами конфлікту спільні домовленості, рішення спору, а також права та обов'язки з його виконання.

Окрім того у переговорах не обов'язкова участь жодних посередників, а результат переговорів зовсім не обов'язково повинен матеріально закріплюватися у письмових документах.

Слід зазначити, що у даного методу досудового врегулювання спорів є й ряд недоліків, зокрема:

- Складність захисту результатів переговорів у судовому порядку, якщо згода на стадії перемовин між сторонами не була досягнута;
- Законодавча неврегульованість правового інституту переговорів, адже безпосередньо порядок проведення та закріплення результатів переговорів на законодавчому рівні майже не врегульований, єдиним варіантом ефективного захисту інтересів сторін у подальшому є укладення, у разі позитивного проведення переговорів спеціальних угод, у яких закріплюються досягнуті у процесі домовленості.
- Невизначеність та не пропрацьованість механізму стосовно добору професійних перемовників сторонами переговорів. Роль посередника при проведенні переговорів важко переоцінити, адже успішне проведення перемовин у дійсно складних комерційних ситуаціях потребує низьку глибоких специфічних знань, при цьому на даний момент потенційним клієнтам дуже важко обрати собі досвідченого та професійного посередника, адже на даний момент на державному рівні відсутні єдині стандарти підготовки та перевірки професійного рівня спеціалістів даної категорії.
- Низька обізнаність серед населення як стосовно можливості проведення переговорів, так і про безпосередньо особливості процедури їх проведення, що у свою чергу, разом з відсутністю єдиних стандартів професійної підготовки спеціалістів цього напрямлення, створює прикру практику, за якої у більшості випадків сторони перемовин вимушені напрацьовувати досвід самостійно, роблячи при цьому масу помилок та незручностей один одному.

Не зважаючи на вище згадані суттєві недоліки даного різновиду досудового врегулювання спорів, цей спосіб залишається досить поширеним та актуальним. Зокрема вчені Васильєв С. та Васильєва І. у своїй науковій роботі зазначають наступні можливі ситуації у яких доречно проведення процедури перемовин:

(а) При розірванні шлюбу, колишнє подружжя можуть прийти до угоди про розділ майна і про утримання дитини;

(б) Учасники дорожньо-транспортної пригоди (ДТП) можуть укласти угоду про добровільне відшкодування матеріальної шкоди;

(в) У разі порушення прав споживача виконавцем, можливо укласти угоду про добровільне відшкодування заподіяної матеріальної шкоди, і т.п.

[18 с. 27].

**- Медіація.** Надзвичайно поширений за кордоном метод досудового врегулювання спорів, який поступово стає одним із основних методів досудового врегулювання на теренах європейських держав. Відповідно, враховуючи специфіку економіки та правової системи кожної окремої країни у якій поширена медіація існує безліч варіацій підходу до нормативного врегулювання даного правового інституту.

Зокрема вчена Кармаза О. у своїй науковій роботі «Інститут медіації: основні концепції розвитку» наводить найяскравіші приклади різних підходів у зарубіжних державах навіть до визначення терміну «медіація». Зокрема у статті 1 «Акта медіації» Республіки Мальта зазначено, що медіація - це процес, у якому медіатор сприяє переговорам між сторонами, щоб допомогти їм досягнути мирової угоди щодо спору. Статтею 1 Закону Румунії «Про медіацію та організацію професії медіатора» встановлено, що медіація є додатковим способом урегулювання конфліктів шляхом примирення за допомогою третьої особи, яка має спеціалізацію медіатора, в умовах нейтральності, справедливості та конфіденційності. Відповідно до розділу 2(1) «Єдиного закону про медіацію» США медіація - це процес, у якому посередник полегшує спілкування та переговори між

сторонами, щоб допомогти досягти добровільної згоди щодо їх спору. [30 ст. 24].

Важливо наголосити, що правовий інститут медіації є окремим та відособленим від інституту процесу переговорів, на що зокрема у своїй науковій роботі звертає увагу вчена Резнікова В.: абсолютне ототожнення медіації з процесом переговорів є неприпустимим, оскільки останній є самостійним альтернативним способом вирішення господарських спорів в європейській практиці позасудового вирішення економічних конфліктів.

Зокрема для переговорів є характерним "прямий" діалог сторін господарського спору, в той час, як при медіації він опосередковується обов'язковою участю в переговорному процесі нейтрального посередника. В той же час переговори трактуються як форма вирішення економіко-правового конфлікту шляхом обговорення його суб'єктами господарювання, що є сторонами такого конфлікту з метою досягнення взаємовигідного (компрісного) рішення. [45 ст. 11].

Отже медіація є досить перспективним направленням досудового врегулювання спорів, при цьому величезною перевагою даного способу є його популярність на теренах європейських країн вже на протязі не одного десятиріччя, що у свою чергу надає Україні можливість перейняти європейський досвід при формуванні правового інституту медіації на теренах української правової системи.

- **Претензійне провадження.** Безпосередньо поняття «претензії» надає у своїй науковій статті О.М Каргін, він зазначає що претензія - це матеріально-правова вимога одного з учасників спірних правовідносин до іншого, яка водночас є засобом урегулювання конфлікту самими сторонами без втручання господарського суду. [31 стор. 112].

Метод досудового врегулювання спорів шляхом пред'явлення претензії якісно відрізняється від своїх аналогів, оскільки претензійне врегулювання явно передбачає чітку та відпрацьовану процедуру, кожна стадія якої закріплюється у відповідній документації, яку в подальшому

можна буде активно використовувати для захисту у суді, а оскільки даний фактор розуміють усі сторони такого провадження, то й відповідно вже сам факт письмового закріплення слугує своєрідною і досить надійною гарантією виконання сторонами своїх зобов'язань.

Тоді як наприклад у переговорах в основному у письмовому еквіваленті (зазвичай у якості угоди) закріплюється лише кінцеві результати переговорів, а у більшості випадків й взагалі домовленості досягненні у перемовинах жодним письмовим чином не закріплюються.

Говорячи в даному аспекті в про медіацію, важко не згадати один із основних принципів даного методу досудового врегулювання спорів – конфіденційність, визнаний на міжнародному рівні, та щодо якого ведеться велика кількість дискусій. Зокрема особливо цікавим є питання щодо захисту результатів медіації в аспекті даного принципу, адже згідно з ним будь-яка інформація отримана сторонами медіації під час її проведення є конференційною, а отже і пред'явлення такої інформації у якості доказів при судовому врегулюванні є дуже сумнівною, що у свою чергу значно ускладнює можливість примусового виконання сторонами взятих на себе під час медіації зобов'язань.

Отже враховуючі вищенаведене претензійне провадження у порівнянні з перемовинами та медіацією надає сторонам значно більші можливості щодо захисту своїх інтересів та гарантування примусового виконання зобов'язань через судовий порядок.

Зокрема вчасно та коректно розпочата претензійна робота як правило значно спрощує подальший захист стороною своїх інтересів у суді та слугує своєрідною попередньою ланкою перед судовим розглядом, на якій сторони мають можливість активно збирати необхідні матеріали та докази для розгляду справи а також досягати санкціонованих відповідальністю домовленостей.

Щодо вище описаного положення Резнікова В. зазначає наступне: чим швидше кредитор розпочне офіційну письмову претензійну роботу з

боржником, не обмежуючись домовленостями й обіцянками, тим вищі його шанси на виконання контрагентом зобов'язань. [44 ст. 231].

Крім того досить цікавим є аспект використання претензійного провадження у розрізі судової практики. Зокрема у судовій практиці викладеній у Єдиному реєстрі судових рішень України судами використовується така категорія як «спір про право» на підставі якою суди у кінцевому випадку можуть відмовити у задоволенні позову. Безпосереднє та єдине визначення категорії «спору про право» судами не надається, але враховуючи судову практику дане поняття включає у себе наступні елементи:

- Особа яка постраждала від порушення її законного права, і відповідно звертається за захистом порушеного права до суду (Позивач);
- Особа якою було порушено права (Відповідач);
- Сам факт порушення встановлених чинним законодавством прав;
- Неможливість врегулювання даного порушення у позасудовому порядку;
- Належність особи відповідача, тобто співвідношення звинувачень позивача з встановленою відповідальністю відповідача.

При відсутності хоча б одної із зазначених категорій суд будь-якої інстанції в межах загального позовного провадження може відмовитися задовольняти позовні вимоги на підставі «відсутності спору про право». При цьому були випадки коли на дане питання безпосередньо звертав суд касаційної інстанції, тоді як місцеві та апеляційні суди даний аспект у своїх рішеннях та ухвалах в цій справі обходили стороною.

