

АЛЬТЕРНАТИВНІ СПОСОБИ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ У КОНТЕКСТІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

АЛЬТЕРНАТИВНІ СПОСОБИ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ У КОНТЕКСТІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

**Матеріали, які увійшли до публікації,
було підготовлено в рамках проекту Ради Європи
«Підтримка впровадженню судової реформи в Україні»**

м. Київ, квітень 2017 року

ЗМІСТ

1. Вступ	4
2. Тетяна Кисельова. «Програмний документ «Інтеграція медіації в судову систему України»	5
3. Тарас Шепель. «Концепція вдосконалення роботи третейських судів з метою покращення якості третейського вирішення цивільних і господарських спорів»	37
4. Наталія Кузнєцова. «Особливості функціонування міжнародного комерційного арбітражу в Україні»	52
5. Олена Перепелинська. «Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: аспекти, які потребують вдосконалення»	61

ВСТУП

Проект Ради Європи «Підтримка впровадженню судової реформи в Україні» радий представити публікацію концептуальних напрацювань українських експертів, яких було залучено до співпраці в рамках проектного компоненту, присвяченого тематиці альтернативного вирішення спорів в Україні. Проект Ради Європи «Підтримка впровадженню судової реформи в Україні» ставить на меті заохотити розвиток незалежної, справедливої та ефективної судової влади шляхом надання допомоги Україні у впровадженні реформ сектора правосуддя у відповідності до стандартів та рекомендацій Ради Європи. Проектний компонент, який надає підтримку Україні в розробці системи альтернативного вирішення спорів, спрямовано на впровадження механізмів медіації та вдосконалення систем міжнародного та внутрішнього арбітражу. На відміну від більшості європейських країн, де системи альтернативного вирішення спорів є розвиненими, в Україні подібні інституції ще потребують уваги законодавців, суддів та суспільства в цілому.

Запропонована публікація містить чотири програмних документи українських експертів з питань медіації, третейських судів та міжнародного арбітражу. Усі документи надають загальний огляд відповідних інституцій та визначають перспективи чи рекомендації щодо їхнього подальшого розвитку. Вважаємо, що публікація цих документів буде корисною для фахівців з питань альтернативного вирішення спорів.

*Проект Ради Європи
«Підтримка впровадженню судової реформи в Україні»*

ПРОГРАМНИЙ ДОКУМЕНТ

ІНТЕГРАЦІЯ МЕДІАЦІЇ В СУДОВУ СИСТЕМУ УКРАЇНИ

Підготовлено Тетяною Кисельовою

у рамках проекту Ради Європи
«Підтримка впровадженню судової реформи в Україні»

Київ 2017

АНОТАЦІЯ

Звіт підготовлено Тетяною Кисельовою¹ у рамках проекту Ради Європи «Підтримка впровадженню судової реформи в Україні» з метою розробити комплексні рекомендації, які слугуватимуть основою для подальших дій щодо інтеграції медіації в судову систему України відповідно до стандартів Ради Європи. Цей звіт базується на результатах наукового дослідження про перешкоди розвитку медіації в Україні, яке автор здійснював у межах пост-докторської програми ім. Марії Кюрі впродовж 2016-2017 років на базі Туринського університету, Італія.² Звіт складається з аналізу поточної ситуації в сфері медіації в Україні, інформації щодо основних зацікавлених осіб (стейкхолдерів) стосовно процесу впровадження медіації, аналізу досягнень пілотних проектів з медіації в судах України, аналізу можливих сценаріїв інтеграції медіації в судову систему та рекомендацій для подальших дій.

1. Вступ

У Плані дій Ради Європи для України на 2015-2017 роки реформування судової системи в Україні визначено пріоритетним завданням; у документі наголошено на тому, що реформа має передусім вирішити питання незалежності судової влади та імплементації нового відповідного законодавства, а також проблеми, пов'язані з судовою відповідальністю та створенням системи альтернативного врегулювання спорів.

Медіація є основою альтернативного врегулювання спорів. Це механізм врегулювання спорів, який передбачає перемовини між сторонами спору із залученням нейтральної третьої особи-спеціаліста – медіатора. Медіатор надає сторонам підтримку в досягненні нестандартного, прийнятного для обох сторін рішення проблеми, яке б враховувало їхні інтереси. Медіатор не має права приймати рішення щодо суті спору; сторони самостійно розробляють варіанти його врегулювання. Медіатор допомагає сторонам налагодити комунікацію та

¹ LLM (LSE), к.ю.н., DPhil (Oxon), доцент, факультет правничих наук, Національний університет «Києво-Могилянська академія», <http://jmce.ukma.edu.ua/kyselova>

створити комфортні умови для перемовин, інструктує їх щодо процедурних аспектів проведення перемовин та допомагає дійти угоди. Медіація зарекомендувала себе як дуже ефективний механізм врегулювання спорів у багатьох європейських країнах, які інтегрували медіацію в судову систему. Отже, головна мета медіації – допомогти сторонам у пошуку найкращих рішень проблеми шляхом розширення їхніх можливостей та поліпшення відносин між ними. Окрім того, коли медіація інтегрується в судову систему, вона може зменшити судове навантаження на суддів та скоротити час на розгляд справ. Таким чином, скорочуються витрати громадян та судової системи загалом, а отже підвищується доступність правосуддя.

Цей звіт має на меті розробити комплексні рекомендації, які слугуватимуть основою для подальших дій щодо інтеграції медіації в судову систему України відповідно до європейських стандартів, зокрема рекомендацій з медіації Ради Європи³ та Директив ЄС з медіації.⁴

Цей звіт базується на результатах наукового дослідження про перешкоди розвитку медіації в Україні, яке автор здійснював у межах пост-докторської програми ім. Марії Кюрі впродовж 2016-2017 років на базі Туринського університету, Італія.⁵ Дослідження проводилось в Києві, Львові, Краматорську, Одесі та складалося з 63 глибинних

² Research for this study was funded from the grant by the European Union's Seventh Framework programme for research and innovation under the Marie Skłodowska-Curie grant agreement No 609402 - 2020 researchers: Train to Move (T2M). Автор висловлює подяку Алексу Азарову, Луїзі Романадзе, Діані Проценко, Владиславі Каневській, Володимирі Марухевичу за слушні коментарі до цього звіту та допомогу з редакцією тексту.

³ Європейська комісія з питань ефективності правосуддя (CEPEJ): Рекомендація № R (98) 1 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо медіації в сімейних справах; Рекомендація № R (99) 19 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо медіації в кримінальних справах; Рекомендація Res (2001) 9 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами і приватними сторонами; Рекомендація Res (2002) 10 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо медіації в цивільних справах; Керівні принципи для кращого виконання існуючої Рекомендації щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами і приватними сторонами; Керівні принципи для кращого виконання існуючих Рекомендацій щодо сімейної медіації та медіації в цивільних справах

Керівні принципи для кращого виконання існуючої Рекомендації щодо медіації в кримінальних справах. Електронний ресурс http://sc.gov.ua/en/rekomendacii_komitetu_ministriv_radi_jevropi.html

⁴ Директива 2008/52/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 21 травня 2008 року з певних аспектів медіації у цивільних та комерційних справах (Official Journal L 136, 24.5.2008, с. 3); Директива 2013/11/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 21 травня 2013 року про альтернативне вирішення спорів у сфері споживання та Регламент (ЄС) № 2006/2004 і Директива 2009/22/ЄС (Директива про альтернативне вирішення спорів за участю споживачів) з відповідними змінами; Регламент (ЄС) № 524/2013 Європейського Парламенту та Ради від 21 травня 2013 року про онлайн вирішення спорів у сфері споживання та Регламент (ЄС) № 2006/2004 і Директива 2009/22/ЄС (про альтернативне вирішення спорів за участю споживачів) з відповідними змінами.

⁵ Research for this study was funded from the grant by the European Union's Seventh Framework programme for research and innovation under the Marie Skłodowska-Curie grant agreement No 609402 - 2020 researchers: Train to Move (T2M).

інтерв'ю та п'яťох фокус-групових дискусій за участю медіаторів, фасилітаторів діалогу, юристів, суддів, державних службовців, міжнародних експертів, представників державних органів та бізнесу. Відтак ці рекомендації об'єднують інтереси усіх головних стейкхолдерів, зацікавлених у розвитку медіації в Україні. Окрім того, цей звіт приймає до уваги стратегічні документи Національної асоціації медіаторів України та рекомендації міжнародних експертів; зважаючи в такий спосіб як на локальні, так і на міжнародні аспекти.⁶

Звіт складається з аналізу поточної ситуації розвитку медіації в Україні, можливих сценаріїв інтеграції медіації в судову систему та рекомендацій щодо подальших дій.

2. Поточна ситуація

2.1. Історична довідка

Перші спроби створити підґрунтя для інституціоналізації практики медіації в Україні були зроблені в пізні радянські часи. Розпад Радянського Союзу спричинив хаос у всіх сферах соціального життя, включаючи трудові відносини. Масштабні промислові страйки охопили Донецьку область – осередок вугільної промисловості. Намагаючись прийняти участь у вирішенні проблем, група психологів з Донецька вийшла на контакт з Американською арбітражною асоціацією та Федеральною службою посередництва і примирення США та наприкінці 80-х років разом з ними провела низку спільних радянсько-американських семінарів з вирішення конфліктів у Донецькій та Луганській областях. Результатом цієї місії стали два досить незалежних одне від одного досягнення.

По-перше, у 1994 році донецький «Психологічний Центр» об'єднав зусилля з американською неурядовою організацією «Search for Common Ground» з метою створити перший в Україні центр медіації.

⁶ Звіти Біла Марша та Алеша Залара в рамках Проекту USAID «Справедливе правосуддя», які було представлено під час круглого столу «Правові засади досудового врегулювання спорів та альтернативні способи їх вирішення» 21 травня 2016 року в м. Київ.

Унаслідок такої ініціативи було відкрито вісім центрів медіації по всій Україні за підтримки низки грантів від USAID, фонду «Євразія» та інших донорів. Медіатори одного з центрів (Одеська обласна група медіації) провели медіацію першої справи, направленої з суду, ще у 1997 році.⁷

Друге досягнення стосувалось трудових спорів. З метою протидії промисловим страйкам у 1998 році уряд України за підтримки фінансованого USAID проекту створив нове урядове агентство – Національну службу посередництва і примирення⁸, що була підзвітна лише Президентові України та уповноважена сприяти врегулюванню колективних трудових спорів.

Наприкінці 90-х років діяльність щодо медіації перемістилась до Києва. 2002 року в Києві було зареєстровано Український центр порозуміння (УЦП), який почав діяльність у сфері медіації в кримінальних справах, відновного правосуддя, розвитку громад та медіації в школах.⁹ УЦП створив власну мережу з 15 українських громадських організацій та був реорганізований в Інститут миру і порозуміння в 2012 році.¹⁰ 2006 року Міжнародна Фінансова Корпорація Групи Світового Банку (МФК) провела опитування серед 1200 українських компаній, яке продемонструвало певну прийнятність проектів МФК з медіації в Україні.¹¹ Як результат, МФК запропонувала грант для відкриття Українського центру медіації при Києво-Могилянській бізнес-школі.¹² Крім цього, за останні двадцять років в Україні було зареєстровано більше десяти організацій медіаторів, задіяних головним чином у популяризацію та навчання медіації.¹³

Український центр порозуміння, Український центр медіації та Одеська обласна група медіації разом із декількома окремими ме-

⁷ Одеська обласна група медіації <https://www.facebook.com/OdessaGroupMediation/>

⁸ Закон України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів» № 137/98-ВР від 03 березня 1998 року, електронний ресурс <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/137/98-%D0%B2%D1%80>

⁹ Український центр порозуміння <http://www.uccg.org.ua/>

¹⁰ Український інститут миру та порозуміння <http://ipcg.org.ua/en/about/>

¹¹ Ukraine Commercial Dispute Resolution Study: Researching Commercial Disputes among Ukrainian Companies (2007) International Finance Corporation World Bank Group, available at <http://documents.worldbank.org/curated/en/917271468309373283/Ukraine-commercial-dispute-resolution-study-researching-commercial-disputes-among-Ukrainian-companies>

¹² Український центр медіації <http://ukrmediation.com.ua/en/>

¹³ Більш докладну інформацію про організації медіаторів див. Т. Кисельова, Довідник організацій медіаторів України 2017, електронний ресурс <http://ssrn.com/abstract=3012496>

діаторами заснували неформальну Коаліцію з розвитку медіації в Україні¹⁴, зосередивши свої зусилля на законопроектній діяльності. Коаліція заклала неформальні основи для Національної асоціації медіаторів України (НАМУ), яка була створена в 2014 р. та наразі представляє інтереси українських медіаторів на національному рівні.¹⁵

Починаючи з 2010 року, українські медіатори заручилися підтримкою парламентарів та зареєстрували в Верховній Раді десять законопроектів про медіацію. Однак через нестабільну політичну ситуацію, постійні зміни урядів та парламентські вибори закон досі не прийнято. 3 листопада 2016 року Верховна Рада прийняла у першому читанні проект закону про медіацію № 3665.¹⁶ Є надія, що закон буде прийнятий до кінця 2017 року.

Паралельно з цим процесом за підтримки міжнародних донорів тривав рух з впровадження медіації в судову систему України. Спираючись на інформацію, надану НАМУ, та інформацію, отриману під час інтерв'ю в цьому дослідженні, починаючи з 1997 року, у п'ятнадцяти судах загальної та адміністративної юрисдикції першої та апеляційної інстанції було відпрацьовано щонайменше п'ять пілотних проектів з медіації. У рамках цих проектів розроблено три моделі судової медіації.¹⁷

Хоча від самого початку в 90-х роках медіація в Україні була підтримана американськими донорами та організаціями медіаторів, усередині 2010-х європейський вплив став помітнішим. Попри те, що медіація є новим явищем для Європи, українські медіатори, зокрема після подій Майдану 2014 року, обрали дискурс європеїзації і почали позиціонувати медіацію як невід'ємну частину європейської культури та важливу європейську цінність, яка відображена в Угоді про асоціацію між Україною та Європейським Союзом і в низці документів про співпрацю.¹⁸

¹⁴ До Коаліції спочатку входили Український центр порозуміння, Український центр медіації, Одеська обласна група медіації та медіатор Тетяна Худякова.

¹⁵ Національна асоціація медіаторів України <http://namu.com.ua/>

¹⁶ Проект Закону України «Про медіацію» № 3665 від 17 грудня 2015 року, електронний ресурс http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463

¹⁷ Див. розділи 2.2. та 2.3. цього звіту.

¹⁸ В. Крупельницький, Медіація як явище європейських правовідносин, Pravotoday, 2012; Медіація як засіб досягнення європеїзації України // Інвестиційна газета, 13 квітня 2013 року; Р. Кирилюк, Угода про Асоціацію між ЄС та Україною: Медіація – європейська цінність, НАМУ, електронний ресурс <http://medyacia.com/page102575.html>

З 2014 року деякі українські організації медіаторів та окремі медіатори, які мали досвід у груповій фасилітації та розвитку громад, почали залучатися до проведення діалогових зустрічей у східних та південних регіонах України, що найбільше страждають від збройного конфлікту. Деякі з цих зустрічей проводились виключно як особисті ініціативи¹⁹ але більшість із них були підтримані міжнародними та закордонними організаціями-донорами, як-от: ОБСЄ,²⁰ Посольство Великої Британії в Україні,²¹ програма MATRA Netherlands²² та Федеральне міністерство зовнішніх справ Німеччини.²³ До 2015 року хаотичні та нескоординовані ініціативи були частково систематизовані в низці звітів та баз даних.²⁴ 2015 року міжнародна організація MediatEUr у співпраці з Програмою розвитку ООН запустила інтернетну Платформу з Підтримки Діалогу з метою координації майбутніх зусиль усіх акторів, залучених у різних ініціативах з діалогу в Україні.²⁵

2.2. Пілотні проекти з судової медіації

Медіація в судах може бути впроваджена у десятках різних форматів: від права сторін на призупинення судових процедур для проведення медіації до обов'язкового досудового порядку вирішення спорів шляхом медіації, коли всі справи певного типу мають пройти процедуру медіації перед їх розглядом у суді. До добровільних моделей судової медіації належать будь-які моделі, що потребують згоди обох сторін. Навпаки, обов'язкові моделі передбачають спробу застосування медіації сторонами незалежно від їхнього бажання (але не обов'язок прийти до остаточного вирішення спору).