Таким чином, враховуючи вищезазначене, можна дійти висновку, що безпосередньо докази що підтверджують існування «спору про право» між сторонами бажано отримувати до початку судового розгляду і надавати суду на перших етапах розгляду для уникнення непорозумінь та складнощів у подальшому.

Таким чином враховуючи практику деяких судів, та зокрема суду касаційної інстанції можна дійти висновку, що наявність спору про право між сторонами є вирішальною та основною підставою для звернення до суду з позовом у межах загального чи спрощеного позовного провадження. На даний момент одним із найефективніших способів отримання доказів існування такого «спору про право» є претензійне провадження, а точніше кажучи отримані під час врегулювання його матеріали.

Слід наголосити що вищевказана судова практика є досить неоднорідною та нестійкою, різні суди та навіть різні склади суддів одного і того самого суду можуть притримуватися різних позицій стосовно даного питання, але у будь-якому випадку вищезазначена ситуація надає широкі перспективи взаємозв'язку та взаємодії судової практики та практики позасудового вирішення спорів шляхом претензійного провадження.

Савченко О. з цього приводу у своїй статті доповнює: практику позасудового вирішення спору шляхом подання претензії та реального її розгляду потрібно вдосконалювати та використовувати, що, безумовно, сприятиме швидкому розв'язанню конкретного спору та зменшенню завантаженості судів. [46 ст. 69].

Вчена Резнікова В. у науковій статті виражає думку за якою вирішення спору в досудовому порядку практично тотожне вирішенню спору за допомогою інституту претензії. Претензія за В.В. Резніковою при цьому розуміється як письмовий документ, що надсилається особою, яка вважає, що її права та законні інтереси порушені, до порушника з вимогою відновити у цих правах та інтересах без втручання юрисдикційних органів. [44 ст. 228].

Щодо змісту та реквізитів претензії науковець Каргін О. притримується позиції за якою претензія повинна викладатися тільки в письмовій формі з дотриманням вимог щодо змісту й основних її реквізитів. У ній необхідно чітко і вичерпно викласти відомості про учасників спору, навести їх повне найменування, поштові і банківські реквізити з посиланням на чинне законодавство та умови договору (контракту).



У претензії також викладаються конкретні вимоги до одержувача про відновлення порушеного права заявника з посиланням на докази (документи), якими підтверджуються обставини, що стали підставою для заяви претензії.

У разі, коли вимоги претензії мають грошову оцінку, то в додатку до претензії або в самому тексті претензії необхідно викласти чіткий і обґрунтований розрахунок. В обґрунтування претензії заявник повинен додати до неї необхідні документи в оригіналі чи в належно засвідчених копіях (квитанції, довідки, акти передачі-прийому продукції, довіреності, акти експертизи тощо залежно від характеру і категорії спору). Претензія має бути змістовною, із викладенням суті спору, визначенням предмета вимоги, обґрунтуванням його фактичними обставинами з посиланням на правові норми. [31, ст. 113].

Підводячи підсумок під усім вищенаведеним можна зазначити наступне: на міжнародному рівні у різних країнах існує безліч методів досудового врегулювання договірних спорів, при цьому у кожній країні вони набувають своєї особливої специфіки в залежності від економічної ситуації та правової системи а також багаторічної юридичної практики.

Стосовно реалій української правової системи, то в Україні на цей момент набули особливого поширення три основні способи досудового вирішення договірних спорів – переговори, медіація та претензійне провадження. Кожен з них має ряд недоліків та переваг, які вже вище розглядалися, але при цьому враховуючи особливості правової системи та юридичної практики данні методи врегулювання поступово починають вступати у своєрідний симбіоз взаємодоповнюючи один одного. Відповідно досить важко виділити з цих методів лише якийсь один найбільш вдалий. Тобто саме існуючі усі разом ці три основних способи досудового врегулювання договірних спорів становлять таким чином єдиний моноліт правового інституту досудового врегулювання договірних спорів в Україні.

## РОЗДІЛ II.

### Перспективні механізми досудового вирішення договірних спорів

#### 2.1. Поняття та принципи медіації.

Жоден правовий інститут не може обійтися без єдиного цілісного понятійного апарату, без конкретних недвозначних визначень основних понять, на яких у подальшому і базується система правових норм які в подальшому складатимуть сам правовий інститут. Для медіації як ефективного способу досудового вирішення спорів найважливішим, основоположним терміном є саме поняття «медіація» як процедури окремого шляху досудового врегулювання.

До недавнього часу підходи до визначення поняття «медіації» серед українського наукового середовища були дуже неоднозначними та різноманітними. Фактично кожен видатний вчений мав свою обґрунтовану точку зору на дане питання.

Зокрема вчені Канарик. Ю. та Костюченко А. у своїй науковій роботі надають одразу декілька визначень поняття медіації:

- Медіація як процес переговорів, у якому для вирішення конфлікту залучається медіатор (посередник), який організовує переговори між сторонами, вислуховує їх аргументацію щодо суті спору та активно допомагає сторонам оцінити можливість прийняття компромісного й самостійного рішення для задоволення інтересів усіх учасників переговорів. ( слід зазначити що у даному визначенні одразу простежується одна із основних відмінностей медіатора від адвоката – медіатор намагається вирішити конфліктну ситуацію примиривши сторони та дотримуючись інтересів кожної зі сторін. Тоді як адвокат працює з окремим клієнтом та виходить виключно із його бажань та інтересів не враховуючи думки інших сторін.).

- Медіація як метод мирного вирішення спорів за допомогою незалежної третьої особи або установи, що використовується сторонами. ( у даному визначенні акцент робиться саме на незалежності сторони медіатора

від зовнішнього впливу та інтересів окремого клієнта відособлено інтересів його опоненту).

- Медіація як певний підхід до розв'язання конфлікту, у якому нейтральна третя сторона забезпечує структурований процес із метою допомогти конфліктуючим сторонам прийти до взаємоприйняттого вирішення спірних питань. (у даному визначенні акцент сконцентрований на організаторських заходах створюваних медіатором, тобто медіатору у даному випадку надається роль такого собі посередника-організатора перемовин). [29 ст. 25]

Вчена Бондаренко-Зелінська Н. у своїй науковій статті надає більш розгорнуте визначення, за яким медіація це переговорний процес, що здійснюється за допомогою незалежного нейтрального кваліфікованого посередника - медіатора, який допомагає сторонам спору проаналізувати конфліктну ситуацію таким чином, щоб вони змогли самостійно обрати той спосіб вирішення суперечки, що відповідатиме інтересам обох сторін. При цьому медіатор не приймає рішення за сторін конфлікту, а лише сприяє останнім у пошуку взаємовигідного рішення та оформленні його документально (медіаційною угодою). У даному визначенні особливу увагу слід звернути на згадане чітке документальне закріплення – як на гарантію можливості подальшого захисту інтересів всіх сторін медіації, включаючи медіатора. [17 ст. 182].

Науковець Мазаракі Н. спираючись на норми міжнародного законодавства надає наступне визначення медіації: це процес коли сторони залучають третю особу або осіб з метою надання ними допомоги у мирному врегулюванні спорів, що виникають із приводу контрактних чи інших правових відносин, або пов'язані з ними. Мировий посередник не має права нав'язувати сторонам способи врегулювання спору». [37 ст. 94].

У пункті 3 частини 1 статті 1 проекту закону України «Про медіацію» № 3665 від 17.12.2015, станом на 26.02.2019 надається трохи ніше визначення трохи інше визначення медіації: позасудова процедура

врегулювання конфлікту (спору) шляхом переговорів сторін конфлікту (спору) за допомогою одного або декількох медіаторів. [7].

Враховуючи усі вищенаведені визначення можливо сформулювати наступне визначення яке узагальнює попередні: медіація – це один із способів досудового врегулювання спорів за участю незалежного, професійного акредитованого посередника – медіатора. Процес медіації полягає у створенні медіатором умов для ведення перемовин між сторонами, а також організації проведення таких перемовин, для подальшого досягнення сторонами компромісу. Медіатор за допомогою професійних якостей забезпечує чітку та зрозумілу комунікацію між сторонами, будучи незалежним посередником між ними. При досягненні спільних домовленостей сторонами, медіатор забезпечує фіксацію та реалізацію таких домовленостей у письмовому документі «угоді про результати медіації».

Вчений Кармаза О. виділяє наступні індивідуальні особливості медіації:

- Заборона будь-якого тиску на сторони медіації з метою проведення чи припинення процесу медіації;
- Прийняття рішення про початок, зупинення та закінчення процесу медіації лише за взаємною згодою сторін медіації, його відображення в договорі медіації;
- Самостійність (на власний розсуд і за взаємною згодою) сторін організувати процедуру медіації, зокрема, обирати медіатора, на власний розсуд розпоряджатись своїми матеріальними й процесуальними правами, встановлювати, зменшувати чи збільшувати розміри вимог, визначати коло обговорюваних питань (тем) щодо врегулювання спору;
- Заборона порушення конституційних прав та охоронюваних законом інтересів сторін медіації й третіх сторін. [30 ст. 25].

Розкриття тематики даного підрозділу буде неповним без висвітлення принципів медіації. Основоположні принципи медіації висвітлюються у роботах багатьох вчених, при цьому по великій мірі у

тотожних між собою значеннях, зокрема вчений Притика Ю. у своїй науковій роботі наводить наступні принципи медіації:

1) *Принцип добровільності* - полягає у наявності у сторін права особистого волевиявлення на проведення процедури медіації та свободи її припинення на будь-якому етапі процедури медіації. В зміст цього принципу також включається і правомочність сторін приймати будь-які рішення щодо розв'язання конфлікту тільки за взаємною згодою.

2). *Принцип рівності сторін* - полягає у наявності рівних за змістом та обсягом суб'єктивних прав у кожної із сторін. Сторонам надаються однакові права висловлювати свої думки, зауваження, визначати порядок денний, оцінювати прийнятність пропозицій та умов примирення.

3). *Принцип нейтральності і неупередженості* медіатора полягає у тому, що медіатор повинен виконувати свої обов'язки неупереджено, та не нав'язувати сторонам прийняття певного рішення. Медіатор зобов'язаний забезпечувати рівну участь сторін у переговорах..

4). *Принцип конфіденційності* - інформація, отримана під час здійснення процедури медіації, є конфіденційною і не може бути розголошена медіатором без попередньої згоди сторін. [43 ст. 91-92.].

За основним принципом медіації сторони даної процедури мають невід'ємне право самостійно приймати рішення стосовно формату процедури та її порядку, але задля зручності класифікації та оптимізації процесу серед вчених існують схеми стосовно стандартних етапів медіації. Зокрема вчена Резнікова В. у своїй науковій роботі визначає наступні стадії проведення процедури медіації

1) Попередня стадія, що, своєю чергою, складається з таких етапів:

- Підготовчий етап у якому медіатор здобуває довіру учасників, оцінює їх бажання до медіації, пояснює правила процедури, свою роль у цьому процесі)

- Етап індивідуальних зустрічей, на якому медіатор вивчає позиції учасників конфлікту і підтримує їх спілкування а також проводить роз'яснювальну роботу стосовно правил поведінки та формату роботи.

2) Відкриваюча стадія, на якій медіатор налагоджує спілкування зі сторонами та збирає інформацію про мотивацію сторін, причини та особливості конфлікту.

3) Середня стадія на якій сторони за допомогою медіатора спільними зусиллями шукають рішення конфлікту яке задовольнить усіх.

4) Заключна стадія при якій сторони досягли домовленостей у попередній стадії фіксують її в письмовому вигляді у відповідному документі. Ця стадія присвячена урегулюванню та складенню таких письмових домовленостей. [45 ст. 12-13].

Більша частина вчених притримується думки стосовно величезної кількості преваг медіації у якості досудового врегулювання спорів. При цьому з боку видатних вчених думки стосовно безпосередньо таких переваг майже однакові і фактично тотожні один одному. Зокрема науковці Островська О. та Фінько О. виражаючи спільну точку зору багатьох інших дослідників виділяють наступні переваги медіації:

- Конфіденційність. Всі записи, інформація, звіти або інші документи, які надаються медіатору під час підготовки до медіації або які з'являються у процесі медіації, не можуть бути розголошеними.

- Економія часу та коштів. Якщо порівнювати дану процедуру із судовою, то можна сміливо сказати, що вирішення спору шляхом медіації не є довготривалим на відміну від суду і може значно заощадити кошти її учасникам.

- Виграшне рішення для обох сторін. Під час медіації немає переможної сторони та тієї, яка перемогла, тому що мета медіації - знайти рішення, яке зможе задовольнити обидві сторони. Тільки у цьому разі медіація вважатиметься завершеною та успішною.

- Добровільність. Сторони беруть участь у медіації добровільно: під час прийняття рішення про медіацію, у процесі її проведення, досягнення домовленостей і виконання рішень.

- Гнучкість процедури. Медіація може бути перервана в будь-який час за ініціативи будь-кого з учасників медіації. Склад учасників (юристи, родичі, повноважні представники тощо) визначається самостійно кожною зі сторін. Сторони самі вирішують, за яких умов вони будуть укладати угоду чи припиняти медіацію. [41 ст. 35].

Говорячи про недоліки процедури медіації слід зазначити, що дана тематика є непопулярною серед науковців, адже суттєві відносини у самої ідеї запровадження правового інституту медіації як способу досудового вирішення спорів фактично немає недоліків. Але при цьому суперечності у науковому середовищі точаться стосовно саме безпосередньо методів реалізації даної ідеї у межах українського законодавства.

Тобто на даний момент основною проблематикою є саме запровадження правового інституту медіації національну правову систему.

Відповідно враховуючи усе вищенаведене можна дійти висновку що медіація є надзвичайно ефективним способом досудового врегулювання спорів

## **2.2. Напрямки законодавчого врегулювання правового інституту медіації в Україні.**

Говорячи стосовно українських реалій нормативно-законодавчого врегулювання правового інституту медіації, то в Україні вже не перший рік в стадії активної розробки знаходиться законопроект закону України «Про медіацію», зокрема положення частини 3 статті 1 цього законопроекту надають наступні визначення поняттю «медіація»: медіація - позасудова процедура врегулювання конфлікту (спору) шляхом переговорів сторін конфлікту (спору) за допомогою одного або декількох медіаторів.

Інші частини статті 1 законопроекту «Про медіацію» досить непогано визначають подальшу основну термінологію: медіатор - спеціально підготовлений посередник, який сприяє сторонам конфлікту (спору) в його врегулюванні шляхом структурованого переговорного процесу; сторони медіації - фізичні, юридичні особи або групи осіб, які звернулися до медіатора з метою врегулювання конфлікту (спору) за допомогою медіації; конфлікт (спір) - протиріччя між двома або більше суб'єктами правовідносин з приводу значущих для них суб'єктивних прав, юридичних обов'язків, інтересів або цінностей.

У 28.02.2019 році депутатами Верховної ради України на другому читанні було відхилено законопроект «Про медіацію» і на даний момент доля цього безсумнівно важливого правового інституту перебуває у невизначеності. Що з одного боку є досить негативним фактором, враховуючи важливість такого законопроекту для розвитку медіації в Україні як такої, а також власне термін розробки даного законопроекту, який складав майже 4 роки. А з іншого боку позиції даного законопроекту мали велику кількість спірних та складних питань, які на момент розгляду законопроекту так і не були вирішені. [7].

Зокрема дослідниці Клиник Н. та Ковальчук І. у своїй науковій роботі обґрунтовано називають одним із основних недоліків нинішнього законопроекту «Про медіацію» відсутність гарантій виконання рішень,



прийнятих під час вирішення спорів за участю медіатора, що у свою чергу призведе до затягування розгляду і вирішення справи в порядку медіації з боку недобросовісної сторони спору. Для усунення цієї прогалини вчені пропонують ввести до законопроекту норми, за якими «угода про результати медіації» обов'язково посвідчується нотаріусом і прирівнюється до виконавчого листа, що підлягає обов'язковому виконанню. [34 ст. 26].

Зі свого боку вчений Федоренко Т. серед недоліків законопроекту «Про медіацію» виділяє недостатньо чітко врегульовані аспекти стосовно професійної підготовки та діяльності медіаторів а також їх правового статусу. Вчений звертає увагу на недосконалість положень щодо нейтральності медіатора у законопроекті, зокрема на розпливчастість як вимог до нейтральності медіаторів, так і відсутність чіткого механізму відкликання медіатора у разі порушення ним таких вимог. [49 ст. 118].

Адвокат Гусейнова Р. у своїй статті зауважує що окрім внесення в українську правову систему закону України «Про медіацію» життєво необхідно внесення відповідних змін і до інших нормативно правових актів з метою уникнення правових колізій та суперечностей, проте на даний момент проекти відповідних комплексних нововведень відсутні.