Завдяки можливості укладати мирову угоду під час судового провадження, яка була закріплена в процесуальних кодексах того часу,

¹⁹ Звіт «Аналіз діалогових ініціатив щодо врегулювання конфлікту в Україні», підготовлений Міжнародним центром перспективних досліджень, Україна, електронний ресурс http://icps.com.ua/assets/uploads/files/mapping_of_dialogue_initiatives_eng_.pdf

²⁰ Проект ОБСЄ «Національний діалог» <http://www.osce.org/ukraine/117808>

²¹ Миротворчі проекти із запобігання конфліктам в Україні <https://www.gov.uk/government/publications/conflict-prevention-pool-work-in-ukraine>

²² Міжнародний центр перспективних досліджень, Україна <http://ndialog.org.ua/golovna>

²³ Федеральне міністерство закордонних справ, Німеччина http://www.auswaertiges-amt.de/EN/Startseite_node.html

²⁴ Проект Agder, Норвегія <http://dialogue-ukraine.org/>; Звіт «Аналіз діалогових ініціатив щодо врегулювання конфлікту в Україні», підготовлений Міжнародним центром перспективних досліджень, Україна http://icps.com.ua/assets/uploads/files/mapping_of_dialogue_initiatives_eng_.pdf

²⁵ Платформа підтримки діалогу в Україні (Dialogue Support Platform in Ukraine) <http://dialoguesupport.org/>

медіатори мали змогу пілотувати добровільні моделі судової медіації в судах України вже починаючи з 1997 року, коли Донецька обласна група медіації отримала грант від фонду «Євразія» на розробку програм з медіації в пілотних судах Донецька та Одеси. В 1997 році медіатори Одеської обласної групи медіації першими на теренах колишнього Радянського Союзу провели медіацію справи, яка була передана з суду. Модель, що була розроблена в рамках проекту в Донецьку та Одесі, дозволила суддям передавати справи на медіацію за згоди сторін спору. Результатом проекту було дев'ять судових справ, в яких було проведено медіацію за допомогою зовнішніх медіаторів.²⁶

2009 року Український центр медіації (УЦМ) відпрацьовував свою систему передачі справ на медіацію разом із Дніпровським районним судом міста Києва. Медіатори УЦМ були присутні в приміщеннях суду під час слухань та намагались переконати сторони надати згоду на медіацію їхньої справи. Хоча медіатори провели більше ніж 100 інформаційних зустрічей зі сторонами (на яких завжди була присутня тільки одна сторона), вдалося провести лише декілька медіацій. Цей перший досвід дозволив чітко усвідомити, що доки судді не будуть зацікавлені в передачі справ на медіацію та активно не вказуватимуть сторонам на потребу медіації, медіатори самостійно не зможуть «пробитись» до сторін.

Таким чином, увага подальших судових проектів була зосереджена на суддях. Серйозну спробу ініціювати медіацію в судовій системі України було здійснено завдяки двом проектам, проведеним Європейською Комісією та Радою Європи: «Процедура відбору та призначення суддів, їх підготовки, притягнення до дисциплінарної відповідальності, розподілу справ та альтернативного розв'язання спорів» у 2006-2007 роках та «Прозорість та ефективність системи правосуддя в Україні» у 2008-2011 роках. Медіаційна складова цих проектів була зосереджена на впровадженні моделі судової медіації, яку рекомендували голландські та німецькі експерти.²⁷ У рамках проекту готували суддів чотирьох судів в містах Біла Церква, Вінниця, Донецьк та Івано-Франківськ²⁸, які займались медіацією справ упродовж 2010-2011

²⁶ Звіт проекту зберігається в автора.

²⁷ Фрідріх-Йоахім Мемель та Франц Ван Арем, Судові обмеження та комерційна медіація. Пілотний проект в Україні: Історія успіху (Рада Європи 2011).

²⁸ Білоцерківський міськрайонний суд Київської області, Вінницький окружний адміністративний суд, Донецький апеляційний адміністративний суд, Івано-Франківський міський суд.

років. Результатом цих зусиль стали 50 справ медіації в адміністративних, сімейних, трудових та земельних спорах з досягненням угоди в 72% справ.²⁹ Окрім суддів, у рамках проекту підготовку з медіації також отримали юристи, адвокати, державні службовці. Проектом було навчено групу тренерів з медіації, створено навчальний відеоролик та проведено низку публічних заходів з метою підвищення рівня поінформованості населення, зокрема Тижні медіації в пілотних судах.³⁰

У період з 2013 до 2016 року ще один проект «Освіта суддів для економічного зростання» за підтримки Канадського національного судового Інституту віддав перевагу іншій моделі, а саме – процедурі врегулювання спору за участі судді, у двох пілотних адміністративних судах та одному суді загальної юрисдикції в Одесі та Івано-Франківську.³¹ Цей проект створювався в співпраці з Вищою кваліфікаційною комісією суддів України. Протягом проекту декілька груп українських суддів пройшли стажування в судах Канади та було підготовлено суддів-тренерів, які надалі навчали суддів з різних регіонів України щодо навичок врегулювання спорів. У рамках проекту дані щодо справ не збиралися, і єдина інформація, яка стала доступною завдяки цьому дослідженню, надає відомості про те, що за шість місяців впровадження проекту кількість мирових угод в Малиновському районному суді міста Одеси зросла з 50 до 150.

У період з 2001 по 2012 р. Український центр порозуміння реалізував низку проектів з медіації у кримінальних справах, які, зокрема, включали передачу справ на медіацію з судів. До багаторівневого механізму взаємодії було залучено представників відділів внутрішніх справ та прокуратури на місцях, суддів, медіаторів, жертв та порушників. Такий механізм був упроваджений у восьми регіонах України, а результатом впровадження було проведення 541 медіацій та 152 конференції з відновного правосуддя (2001-2012).³²

²⁹ І. Зарецька, Шлях до порозуміння або переговори без поразки, електронний ресурс: http://jurliga.ligazakon.ua/yurtv_detail/211

³⁰ Фільм "Шлях до порозуміння або переговори без поразки", електронний ресурс <https://youtu.be/QZYBPgxN4m8>

³¹ Одеський окружний адміністративний суд; Малиновський районний суд міста Одеси; Івано-Франківський окружний адміністративний суд. Дивіться статтю «Судді адміністративних судів беруть участь у заходах українсько-канадського проекту «Освіта суддів – для економічного розвитку» від 16 березня 2015 року, електронний ресурс <http://www.vasu.gov.ua/123378/>

³² Н. Пилюпів, Відновне правосуддя в Україні: результати та перспективи, Відновне правосуддя в Україні, № 17, 2011.

Нещодавній проект USAID «Справедливе правосуддя» та фонду «Відродження» (2014-2015) з підтримки медіації у восьми судах Волинської області базувався на моделі медіації за допомогою зовнішніх медіаторів. За підсумками роботи проекту було проведено 47 інформаційних зустрічей та 38 медіацій, з яких 37% завершилися підписанням угоди.³³

У рамках усіх цих проектів з судової медіації сторонам пропонували послуги з медіації на безкоштовних засадах. Також, в усіх пілотних проектах використовували переваги наявного процесуального законодавства, яке дозволяє примирення на будь-якому етапі судового процесу, навіть на етапі виконання судових рішень. З огляду на відсутність у законодавстві положень, які б безпосередньо дозволяли проводити медіацію під час судового провадження, усі пілотні проекти відчутно опирались на особисту підтримку голів відповідних судів. Український центр порозуміння та україно-канадські проекти змогли отримати певну офіційну підтримку Ради суддів та Вищої кваліфікаційної комісії судів України. Наприклад, Вища кваліфікаційна комісія суддів винесла рішення про можливість робити винятки для пілотних судів у разі, якщо через процедуру врегулювання спорів судді порушуватимуть обмеження щодо тривалості розгляду справ (що насправді ніколи не відбувалося). Таким чином, багато суддів висловили свою думку про те, що вони б відчували себе більш впевненими, коли б медіація була безпосередньо підтримана на рівні закону. Отже, судова медіація в Україні досі потребує підтримки керівництва судової системи, прийняття закону про медіацію та змін до процесуальних кодексів.

2.3. Моделі судової медіації, розроблені в пілотних проектах

В рамках пілотних проектів із судової медіації, що наведені вище, було розроблено три моделі добровільної судової медіації.

Модель № 1. Добровільна медіація за участю зовнішніх медіаторів (добровільна позасудова медіація)

Ця модель була використана в пілотних проектах у судах Донецька і

³³ О. Матвійчук, О. Завидовська-Марчук, А. Овсієнко, О. Турак, І. Токарська, І. Плахтій, Р. Річард, Медіація в судах: Міф чи реальність? Волинська регіональна громадська організація «Центр правової допомоги», USAID, 2016, електронний ресурс <http://legalaid.in.ua/upload/files/3a44250831253ade03a28cb816844196.pdf>

Одеси (1997-1999), Києва (2009), Волинської області (2015). Медіаторів, згідно з цією моделлю, готують поза межами суду, і вони співпрацюють з адміністрацією суду. У разі потреби судді інформують сторони спору про процедуру медіації та пропонують передати їхню справу до зовнішнього медіатора. Якщо обидві сторони погоджуються на медіацію, вони обирають медіатора зі списків зовнішніх медіаторів, які є у судах. Після закінчення процедури медіації сторони можуть оформити угоду, яку було досягнуто за результатами медіації, декількома варіантами. Згідно із нормами чинного адміністративного, цивільного та господарського судочинства: (1) суддя може врахувати положення угоди при винесенні рішення; (2) позивач може відмовитися від позову; (3) позивач може подати заяву про залишення позову без розгляду; (4) відповідач може визнати позовні вимоги повністю або частково; (5) сторони можуть оформити положення, що стосуються предмету позову, у вигляді мирової угоди та подати її на затвердження судді, якого призначено для розгляду справи. Якщо сторони не дійшли згоди в процесі медіації, суддя виносить рішення у справі.

Переваги моделі: Високий рівень підготовки та незалежності зовнішніх медіаторів, який виключає будь-які підозри в зацікавленості суддів в конкретних результатах медіації.

Складнощі моделі: Модель вимагає високого рівня обізнаності судді про медіацію та високого рівня довіри до зовнішніх медіаторів. Під час реалізації проектів в пілотних судах сторони не сплачували послуги медіації, а медіаторів підтримували за рахунок проектів. Тому залишається невизначеним питання, яким чином будуть оплачуватись послуги медіаторів без фінансової підтримки від донорів.

Модель № 2. Добровільна медіація за участю судді-медіатора

Ця модель була розроблена в рамках проектів Ради Європи та ЄС щодо реформування судової системи у період з 2006 до 2011 рік. Судді, згідно з цією моделлю, проходять серйозну підготовку з фасилітаційної медіації, основаної на інтересах, та можуть виступати як медіатори, чітко розділяючи функції судді та медіатора. Коли суддя вирішує, що справу можна вирішити за допомогою медіації, він/вона передає її до іншого судді того ж самого суду, який виступає як медіатор та проводить ме-

діацію в спеціальному приміщенні для проведення медіації. Важливою є згода сторін. Коли сторони прийняли участь у медіації незалежно від того чи змогли укласти мирову угоду, вони повертаються до судді-доповідача. Таким чином, справа проходить процедуру медіації і вирішення по суті у двох різних суддів. Після закінчення процедури медіації сторони можуть оформити угоду, яку було досягнуто за результатами медіації, декількома варіантами. Згідно із нормами чинного адміністративного, цивільного та господарського судочинства: (1) суддя може врахувати положення угоди при винесенні рішення; (2) позивач може відмовитися від позову; (3) позивач може подати заяву про залишення позову без розгляду; (4) відповідач може визнати позовні вимоги повністю або частково; (5) сторони можуть оформити положення, що стосуються предмету позову, у вигляді мирової угоди та подати її на затвердження судді, якого призначено для розгляду справи. Якщо сторони не дійшли згоди в процесі медіації, суддя виносить рішення у справі.

Переваги моделі: Високий статус судді-медіатора (порівняно із зовнішніми медіаторами) мотивує сторони використовувати медіацію як засіб вирішення їхнього спору. Сторони не несуть додаткових витрат, їх вартість покривається за рахунок судового збору. Сторони не несуть ризиків, пов'язаних зі строками позовної давності, у зв'язку з тим, що процедура проводиться після подачі позову в суд.

Складнощі моделі: Модель потребує додаткових фінансових та людських ресурсів (підготовка суддів, обладнання окремого приміщення для проведення медіації в стінах суду) для адміністрування передачі справ на медіацію. Модель, що випробувалась в українських судах, не брала до уваги час, який витрачали судді-медіатори на сесії медіації, оскільки це були «не їхні» справи.

Модель № 3. Процедура врегулювання спору за участю судді

Ця модель не може вважатися медіацією як такою, тому що представляє собою скоріш певну спеціальну судову процедуру.³⁴ Вона була випробувана в рамках українсько-канадського проекту з рефор-

³⁴ Див. Додаток 1. Т. Кисельова, Л. Романадзе, Відмінності медіації від процедури врегулювання спору за участю судді, 2017.

мування судової системи і в рамках цього проекту мала назву «проведення переговорів з досудового врегулювання спору за допомогою судді». В первинному варіанті модель дозволяла судді, який брав участь в регулюванні спору сторін, виносити рішення по справі.³⁵

У зміненому форматі модель було включено до Проекту закону про внесення змін до цивільного, господарського та адміністративного процесуальних кодексів. Законопроект уникає застосування терміну «медіація» для позначення цієї процедури і використовує термін «врегулювання спору за участю судді». Законопроект передбачає можливість врегулювання спору за участі судді, в провадженні якого знаходиться справа, до початку розгляду справи по суті і за взаємною згодою сторін. Суддя має право зустрітися з кожною стороною окремо без необхідності вести запис таких зустрічей. Законопроект дозволяє суддям радити сторонам щодо судової практики в аналогічних спорах та пропонувати варіанти вирішення спору під час процедури врегулювання. Якщо сторони дійшли згоди під час цієї процедури, суддя затверджує мирову угоду сторін. У разі недосягнення сторонами мирного врегулювання спору справа передається на розгляд іншому судді. Відповідно до законопроекту від суддів не вимагається мати спеціальну підготовку та навички з врегулювання спорів.

Переваги моделі: Судді, згідно з цією моделлю, мають найвищий рівень зацікавленості у медіації, оскільки вона дозволить економити час, який вони витрачають на судові слухання. Сторони не несуть додаткових витрат, їх вартість покривається за рахунок судового збору. Сторони не несуть ризиків, пов'язаних зі строками позовної давності у зв'язку з тим, що процедура проводиться після подачі позову в суд.

Складнощі моделі: Не всі судді можуть бути зацікавленими або мати здібності до врегулювання спорів. Існують ризики маніпуляції з незафіксованими приватними зустрічами між сторонами та суддею та ризики зловживання процедурою сторонами з метою заміни судді у разі відсутності підстав для його відведення.

³⁵ Регламент порядку проведення переговорів з досудового врегулювання спору за допомогою судді, Одеський окружний адміністративний суд, електронний ресурс <http://adm.od.court.gov.ua/sud1570/menu3/dewewewe/test1/>

На завершення варто додати, що в контексті судового провадження, як добровільна медіація зовнішніми медіаторами (добровільна позасудова медіація), так і врегулювання спору за участю судді мають свої переваги. Тому необхідно забезпечити відкритість законодавства до цих моделей та надати сторонам можливість вибору способу вирішення їх спору. Для підвищення ефективності запровадження судової медіації пропонується надати судам можливість вільно експериментувати з будь-якою моделлю, яку вони вважають прийнятною, за рішенням зборів суддів конкретного суду.