Окрім того Гусейнова Р. звертає увагу на можливий колапс при введенні інституту «обов'язковості» медіації, адже відповідна кількість медіаторів для розгляду спорів на цей час у державі просто відсутня, а підготувати відповідне число спеціалістів за настільки короткий термін не представляється жодної можливості. Також вчена наголошує на недостатньому популяризації даної процедури а також на складнощах щодо проведення відповідної роз'яснювальної роботи з людьми. Адвокат вказує на невизначений правовий статус рішення медіатора.

У зв'язку с вищенаведеним Гусейнова Р. обґрунтовано стверджує про необхідність проведення глобальної підготовчої роботи перед введенням закону України «Про медіацію» в дію. [20 ст. 431].

Дослідниці Канарик Ю. та Костюченко А. у своїй науковій роботі наголошують на необхідності у майбутніх спеціалістів медіаторів високого рівня професійної підготовки та досвіду в сфері юриспруденції. [29 ст. 26].

Зі свого боку вчена Бондаренко-Зелінська Н. притримується думки, що медіація в жодному випадку не може бути складовим елементом національного цивільного процесу хоча б тому, що принципи її організації та проведення не відповідають принципам цивільного процесуального права. Так, цивільне судочинство підпорядковується вимогам процесуальної форми, яка характеризується імперативністю, чіткою визначеністю змісту та послідовністю процесуальних дій, що їх вчиняють учасники процесу, документальним оформленням майже кожної процесуальної дії тощо. Натомість медіація здійснюється на засадах абсолютної добровільності. Сторони медіації самостійно визначають порядок здійснення цієї процедури, медіатор тільки тоді може встановлювати процедуру медіації, коли відсутня домовленість між сторонами спору з цього приводу. [17 ст. 182].

Підсумовуючи вищенаведені аргументовані позиції видатних українських вчених на даний момент законопроект закону України «Про медіацію» потребує комплексного доопрацювання, зокрема стосовно більш чіткого врегулювання правового статусу медіатора, вимог до нього та правову силу «угоди про результати медіації». Окрім того українське законодавство потребує систематичних та комплексних доповнень та змін у відповідності з даними реформами стосовно введення інституту медіації.

Дослідниці Клиник Н. та Ковальчук І. у своїй науковій роботі пропонують три основні фактори що для ефективного розвитку інституту медіації в Україні:

1. Економічне гарантування: звернення до медіатора є менш затратним із фінансового погляду, ніж звернення із заявою до суду.
2. Гарантування державою виконання рішень, досягнутих під час вирішення спору.

3. Створення дієвої та достатньої нормативно-правової бази для врегулювання процедури медіації. Доки не буде прийнятий законопроект та не будуть національні норми приведені у відповідність до законодавства Європейського Союзу, говорити про ефективне вирішення спорів із залученням медіатора дуже складно, навіть практично неможливо.

Наприклад, ст. 6 Директиви № 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах закріплює, що держави-члени повинні гарантувати, що сторони спору матимуть можливість клопотати про виконання змісту письмової угоди, досягнутої посередництвом. Угода має бути викопана, якщо її зміст не суперечить праву держави-члена, в якому подано клопотання про виконання, і якщо право цієї держави-члена передбачає можливість його виконання. [34 ст. 26].

З іншого боку на протигагу запропонованій вище ідеї стосовно інтеграції та адаптації під українські реалії норм європейської правової системи існує підхід із засуванням для побудови правового інституту медіації створену в Україні теорію та практику застосування процедури медіації а також норми віддалено схожих правових інститутів та органів, зокрема нормативно правове врегулювання діяльності адвокатів та адвокатури на українських теренах.

Таким враховуючи зазначене можна дійти висновку, що найбільш оптимальним буде поєднання обох моделей побудови майбутнього правового інституту медіації із превалюванням другої моделі. А саме пропонується законодавчо врегулювати процедуру медіації керуючись вже сформованою українською теорією та практикою застосування даної процедури, за основу взявши фундаментальні принципи європейського права та доповнене і перероблене нормативно-правове врегулювання правового інституту адвокатів та адвокатури.

**Підсумовуючи усе вищенаведене, на даний момент доля як правового інституту медіації так і довгоочікуваного законопроекту «Про**

медіацію» не визначеною та важко передбачуваною у майбутній перспективі. З одного боку зазначений законопроект міг би вирішити багато проблем стосовно правового інституту медіації, який в системі українського законодавства начебто майже і не врегульований, але при цьому твердо існує в юридичній практиці та досить детально розписаний у теорії.

Стосовно безпосередньо долі законопроекту «Про медіацію» слід зазначити, що незважаючи на велику кількість переваг та недоліків цього законопроекту а також величезні дискусії навколо нього у даної законодавчої ініціативи є ряд дуже суттєвих недоліків які і завадили запровадженню цього законопроекту в дію. Більшість таких недоліків стосуються безпосередньо тексту законопроекту та впливу тексту статей на українську правову систему в цілому. Відповідно для надійної інтеграції нової спеціалізації медіатора необхідно створити ряд передумов та реформ для відповідного рівня медіаторів та його постійного моніторингу, і вже потім, одночасно з усіма вищеописаними діями та реформами вводити у дію законодавство про медіацію.

## **2.3 Перспективи запровадження обов'язкового досудового врегулювання окремих видів договірних спорів**

Найбільш актуальним імперативним методом досудового врегулювання досудових спорів є претензійне провадження, адже саме цей правовий інститут може чітко та вичерпно регулюватися на законодавчому рівні, й відповідно слугувати майбутньою основою для введення у законодавство процедури обов'язкового досудового врегулювання договірних спорів.

Щодо вище описаного положення Резнікова В. зазначає наступне: чим швидше кредитор розпочне офіційну письмову претензійну роботу з боржником, не обмежуючись домовленостями й обіцянками, тим вищі його шанси на виконання контрагентом зобов'язань. [44 ст. 231].

Науковець Савченко О. з цього приводу у своїй статті доповнює: практику позасудового вирішення спору шляхом подання претензії та реального її розгляду потрібно вдосконалювати та використовувати, що, безумовно, сприятиме швидкому розв'язанню конкретного спору та зменшенню завантаженості судів. [46 ст. 69]. Безпосередньо поняття «претензії» надає у своїй науковій статті Каргін О., він зазначає що претензія - це матеріально-правова вимога одного з учасників спірних правовідносин до іншого, яка водночас є засобом урегулювання конфлікту самими сторонами без втручання господарського суду. [31 ст. 112].

Резнікова В. у науковій статті виражає думку за якою вирішення спору в досудовому порядку практично тотожне вирішенню спору за допомогою інституту претензії. Претензія за Резніковою В. при цьому розуміється як письмовий документ, що надсилається особою, яка вважає, що її права та законні інтереси порушені, до порушника з вимогою відновити у цих правах та інтересах без втручання юрисдикційних органів. [44, ст. 228].

Щодо змісту та реквізитів претензії Каргін О. притримується позиції за якою претензія повинна викладатися тільки в письмовій формі з дотриманням вимог щодо змісту й основних її реквізитів. У ній необхідно чітко і вичерпно викласти відомості про учасників спору, навести їх повне найменування, поштові і банківські реквізити з посиланням на чинне законодавство та умови договору (контракту). У претензії також викладаються конкретні вимоги до одержувача про відновлення порушеного права заявника з посиланням на докази (документи), якими підтверджуються обставини, що стали підставою для заяви претензії. У разі, коли вимоги претензії мають грошову оцінку, то в додатку до претензії або в самому тексті претензії необхідно викласти чіткий і обґрунтований розрахунок. В обґрунтування претензії заявник повинен додати до неї необхідні документи в оригіналі чи в належно засвідчених копіях (квитанції, довідки, акти передачі-прийому продукції, довіреності, акти експертизи тощо залежно від характеру і категорії спору). Претензія має бути змістовною, із викладенням суті спору, визначенням предмета вимоги, обґрунтуванням його фактичними обставинами з посиланням на правові норми. [31, с. 113].

В аспекті розгляду правового інституту обов'язкового досудового врегулювання договірних спорів необхідно зазначити, що подібний інститут вже існував в українсько-радянському законодавстві, так до 2002 року обов'язковість досудового врегулювання господарських спорів також була обов'язковою стадією господарського процесу. Зокрема у статті 63 Господарсько-процесуального кодексу України зазначалося, що у разі неподання доказів про вжиття заходів досудового врегулювання спору позовна заява повертається.

Зазначена норма фактично була скасована 1 листопада 1996 року, пунктом 8 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 1 листопада 1996 року № 9. У вказаній постанові зазначалося, що суд не вправі відмовити особі в

прийнятті позовної заяви чи скарги лише з тієї підстави, що її вимоги можуть бути розглянуті в передбаченому законом досудовому порядку.