3. Розвиток медіації в Україні: головні зацікавлені групи (стейкхолдери)

3.1. Професійна спільнота медіаторів³⁶

Професійна спільнота медіаторів України складає понад двадцять організацій медіаторів в Києві, Одесі, Львові, Харкові, Вінниці, та інших містах України,³⁷ які почали працювати з 1995 року і зробили значний вклад в справу популяризації медіації в Україні шляхом публікацій в засобах масової інформації і соціальних мережах, проведення досліджень, створення учбових фільмів, інтернет сайтів, презентацій, круглих столів, учбових курсів в школах та вищих навчальних закладах. Із залученням спільноти медіаторів було розроблено та зареєстровано у Верховній Раді десять проектів закону про медіацію. Протягом 2016 року медіаторами з різних міст України був напрацьований так званий консолідований текст законопроекту за участі суддів, державних органів та інших стейкхолдерів, який було спрямовано до Комітету з питань правової політики та правосуддя у вигляді пропозиції до другого читання. Організації медіаторів набули значного досвіду в роз-

³⁶ Більш докладну інформацію про організації медіаторів див. Т. Кисельова, Довідник організацій медіаторів України 2017, електронний ресурс <http://ssrn.com/abstract=3012496>

³⁷ Київський центр медіації <http://www.kyivcm.com/>; Львівський центр медіації <http://www.mediation.lviv.ua/>; Одеська обласна група медіації <https://www.facebook.com/OdessaGroupMediation/>; Подільський центр медіації, Вінниця <https://www.facebook.com/PodolskyMediationCenter/>; Українська академія медіації, Одеса <http://mediation.ua/en/>; Український інститут миру та порозуміння, Київ <http://ipcג.org.ua/en/>; Український Центр злагоди, Київ <http://concordance.org.ua/>; Український центр медіації, Київ <http://ukrmediation.com.ua/en/>; Центр права та медіації, Харків <https://www.facebook.com/centerlawmediation/>; Центр фінансової медіації, Київ <http://www.fin-meditation.com/ua/>; Школа медіації Академії адвокатури України, Київ <http://aaу.edu.ua/ua/mediation-school/>; Центр Медіації та Модерації при Києво-Могилянській Академії, Київ <https://www.facebook.com/Centre-for-Mediation-and-Moderation-1445578315737851/>

робці та проведенні авторських тренінгів з базових навичок медіації, ведення переговорів, медіації в сімейних справах, навичок з медіації для менеджерів, фасилітації діалогів, конфліктології, управління конфліктами, відновного правосуддя, миротворчості, культури миру та толерантності. Тренінгові програми мають тривалість від декількох годин (для підвищення обізнаності щодо медіації) до 220 годин практичного та теоретичного навчання, включаючи екзамен та сертифікацію.³⁸ Мінімальна кількість годин навчання на сертифікаційних програмах збільшилась з 40 до 90 годин, що було закріплено в проектах закону про медіацію. За інформацією, отриманою в ході цього дослідження, з кінця 90-х років більше 3 000 українців пройшли підготовку з медіації за різними програмами. Українських тренерів запрошують проводити тренінги та надавати консультації в багатьох країнах колишнього Радянського Союзу. З 2014 року медіатори України об'єдналися в Національну асоціацію медіаторів України, яка координує роботу медіаторів з просування медіації в Україні, в тому числі підготовку законопроекту про медіацію, співпрацю з юристами та суддями, напрацювання етичних стандартів та стандартів підготовки медіаторів.³⁹ Організації медіаторів були ініціаторами пілотних проєктів з інтеграції медіації в судову систему за першою моделлю (медіація зовнішніми медіаторами).

3.2. Депутати Верховної Ради України

2010 року перший проєкт Закону про медіацію зареєстрував у парламенті народний депутат Ю. Тищенко; з того часу було зареєстровано десять проєктів. У грудні 2015 року було подано на розгляд Верховної Ради два законопроекти від депутата Сергія Ківалова та групи депутатів від різних політичних сил на чолі з Оленою Шкрум. Останній проєкт № 3665 від Олени Шкрум було прийнято у першому читанні 3 листопада 2016 року. Комітет з питань правової політики та правосуддя є відповідальним парламентським комітетом за проєкт закону про медіацію. Українські медіатори, зокрема, об'єднанні в Національну асоціацію медіаторів України, є найбільш активними учасниками

³⁸ Сертифікаційна програма «Бізнес-медіатор» Українського центру медіації, <http://business-mediation.com.ua/>

³⁹ Національна асоціація медіаторів України <http://namu.com.ua/>

законотворчого процесу, які працюють в тандемі з депутатами. Планується, що робоча група розробить остаточні пропозиції про внесення змін до проекту № 3665 в 2017 році, і парламент, нарешті, прийме закон про медіацію до кінця 2017 року.

3.3. Суди

Суди в Україні, як і в багатьох інших країнах, дуже повільно сприймають ідеї медіації. Починаючи з 1997 року, щонайменше п'ять пілотних проектів з медіації було відпрацьовано в п'ятнадцяти судах загальної та адміністративної юрисдикції першої та апеляційної інстанцій. У рамках цих проектів було розроблено три моделі судової медіації, які було проаналізовано в цьому звіті, однак більш ґрунтовної підтримки від судів поки що досягнути не вдалось. Хоча українські організації медіаторів та міжнародні донори змогли залучити деяких чиновників вищого рангу та суддів до реалізації проектів медіації в судах, політична нестабільність не дозволила заручитися надійною та стабільною підтримкою. Судова еліта, що пройшла навчання в рамках пілотних проектів, зазнала кадрових змін після 2014 року, а ті, хто залишаються на своїх посадах, знаходяться під сильним тиском антикорупційних кампаній, що ускладнює будь-яку ініціативу з медіації.

Крім того, всупереч загальноприйнятій думці, українські суди є відносно ефективними, особливо в міжнародному порівняльному контексті. Наприклад, дослідження Т. Кисельової щодо дуалізму українських судів показало ефективність українських судів з точки зору економії часу і коштів.⁴⁰ Відносна ефективність українських судів підтверджується дослідженням Ради Європи 2013 року, яке виявило, що українські судді є більш ефективними або настільки ж ефективними, як і їхні європейські колеги.⁴¹ Хоча ефективність українських судів серйозно погіршилась після 2015 року у зв'язку з люстраційними процесами і скороченням суддівського корпусу, який реально розглядає

⁴⁰ Tatiana Kyselova, *Dualism of Ukrainian Commercial Courts: Exploratory Study*, 6 HUGO JOURNAL ON THE RULE OF LAW, 178 (2014). <http://ssrn.com/author=448274>

⁴¹ Пропускна здатність українських судів в цивільних та адміністративних справах дорівнює відповідно 103,0% та 95,7% (у порівнянні з середніми показниками по ЄС 98,2%); розгляд цивільних та адміністративних справ українськими судами займає відповідно 47 і 55 днів (в порівнянні з 95,7 і 98,9 днів в середньому по ЄС). Рада Європи «Посилення судової реформи в країнах Східного партнерства», 2013, електронний ресурс http://www.coe.int/t/DGHL/cooperation/cepej/cooperation/Eastern_partnership/FINAL%20efficient%20judicial%20systems%20EN%20March%202013.pdf

справи, це поки що не вплинуло серйозно на позиції України в міжнародних рейтингах.⁴²

Таким чином, відносна ефективність українських судів вказує на те, що вони можуть бути зацікавлені в медіації як технології вирішення спорів більше, ніж як в механізмі підвищення своєї ефективності. Дійсно, українські судді, які брали участь в пілотних проектах з медіації, демонстрували розуміння медіації як цивілізованого засобу мирного врегулювання спорів і бачили себе носіями нової культури вирішення конфліктів. Це ставлення має підтримуватися і заохочуватися. Суди залишаються головним воротарем щодо вирішення спорів і їх підтримка має життєво важливе значення для розвитку руху медіації. Професійне спільнота медіаторів повинна вкладати більше зусиль, щоб отримати підтримку судової системи для розвитку медіації як всередині, так і поза судами.

3.4. Спільнота правників

Ставлення українських юристів до медіації залишається невизначеним. З одного боку Асоціація адвокатів України та Національна асоціація адвокатів України публічно висловлювали свою підтримку медіації та організували низку спільних заходів з метою популяризувати медіацію серед юристів. У 2016 році було офіційно засновано Комітет з питань медіації Національної асоціації адвокатів України⁴³ та Секцію сімейної медіації Асоціації адвокатів України.⁴⁴ З іншого боку, це дослідження показало, що юристи дійсно відчують загрозу своєї професії з боку медіаторів і намагаються конкурувати з медіаторами, які не є юристами, шляхом набуття навичок з медіації та інтеграції медіації в юридичну практику. Нещодавно низка юридичних компаній почали пропонувати медіацію як одну з послуг. Однак це дослідження не змогло ідентифікувати будь-яку статистику щодо таких послуг, тому медіація в цій сфері скоріше за все залишається маркетинговим механізмом для залучення клієнтів юридичних послуг.

⁴² В рейтингу Світового банку «Ведення Бізнесу» 2017 року Україна має кращі показники щодо часу розглядання господарських спорів порівняно з середнім показником по Європі та Середній Азії (378 днів проти 486), електронний ресурс http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/~/_/media/WBG/DoingBusiness/documents/profiles/country/UKR.pdf

⁴³ Комітет з питань медіації, Національна асоціація адвокатів України, <http://unba.org.ua/komitety>

⁴⁴ Секція сімейної медіації Комітету з сімейного права та майнових спорів, Асоціація адвокатів України, <http://www.uaa.org.ua/about/komitety/family-law-komitet.php>

3.5. Державні установи

Адміністрація Президента України продемонструвала свою зацікавленість в альтернативному врегулюванні спорів (АВС) шляхом прийняття Указу про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки.⁴⁵ Указом визначається, що мають бути розширені механізми альтернативного врегулювання спорів, зокрема шляхом практичного впровадження медіації та посередництва. Таким чином, Президент підкреслив, що медіація наразі вимагає більш чітких та практичних кроків для досягнення вагомих результатів. Наразі, зусилля Адміністрації Президента присвячено прийняттю нових редакцій Цивільного процесуального кодексу, Господарського процесуального кодексу та Кодексу адміністративного судочинства, які включають в себе процедури досудового врегулювання спорів за участю судді.⁴⁶

Міністерство юстиції України на рівні заступників міністрів та голів департаментів брало участь у розробці проекту закону про медіацію з 2010 року. Його підтримка стала явною в 2015 році, коли Україна вирішила покращити свою позицію в рейтингу «Ведення бізнесу» Світового банку, зокрема щодо показників з альтернативного врегулювання спорів.⁴⁷ Кабінет Міністрів у грудні 2015 року видав розпорядження, яким доручив це завдання Міністерству юстиції.⁴⁸ Таким чином, представники Міністерства юстиції разом з громадською організацією «Легкий Бізнес в Україні»⁴⁹ упродовж 2016 року брали активну участь у розробці та обговоренні проекту закону про медіацію під керівництвом Національної асоціації медіаторів України.

⁴⁵ Указ Президента України «Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки» № 276/2015 від 20 травня 2015 року, електронний ресурс <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/276/2015>

⁴⁶ Проект Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 6232 від 23 березня 2017 року, електронний ресурс http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415

⁴⁷ У 2016 році до Рейтингу Світового банку «Ведення Бізнесу» був уперше включений показник альтернативного врегулювання спорів, згідно з яким оцінювались: (1) доступність арбітражу, медіації та інших механізмів альтернативного врегулювання спорів (АВС) для бізнесу; (2) правове регулювання альтернативного врегулювання спорів (окремі закони або включення положень про АВС в інші законодавчі акти); (3) фінансові механізми, які мотивують сторони вирішувати спори шляхом АВС. Див. <http://www.doingbusiness.org/methodology/enforcing-contracts>

⁴⁸ Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про затвердження плану дій щодо імплементації кращих практик якісного та ефективного регулювання, відображених Групою Світового Банку у методології рейтингу «Ведення бізнесу» на 2016 рік» № 1406-р від 16 грудня 2015 року, електронний ресурс <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1406-2015-%D1%80>

⁴⁹ Легкий Бізнес в Україні <http://www.easybusiness.in.ua/>

Ще одна сфера можливої співпраці між медіаторами та Міністерством юстиції відноситься до транскордонних сімейних спорів.

Міністерство фінансів та Державна фіскальна служба України наразі мають привести свою роботу у відповідність до міжнародних стандартів, зокрема стандартів Міжнародного Валютного Фонду, та запровадити медіацію в податкових спорах. Дискусії щодо можливості податкової медіації в державних фіскальних установах почались у 2013 році. У 2014 році проект закону про внесення змін до Податкового кодексу щодо введення медіації був зареєстрований у Верховній Раді, але вочевидь там «застряг».⁵⁰ У проекті було запропоновано ретельно регулювати процедури медіації, інтегрованої в систему внутрішнього досудового врегулювання спорів у структурі податкових установ. Однак серйозний недолік проекту полягає у відсутності чіткого бачення статусу медіаторів у цій системі (будуть медіатори державними службовцями чи зовнішніми незалежними спеціалістами або інше).

У травні 2016 року Міністерству юстиції, Міністерству фінансів і Державній податковій службі було офіційно доручено розробити проект закону про вдосконалення процедури апеляційного оскарження грошових зобов'язань платниками податків, включаючи здійснення медіації в рамках цієї процедури.⁵¹ Національна асоціація медіаторів України активно включилася в цей процес, створила робочу групу та організувала кілька круглих столів з медіації у фінансових питаннях в 2016-2017 роках.⁵²

Міністерство соціальної політики України включило медіацію до переліку соціальних послуг⁵³ та розробило Стандарти медіації як соціальної послуги⁵⁴, чому вочевидь посприяв проект Ради Європи з інтеграції спільноти ромів. Хоча Міністерство мало своє досить спе-

⁵⁰ Проект Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України (щодо введення процедури медіації)», електронний ресурс http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53239

⁵¹ План дій Уряду України на 2016 рік, затверджений Наказом Кабінету міністрів України № 418-р від 27 травня 2016 року, електронний ресурс <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/418-2016-%D1%80/para6#n9>

⁵² Круглий стіл «Медіація, як ефективний засіб врегулювання фіскальних спорів та побудови партнерських відносин між владою та бізнесом» http://www.ucci.org.ua/visti/rus/news/2016/11/17/50_.shtml

⁵³ Наказ Міністерства соціальної політики України «Про затвердження Переліку соціальних послуг, що надаються особам, які перебувають у складних життєвих обставинах і не можуть самостійно їх подолати» № 1614/21926 від 19 вересня 2012 року, електронний ресурс <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1614-12>

⁵⁴ Наказ Міністерства соціальної політики України «Про державні стандарти медіації як соціальної послуги» № 892 від 17 серпня 2016 року, електронний ресурс <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1243-16>

цифічне розуміння поняття медіації, медіатори НАМУ досягли з ними згоди, і визначення медіації в цих документах у цілому відповідає прийнятому в світі поняттю медіації. Окрім того, медіаторами підготовлено пропозиції щодо змін Стандарту медіації як соціальної послуги з урахуванням кращих міжнародних стандартів та існуючої практики спільноти медіаторів України.

Служба у справах дітей Оболонської районної у м. Києві державної адміністрації впродовж декількох років на практиці використовує медіацію в справах батьків і дітей, які опинились в складних конфліктних ситуаціях. Наразі Службою підписаний договір про співробітництво з Українським центром медіації і створена робоча група сімейних медіаторів, які проводять медіації, супервізійні зустрічі, навчання, дискусії та обговорення з сімейної медіації.

3.6. Бізнес

Бізнес як потенційний клієнт медіації ще не підтримав повною мірою медіацію в Україні. Окремі спроби з популяризації медіації було зроблено Європейською Бізнес Асоціацією та декількома іншими асоціаціями. Торгово-промислові палати зацікавились просуванням медіації, але радше як провайдери, а не споживачі послуг медіації. З 2015 року в рамках Україно-Німецького проекту співпраці у сфері бізнесу було створено кілька центрів медіації на базі палат, але вони ще не узагальнили статистику стосовно кількості справ, які пройшли через медіацію.⁵⁵

3.7. Міжнародні донори та міжнародні організації

Медіація в Україні у порівнянні з Росією не мала такого обсягу фінансової підтримки міжнародних організацій-донорів. Вона також не стала таким центром уваги міжнародної технічної допомоги, як програми з верховенства права або судової реформи. У 90-х роках ідею розвитку медіації в Україні та інших пострадянських країнах запо-

⁵⁵ Україно-німецький проект співпраці у сфері бізнесу

<http://business-mediation.com.ua/wp-content/uploads/2015/01/Werbung-Project-2.jpg> у партнерстві з Делегацією німецької економіки в Україні <http://ukraine.ahk.de/> та Львівською торгово-промисловою палатою <http://eng.lcci.com.ua/>

чаткували американські та канадські організації. Ці організації стали основними партнерами українських громадських організацій щодо фінансової підтримки, обміну досвідом та поширення ідей медіації.

Після 2008 року Європейський Союз почав відігравати провідну роль у просуванні медіації та інших механізмів АВС серед своїх держав-членів, впливаючи на сусідні країни, такі як Україна. Крім того, географічна близькість до ЄС, зв'язки з європейськими спільнотами медіаторів і привабливі історії успіху щодо медіації в деяких країнах-членах ЄС надихнули українських медіаторів. Таким чином, в першому десятилітті нового тисячоліття більшість донорів, які надавали підтримку в імплементації медіації, були європейськими, в тому числі Рада Європи, Європейська Комісія, Посольство Великобританії, Швейцарська агенція з розвитку та співробітництва, Польська Допомога та інші.

Наприклад, крім поточного проекту «Підтримка впровадженню судової реформи в Україні», Рада Європи підтримала два великих проекти, які, серед іншого, включали компонент щодо медіації – «Процедура відбору та призначення суддів, їх підготовки, притягнення до дисциплінарної відповідальності, розподілу справ та альтернативного розв'язання спорів» у 2006-2007 роках та «Прозорість та ефективність судової системи України» у 2008-2011 роках. Швейцарська агенція з розвитку та співробітництва плідно підтримувала Український центр порозуміння через низку проектів з медіації в кримінальних справах і відновного правосуддя протягом майже десяти років.

Таким чином, стейкхолдери (зацікавлені сторони) розвитку медіації в Україні численні, з різним ступенем зацікавленості в медіації та різними ресурсами. Судовій системі, в зв'язку з її специфічною конфігурацією, відносною ефективністю і нестабільністю, наразі не вистачає системної зацікавленості щодо підвищення своєї ефективності шляхом запровадження медіації. Український уряд останнім часом стає більш зацікавленим в медіації через мотиваційні механізми міжнародної спільноти, але це зовнішній інтерес і медіація не є для уряду пріоритетом під час війни на Сході. Спільнота медіаторів, яка є високопрофесійною, мобільною, відкритою й орієнтованою на реформи, залишається єдиним вмотивованим та зацікавленим гравцем, здат-

ним очолити процес розвитку медіації в Україні. У той же час, вочевидь, розвиток медіації неможливий без політичної підтримки і в першу чергу від судової системи. Проте, саме спільнота медіаторів має працювати з судами, державними органами, ширшим колом правників та бізнесом в справі розвитку медіації і задля цієї мети має бути підтримана донорами.

4. Можливі сценарії інтеграції медіації в судову систему

4.1. Небажаний сценарій - Інтеграція шляхом запровадження обов'язкової судової медіації

Вочевидь найлегшим способом увести медіацію в судову систему є зобов'язати використовувати її для певних видів справ перед початком розгляду судом позову. Цей сценарій було введено, наприклад, в Італії у 2013 році, і з того часу Італія стала лідером з кількості випадків медіації – більше 300 000 медіацій на рік.⁵⁶

В українській правовій традиції такий механізм обов'язкової медіації мав би відноситися до інституту досудового врегулювання спорів, який, наприклад, діяв за радянських часів при врегулюванні спорів між підприємствами та організаціями та був відомий як претензійний порядок вирішення спорів.⁵⁷ Рішенням Конституційного Суду України від 2002 року були заборонені будь-які законодавчі положення, які вимагали обов'язкового досудового врегулювання спорів і претензійний порядок залишився у якості добровільного вибору сторін угоди. У червні 2016 року Верховна Рада прийняла зміни до Конституції, згідно з якими текст статті 124 Конституції прямо вказує: «законом може бути визначений обов'язковий досудовий порядок урегулювання спору».⁵⁸ Таким чином, Конституція дала зелене світло обов'язковій медіації в Україні, але це не означає, що такий механізм почав діяти. Питання впровадження обов'язкової судової медіації поки ще не розглядається.

⁵⁶ Див. статистику щодо медіації Італії <https://webstat.giustizia.it>.

⁵⁷ Tatiana Kyselova, *Pretenzia Dispute Resolution in Ukraine: Formal and Informal Transformation*, 40 REVIEW OF CENTRAL AND EAST EUROPEAN LAW, 1 (2015). <http://ssrn.com/author=448274>

⁵⁸ Закон України "Про внесення змін до Конституції України" № 1401-VIII від 2 червня 2016 року, електронний ресурс <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1401-19>

З точки зору статистики, обов'язкова медіація має перевагу через можливість отримання швидких результатів. Обов'язкова судова медіація дозволяє швидко зменшити кількість справ, які розглядаються судом за повною процедурою, що могло б позитивно вплинути на загальну тривалість розгляду справ та витрати судової системи. У рамках системи обов'язкової судової медіації простіше здійснювати контроль якості підготовки медіаторів, якості процедури медіації та надання правової допомоги малозабезпеченим верствам населенням. Зрештою, обов'язкова медіація гарантує стабільний потік справ на медіацію, а отже, і стабільний заробіток для медіаторів.

Однак обов'язкова медіація має ризики та недоліки, особливо в контексті сучасних соціальних трансформацій України, і ці недоліки мають бути взяті до уваги. У цьому дослідженні визначено такі ризики:

1) Вимога обов'язкової досудової медіації може лише змусити сторони спробувати вирішити спір, але необов'язково вирішити його. Враховуючи те, що будь-яку обов'язкову вимогу сторони та їхні адвокати часто розглядають як бюрократичну формальність та додатковий крок на шляху до суду, досвід іноземних країн свідчить, що багато сторін просто не відвідують навіть перші інформаційні засідання з медіації. Це призводить до досить низького рівня досягнення домовленостей при обов'язковій медіації спорів (наприклад, близько 23% в Італії). Таким чином, більше ніж 70% справ, які передаються на медіацію в обов'язковому порядку, повертаються назад до суду.⁵⁹

2) Збільшується час та витрати на справи, у яких була спроба медіації, але вона не завершилась урегулюванням спору (в Італії сторона має право звернутись до суду протягом 30 днів після початку процедури медіації, якщо інша сторона не з'явилась на медіаційну сесію або не має бажання вирішувати спір).

3) Обов'язкова медіація призводить до протиріччя між необхідністю гарантувати сторонам доступну процедуру медіації та необхідністю підтримки медіаторів. Враховуючи те, що заборонено змушувати

⁵⁹ В Італії більше 50% справ з обов'язковою медіацією завершуються тим, що першу сесію відвідує лише одна сторона спору. Дивіться статистику з медіації в Італії за посиланням <https://webstat.giustizia.it>

ти сторони сплачувати великі суми за обов'язкову судову медіацію відповідно до справи «Алассіні проти Telecom Italia» Європейського суду справедливості,⁶⁰ найбільш реалістичним варіантом є державне фінансування обов'язкової медіації. Однак, це вимагає додаткових витрат з державного бюджету.

4) Обов'язкова медіація робить надзвичайно важливим для держави гарантування правової допомоги та вільного доступу до послуг медіації тим категоріями громадян, які мають право на безоплатну правову допомогу в рамках судового процесу. На сьогодні надання такої допомоги існує в рамках центрів безоплатної правової допомоги, як це передбачено законом України «Про безоплатну правову допомогу» (статті 2 та 7).⁶¹ Однак, це вимагає додаткових витрат з державного бюджету.

5) Швидке введення в Україні обов'язкової медіації навіть щодо вузької категорії спорів, як, наприклад, спорів з розлучення, вимагає стабільного та професійного кадрового складу підготовлених та сертифікованих медіаторів. Окрім того, якщо буде введена обов'язкова медіація, принципи доступу до правосуддя вимагатимуть присутності медіаторів у всіх, навіть найбільш віддалених, судах. На даний момент надавати такі послуги однаково у всіх судах України є неможливим.

6) Обов'язкова медіація в контексті пострадянської правової культури може нести певні корупційні ризики (наприклад, судді можуть використовувати медіацію на користь певних медіаторів, що, своєю чергою, може призвести до появи так званих «кишенькових» медіаторів). Ці ризики не є фатальними для інституту медіації, але вони мають бути усунуті шляхом продуманого правового регулювання.

Зваживши на вказані вище переваги та недоліки обов'язкової медіації в контексті судової реформи України, рекомендується відкласти ідею введення обов'язкової (без згоди сторін) судової медіації. Замість цього пропонується почати з поступового але швидкого застосуван-

⁶⁰ Allassini v ItalTelecom [2010] EUECJC-317/08, C-317/08, [2010] ECRI-221, [2010] 3 CMLR 17.

⁶¹ Закон України «Про безоплатну правову допомогу» № 3460-VI від 2 червня 2011 року, електронний ресурс <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3460-17>

ня добровільних моделей судової медіації через правові експерименти та пілотні програми. Такий шлях може, зрештою, привести Україну до обов'язкової судової медіації або обов'язкових інформаційних сесій про медіацію, але це не має відбутись миттєво.

4.2. Бажаний сценарій - Поступова інтеграція шляхом запровадження моделей добровільної судової медіації

На основі аналізу можливих переваг та недоліків потенційної обов'язкової медіації, існуючого досвіду запровадження пілотних проектів з медіації в українських судах, з урахуванням консультацій, проведених з професійною спільнотою медіаторів та іншими стейкхолдерами, пропонується, що найбільш результативним та найменш ризикованим варіантом інтеграції медіації в судову систему України буде рух невеликими, але швидкими кроками. Нижче проаналізовано основні принципи такої поступової інтеграції.

Завдання інтеграції медіації в судову систему полягає в тому, щоб надати громадянам можливість вибору найбільш доцільного механізму врегулювання конкретного спору із широкого кола різноманітних механізмів. Це мотивуватиме громадян та сприятиме підвищенню особистої відповідальності за вирішення їх спорів. Коли до медіації починають ставитися лише як до інструменту, що дозволяє позбутися судових справ (своєрідна «катапульта»), її сутність стає викривленою.

Будь-яка цілеспрямована інтеграція медіації в судову систему потребує додаткових зусиль з боку держави та спільноти медіаторів з метою підвищити попит населення на послуги медіації. Без зусиль такого гатунку законодавство з медіації не зможе кардинально змінити той спосіб, у який люди наразі вирішують свої конфлікти. Отже, інтеграція медіації до судової системи має стати невід'ємною частиною більш ширшої стратегії розвитку медіації в Україні. Окрім питання про взаємовідносини медіаторів з судами, така стратегія має, серед іншого, включати напрями популяризації медіації серед широких верств населення; розробки і включення медіації і супутніх курсів (ненасильницька комунікація, відновний підхід тощо) до шкільної та університетської програм навчання; навчання медіації суддів та юристів; ак-

тивного залучення бізнесу та інших потенційних клієнтів медіації до процесу розвитку медіації тощо.

Інтеграція медіації в судову систему має базуватись на поступовому створенні законодавчої бази, починаючи з рамкового закону про медіацію та внесення змін до процесуальних кодексів, закінчуючи, якщо це буде потрібно, спеціалізованими нормативними актами щодо медіації в цивільних, господарських, сімейних, адміністративних, податкових, кримінальних та інших видах правовідносин. Законодавство про медіацію повинне базуватись на міжнародних стандартах, зокрема на рекомендаціях з медіації Ради Європи, Директив ЄС з медіації та альтернативного вирішення спорів, Типовому законі ЮНСІТРАЛ «Про міжнародну процедуру примирення».

Законодавство має заохочувати експериментальний підхід до судової медіації шляхом наданням можливості зборам суддів відповідного суду приймати рішення про участь суду в пілотних проектах з медіації. Доцільно проводити систематичний моніторинг таких пілотних проектів зовнішніми оцінювачами з подальшими рекомендаціями щодо політики в цій сфері. Таким чином, пропонується залишити можливість внесення змін в закон про медіацію за декілька років після його прийняття на основі результатів проведених пілотних проектів та консультацій з усіма стейкхолдерами.

Медіація має застосовуватись до спорів усіх видів: цивільних, господарських, сімейних, кримінальних, адміністративних та інших, але з урахуванням обмежень, передбачених чинним законодавством. Зважаючи на те, що вже з 1997 року медіації успішно проводились у різних українських пілотних судах, а рішення цих судів, у яких згадується медіація, включені до Єдиного державного реєстру судових рішень України,⁶² найширше використання медіації є не тільки теоретично бажаним, а й практично можливим.

⁶² Малиновський районний суд, Одеса <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35225626>; Апеляційний суд м. Києва <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28654344>; Франківський районний суд, Львів <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33781390>; Пирятинський районний суд, Полтава, Полтавська область <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/16662939>, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24426270>; Вінницький окружний адміністративний суд <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/48836081>

Закон про медіацію має містити загальні рамкові положення, а саме - визначати основні поняття та принципи медіації, регулювати лише базові аспекти процедури медіації (конфіденційність інформації, пов'язаної з медіацією; визнання та виконання медіаційних застережень та угод за результатами медіації; права та обов'язки сторін та медіатора) та встановлювати тільки базові професійні стандарти для медіаторів (вимоги до медіатора, вимоги до реєстрів медіаторів, відповідальність медіаторів).

Закон про медіацію та процесуальні кодекси мають закріплювати моделі добровільної судової медіації: (1) право обох сторін звернутися до суду з клопотанням про надання їм обмеженого часу для примирення, в тому числі шляхом медіації, та обов'язок суду зупинити провадження у справі в разі надходження такого клопотання; (2) право судді у належних випадках рекомендувати сторонам звернутися до медіації та, можливо, обов'язок судді у підготовчому засіданні з'ясувати, чи бажають сторони звернутися до медіатора для проведення врегулювання спору.

Враховуючи пілотні проекти з судової медіації, які були впроваджені в Україні Радою Європи та іншими організаціями, закон про медіацію та процесуальні кодекси мають дозволити суддям приймати участь в процедурі врегулювання спорів. При цьому, інститут врегулювання спору за допомогою судді має співіснувати на рівних з інститутом медіації зовнішніми медіаторами. Проте, процедура врегулювання спору за участі судді в тому вигляді, в якому вона закріплена в проекті закону про зміни до процесуальних кодексів (проект № 6232), потребує удосконалення. Зокрема доцільним буде закріпити положення про те, що проведення врегулювання спору здійснюється не суддею-доповідачем, а іншим суддею, який був відібраний та пройшов спеціальну підготовку з навичок врегулювання спорів. У разі, якщо у встановлений строк спір не буде врегульовано за допомогою цього судді, справа повертатиметься до судді, в провадженні якого вона перебувала до спрямування на таку процедуру.

Закон про медіацію та процесуальні кодекси мають закріпити гарантії того, що медіатори не можуть виступати в якості свідків в суді

щодо інформації, отриманої під час медіації. Доцільно, щоб закон про медіацію поєднував добровільну судову медіацію з фінансовими стимулами, які мотивуватимуть сторони використовувати медіацію для вирішення своїх спорів. На даний час проект змін до процесуальних кодексів закріплює положення про повернення позивачу з державного бюджету 50 відсотків судового збору, сплаченого при поданні позову, у разі укладення мирової угоди до прийняття рішення у справі судом першої інстанції, відмови позивача від позову, визнання позову відповідачем.⁶³ Для підвищення обізнаності населення щодо медіації та стимулювання її використання пропонується додати в цю статтю згадку про медіацію, однак конкретне формулювання статті потребує обговорення з суддями і медіаторами.⁶⁴ Крім того, для підвищення зацікавленості суддів, статистичні звіти щодо роботи конкретних суддів мають включати кількість справ, які було завершено з використанням процедури медіації.

Закон про медіацію повинен регулювати діяльність медіаторів на підставі принципу мінімального державного втручання і децентралізованого регулювання ринку. Аспекти медіації, що стосуються професії, мають регулюватися організаціями медіаторів на принципах саморегулювання і самоврядування. Пізніше, коли можливо закон буде переглянуто через декілька років, можуть бути введені більш централізовані варіанти професійного регулювання, наприклад, додаткове регулювання з боку Міністерства юстиції (ведення реєстру) або регулювання спеціально уповноваженим змішаним приватно-державним органом. Однак, в якості відправної точки, професійне регулювання діяльності з медіації повинно бути покладено на організації медіаторів.

⁶³ Див. Проект Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 6232 від 23 березня 2017 року, електронний ресурс http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415 Стаття 131. Розподіл витрат у разі визнання позову, закриття провадження у справі або залишення позову без розгляду. «У разі укладення мирової угоди до прийняття рішення у справі судом першої інстанції, відмови позивача від позову, визнання позову відповідачем до початку розгляду справи по суті суд у відповідній ухвалі чи рішенні у порядку, встановленому законом, вирішує питання про повернення позивачу з державного бюджету 50 відсотків судового збору, сплаченого при поданні позову.»

⁶⁴ Раніше медіаторами пропонувались наступні мотиваційні механізми (1) знижка на оплату судового збору при подачі позову до суду в разі, якщо сторони використали медіацію, але не змогли дійти згоди; (2) відмова суду присуджувати відшкодування судового збору тієї сторони, що відмовилась брати участь у медіаційній сесії. Обидві пропозиції ще є тільки напрацюваннями та потребують подальшої роботи і ретельного обговорення з суддями та іншими стейкхолдерами.