09 червня 2002 року у рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Торговий дім «Кампус Коттон клуб» щодо офіційного тлумачення положення ч. 2 ст. 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів)» була викладена правова позиція, за якою використання досудових процедур є правом а не обов'язком сторін, при цьому досудове врегулювання не може виключати можливість прийняття позовної заяви, адже у такому випадку воно буде порушувати право особи на судовий захист.

23 червня 2005 року на підставі вищезгаданого рішення Конституційного Суду України був прийнятий Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відносного досудового врегулювання спорів», яким було виключено положення пункту 7 частини 1 статті 63 Господарсько-процесуального кодексу України: «у випадках неподання доказів вжиття заходів досудового врегулювання спору, позовна заява повертається», і тим самим фактично на законодавчому рівні скасовано обов'язковість досудового врегулювання.

02 червня 2016 року у зв'язку з проведенням судової реформи Законом України № 1401-1401-VIII частина 4 статті 124 Конституції України була викладена у новій редакції: «Законом може бути визначений обов'язковий досудовий порядок урегулювання спору»

Основним спірним моментом щодо запровадження обов'язкового досудового урегулювання спорів виступає питання того, чи може такий інститут вважатися перепорою у доступі до правосуддя, права особи на судовий захист. Зазначимо, що позиція Суду Європейського Союзу відрізняється від позиції Конституційного Суду України.

Так, 14 червня 2017 року Суд правосуддя Європейського Союзу у справі C-75/16 зазначив, що в національних законодавствах можуть

міститися норми щодо обов'язкової медіації за умови, що це не є перепорою для права на судовий захист.

Аналізуючи зміст зазначеного судового рішення вчена Мазаракі Н. зазначає, що вимога до сторін спору застосувати процедуру медіації як беззаперечну умову для судового розгляду може бути сумісна із захистом права на доступ до правосуддя, якщо медіація: 1) не завершується рішенням, що має обов'язкову юридичну силу; 2) не становить собою значного затягування можливості розпочати судовий розгляд, 3) призупиняє перебіг строків позовної давності; 4) не спричиняє значних фінансових обтяжень для сторін спору; 5) не обмежується вирішенням спору виключно в електронному вигляді; 6) не унеможливорює вжиття заходів забезпечення позову. [38 ст. 26].

Враховуючи усі вищенаведені факти можна дійти висновку, що на сьогоднішній день чинне законодавство передбачає можливість введення правового інституту обов'язкового досудового врегулювання договірних спорів, окрім того, простежуючи динаміку розвитку українського законодавства в аспекті вищезгаданого історичного екскурсу чітко вбачається поступовий перехід від правової концепції заперечення покладання на сторін спорів будь-яких обов'язків щодо досудового врегулювання до прямо протилежної правової концепції за якою на сторін договірних спорів покладається імперативний обов'язок досудового врегулювання, але без наявності конкретики щодо засобів та способів проведення такого врегулювання і без зазначення конкретних випадків у яких досудове врегулювання договірних спорів має обов'язково-імперативний санкціонований порядок. Зокрема Шабанов Р. та Ждан М. у своїй науковій роботі зазначають що законодавець, встановлюючи можливість обов'язкового досудового врегулювання господарських спорів, повністю виключив у новій редакції ГПК України правила стосовно її здійснення. [51 ст. 66].



Отже сучасне законодавство фактично передбачає наявність правового інституту обов'язкового досудового врегулювання договірних спорів, але при цьому не містить жодних конкретних положень щодо безпосередньо процедури його проведення. Відповідно постає актуальне питання щодо шляхів розвитку зазначеного новоствореного правового інституту, його переваг та недоліків а також питання щодо взагалі доцільності його відновлення. Щодо вказаних дискусійних питань у вчених відсутня одностайна позиція, деякі з них виступають за введення обов'язкового досудового врегулювання договірних спорів, а деякі проти, хоча більшість з них обмежується наданням вичерпного переліку переваг і недоліків зазначеного підходу. Таким чином для об'єктивного розкриття тематики статті необхідно проаналізувати найбільш поширені серед вчених підходи до зазначеної проблематики. Зокрема О.М. Каргін у своїй науковій статті з цього приводу зазначає що загалом сформувався дві позиції: в основі першої (яку ми повністю підтримуємо) лежить ідея збереження та вдосконалення досудового врегулювання спорів, а друга ґрунтується на необхідності скасування цього правового інституту. [31 ст. 114].

Зокрема вчена Савченко О. у своїх роботах виражає точку зору згідно з якою закріплення на законодавчому рівні можливості примусового виконання визнаної претензії й запровадження механізму такого виконання, встановлення відповідальності за порушення строків розгляду претензії та визнання обов'язковим досудового порядку вирішення господарських спорів суттєво закріпить переваги інституту досудового врегулювання господарських спорів. [46 ст. 69].

У свою чергу науковець Каргін О. у своїй роботі зазначає, що переваги досудового врегулювання спорів є досить значними, адже економлять час і кошти заявника та боржника. У разі незадоволення претензії особа, яка и пред'явила, завжди може звернутися до господарського суду і наявна претензія уже буде виконувати роль позовної заяви. Перевагою досудового врегулювання спору є також те, що така процедура дозволить

стороні зберегти нормальні відносини з контрагентом та ділову репутацію підприємства.

Також реальність такого порядку врегулювання господарських спорів забезпечується наявністю юрисконсультів у більшості підприємств і організацій, а також дедалі більшою юридичною грамотністю керівників підприємств і організацій. Успіх такого порядку вирішення спорів залежить від серйозності ставлення до претензійного порядку як із боку заявників претензій, так і з боку тих, кому вони адресуються. Якщо претензія складається обдуманно, ґрунтовно, переконливо, з посиланням на правові норми і розглядається серйозно, то це є запорукою врегулювання конфлікту самими сторонами без доведення його до господарського суду. [31 ст. 114].

Науковець Савченко О. зазначає, що закріплення на законодавчому рівні можливості примусового виконання визнаної претензії й запровадження механізму такого виконання, встановлення відповідальності за порушення строків розгляду претензії та визнання обов'язковим досудового порядку вирішення господарських спорів суттєво закріпить переваги інституту досудового врегулювання господарських спорів. [46 ст. 69].

Найбільшу увагу детальному розгляду недоліків правового інституту обов'язкового досудово-претензійного врегулювання договірних спорів у своїй науковій роботі приділила саме видатна вчена Резнікова. В. Зокрема аналізуючи викладені у вказаній науковій роботі думки можна виділити наступні недоліки вищезгаданого правового інституту:

- Відсутність на законодавчому рівні чіткого механізму та самої можливості примусового виконання претензії, або інших результатів спроб досудового врегулювання;

- Можливість для сторін зловживати окремими аспектами досудового врегулювання спорів, зокрема боржник на даний час має можливість за допомогою досудового врегулювання затягувати час у вирішенні спору.

- Спроба досудового врегулювання слугує своєрідним попередженням для недобросовісного боржника про потенційне застосування до нього санкцій, а оскільки у досудовому врегулюванні відсутня можливість застосовувати заходи забезпечення збереження спірного майна,

- Відсутність можливості отримання акта преюдиційного характеру: ухвали чи рішення суду, в яких безпосередньо встановлюються факти, що мали місце при виникненні певних правовідносин, наприклад, договірних, і відповідно дається юридична оцінка вчиненим діям (резолютивна частина рішення);

- Звернення з претензією не зупиняє строку позовної давності, до того ж немає жодної гарантії на позитивне вирішення конфлікту;

- Претензійний порядок дасть винній стороні можливість спотворювати обставини справи, перекручувати факти на свою користь, давати неповний перелік документів, приховувати обставини справ й ухилятися від відповідальності;

- Визнання або навіть часткове визнання претензії ще не свідчить, що вимога будуть виконані [44 ст. 236].

Вчений Каргін О. при написанні своєї роботи звертає увагу читача на такі вади досудового порядку: немає жодної гарантії на позитивне вирішення конфлікту (за статистикою лише 5% спорів вирішуються у досудовому порядку); імовірно, що винувата сторона не відповість на претензію в установленій законом строк або просто проігнорує її, що дасть їй можливість затягнути вирішення спору й виграти мінімум 2-3 місяці до звернення до суду; претензійний порядок дасть винуватій стороні можливість на свою користь представляти обставини справи й ухилятися від відповідальності; визнання або навіть часткове визнання претензії ще не свідчить про те, що вимоги будуть виконані. [31 ст. 114].