5. Рекомендації

Спираючись на рекомендації з медіації Ради Європи та результати цього дослідження рекомендується:

1. Під час інтеграції медіації в українську судову систему утримуватися від розглядання медіації виключно як інструменту, який надає можливість полегшити навантаження на суддів. Замість цього, медіація в рамках судової системи повинна бути спрямована на громадян – на надання їм ширших можливостей обирати механізми вирішення спорів, які підвищують спроможності громадян і сприяють індивідуальній відповідальності за вирішення їх суперечок. Українські судді, що брали участь в пілотних проектах з медіації, продемонстрували своє справжнє розуміння медіації як більш цивілізованого підходу до вирішення спорів і стали справжніми носіями нової культури врегулювання спорів. Це ставлення має підтримуватися і заохочуватися.

2. Спиратися на стратегію поступової інтеграції медіації в судову систему України, яка базується на моделях добровільної судової медіації, принципах децентралізованого професійного саморегулювання і мінімального державного втручання в ці питання. Підтримувати пілотні проекти з судової медіації та моніторинг цих проектів у співпраці з судами, медіаторами та іншими зацікавленими стейкхолдерами.⁶⁵

3. Прийняти закон про медіацію, проект якого був прийнятий Верховною Радою за основу в листопаді 2016 р. (законопроект № 3665), шляхом врахування пропозицій до другого читання від Національної асоціації медіаторів України та інших стейкхолдерів (консолідований законопроект). Забезпечити, щоб закон про медіацію, Цивільний процесуальний кодекс, Господарський процесуальний кодекс та Кодекс адміністративного судочинства (законопроект № 6232) включали принципи поступової інтеграції медіації в судову систему, які були запропоновані в цьому звіті (розділ 4.2.). Інститут врегулювання спору

⁶⁵ Керівні принципи Ради Європи вимагають, щоб «схеми та поточні пілотні проекти постійно контролювалися та оцінювалися», пункт 28, Керівні принципи для кращого виконання існуючої Рекомендації щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами і приватними сторонами; пункт 15, Керівні принципи для кращого виконання існуючих Рекомендацій щодо сімейної медіації та медіації в цивільних справах; пункт 15, Керівні принципи для кращого виконання існуючої Рекомендації щодо медіації в кримінальних справах.

за допомогою судді має співіснувати на рівних з інститутом медіації зовнішніми медіаторами.

4. На базі НАМУ, у прозорий та відкритий спосіб шляхом публічних консультацій з усіма стейкхолдерами, розробити стратегії розвитку медіації в сферах популяризації медіації, професійної саморегуляції діяльності медіаторів, освіти в сфері медіації, тощо.⁶⁶ Забезпечити, щоб стратегія розвитку медіації включала опис механізмів мотивації використання медіації населенням, які мають бути включені до законодавчих актів в світлі рекомендацій Ради Європи.⁶⁷

5. З огляду на підвищення конкуренції між правниками та медіаторами, а також на виняткову важливість політичної підтримки медіації парламентом, урядом, виконавчою владою на місцях, суддями та бізнесом⁶⁸, підтримати спільні проекти медіаторів з цими стейкхолдерами, які сприяють взаєморозумінню, співробітництву та спільним діям, включаючи спільну розробку стратегії розвитку медіації.

6. Заохочувати і підтримувати спільноту медіаторів на розробку, удосконалення та забезпечення виконання стандартів щодо професійної підготовки медіаторів та акредитації навчальних програм з медіації; моніторингу якості послуг з медіації; стандартів етики медіаторів на основі Європейського кодексу етики медіаторів.⁶⁹

⁶⁶ Рекомендації та керівні принципи з медіації Ради Європи вимагають від держави-члена Ради Європи розробити політику з розвитку медіації. Дивіться, наприклад, Керівні принципи для кращого виконання існуючої Рекомендації щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами і приватними сторонами, параграф 10: «Альтернативи судовому розгляду спорів між адміністративними органами влади і приватними сторонами зможуть бути реалізовані у державах-членах лише за умови, якщо буде ухвалена політика, що обумовить використання цих механізмів врегулювання спорів».

⁶⁷ Керівні принципи Ради Європи рекомендують наступне: «для того, щоб зробити медіацію більш привабливою для користувачів, держави-члени, можливо, побажають розглянути питання зменшення, скасування або відшкодування судових витрат в конкретних випадках, якщо медіація використовується для врегулювання спору до або під час судового розгляду», пункт 47, Керівні принципи для кращого виконання існуючих Рекомендацій щодо сімейної медіації та медіації в цивільних справах; пункт 50, Керівні принципи для кращого виконання існуючої Рекомендації щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами і приватними сторонами.

⁶⁸ Рекомендації та керівні принципи з медіації Ради Європи чітко визначають, що до процесу розвитку медіації мають бути залучені наступні зацікавлені групи (стейкхолдери): уряди, судді, юристи, провайдери послуг медіації, прокурори, інші органи кримінальної юстиції, органи державної влади, неурядові організації, університети, академічні інституції, соціальні працівники.

⁶⁹ Рекомендації Ради Європи вимагають, що державам-членам «слід розглянути питання про життя заходів для сприяння відповідним стандартам для вибору, відповідальності, професійної підготовки і кваліфікації медіаторів», пункт 15 Рекомендація Рес (2002) 10 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо медіації в цивільних справах.

7. У світлі наслідків збройного конфлікту в східній Україні, забезпечити включення в загальну Стратегію розвитку медіації питання медіації і діалогу в сфері миробудівництва та перехідного правосуддя (*transitional justice*). Для цього бажано залучити до дослідження цих питань вчених, медіаторів-практиків, фисилітаторів діалогів та представників держави.⁷⁰

⁷⁰ Керівні принципи Ради Європи закріплюють положення «держави-члени, університети, інші наукові установи, медіатори та зацікавлені сторони повинні підтримувати і сприяти проведенню наукових досліджень в області медіації і альтернативного вирішення спорів», пункт 44, Керівні принципи для кращого виконання існуючих Рекомендацій щодо сімейної медіації та медіації в цивільних справах; пункт 41, Керівні принципи для кращого виконання існуючої Рекомендації щодо медіації в кримінальних справах; пункт 52, Керівні принципи для кращого виконання існуючої Рекомендації щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами і приватними сторонами.

Додаток 1. Відмінності медіації від процедури врегулювання спору за участю судді⁷¹

	Медіація (законопроект № 3665 від 17.12.2015 р.)	Врегулювання спору за участю судді (законопроект № 6232 від 23.03.2017 р.)
Сутність процедури	структуровані переговори між сторонами конфлікту за підтримки посередника-медіатора з метою пошуку рішення	спілкування сторін із суддею задля отримання роз'яснень та додаткової інформації з метою оцінки сторонами перспектив судового розгляду спору
Орієнтованість процедури	на інтереси і потреби сторін	на позиції сторін
Посередник	нейтральний та незалежний медіатор, якого обирають сторони	суддя, в провадженні якого перебуває справа
Учасники процедури	сторони конфлікту та медіатор	сторони судової справи та суддя
Роль посередника	медіатор забезпечує дотримання процесу, допомагає налагодити комунікацію між сторонами та підтримує сторони у пошуку ними взаємоприйняттого рішення	суддя з'ясовує підстави та предмет позову, підстави заперечень, роз'яснює сторонам предмет доказування по категорії спору, який розглядається. Під час закритих нарад суддя має право звертати увагу сторони на судову практику в аналогічних спорах. Суддя може запропонувати сторонам можливий шлях мирного врегулювання спору
Місце в судовому процесі	на будь-якій стадії, за згодою сторін	до початку розгляду справи по суті, за згодою сторін
Структура процедури	процедура складається з послідовних стадій, через які медіатор має провести сторони	процедура не є структурованою
Бажаний результат процедури	консенсус – результат задовольняє інтереси сторін	компроміс – сторони взаємно поступаються своїми позиціями
Тривалість процедури	за погодженням сторін	протягом розумного строку, але не більше тридцяти днів з дня постановлення ухвали про проведення врегулювання
Повторне проведення процедури за бажанням сторін	можливе	неможливе

⁷¹ Розроблено Тетяною Кисельовою та Луїзою Романадзе, 2017.

КОНЦЕПЦІЯ

ВДОСКОНАЛЕННЯ РОБОТИ ТРЕТЕЙСЬКИХ СУДІВ З МЕТОЮ ПОКРАЩЕННЯ ЯКОСТІ ТРЕТЕЙСЬКОГО ВИРІШЕННЯ ЦИВІЛЬНИХ І ГОСПОДАРСЬКИХ СПОРІВ

*Тарас Шепель,
Голова Третейської палати України, Голова Третейського
суду при Українському національному комітеті
Міжнародної Торгової Палати, Третейський суддя
Третейського суду при Торгово-промисловій палаті України*

ВСТУП

На рівні Конституції України задекларовано закріплення принципу поділу влади на законодавчу, виконавчу та судову. Згідно зі ст.124 Конституції правосуддя в Україні здійснюється виключно судами, які відповідно уособлюють судову владу. У той же час, об'єктивною реальністю є факт, що юридичні спори вирішуються не тільки судами, але й іншими юрисдикційними органами, які на це уповноважені законом, що не охоплюється, відповідно, терміном «правосуддя», та не пов'язано з діяльністю держави. Цими способами є способи альтернативного вирішення спорів (далі – АВС), зокрема арбітраж (третейський розгляд). Арбітражне (третейське) рішення не є рішенням суду, а для його примусового виконання воно має бути визнане та допущене до виконання на території країни відповідним рішенням державного суду, що охоплюється межами «судового контролю».

З огляду на зазначене, важливим є те, що зміни до Конституції України, які набули чинності 30 вересня 2016 року, є більш сприятливими для розвитку способів АВС порівняно з попередньою редакцією. Так, зі ст.124 Конституції вилучено фразу «юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі», та передбачено, що «юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення». Попередня редакція наведеної статті Конституції неодноразово ставала на заваді розвитку зокрема третейських судів, що було підставою для розгляду фундаментальних основ їхнього функціонування Конституційним Судом України та давало державним судам ґрунт для обмеження діяльності третейських судів шляхом невизнання їхніх рішень. Нова редакція тексту Конституції сприяє можливості вирішення юридичних спорів у позасудовому порядку та дозволяє, в разі невиконання рішення арбітражу (третейського суду) добровільно визнавати та приводити їх до примусового виконання в межах судової юрисдикції.

Проте не тільки через це арбітраж в Україні розвивався обмежено та не набув поширення, яке він має зокрема в країнах ЄС, асоціації з яким прагне Україна.

Перспектива розвитку внутрішнього арбітражу безпосередньо пов'язана з необхідністю підвищення якості забезпечення прав, зокрема у сфері розвитку підприємництва. Роздержавлення сфери вирішення спорів відповідає європейському вектору розвитку держави та є необхідною умовою для покращення інвестиційного клімату, а також для формування України як юрисдикції, дружньої для вирішення спорів, зокрема, в економічній та бізнесовій сфері.

Саме розвитку інституції внутрішнього арбітражу присвячене це дослідження, яке має мету на підставі аналізу досвіду України, інших країн «пострадянського» простору, світового та європейського досвіду визначити можливі ефективні шляхи розвитку законодавства та побудови дієвої системи третейських судів, яка здатна здобути довіру суспільства та зайняти гідне місце в системі юрисдикційних органів, на які покладається вирішення спорів.

Нажаль, в Україні роль третейських судів залишалася недооціненою. Такий стан викликаний глибинними процесами трансформації суспільства та утворення державних інституцій, зокрема судової влади в Україні.

Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки, схвалена Указом Президента України від 20 травня 2015 року, передбачає розширення способів альтернативного (позасудового) врегулювання спорів, зокрема шляхом практичного впровадження інституту медіації і посередництва, розширення переліку категорій справ, які можуть вирішуватися третейськими суддями або розглядатися судами у спрощеному провадженні.

Для розуміння того, де зараз є Україна в питанні розвитку арбітражних механізмів, які помилки допущені, та що потрібно врахувати, щоб не допустити їхнього повторення, потрібно перш за все проаналізувати історію розвитку арбітражу в Україні.

Розділ I

Ретроспектива та сучасний стан розвитку арбітражних інституцій в Україні

На шляху перетворення держави від радянського тоталітарного типу на демократію в Україні мав відбутися ряд трансформацій, зокрема у сфері відносин власності, протягом здійснення яких було об'єктивно мало ймовірно очікувати, що суди будуть будуватися та виконувати свою місію на тих самих принципах, як і в розвинених демократичних державах Європи та світу.

Виключенням став Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України, який був утворений у 1992 році та успішно функціонує донині. Саме до цієї юрисдикційної інституції існує найвища довіра українського бізнесу, оскільки стосовно неї відомо про відсутність зовнішніх впливів та корупції. Проте міжнародний арбітраж певною мірою вирішив питання врегулювання спорів у сфері зовнішньо-економічних відносин в умовах наявності справжньої альтернативи – адже при укладенні зовнішньоекономічних контрактів сторони вільні обрати будь-який арбітраж на власний розсуд, зокрема Лондонський, Паризький, Стокгольмський, Женевський та інші відомі арбітражні центри Європи. Але, оскільки існували проблеми з його застосуванням для вирішення спорів між українськими підприємствами (відсутність юрисдикції), він не став альтернативою державним судам. Крім того, державна влада, яка тісно була зрощена з народжуваним великим бізнесом, та була певною мірою знаряддям побудови такого бізнесу, тяжіла до централізації та контролю над судовою системою, і бажала зберігати якнайширшу юрисдикцію державних судів у сфері врегулювання спорів усередині країни.

Закон України «Про третейські суди» був прийнятий лише у 2004 році, на першій помітній хвилі подій демократизації країни. Зазначений Закон у цілому структурно будувався на запозиченні Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж, та є досить демократичним. Проте, нажаль, ухвалення та втілення

в життя цього закону не призвело до побудови якісної системи внутрішнього арбітражу, якими мали стати третейські суди, та породило ряд особливостей, які призвели фактично спочатку до бурхливого зростання кількості, а потім припинення діяльності багатьох третейських судів.

Першою особливістю стало те, що в Україні одразу виникло розділення арбітражу на міжнародний - який існував раніше; і внутрішній – третейські суди, які утворювалися, проте яким обґрунтовано не надавалося юрисдикції вирішувати спори за участю нерезидентів (іноземних підприємств). Загалом у світі, коли йдеться про арбітраж, не розділяється його юрисдикція за складом суб'єктів, виходячи з принципу їхньої резидентності.

Другою особливістю стало те, що утворення недержавних третейських судів з компетенцією, яка стала майже рівною компетенції державних судів, створило конкуренцію між державними судами та третейськими судами, які мали щойно народитися. До того ж, судова система України характеризувалася відсутністю зовнішньої та внутрішньої незалежності суддів, що неодноразово було встановлено, зокрема, у рішеннях Європейського суду з прав людини (див., рішення у справах «Салов проти України» (заява №65518/01), «Білуха проти України» (заява №33949/02), «Фельдман проти України» (76556/01), «Совтрасавто Холдинг проти України» (№48553/99), «Агрокомплекс проти України» (заява №23465/03)).

Третьою і головною особливістю стало те, що Закон України «Про третейські суди» за наведених несприятливих передумов дозволив утворення третейських судів фактично всім бажаним – для утворення суду потрібно було зареєструвати об'єднання підприємств (більше двох) або створити громадську організацію, що не складало значних проблем. В короткий термін було створено декілька сотень третейських судів, і число їх згодом перевищило 500.

За наведених умов нормальний розвиток третейських судів як внутрішніх арбітражних інституцій був ускладнений, оскільки третейські суди, які бачили перспективи розвитку у сфері

звичної арбітражної практики, «забивалися» недобросовісними конкурентами, які надавали корупційні послуги, що конкурували з аналогічними послугами державних судів. Саме через діяльність таких недобросовісних третейських судів у суспільстві почало складатись негативне відношення до третейських судів загалом, яке обтяжувалося тим, що подекуди окремі третейські суди вчиняли дії більш ганебні і незаконні, аніж суди державні, а механізми скасування рішень третейських судів були вкрай обмежені законом. Це призвело до того, що в окремих випадках рішення третейських судів, які були очевидно незаконними з точки зору матеріального права, стали скасовуватися державними судами попри відсутність відповідних процесуальних прав. Зазначене посилювало позицію державних судів у конкурентній боротьбі з третейськими судами.