Вчені Шабанов Р. та Ждан М. у своїй спільній роботі застерігають про те що відсутність чітких правил порядку досудового врегулювання

господарських спорів створить ще більший пласт справ, у яких сторони будуть посилались на недотримання взаємних зобов'язань за претензійним застереженням у договорі. Брак конкретизованих положень такої процедури затягуватиме суб'єктів господарювання у нескінченний претензійний процес, що гальмуватиме економічний розвиток країни. [51 ст. 66]. З чого у свою чергу можна висновок, що при створенні правового інституту обов'язкового досудового порядку врегулювання договірних спорів необхідно створювати його максимально чітке законодавче врегулювання, у протилежному випадку це спричинить лише збільшення навантаження на суди.

При цьому чи не найважливішою проблемою регулювання претензійного порядку господарських спорів є на сьогодні відсутність чіткого механізму примусового виконання визнаної претензії. Визнана, але не виконана претензія, замість того, щоб допомогти захистити права та законні інтереси, навпаки, збільшує час, необхідний для відновлення порушених майнових прав, створює інші значні труднощі для потерпілої сторони, призводить до безпідставного збагачення недобросовісного боржника. За цілком слушним висловлюванням Ю. Павлюченко, сучасний досудовий порядок вирішення господарських спорів не захищає суб'єкта господарювання від наслідків правопорушення, тому що законодавчо регламентована поведінка боржника не підкріплюється державним примусом. Виникає ситуація, коли законодавець дав можливість оперативно захистити свої права, однак механізм реалізації такої можливості не встановив [46, с. 78].

Зокрема Джепа Ю. визначає такі недоліки досудового врегулювання господарських спорів:

- Відсутність гарантії позитивного вирішення конфлікту;
- Відсутність санкцій за невиконання правопорушником обов'язку поновити порушені права або інтереси інших суб'єктів до отримання претензії;

- Відсутність відповідальності за неповернення оригіналів документів, які надані іншою стороною господарського спору;
- Накладення на винну особу штрафу через залишення без відповіді претензії;
- Можливість затягнення спору однієї зі сторін господарського спору;
- Відсутність чіткого механізму примусового виконання визнаної претензії. [22 ст. 10].

Вчені Горевий В. та Кудес О. у своїй науковій роботі визначають наступні завдання претензійного провадження:

- Відновлення порушених прав та захист законних інтересів підприємства;
- Виявлення причин та умов невиконання умов господарських договорів;
- Виявлення причин та умов безгосподарності, крадіжок майна, псування продукції (товарів) або зниження їх якості;
- Попередження порушень державної, планової, договірної дисципліни та чинного законодавства;
- Поліпшення економічних показників господарської діяльності підприємства;
- Відшкодування за рахунок винних осіб завданих суб'єкту господарювання (підприємництва) завданих збитків. [21. ст. 5].

В ході дослідження думок та пропозицій вчених щодо правового інституту обов'язкового досудового врегулювання було виявлено що саме для створення обов'язкового досудового врегулювання спорів на законодавчому рівні із усіх альтернативних способів найбільш доречним більшість вчених вважають саме претензійне провадження, як таке що має найбільшу кількість переваг при застосуванні до недобросовісного боржника. Окрім того зазначений альтернативний спосіб досудового врегулювання вже був закріплений на законодавчому рівні в українсько-радянському

законодавстві і досудове врегулювання спорів здійснювалося шляхом вже вищезгаданого претензійного провадження і мало статус обов'язкового, але в кінцевому результаті його було скасовано. Але в умовах нестабільно працюючої судової системи та масових правових реформ відновлення обговорюваного правового інституту знову набуло актуальності, зокрема у чинному на сьогоднішній день законодавстві було внесено ряд змін, за якими чітко простежується поступова динаміка щодо відновлення правового інституту обов'язкового досудового врегулювання договірних спорів, зокрема внесено застереження щодо обов'язковості досудового врегулювання спорів у окремих встановлених законом випадках, але у чинному законодавстві не вказується а ні саме визначення терміну «обов'язкове досудове врегулювання» а ні сам чіткий порядок такого врегулювання.

Більша частина вчених виражають позицію щодо доцільності введення та розвитку правового інституту досудового врегулювання договірних спорів, зокрема науковець Ямпольський Г. у своїй статті зазначає цікаві думки про мирову практику імперативного досудового врегулювання: для деяких категорій спорів досудовий порядок сприятиме оперативному та економічному вирішенню протиріч: наприклад, Німеччина встановлює обов'язків порядок у спорах з вимогами невеликих розмірів - до 750 євро, а процесуальне законодавство Російської Федерації відносить до таких категорій спори, які впливають з надання послуг зв'язку, перевезення, транспортної експедиції, розірвання або зміну умов договорів. Сучасні дослідники цього питання також пропонують ввести обов'язків досудовий порядок для спорів про захист ділової репутації та спорів, які впливають зі здійснення ліцензійної діяльності. В останньому випадку це може виправдовуватись тим, що ліцензіат більш схильних до дисциплінованого виконання своїх обов'язків, тому що інакше разом з господарсько-правовою він несе публічно-правову відповідальність за недотримання ліцензійних

умов, а тому досудове врегулювання може мати з ним дієвий характер. [52 ст. 238-239].

Усі вищенаведені фактори стали причиною для нових дискусій та жвавих обговорень серед вчених правового інституту обов'язкового досудового врегулювання. Деякі вчені висказуються проти розвитку зазначеного правого інституту, але більшість виражають думки щодо необхідності створення та врегулювання вказаного правового інституту на законодавчому рівні.

Отже підводячи підсумок під усім вищенаведеним, розвиток правового інституту обов'язкового досудово-претензійного врегулювання окремих договірних спорів на законодавчому рівні як допоміжний засіб для перевантаженої судової системи є актуальною та нагальною проблемою сьогодення, яку стає усе дедалі важче ігнорувати. Оптимальним вирішенням зазначеної проблеми може стати розробка законопроекту відповідного закону, який би врегулював зазначені правовідносини з урахуванням спільних думок та зауважень видатних вчених щодо недоліків законодавчого врегулювання згаданого правого інституту в минулому.

## ВИСНОВКИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ

На підставі проведеного дослідження правового інституту досудового врегулювання договірних спорів в українському законодавстві та шляхів подальшого розвитку даного правового інституту варто відокремити такі

### **ВИСНОВКИ:**

1. Договірний спір – це спір, з приводу договірних відносин між сторонами щодо встановлення, зміни, виконання чи припинення прав та обов'язків шляхом укладеного між ними у встановлений законодавством спосіб договору.

2. Досудове врегулювання договірних спорів це - сукупність заходів, здійснених сторонами договору права яких порушені, для безпосереднього вирішення спорів, що виникли, з сторонами договірних відносин, які порушили майнові права і інтереси, до звернення із позовом до господарського суду.

3. Договірні спори характеризуються наступними основними ознаками: наявність конфлікту; здійснення активних дій для захисту і відновлення порушених прав та інтересів; особливий інструмент відновлення порушених прав; вирішення конфлікту безпосередньо учасниками конкретних правовідносин без залучення інших осіб чи органів.

4. Правовий інститут досудового врегулювання спорів має наступні особливості: 1) альтернативність самостійного вирішення спорів сторонами за допомогою судді; 2) добровільність; 3) конфіденційність; 4) незалежність та неупередженість судді; 5) гнучкість процедури; 6) пошук компромісу в позиціях сторін; 7) економія часу; 8) менші грошові затрати сторін у порівнянні з судовим розглядом.

5. Досудовому врегулюванню притаманний ряд особливих спеціальних принципів: принцип добровільності, принцип рівності, принцип нейтральності та незацікавленості (неупередженості) й принцип конфіденційності, справедливості, добросовісності та розумності.



6. Завданнями досудового врегулювання спорів є:

- Відновлення порушених прав і захист законних інтересів суб'єктів господарювання;
- Виявлення причин та умов невиконання договірних зобов'язань;
- Попередження порушень планової і договірної дисципліни, чинного законодавства;

7. З урахуванням світової та вітчизняної практики існує величезна кількість методів досудового вирішення спорів, але при цьому їх усіх об'єднують наступні основні принципи (ідеї):

- Роль третьої сторони як незалежного посередника. Третя сторона на себе організацію безперешкодної комунікації між сторонами спору, а також проведення вирішення спору в межах певної процедури стаючи ведучим у процедурі вирішення непорозумінь між сторонами. При цьому обсяг повноважень третьої сторони визначається виключно самими сторонами.