Такий стан призвів до того, що у 2009 році були внесені зміни до законодавства, якими третейські суди позбавили права вирішувати спори стосовно нерухомості та корпоративних прав. Мотиви ухвалення Верховною Радою України закону про таке обмеження компетенції були викладені в пояснювальній записці до законопроекту – третейські суди звинувачувалися у некомпетентності. Незважаючи на велику кількість формально зареєстрованих третейських судів, сьогодні працюють лише поодинокі суди.

Сьогодні успішно працюють переважно третейські суди, які вирішують цивільні спори, що впливають з невиконання боргових зобов'язань за договорами позики. У цілому, ця сфера застосування третейських судів вирішила свою мету, запровадивши альтернативний механізм стягнення зокрема кредитних заборгованостей. Цьому сприяє той факт, що судовий збір за вирішення цих спорів у судах є високим (від 1600 гривень за позовами юридичних осіб), порівняно зі ставками третейського збору в третейських судах. Наразі, сьогодні майже всю практику третейських судів складають справи за позовами банків про стягнення заборгованостей з кредитних позичальників.

Відповідно до змін від 03.02.2011 року до ст.6 Закону України «Про третейські суди» з компетенції третейських судів було вилучено «спори щодо захисту прав споживачів, у тому числі споживачів послуг

банку (кредитної спілки)». Законодавець очевидно мав на увазі обмежити третейські суди в праві вирішувати спори щодо захисту прав споживачів, які за природою можуть ініціюватися виключно за позовом споживача (фізичної особи), в якому зазначається про порушення його споживчих прав. Зазначена норма та практика її застосування Верховним Судом України сприяла утворенню непорозуміння та конфлікту між третейськими судами та державними судами. Наслідком цього є позиція Верховного Суду України в декількох справах (починаючи з вересня 2015 року), які спрямували державні суди на шлях невизнання рішень, прийнятих третейськими судами за цивільними позовами до кредитних позичальників. Відповідно до правової позиції Верховного Суду України такі рішення вважаються рішеннями «щодо захисту прав споживачів», незважаючи на те, що вони приймалися не за позовами споживачів, та не з приводу захисту прав споживачів, а за звичайними цивільними позовами кредиторів (переважно банків) до позичальників про стягнення заборгованостей.

Запровадивши норму про заборону третейським судам вирішувати споживчі спори, законодавець значно обмежив споживачів у способах правового захисту, залишивши єдиний безальтернативний шлях звернення до суду, що не є оптимальним для споживчих спорів, які часто є дрібними та потребують вирішення більш швидкого і доступного, аніж через звернення до суду.

Отже, ця проблема також потребує окремого врегулювання, зокрема із застосуванням досвіду, практики та стандартів держав-членів Ради Європи, які в цій частині є досить розвиненими і детальними.

Розділ II

Світова практика та європейські стандарти у сфері арбітражу

Арбітраж як спосіб вирішення спорів пропонує розв'язання спорів недержавними арбітрами (третейськими суддями) з винесенням рішення, обов'язкового для сторін, та включає внутрішньодержавні третейські суди, міжнародний комерційний арбітраж, міжнародний інвестиційний арбітраж, міждержавний арбітраж.

У теорії права арбітраж застосовується при визначенні широкого кола юрисдикційних сфер застосування кола суб'єктів. Арбітраж переважно є способом вирішення спорів у комерційній сфері, сторонами яких є підприємства.

Термін «внутрішній арбітраж» є застосовним в Україні та деяких пострадянських країнах (зокрема Білорусь, Російська Федерація), де існує розподіл на міжнародний арбітраж та внутрішній, що уособлюють третейські суди. Говорити про наявність певних єдиних, зокрема європейських стандартів у галузі арбітражу складно. Арбітраж регулюється міжнародним законодавством, таким як типові закони Комісії ООН з права і міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) та Конвенція про визнання та приведення до виконання міжнародних арбітражних рішень (Нью-Йорк, 1959 рік), ратифікованою багатьма країнами світу, в тому числі Україною.

Загалом у країнах західних демократій Європи та країнах постсоціалістичних, що успішно імплементували досвід побудови арбітражних механізмів (Польща, Словаччина тощо), арбітраж не має розподілу на міжнародний і внутрішній та переважно використовується для вирішення спорів, що впливають з договорів у комерційній (торговій) сфері та між комерційними підприємствами.

Отже, як ми бачимо, в Україні існують наступні основні відмінності від звичних для країн ЄС принципів побудов арбітражу:

1. Існує розподіл на міжнародний арбітраж і внутрішній (третейські суди);
2. Існує обмеження компетенції третейських судів, що розповсюджується на певні предмети спору і спірні відносини (нерухоме майно, корпоративні права, споживчі спори).

Окремою сферою, досить ретельно врегульованою в законодавстві держав-членів Ради Європи, є застосування ABC при захисті прав споживачів.

З огляду на те, що в Україні вже існують проблеми, які наведені в попередньому розділі, з обмеженням права третейських

судів вирішувати справи щодо захисту прав споживачів, слід проаналізувати європейські стандарти з цього питання для напрацювання рекомендацій з удосконалення національного законодавства.

Європейським парламентом і Радою Європейського Союзу прийнято ряд директив стосовно АВС в сфері споживання, які передбачають забезпечити в законодавствах країн-членів застосування методів АВС у сфері споживання. В директиві зазначено, що АВС передбачає просте, швидке, недороге позасудове вирішення спорів між споживачами та продавцями.

Правове регулювання організації та функціонування системи АВС здійснюється за допомогою Директиви 2013/11/ЄС від 21 травня 2013 року про позасудове врегулювання споживчих спорів, що змінила Регламент 2006/2004 і Директиву 2009/22/ЄС (Директива про позасудове врегулювання споживчих спорів).

Відзначимо, що раніше приймалися акти щодо альтернативного вирішення спорів, а саме Рекомендації Європейської Комісії 98/257 / ЄС від 30 березня 1998 року про принципи, застосовні до органів, відповідальних за позасудове врегулювання споживчих спорів, і Директива 2001/310/ЄС від 4 квітня 2001 року про принципи для позасудових органів, які здійснюють вирішення споживчих спорів.

Зі змісту ст. 2 Директиви 2013/11/ЄС випливає, що АВС може бути використана при вирішенні саме споживчих спорів, тобто споживач (а Директива 2013/11/ЄС визначає споживача як «будь-яку фізичну особу, яка діє в цілях, що не мають відношення до його професійної або підприємницької діяльності») є тим суб'єктом, наявність якого в суперечці визначає можливість застосування АВС відповідно до Директиви 2013/11/ЄС.

Вирішення споживчих спорів у позасудовому порядку ЄС довіряє організаціям з позасудового вирішення спорів. Крім того, вживаються заходи та активно запроваджуються інструменти інтерактивного вирішення спорів (IBC), зокрема в онлайн режимі. Приміром, у Латвії

у 2015 році було прийнято закон «Про органи вирішення споживчих спорів». Системи альтернативного і інтерактивного вирішення спорів функціонують в ЄС не тільки щодо захисту прав споживачів, а й в інших сферах правового регулювання.

Розділ III.

Огляд реформ третейських судів на «пострадянському просторі».

Загалом, більшість «постсоціалістичних» країн (наприклад Польща, Словаччина) пішли шляхом ухвалення демократичних законів, якими допускається застосування арбітражу без розділення його на внутрішній та міжнародний, і мають успішні та працюючі моделі його функціонування. Цьому сприяла системність перетворень, включаючи судову реформу та дерегуляцію, внаслідок чого арбітраж майже не використовувався в неприродній для нього спосіб та для досягнення іншої мети, як це відбулося в Україні.

З країн, досвід яких є подібним до українського, у питанні реформи третейських судів цікавим є досвід Латвії. Так, Латвія зіткнулася з тими ж проблемами, що й Україна – з великою кількістю третейських установ (213 на 2012 рік) та їхньою низькою якістю, що виражалося в застосуванні їх для мети «рейдерства».

Тривалий час, з 2011 року, дискутувався варіант залишення третейських судів при організаціях, які відповідають певним вимогам щодо:

- кількості учасників;
- строку існування;
- річного обігу коштів не менше певної суми.

Проте зрештою було напрацьовано і реалізовано в формі закону «Про третейські суди», який набрав чинності з 1 січня 2015 року, підхід підвищення вимог до третейських судів.

Зокрема, за новим законом третейські суди:

- утворюються лише неприбутковими організаціями;

- повинні бути забезпечені приміщеннями для роботи;
- повинні мати інтернет-сайт з певною інформацією;
- мати список третейських суддів не менше 10 осіб;

Підвищення вимог уже призвело до закриття більшості третейських судів у Латвії, які фактично не працювали, та як результат відзначається підвищення довіри до третейських судів. На тлі того, що в країні ефективно працює судова система, Латвія повертається на шлях природнього розвитку арбітражу в звичній для європейських країн формі. Проте, ці реформи в Латвії відбуваються в умовах значної трансформації судової системи, яка функціонує на демократичних принципах, чого, на жаль, ще не відбулося в Україні. Це потрібно враховувати, аналізуючи можливість запозичення зазначеного досвіду.

Третейська реформа також здійснюється в Російській Федерації. Організаційні заходи цієї реформи є цікавими, проте не супроводжуються та не синхронізуються з перетвореннями в судовій системі на тлі несприятливого становища із захистом прав людини та проблем із забезпеченням гарантій незалежності суддів. Закон «Про арбітраж (третейський розгляд)» від 25 грудня 2015 року замінив Закон «Про третейські суди» в Російській Федерації. Законом визначено створення третейських судів лише при неприбуткових організаціях та їхню обов'язкову реєстрацію актом Уряду. Також визначені умови можливості адміністрування спору на території Росії іншою міжнародною арбітражною установою. При цьому сферу компетенції Міжнародного арбітражного комерційного суду при Торгово-промисловій палаті РФ розширено правом вирішувати спори між резидентами.

Недоліком наведеного закону є невизначеність чітких вимог до неприбуткової організації, при якій може бути утворена постійно діюча арбітражна інституція, характеризовані визначенням: «репутація, масштаб і характер діяльності з урахуванням складу її засновників...». Дозвіл на функціонування арбітражної інституції має надаватися урядовим органом за поданням Ради з удосконалення третейського розгляду, що утворюється урядом, і має складатися

з представників ділової спільноти та правників, але не менш ніж на третину з державних службовців. Є ризик, що в державі, що тяжіє до авторитарності в управлінні, таке законодавство дасть підставу для фактично «ручного керування» процесом утворення та діяльністю арбітражних інституцій. Разом з тим, ряд новацій з позиції юридичної техніки є досить передовим і можуть бути враховані при проведенні реформи внутрішнього арбітражу в Україні.

Розділ IV

Пропозиції змін до законодавства

Отже, метою реформи має бути створення дієвої та ефективної системи недержавних внутрішніх арбітражів, для чого потрібно суттєво вдосконалити законодавство.

Перелік законодавчих актів, які потребують змін:

1. Закон України «Про третейські суди»;
2. Цивільний процесуальний кодекс;
3. Господарський процесуальний кодекс.

У цій роботі потрібно врахувати як більш ніж десятирічний досвід роботи третейських судів, так і іноземний досвід, де система арбітражу функціонує століттями, і досвід інших країн, де проводилися подібні реформи.

Український досвід показує, що:

- утворення третейських судів на тлі значних проблем у судовій системі, таких як корупція, адміністративний вплив, виконання судами несприятливих їм у демократичних державах функцій, внаслідок обтяження законодавства корупціогенними нормами, лише призвело до переносу цих проблем донароджуваних третейських судів;
- розвиток альтернативних методів вирішення спорів має відбуватися на тлі побудови незалежної, якісної судової системи та широкої дерегуляції і скасування корупціогенних нормативних обмежень у сфері бізнесу, обігу нерухомого майна та реєстрації прав;
- надання права створення третейських судів широкому колу суб'єктів за наведених обставин призвело до подальшої дискредитації

та втрати довіри до третейських судів.

Враховуючи цей досвід, при реформуванні слід дотримуватися таких основних принципів:

- реформа третейських судів має відбуватися паралельно та з урахуванням кроків з втілення судової реформи державних судів;
- на етапі становлення неможливе об'єднання внутрішнього та міжнародного арбітражу; отже, реформування внутрішнього арбітражу має метою наближення його до стандартів та якості міжнародного, проте не має зачіпати функціонування в цілому успішного міжнародного арбітражу;
- компетенція внутрішніх арбітражів має відповідати за обсягами звичайній компетенції арбітражів та не повинна бути «урізаною» в спосіб та в обсягах, що суперечать світовій практиці і стандартам.

В результаті в Україні мають функціонувати третейські суди, забезпечені кваліфікованими третейськими суддями, з числа осіб, які мають відповідний фаховий рівень та репутацію. Отже, при створенні третейських судів бажано запровадити певний фільтр у формі підвищення вимог до організацій, при яких вони можуть утворюватися.

Закон «Про третейські суди».

Закон потребує внесення змін, зокрема, в наступних напрямках.

Термін «постійно діючий» не слід включати до назви третейського суду, як це є зараз, а позначати ним на рівні закону всі зареєстровані третейські суди. Вимоги до організацій, при яких можуть бути утворені третейські суди, слід підвищити. Такими організаціями мають бути лише неприбуткові недержавні організації, вимоги до яких слід уточнити з врахуванням минулого досвіду роботи третейських судів.

Крім того, потрібно зберегти право утворювати третейські суди при торгово-промислових палатах, які мають особливий правовий статус та діють на підставі окремого закону «Про торгово-промислові палати в Україні» №671/97-вр. До Торгово-промислової палати України та регіональних палат існує довіра підприємців, третейські суди при палатах добросовісно використовували наявні повноваження та не використовувалися в «схемах судового рейдерства». Крім того,

торгово-промислові палати об'єднують велику кількість підприємств та підприємців та мають необхідну для функціонування арбітражу матеріальну базу та приміщення у всіх регіонах. До того ж, традиційно у світі арбітраж неподільно пов'язаний з торговими палатами та саморегулюванням підприємців у визначенні спільних правил ведення бізнесу та врегулювання спорів.

Надаючи право іншим організаціям створювати постійно діючі арбітражні інституції, слід передбачити, що таке право може бути надано:

1. лише неприбутковим організаціям;
2. організаціям, які мають репутацію та ведуть суспільно значущу діяльність, що можливо ідентифікувати за:
 - строком існування;
 - кількістю учасників;
 - систематично та на постійній основі реалізованими статутними завданнями;
3. здатні забезпечити третейський суд постійним приміщенням та надати інші матеріальні засоби для функціонування.

Реєстрація постійно діючих арбітражних інституцій має здійснюватись Державною реєстраційною службою за попереднім рішенням колегіального органу, до компетенції якого має входити перевірка на відповідність вимогам до утворення третейського суду. Цей орган має цілком складатися з представників організацій, що захищають інтереси бізнесу, науковців та юристів, які мають досвід у галузі арбітражу та третейського розгляду. У майбутньому роль такого органу зможе виконувати Третейська палата України як орган самоврядування третейських суддів.

Компетенція постійно діючих арбітражних інституцій має бути повною, за винятком обмежень, що традиційно допускаються – колом спорів, обтяжених публічним елементом (таких, що потребують наступного вчинення дій державними органами).

Зміни до процесуальних кодексів – цивільного та господарського.
Здебільшого, попередні побажання стосовно змін до

процесуальних кодексів були враховані при розробці проектів цивільного та господарського процесуальних кодексів, які були затверджені Радою з питань судової реформи при Президенті України. Зокрема, проекти містять положення, спрямовані на підтримку арбітражу і третейського розгляду в частині забезпечення доказів та забезпечення позову, уніфіковані процедури оскарження і приведення до виконання арбітражних і третейських рішень. Допускається спільний розгляд заяв про оскарження і приведення до виконання рішення третейського суду.

Є бажаним зосередження функцій судового контролю за арбітражем і третейськоим розглядом у межах провадження загальними цивільними судами та виведення цього предмету з регулювання Господарського процесуального кодексу. Детальні зауваження можливо буде викласти після опублікування проектів процесуальних кодексів в редакціях, у яких вони будуть зареєстровані як законопроекти.

Особливості перехідного періоду.

З метою уникнення негативного ефекту від припинення діяльності великої кількості третейських судів і недопущення порушення прав осіб, які вже уклали третейські угоди про розгляд справ третейськими судами, слід передбачити норму про те, що «старі» третейські суди протягом певного часу можуть вирішувати спори за третейськими угодами, що були укладені до набрання чинності змінами до закону, в межах «старої» компетенції.

ОСОБЛИВОСТІ ФУНКЦІОНУВАННЯ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ В УКРАЇНІ

*Наталія Кузнєцова, д.ю.н., професор кафедри цивільного
права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка*

м. Київ, 2017

Міжнародний комерційний арбітраж є однією з найбільш поширених форм альтернативного вирішення спорів. Його «виребуваність» обумовлена розвитком міжнародних економічних зв'язків, передусім міжнародної торгівлі.

Зростання популярності міжнародного комерційного арбітражу пов'язана із значними перевагами, які надаються учасниками зовнішньоекономічних відносин, які обирають саме цей спосіб розгляду та врегулювання спорів.

Сторони беруть більш активну участь у самій процедурі арбітражного розгляду:

1. в процесі **визначення арбітражного складу** – сторони самі визначають арбітрів, які розглядатимуть справу;

2. в процесі **визначення процедури розгляду** – сторони мають широкі можливості впливати на порядок розгляду справи.

Загалом, будь-яка держава об'єктивно зацікавлена у розвитку арбітражних інституцій.

В Україні за часів СРСР як і в інших союзних республіках міжнародні арбітражні інституції були відсутні, оскільки існувала державна монополія зовнішньої торгівлі – функції вирішення зовнішньоторговельних спорів виконували арбітражні органи при Торговельно-промисловій палаті СРСР у Москві.

Формування політичної та економічної незалежності України після розпаду СРСР викликало значний сплеск активності українських підприємців у зовнішньоекономічній сфері, що об'єктивно обумовило необхідність створення національного міжнародного комерційного арбітражу в нашій державі.

Не зупиняючись на історичних перипетіях цього процесу, про це багато написано в нашій юридичній літературі, обмежимося тим, що у 1992 році при ТПП України був заснований Міжнародний комерційний арбітражний суд, Президією ТПП затверджений його Регламент, Рекомендаційний список арбітрів, Положення про арбітражні збори та витрати.

24 лютого 1994 року був прийнятий перший Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Цей закон був розроблений на основі Типового Закону ЮНСІТРАЛ «Про міжнародний торговельний арбітраж» (1985 р.). Більше того, цей Закон України **текстуально** співпадає з Типовим законом ЮНСІТРАЛ. Цьому є декілька пояснень.

Перше. Об'єктивно Україна в 90-х роках не мала самостійного досвіду як регламентації зовнішньоекономічної діяльності, так і власної практики вирішення зовнішньоекономічних спорів.

Друге. Прийняття Закону про МКА проходило в доволі непростій ситуації – опоненти і в депутатському середовищі, і в судових та правоохоронних органах активно протидіяли формуванню законодавчої основи МКА.

Між іншим слід зазначити, що серед загальносвітових тенденцій регулювання третейського розгляду спорів є характерним **процес уніфікації відповідних правил вирішення спорів в арбітражі**. Це обумовлено прагненням забезпечити найбільш **раціональний** порядок розгляду і вирішення спорів.

Безумовно, не можна не враховувати, що в цілому арбітраж носить консенсуальний характер, він базується на угоді сторін, це впливає на певні особливості окремих регламентів, які діють в інституційних арбітражах.

Додатком №1 до Закону про МКА було затверджене «Положення про Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торговельно-промисловій палаті України», а **Додатком №2** – «Положення про Морську арбітражну комісію при ТПП України».

Відповідно до цих документів МКАС є самостійною постійно діючою арбітражною установою (Третейським судом), що здійснює свою діяльність згідно з Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Торгово-промислова палата України затверджує Регламент МКАСу, порядок обчислення арбітражного збору, ставки гонорарів арбітрів та інших витрат суду, сприяє його діяльності.

До МКАСу можуть передаватися за угодою сторін на вирішення:

- спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, які виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї із сторін спору знаходиться за кордоном,

а також:

- спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їх учасниками, а так само їх спори з іншими суб'єктами права України.

За своїм характером це можуть бути спори стосовно купівлі-продажу, виконання робіт, обміну товарами/послугами, представництва, посередництва, переведення... тобто весь спектр приватно-правових відносин за участю іноземних суб'єктів (у широкому їх розумінні).

Водночас питання про можливість передання того чи іншого зовнішньоекономічного спору на вирішення МКАСу є доволі складним (якщо не сказати категоричніше – заплутаним!)

З чим це пов'язано? Перш за все, з множинністю нормативних актів, які створюють певні колізії:

1. Закон про МКА (лютий, 1994 року);
2. Закон про третейські суди;
3. ГПК України;
4. ЦПК України.

Ст. 1 (ч. 2, ч. 3) Закону про МКА, яка була наведена вище, зазначила коло спорів за предметно-суб'єктною ознакою, які за згодою сторін можуть передаватися на розгляд МКАСу.

Предметна ознака: спори з договірних та інших цивільно-пра-

вових відносин, що виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків.

Суб'єктна ознака: наявність серед сторін зарубіжного комерційного підприємництва, підприємництва з іноземними інвестиціями, міжнародних об'єднань та організацій.

Ст. 6 Закону України «Про третейські суди» («Підвідомчість справ третейським судам»)

Третейські суди можуть розглядати будь-які справи, що виникають із цивільних та господарських правовідносин, **за винятком:**

1. справ у спорах про визнання недійсними нормативно-правових актів;

2. справ у спорах, що виникають при укладенні, зміні, розірванні та виконанні господарських договорів, пов'язаних із задоволенням державних потреб;

3. справ, пов'язаних із державною таємницею;

4. справ у спорах, що виникають із сімейних правовідносин, крім справ у спорах, що виникають із шлюбних контрактів (договорів);

5. справ про відновлення платоспроможності боржника чи визнання його банкрутом;

6. справ, однією із сторін в яких є орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова особа чи інший суб'єкт під час здійснення ним владних управлінських повноважень на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень, чи державна установа, організація, казенне підприємство;

7. справ у спорах щодо нерухомого майна, включаючи земельні ділянки;

8. справ про встановлення фактів, що мають юридичне значення;

9. справ у спорах, що виникають з трудових відносин;

10. справ, що виникають з корпоративних відносин у спорах між господарським товариством та його учасником (засновником, акціонером), у тому числі учасником, який вибув, а також між учасниками (засновниками, акціонерами) господарських товариств, пов'язаних із створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності цих товариств;

11. інших справ, які відповідно до закону підлягають вирішенню виключно судами загальної юрисдикції або Конституційним Судом України;

12. справ, коли хоча б одна із сторін спору є нерезидентом України;

13. справ, за результатами розгляду яких виконання рішення третейського суду потребуватиме вчинення відповідних дій органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими чи службовими особами та іншими суб'єктами під час здійснення ними владних управлінських функцій на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень;

14. справ у спорах щодо захисту прав споживачів, у тому числі споживачів послуг банку (кредитної спілки).

Ст. 17 ЦПК України, визначаючи можливість передати справу на розгляд третейського суду, закріплює право сторін передати спір на розгляд третейського суду, **крім випадків, визначених законом**.

Тобто, слід керуватися переліком із 14 пунктів, зазначених у ст. 6 Закону про третейські суди.

Принагідно зазначимо, що згідно із ст. 1 Закону України «Про третейські суди», **дія цього закону не поширюється на міжнародний комерційний арбітраж**.

Таким чином, і встановлені ст. 6 Закону обмеження діють тільки стосовно внутрішніх третейських судів.

На відміну від ЦПК України, ГПК України у ч. 2 ст. 12 (редакція якої неодноразово змінювалася та доповнювалася), передбачає наступне: підвідомчий господарським судам спір може бути передано сторонами на вирішення третейського суду, крім спорів:

- про визнання недійсними актів;

а також

- спорів, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні господарських договорів, пов'язаних із задоволенням державних потреб;

- спорів, передбачених пунктом 4 частини 1 цієї статті (спорів, що

виникають з корпоративних відносин);
- інших спорів, передбачених законом.

Судова практика неоднозначно тлумачить ст. 12 ГПК України стосовно того, чи обмежує вона можливості передачі зазначених категорій справ на розгляд МКА?!

Наразі в нових редакціях процесуальних кодексів (ЦПК України, ГПК України) це питання має бути вирішене на уніфікованій основі, з тим, щоб було забезпечене нормативне підґрунтя для формування єдиних підходів у судовій практиці.

Серед актів, які впорядковують діяльність МКАС при ТПП України як постійно діючої міжнародної арбітражної установи, надзвичайно важливе значення відіграє регламент МКАС при ТПП України, який затверджений рішенням Президії ТПП України 17 квітня 2007 року (з наступними змінами).

В цьому документі, який охоплює як організацію діяльності МКАС, так і важливі процесуально-процедурні аспекти розгляду справ, не тільки відтворені основні норми як самого Закону України про МКА та затвердженого ним Положення про МКАС при ТПП України, але й закріплені положення, які деталізують ці нормативні акти.

Водночас, безумовно життя не стоїть на місці – типовий Закон ЮНСІТРАЛ, який був фактично «продубльований» в Законі України про МКА, був істотно доповнений редакцією 2006 року стосовно форми (письмової) арбітражного застереження, стосовно тлумачення Типового закону, стосовно забезпечувальних заходів.

Чвертьвіковий досвід функціонування МКА в Україні сформулював власну арбітражну практику, яка дає можливість визначати шляхи вдосконалення арбітражної процедури і в цілому організації міжнародного комерційного арбітражу.

У жовтні 2016 року відбулося широке обговорення у МКАСі при ТПП України Регламенту МКАС за участю як українських, так і зарубіжних

арбітрів, адвокатів, які здійснюють представництво інтересів клієнтів у МКА, науковців. Сподіваємося, що висловлені пропозиції, як надіслані, так і ті, що пролунали у виступах, слугуватимуть підґрунтям для підготовки Регламенту, який буде збалансовано відбивати інтереси всіх учасників арбітражу і забезпечувати ефективний (у всіх аспектах) розгляд і вирішення міжнародних комерційних спорів.

І ще про один важливий аспект проблеми розвитку міжнародного комерційного арбітражу в Україні – законодавче сприяння і державна підтримка цієї інституції. Інвестиційна привабливість держави безпосередньо пов'язана із проарбітражним характером її національного законодавства.

В Україні триває судова реформа, в процесі якої має бути вирішене непросте питання – забезпечення реальної незалежної судової влади і повернення довіри до неї.

Прийняті важливі зміни до Конституції України, оновлено законодавство про судоустрій. На порядку денному – зміни до процесуальних кодексів.

Оприлюднені проекти змін до ЦПК і ГПК України викликають неоднозначну оцінку. Можна зазначити значну кількість позитивних новел, які пропонуються в проекті нового ЦПК, які враховують особливості МКА і мають дійсно проарбітражний характер:

- заява про скасування рішення МКА подається до апеляційного суду, юрисдикція якого поширюється на місто Київ (сьогодні це Шевченківський місцевий суд в м. Києві);

- значною мірою деталізований процесуальний порядок розгляду заяв про скасування рішень МКА (у проекті нового ЦПК України передбачений розділ VIII «Проведення у справах про оскарження рішень третейських судів, міжнародних комерційних арбітражів»;

- у розділі IX проекту удосконалена процедура визнання в Україні рішень МКА та надання дозволу на їх примусове виконання.

На наш погляд, з юридико-технічної точки зору коректно в проекті ЦПК (як і в чинному кодексі) вирішене питання про те, які спори можуть передаватися на розгляд третейських судів – зроблена відсилка до

інших (профільних) законів.

Можна назвати й інші позитивні новели.

Водночас в проекті ГПК начебто змінився «вектор» ставлення до МКА.

Якщо ст. 12 чинного ЦПК встановлює перелік з 14 пунктів щодо категорій спорів, які не можуть розглядатися Третейськими судами і судова практика при застосуванні цієї норми (хоча і обережно), але поширює цю норму на внутрішні третейські суди, які діють на основі Закону України «Про третейські суди» (цей Закон, як вже зазначалося, не діє на МКА), то в новому проекті ГПК у цьому питанні поставлено знак тотожності між Третейським судом і МКА!

Навряд чи слід детально зупинятися на тому, що в цілому МКА також є за своєю природою третейським судом, у своїй діяльності (в тому числі і за характером спорів) він докорінно відрізняється від внутрішніх третейських судів.

Будемо сподіватися, що проарбітражно налаштованій юридичній спільноті вдасться донести ці ідеї до тих, хто буде приймати цей кодекс.

МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖ В УКРАЇНІ: АСПЕКТИ, ЯКІ ПОТРЕБУЮТЬ ВДОСКОНАЛЕННЯ

Перепелинська Олена

партнер та голова арбітражної практики в країнах СНД

МЮФ INTEGRITES,

Президент Української Арбітражної Асоціації

Протягом останніх років багато держав почали активно розвивати арбітраж у своїх юрисдикціях та вдосконалювати своє арбітражне законодавство, адже це дає багато переваг для місцевих арбітражних спільнот, зокрема і для держав у цілому. Україна не стоїть осторонь цих процесів і працює над реформами у цій сфері.

Регулювання міжнародного арбітражу в Україні

На даний час Україна є стороною всіх найважливіших міжнародних договорів у сфері міжнародного арбітражу.

Зокрема, вона є одним із підписантів (окремо від СРСР) Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень (Нью-Йорк, 1958) та Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж (Женева, 1961), які набули для неї чинності ще за радянських часів та продовжили свою дію після проголошення Україною незалежності відповідно до Закону України «Про правонаступництво України» №1543-XII від 12.09.1991 року, згідно зі статтею 6 якого Україна підтвердила «свої зобов'язання за міжнародними договорами, укладеними Українською РСР до проголошення незалежності України».

У сфері міжнародного інвестиційного арбітражу Україна також ратифікувала Конвенцію про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами (Вашингтон, 1965), Договір до Енергетичної Хартії та, крім того, є стороною понад 70 двосторонніх договорів про сприяння та взаємний захист інвестицій.

Що ж стосується національного законодавства, то питання міжнародного арбітражу регулюються окремим законом - «Про міжнародний комерційний арбітраж» №4002-XII від 24.02.1994 року, -розробленим на основі Типового закону ЮНСІТРАЛ «Про міжнародний торговельний арбітраж» (1985) (далі – «**Закон про МКА**»).

Окремі питання судового контролю врегульовані у розділі VII-1 (щодо оспорування рішень міжнародного комерційного арбітражу) та розділі VIII (щодо виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу) Цивільного процесуального кодексу України №1618-IV від 18.03.2004 року (далі – «**ЦПК**»).

Останні роки активно дискутується питання застосування до міжнародного арбітражу окремих положень Господарського процесуального кодексу України №1798-XII від 06.11.1991 року (далі – «ГПК»), зокрема його статті 12, яка була суттєво змінена ще у 2011 році.

Основні проблеми міжнародного арбітражу в Україні

В цілому регулювання міжнародного арбітражу в Україні відповідає кращим світовим стандартам, і більшість проблем у цій сфері виникають у зв'язку з недосконалістю процесуального законодавства у питаннях, пов'язаних із міжнародним арбітражем.

Зокрема, на даний час в українському процесуальному законодавстві повністю відсутні положення щодо сприяння міжнародному арбітражу, що не дозволяє українським судам вживати заходів забезпечення на підтримку міжнародному арбітражу чи надавати судове сприяння в отриманні доказів, необхідних в міжнародному арбітражі, хоча можливість звернення до державних судів з цих питань прямо передбачена статтями 9 та 27 Закону про МКА.

Існуюче процесуальне регулювання щодо контролю за міжнародним арбітражем також містить багато недоліків та прогалин, які суттєво знижують його ефективність та, відповідно, і привабливість міжнародного комерційного арбітражу в цілому. Адже тривалість процедури судового контролю, яка може проходити три, а інколи і чотири судових інстанції, нівелює переваги міжнародного арбітражу.

Зокрема, в ЦПК відсутня спеціальна процедура оспорування арбітражних рішень, винесених згідно з Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Розділ VII-1 ЦПК регулює процедуру оскарження рішень третейських судів, винесених відповідно до Закону України «Про третейські суди» №1701-IV від 11.05.2004 року (далі – ***Закон про третейські суди***»), та не враховує специфіку міжнародного арбітражу, тож застосування його положень за аналогією до рішень міжнародного арбітражу породжує багато

практичних проблем. При цьому, оскільки Закон про третейські суди не передбачає оспорування/оскарження постанов третейського суду, Розділ VII-1 ЦПК не містить жодних положень, які хоча б за аналогією можна було застосувати до процедури оспорування постанов міжнародного комерційного арбітражу, і ця процедура залишається нерегульованою.