- Здатність сторін спору самостійно визначити порядок та результат вирішення спору (перевага диспозитивності). досудове вирішення договірному спору дозволяє перейти до ідей «інтереси сторін понад усе», «дозволено усе що прямо не заборонено законом», «реагування на упередження правопорушення – найкращий захист», «рішення може задовольнити інтереси усіх сторін спору» тощо.

- Формулювання та дотримання норм етики посередників. Норми закону суб'єктивні і вирішення справи у великій мірі залежить від суб'єктивного бачення посередника чи особи яка вирішує спір, тому важливі високі моральні та етичні норми поведінки посередників.

- Професійність третьої сторони, на якій наголошується у Директиві ЄС щодо медіації: «Щоб забезпечити необхідну взаємну довіру в питаннях конфіденційності, дії строків давності, а також визнання та виконання договорів, досягнутих посередництвом, держави-члени повинні будь-яким способом, який вони вважають відповідним, сприяти навчанню посередників

та впровадженню ефективних механізмів контролю якості з надання послуг через посередництво».

- Висока у порівнянні з судовим розглядом швидкість вирішення спору. Методи досудового врегулювання спорів здебільшого займають менше часу а ніж один рік (як правило місяці або неділі), тоді як судовий розгляд як правило займає мінімум пів року або рік.

8. Медіація – це один із способів досудового врегулювання спорів за участю незалежного, неупередженого посередника – медіатора. Процес медіації полягає у створенні медіатором умов для ведення перемовин між сторонами, а також організації проведення таких перемовин, для подальшого досягнення сторонами компромісу. Медіатор за допомогою професійних якостей забезпечує чітку та зрозумілу комунікацію між сторонами, будучи незалежним посередником між ними. При досягненні спільних домовленостей сторонами, медіатор забезпечує фіксацію та реалізацію таких домовленостей у письмовому документі «угоді про результати медіації».

9 Метод досудового врегулювання спорів шляхом медіації має наступні принципи:

- Принцип добровільності – сторони мають право особистого волевиявлення на проведення процедури медіації та свободи її припинення на будь-якому етапі процедури медіації. Сторони мають право приймати будь-які рішення щодо розв’язання конфлікту тільки за взаємною згодою.

- Принцип рівності сторін – кожна сторона має рівні за змістом та обсягом суб’єктивні права.

- Принцип нейтральності і неупередженості при виконанні процедури медіатор не має права вставати на бік однієї із сторін, а також висловлювати та нав’язувати свою оцінку ситуації. Медіатор повинен бути незацікавленим в предметі спору сторін.

4). Принцип конфіденційності - інформація, отримана під час здійснення процедури медіації, є конфіденційною і не може бути розголошена медіатором без попередньої згоди сторін.

10. Актуальним методом досудового врегулювання досудових спорів є претензійне провадження, адже саме цей правовий інститут може чітко та вичерпно регулюватися на законодавчому рівні, й відповідно слугувати майбутньою основою для введення у законодавство процедури обов'язкового досудового врегулювання договірних спорів

11. Поширення досудового врегулювання спорів може бути реалізовано шляхом запровадження обов'язкового досудового врегулювання договірних спорів, зокрема, обов'язкової медіації. Водночас, такий механізм потребує забезпечення права на доступ до суду, зокрема, у розумінні ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Ймовірними перевагами запровадження обов'язкового досудового врегулювання договірних спорів є: зменшення навантаження на судову систему; врахування простоти певної кількості спорів, які сторони можуть вирішити протягом однієї медіаційної сесії; розуміння того, що призначення зустрічі з медіатором дає обізнаність із цим методом вирішення спорів і можливість подолати упередження щодо процедури медіації; розуміння того, що обов'язкова медіація нівелює відому упередженість, що медіацію ініціює сторона спору, яка розуміє слабкість своїх позицій у суді; принцип добровільності обмежується тільки на безпосередньо початковому етапі, а договір на проведення медіації сторони підписують добровільно; у судовому розгляді відповідач також не добровільно відіграє свою роль.

Водночас до недоліків обов'язкового досудового врегулювання договірних спорів слід віднести: зневажання прагнення сторони вирішити спір у судовому порядку, що також можна сформулювати як реалізацію фундаментального (конституційного) права і «захист прав та інтересів у судовому порядку»; анулювання принципу самовизначення сторін спору; спірну ефективність медіації, адже гарантувати мирне вирішення спору неможливо, а примусово спрямовувати до медіатора сторони, які апріорі не хочуть домовлятися, означатиме подвійне витрачання коштів та часу (на медіацію та судовий розгляд). Так, висловлюється впевненість, що особа, яка

хоче вдатися до процесу медіації добровільно, більш схильна прагнення вирішення спору, оскільки бажає розв'язання конфлікту, але якщо сторони спору явно виявляють небажання вдатися до медіації, є висока ймовірність того, що ескалація конфлікту є значною і дійти взаємної згоди щодо мирного вирішення спору є практично нереальним; намагання законодавця примусово «ознайомити» суспільство з медіацією, що є не найкращою рекламною стратегією, адже вона не враховує вірогідність того, що позивач знав про медіацію раніше і свідомо подав позов.

12. При розгляді можливості запровадження обов'язкового досудового врегулювання спорів можна враховувати практику Суду справедливості ЄС у справі C-75/16 від 14.06.2017, що вимога до сторін спору застосувати процедуру медіації як беззаперечну умову для судового розгляду може бути сумісна із захистом права на доступ до правосуддя у разі, якщо медіація: 1) не завершується рішенням, що має обов'язкову юридичну силу; 2) не становить значного затягування можливості розпочати судовий розгляд, 3) призупиняє перебіг строків позовної давності; 4) не спричиняє значних фінансових обтяжень для сторін спору; 5) не обмежується вирішенням спору виключно в електронному вигляді; 6) не унеможливорює вжиття заходів забезпечення позову. Водночас суд зазначив, що протиправними будуть законодавчі вимоги щодо обов'язкової правової допомоги під час медіації чи накладення штрафних санкцій за безпідставне припинення участі у медіації (за умови, що обґрунтованою підставою для припинення участі у процедурі медіації буде «незадоволення процедурою вирішення спору»).

Проаналізувавши теоретико-правові засади досудового врегулювання та перспективні механізми досудового вирішення договірних спорів, варто зазначити про відповідні **пропозиції до законодавства, серед яких такі:**

1. Необхідно закріпити на законодавчому рівні правовий інститут медіації шляхом прийняття закону України «Про медіацію». У даному законі

доречно закріпити положення стосовно вимог до правочину, який закріплює результати медіації – «угоди про результати медіації»; положення стосовно конфіденційності медіації за аналогією із банківською та адвокатською таємницями.

2. З метою реалізації положень ст.124 Конституції України розробити та прийняти зміни до Цивільного процесуального та Господарського процесуального кодексів України щодо запровадження обов'язкового досудового врегулювання певних видів договірних спорів, наприклад, встановивши межі суми договірного спору, який підлягає обов'язковому досудовому врегулюванню, а саме у справах ціна позову яких не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб встановленого бюджетом України на поточний рік.

3. Ратифікувати та імплементувати Конвенцію ООН про міжнародні угоди про врегулювання спору за результатами медіації, що створить підґрунтя до поширення досудового врегулювання договірних спорів.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України: Закон від 28 червня 1996 р. 254к/96-ВР. Верховна рада України: URL <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>. Дата звернення 24.02.2019.
2. Господарський кодекс України: Закон від 16 січня 2003 р. 436-IV. Верховна рада України: URL <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#n1294>. Дата звернення 21.10.2019.
3. Цивільний кодекс України: Закон від 16. січня 2003 р. № 435-IV. Верховна Рада України. URL <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>. Дата звернення 02.11.2019
4. Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України, затв. рішенням Загальних зборів ГО «Національна асоціація медіаторів України» від 07 грудня 2017 р. протокол: №1.URL:<http://namu.com.ua/ua/info/mediators/ethical-code/>. Дата звернення 10.9.2019.
5. Господарський процесуальний кодекс України: Закон від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII. Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12/ed20180828>. Дата звернення 09.04.2019.
6. Арбітражний процесуальний Кодекс України: Закон від 6 листопада 1991 р. №1798-XII. Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12/ed19990630>. Дата звернення 09.04.2019.
7. Проект закону України «Про медіацію» № 3665 від 17.12.2015, станом на 26.02.2019.
8. Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)»: Закон від 02 червня 2016 р. № 1401-VIII. Верховна Рада України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1401-19>. Дата звернення 09.04.2019 року.

9. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо досудового врегулювання спорів»: Закон від 23 червня 2005 р. № 2705-IV Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2705-15/ed20050623> Дата звернення 09.04.2019.
10. Рішення Конституційного суду України від 14 березня 2002 року по справі № 1-2/2002. URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/vO15p710-02>. Дата звернення 11.05.2019.
11. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 1 листопада 1996 року № 9 URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96>. Дата звернення 10.05.2019.
12. Антонюк О. А. Міжнародна публічна медіація: у пошуках максимальної ефективності. Часопис Київського університету права, 2015. № 2. С. 348-354.
13. Ахмач Г. М. Умови мирової угоди та практика їх застосування. Актуальна юриспруденція. URL:[http://legalactivity.com.ua/index.php?opPop=sot\\_sotet&ie/y=aPicIe&i=531/3A130513-14&сай/i=68/3A3-0513&/i=84&Iap§=pi](http://legalactivity.com.ua/index.php?opPop=sot_sotet&ie/y=aPicIe&i=531/3A130513-14&сай/i=68/3A3-0513&/i=84&Iap§=pi) Дата звернення: 04.07.2019.
14. Бакалінська О.О. Справедливість - оціночне поняття цивільного права. Держава і право. 2012. Вип. 57. С. 350-355.
15. Балюк І. А. Досудове врегулювання господарського спору: обов'язок чи право. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ 2018. № 2 (16) с. 172-185.
16. Білуга С.С. Досудове врегулювання адміністративно-правових спорів. Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Національний університет «Одеська Юридична Академія».

17. Бондаренко-Зелінська Н.Л. Впровадження медіації у судовий процес як складова наближення законодавства України до Європейських стандартів. Міжнародне приватне право: Розвиток та гармонізація. с. 181-185.
18. Васильєв С. В. та Васильєва І. Г. Переговори як альтернативний спосіб вирішення цивільних спорів: питання теорії. Цивільний процес 2016 стор 26-29.
19. Грень Н. М. Реалізація права людини на справедливий суд шляхом процедури присудової медіації: теоретико-правове дослідження : дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : 12.00.01 - теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень; Міністерство освіти і науки України, Національний університет «Львівська політехніка». Львів, 2017. 250 с.
20. Гусейнова Р. Перспективи розвитку медіації в Україні. Юридична газета online №37-38 с. 431-432.
21. Горевий В. Курдес О. Досудове врегулювання господарських спорів: сутність, проблеми, окремі шляхи їх вирішення. Підприємництво, господарство і право – 2009. - № 9. – с. 90-92
22. Джепа Ю.А. Проблеми досудового врегулювання господарських спорів. Науковий вісник Ужгородського національного університету, 2015. Серія Право. Випуск 35. Частина II. Том 2. с. 7-10.
23. Дрішлюк В. І. Реформування господарського законодавства в частині досудового врегулювання господарських спорів. Південно-український правничий часопис №3-2015. с. 81-83.
24. Єрмоєнко Г. Про проект закону «Про медіацію в Україні» / Г.Єрмоєнко, А. Комбікова// Право України. - 2011. - № 11-12. -С. 217-220.
25. Єрмоєнко Г. В., Кисельова Т.С. Медіація в Україні: щодо необхідності нормативно-правового регулювання. Міждисциплінарні гуманітарні студії. Серія: Правничі науки. Вил. 2. Київ, 2015. С. 45-52.



26. Жаровська І. М. Доступність права: теоретико-правові проблеми моногр. /І. М. Жаровська. - Львів : Вид. ЛКА, 2008. С. 10-11.
27. Землянська В. Альтернатива судам - належить вам (Електронний режим] // Юридична газета. - 2007. - 26 квіт.  
URL:[http://bihun.in.ua/uploads/tx\\_upspubs/I\\_2007\\_Zemlyanska.pdf](http://bihun.in.ua/uploads/tx_upspubs/I_2007_Zemlyanska.pdf) Дата звернення 20.06.2019.
28. Ідея справедливості у праві: історичний аспект. Альманах права. 2012. Вип. 3. С. 144-147.
29. Канарик Ю.С. Костюченко А.М. Медіація як спосіб вирішення господарських спорів. Держава та регіони: серія Право №4 (58) 2017 року с. 24-27.
30. Кармаза О. Інститут медіації: основні концепції розвитку. Цивільне право і процес 2/2017 р. с. 24-28.
31. . Каргін О.М Досудове врегулювання господарських спорів. Науковий вісник Херсонського державного університету. 2017 р. том 2 С. 111-115.
32. Ківалов С. В. До питання визначення досудового врегулювання публічно-правових спорів. Актуальні проблеми держави і права №72/2014. с. 7-15.
33. Копиленко О. Л. Наукові засади розвитку законодавства. Правова держава. - 2006. - Вип. 17. — С. 515-520.
34. Клиник Н. Ковальчук І. Застосування інституту медіації у справах про розірвання шлюбу. Підприємництво господарство і право №5/2019 с. 24-27
35. Любченко Я. П. Альтернативні способи вирішення правових спорів: теоретико-правовий аспект : дис. канд. юр. наук : 12.00.01 / Любченко Я. П.- Харків, 2018.-254 с.
36. Мазаракі Н.А. Теоретико-правові засади запровадження медіації в Україні. Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук. Інститут законодавства Верховної ради України. 2019 рік. с. 1-484

37. Мазаракі Н. Медіація в Україні: Проблеми теорії та практики. Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право 2016, №1. с. 92-100
38. Мазаракі Н.А. Зміст і значення принципу добровільності медіації. Юридичний науковий електронний журнал №1/2018. С. 24-27.
39. Немченко С.С. До питання класифікації способів альтернативного вирішення спору. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. 2017 № 30 том 1. с. 20-22
40. Оніщенко Н. М. Теоретико-методологічні засади формування та розвитку правової системи : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького ; НАН України. - Київ, 2002. -426с.
41. Островська О.А. Фінько О.Л. Медіація як альтернативний спосіб урегулювання конфліктів та консалтингова послуга. Глобальні та національні проблеми економіки 2018 р. №21 . с. 34-38.
42. Погорецький М, Гриценко С. Право на справедливий суд. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. 2012. Вин. 91 С. 4-8.
43. Притика Ю.Д. Зміст та класифікація принципів медіації. Цивільний процес. 13/2010 р. с. 86-92.
44. Резнікова В.В. Досудове врегулювання господарських спорів: необхідність та шляхи реформування. Університетські наукові записки, 2012 р., №4 (44). с. 227-238.
45. Резнікова В. Медіація (посередництво) як спосіб вирішення господарських спорів. Вісник. Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. №90/2012. с. 10-15.
46. Савченко О.І. Досудове врегулювання господарських спорів. Підприємництво, господарство і право 6/2016 р. с. 66-70.
47. Спектор О. М. Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів: світовий досвід та перспективи застосування у правовій системі України: монографія. Київ: Фенікс. 2013. 160 с.

48. 350. Ткачук О. С. Альтернативне вирішення спорів як форма захисту цивільних прав, свобод та інтересів. Проблеми законності. 2016. Вип. 133. С. 20-31.
49. Федоренко Т.В. Розвиток інституту медіації в Україні. Юридичний науковий електронний журнал №6/2018 с. 16-18.
50. Цибуляк-Кустевич А. С. Перспективи впровадження інституту примирення в цивільному судочинстві України / А. С. Цибуляк-Кустевич // Вісн. Акад. адвокатури України. - 2010. - № 2 (18). - С. 187-189.
51. Шабанов Р.І. та Ждан М.Д. Досудове врегулювання спорів: співвідношення норм матеріального та процесуального права. Підприємство, господарство і право 2/2018 С. 63-68.
52. Ямпольський Г.В. Досудове врегулювання господарських спорів у сучасних умовах. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка №3/2012 с. 233-240.
53. Ясиновський І. Г. Імплементация процедури медіації в українське законодавство: теоретико-правовий аналіз : дис. канд. юр. наук : 12.00.01 /Київ, 2018.-255 с.
54. Ясиновський І. Г. Характеристика моделей медіації в розвинутих країнах / І. Г. Ясиновський // Наук. пр. Нац. авіац. ун-ту. Серія: Юридичний вісник. - 2014. - № 4. -С. 94-98.
55. Ясиновський І. Г. Шляхи запровадження процедури медіації в законодавство України / І. Г. Ясиновський // Соціально-гуманітарної науки, економіка, право: нові виклики, практика інновацій : матеріали міжнар. наук.-иракт. конф. : у 2 т. (Полтава, 21-22 квіт. 2016 р.). - Київ : Ун-т «Україна», 2016. - Т. І. - С. 539-544.