Існуюча процедура визнання та виконання рішень міжнародного арбітражу також має багато недоліків, зокрема у питаннях добровільного виконання арбітражного рішення, валюти стягнення та нарахування відсотків.

Окремо необхідно відзначити недосконале регулювання питання арбітрабельності та виконання арбітражних застережень, яке породжує багато практичних проблем, як до, так і після арбітражного провадження.

Чому ці аспекти потребують вдосконалення?

Як показує досвід розвинених арбітражних юрисдикцій, «правильний» судовий контроль та підтримка дають чимало переваг та вигід відповідній юрисдикції.

Перш за все, це покращує рейтинг 'doingbusiness' у відповідній юрисдикції та, відповідно, робить її більш привабливою для інвестицій.

Проарбітражна судова практика робить юрисдикцію більш привабливою як місце арбітражу, а це, в свою чергу, зменшує відтік «своїх» спорів в інші юрисдикції, дозволяє стати нейтральним майданчиком для суто іноземних спорів, створює додаткову роботу для адвокатів, арбітрів та суддів цієї юрисдикції, та в кінцевому рахунку збільшує надходження до держбюджету у вигляді судових зборів і податків. Крім того, це створює додаткові переваги для місцевих користувачів арбітражу, яким легше погодити місце арбітражу у своїй рідній юрисдикції, яка є для них більш комфортною і менш витратною.

Яскравим прикладом для України можуть слугувати такі

юрисдикції, як Англія та Швейцарія, які шляхом реформування свого арбітражного законодавства та формування проарбітражної судової практики стали одними з найбільш привабливих місць арбітражу у світі, що щорічно приносить у бюджети цих країн мільйони доларів США.

Приклад цих країн дає відповідь на питання, яким же має бути судовий контроль/сприяння щодо арбітражу. Перш за все, він має бути максимально проарбітражним, а це вимагає високого рівня компетенції та глибокого розуміння суддями державних судів особливостей міжнародного арбітражу. По-друге, такий контроль і сприяння мають бути максимально швидким та ефективним, аби не нівелювати переваги міжнародного арбітражу як способу розв'язання спорів. Вони не обов'язково мають бути «дешевими», адже складність питань, які часто постають у цій категорії справ, та необхідність запобігати можливим процесуальним зловживанням обумовлюють досить високі судові витрати та суми зустрічних забезпечень для таких справ. В будь-якому разі, будь-які дії державних судів щодо міжнародного арбітражу не повинні виходити за межі, встановлені статтею 5 Закону про МКА: *«З питань, що регулюються цим Законом, ніяке судове втручання не повинно мати місця, крім як у випадках, коли воно передбачене в цьому Законі».*

Проекти реформ в Україні

На даний час існує декілька законодавчих ініціатив, спрямованих на вирішення описаних вище проблем.

Одна з них – це Законопроект №4351, який був зареєстрований у Верховній Раді України 31.03.2016 та на даний час чекає на перше читання. В його основу покладено напрацювання Української Арбітражної Асоціації.

Структурно Законопроектом №4351 пропонується додати до ЦПК нову Главу - VIII-1, в якій врегулювати всі питання судового контролю та сприяння щодо міжнародного арбітражу, зокрема: процедуру скасування рішень та постанов міжнародного арбітражу (Частина

1), процедуру визнання та виконання арбітражних рішень (Частина 2), процедуру надання судової підтримки міжнародному арбітражу (Частина 3).

Крім того, Законопроектом №4351 пропонуються зміни до ГПК, Закону України «Про судовий збір», а також до статті 6 Закону про МКА.

Іншою ініціативою, яка зачіпає судовий контроль та підтримку щодо міжнародного арбітражу, є комплексна реформа процесуального законодавства України в рамках судової реформи. Так, Радою з питань судової реформи розроблено проекти змін до ЦПК та ГПК, які, серед іншого, пропонують рішення існуючих проблем та прогалин у процесуальному законодавстві України у питаннях, що стосуються міжнародного арбітражу.

Згідно з проектами змін до кодексів, оприлюднених на сайті Ради з питань судової реформи, основні положення про судовий контроль та підтримку щодо міжнародного арбітражу містяться у ЦПК, щоправда структурно ці положення «розкидані» по кодексу. Наприклад, процедури судової підтримки знаходяться в розділі «Загальні положення» у різних главах, що регулюють питання доказів та забезпечення позову. Питання судового контролю рознесені по різних розділах ЦПК і в цій частині в проекті знайшли відображення багато з пропозицій Української Арбітражної Асоціації.

На відміну від Законопроекту №4351, робоча група Ради з питань судової реформи вирішила включити до проекту ГПК низку положень, які регулюють арбітрабельність, що викликало багато критики та зауважень у арбітражній спільноті.

Скільки судових інстанцій мають здійснювати контроль?

Безумовно, швидкість та ефективність судового контролю по відношенню до міжнародного арбітражу безпосередньо залежить від кількості судових інстанцій, які такий контроль здійснюють, адже кожна додаткова «ланка» може подовжити цей процес на декілька місяців, а може й років.

Перспектива того, що після розгляду справи в арбітражі необхідно буде пройти довгий та тернистий шлях для виконання арбітражного рішення, може відлякнати потенційний користувачів від вибору міжнародного арбітражу для вирішення спорів між ними.

Якщо подивитись на досвід розвинених арбітражних юрисдикцій Європи, то, наприклад, в Швейцарії та Австрії судовий контроль передано одній найвищій судовій інстанції, яка виносить остаточне рішення, а в Швеції та Франції ці функції передані апеляційним судам, рішення яких можуть бути оскаржені до Верховного суду відповідної юрисдикції.

В Україні на даний час у питаннях оспорування та виконання рішень міжнародного арбітражу можна пройти три, а інколи і чотири судових інстанцій – від загального місцевого суду до Верховного Суду України, при чому, можливо, і по кілька «кіл».

До 2005 року ситуація була значно кращою: ці питання розглядалися апеляційними судами, ухвали яких могли бути оскаржені до Верховного суду України.

Ця модель була значно кращою та ефективною, тож всі існуючі проекти реформ пропонують повернутися до неї, щоправда, з деякими модифікаціями.

Так, Законопроект №4351 передбачає зменшення кількості судових інстанцій у розгляді усіх пов'язаних з арбітражем питань, включаючи визнання та виконання арбітражних рішень, скасування рішень та постанов арбітражу та надання судової підтримки арбітражу українськими судами до двох судових інстанцій – Апеляційного суду міста Києва та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

Проект ЦПК, розроблений Радою з питань судової реформи, делегує ці функції всім апеляційним судам України (за визначеними ним правилами), рішення яких можуть оскаржуватись до Верховного Суду України.

Підходи до оспорювання арбітражних рішень

Одним із суттєвих чинників, які впливають на вибір місця арбітражу, є законодавство та судова практика з питань оспорювання арбітражних рішень, адже за загальним правилом саме суди за місцем арбітражу мають право скасовувати рішення міжнародного арбітражу у визначених законом випадках.

Відповідно, для того, щоб зробити будь-яку юрисдикцію (в тому числі й Україну) більш привабливим місцем арбітражу, необхідно максимально зменшити можливість скасування арбітражного рішення та зробити відповідні процедури максимально ефективними та прогнозованими.

Найпростіше рішення для досягнення цієї мети – це надання сторонам можливості відмовитись від оспорювання наперед.

Цим шляхом пішла свого часу Франція, передбачивши у статті 1522 свого цивільно-процесуального кодексу, що: *«сторони за угодою можуть у будь-який момент відмовитися від свого права на оспорювання арбітражного рішення»*.

Стаття 192 Федерального Закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право» пропонує дещо інше рішення і дозволяє сторонам у будь-який момент виключити своєю угодою можливість оспорювання арбітражного рішення або певних підстав такого оспорювання, якщо жодна зі сторін не має в Швейцарії свого місця знаходження, місця проживання чи відділення.

В Україні це питання зараз не врегульоване, що на практиці означає відсутність можливості відмовитись наперед від оспорювання майбутнього арбітражного рішення. Однак, Законопроектом №4351 пропонується надати сторонам таку можливість, адже ті самі обставини можуть бути перевірені судом в процедурі виконання арбітражного рішення, якщо воно буде відбуватися в Україні.

Судовий контроль: заповнення прогалин

Законопроектом №4351 встановлюється процедура прийняття

судом рішень щодо постанов міжнародного арбітражу, винесених як з питання попереднього характеру, про те, що він має компетенцію (ч.3 ст.16 Закону про МКА), яка на даний час не врегульована. Схожі положення містить і Проект ЦПК, підготований Радою з питань судової реформи.

Обома законопроектами встановлюється процедура реалізації судом положень ч.4 ст.34 Закону про МКА, згідно з якими суд, якщо визнає це належним, може зупинити провадження про оспорування рішення міжнародного комерційного арбітражу на встановлений ним строк з тим, щоб надати складу міжнародного комерційного арбітражу можливість відновити арбітражний розгляд або вжити інших дій, які, на думку складу міжнародного комерційного арбітражу, дадуть можливість усунути підстави для скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу.

Судовий контроль: проблема добровільного виконання

З огляду на діюче валютне регулювання на даний час в Україні неможливо добровільно виконати арбітражне рішення, якщо вказана в ньому сума виражена в іноземній валюті, адже окрім самого арбітражного рішення платник зобов'язаний надати своєму обслуговуючому банку виконавчий документ. Для того, щоб його отримати, необхідно пройти всю процедуру визнання та виконання арбітражного рішення, яка може бути ініційована виключно кредитором.

Оскільки Законопроект №4351 не має на меті зміну чинного валютного регулювання в Україні, в якості більш компромісного варіанту Законопроектом №4351 запроваджується спрощена процедура видачі таких виконавчих документів за заявою боржника, обмежуючи судовий контроль лише питаннями публічного порядку та арбітрабільності.

В Проекті ЦПК Ради з питань судової реформи цю проблему вирішено дещо інакше: боржнику надано право пройти відповідну судову процедуру для добровільного виконання арбітражного

рішення та отримання відповідної ухвали, але право на отримання виконавчого документу залишено за кредитором.

Судовий контроль: проблема валюти стягнення

На даний час суд зобов'язаний завжди конвертувати суму, що підлягає стягненню за арбітражним рішенням, у валюту України на дату винесення ухвали про задоволення клопотання про надання дозволу на виконання арбітражного рішення. Таким чином, для кредитора створюються додаткові валютні ризики, а також подальші проблеми для перерахування суми стягнення в юрисдикцію стягувача.

Законопроектом №4351 передбачено, що відповідна конвертація суми, що підлягає стягненню за арбітражним рішенням, у валюту України або вільноконвертовану валюту відбувається виключно за заявою стягувача.

Експерти Ради з питань судової реформи у Проекті ЦПК використовують схоже рішення, що правда можливість конвертації обмежена валютою України.

Судовий контроль: проблема відсотків

Відсоткирічних є ефективним стимулом для добровільного виконання арбітражного рішення, який спонукає боржника не затягувати з оплатою, тож у світовій практиці досить часто такі відсотки річних не вказують у твердій сумі в тексті арбітражних рішень.

В Україні питання стягнення відсотків річних за арбітражними рішеннями не врегульовано, на практиці українські суди не завжди погоджуються у своїх ухвалях про визнання та виконання арбітражного рішення вказати суму відсотків річних, яка нарахована на дату відповідної ухвали.

Законопроект №4351 встановлює повноваження суду та порядок визначення суми відсотків, що відповідно до арбітражного рішення підлягають стягненню на дату постановлення ухвали про визнання та виконання арбітражного рішення.

Проект ЦПК Ради з питань судової реформи пішов іще далі та додатково передбачив можливість нарахування остаточної суми відсотків органом (особою), який (яка) здійснює примусове виконання рішення суду.

Судовий контроль: проблема арбітрабельності

Одним із найважливіших факторів для розвитку арбітражу в Україні є питання арбітрабельності, яке багато років залишається дискусійним як в теорії, так і в судовій практиці.

Більшість проблем виникла у зв'язку з неодноразовою зміною редакції статті 12 ГПК (яка історично містила в собі обмеження щодо арбітрабельності спорів) та неоднаковою практикою її застосування судами, перш за все, щодо арбітрабельності так званих «корпоративних спорів» та спорів щодо договорів, пов'язаних із задоволенням державних потреб.

Законопроектом №4351 пропонується усунути суперечності в законодавстві України щодо арбітрабельності спорів та встановлюється загальне правило, що сторони мають право передати спір, який підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства/підвідомчий господарським судам, та щодо якого сторони можуть укласти мирову угоду, на розгляд третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу, крім випадків, встановлених законом. Така однакова загальна формула пропонується до включення до ЦПК та ГПК, в той час як спеціальні правила мали б встановлюватися виключно профільними законами - Законом про МКА та Законом про третейські суди.

В проекті ГПК Ради з питань судової реформи застосовано зовсім інший підхід та встановлюється ціла низка категорій спорів, які не можуть бути передані на вирішення до арбітражу (ст.ст.21 та 23 Проекту ГПК). Запропоновані виключення (як за змістом, так і за юридичною технікою) викликали багато дискусій та критики в арбітражній спільноті України.

Судовий контроль та сприяння: підходи до арбітражної угоди

На даний час українська судова практика сформувала досить формалістичний та не завжди «проарбітражний» підхід до арбітражних угод, наприклад, таких, які мають певні недоліки, що можуть бути усунуті шляхом тлумачення (наприклад, неточність у назві арбітражної установи). Звичайно, такий формалізм негативно відображається на арбітражному іміджі України.

Ситуацію можна було б значно покращити, якби українські суди у своїй практиці використовували максимально проарбітражний підхід, здійснювали б виключно обмежений *prima facie review* щодо дійсності арбітражної угоди, а також тлумачили б будь-які недоліки арбітражної угоди на користь її дійсності та виконуваності.

З цією метою Законопроект №4351 закріплює загальне правило: *«будь-які неточності в тексті арбітражної угоди сторін та/або сумніви щодо її дійсності, чинності та виконуваності повинні тлумачитися судом на користь її дійсності, чинності та виконуваності»*.

Проекти ЦПК та ГПК Ради з питань судової реформи пропонують дещо відмінні рішення, обумовлюючи застосування процитованого вище загального «проарбітражного» правила тлумачення додатковими обставинами, які має встановити суд.

Забезпечувальні заходи на підтримку арбітражу

Звичайно, реалізація переваг арбітражу залежить від можливості ефективного виконання відповідного арбітражного рішення. А успіх останнього часто обумовлений можливістю отримання забезпечувальних заходів на підтримку арбітражного провадження, наданих державним судом за місцем знаходження боржника чи його активів. Відсутність такої можливості у Україні (незалежно від місця арбітражу) зводили нанівець старання багатьох іноземних кредиторів в арбітражних провадженнях проти українських боржників, адже на момент їх звернення за виконанням відповідного арбітражного

рішення, боржник вже міг позбутися всіх своїх активів і навіть ліквідуватися.

Безумовно, Україні цю прогалину необхідно заповнювати обережно і з урахуванням кращих світових практик.

Загальний підхід до вжиття забезпечувальних заходів на підтримку міжнародного арбітражу в більшості розвинених юрисдикцій – це вжиття таких заходів відповідно до стандарту, прийнятого для судових проваджень у цій же юрисдикції. При цьому для запобігання можливим зловживанням з боку кредитора, від останнього, як правило, вимагається надання зустрічного забезпечення як передумова вжиття запитуваних заходів судом. І звичайно ж, приймаючи рішення щодо вжиття, зміни чи скасування таких заходів, суд має враховувати особливості, притаманні міжнародному арбітражу.

І Законопроект №4351, і Проект ЦПК Ради з питань судової реформи в цілому слідує вказаним вище підходам, хоча й реалізують їх різними шляхами. Обидва законопроекти передбачають звернення за вжиттям забезпечувальних заходів тільки після ініціювання відповідного арбітражного провадження, регулюють надання зустрічного забезпечення та містять спеціальні правила, що враховують специфіку міжнародного арбітражу.

Наприклад, Законопроект №4351 передбачає можливість звернення за отриманням заходів забезпечення позову на підтримку міжнародного арбітражу після ініціювання арбітражного провадження; встановлює для вжиття таких заходів стандарт, аналогічний тому, який на даний час існує для надання заходів забезпечення позову в процесі отримання дозволу на примусове виконання арбітражного рішення (ст. 394 ЦПК України): якщо їх невжиття може ускладнити чи унеможливити виконання майбутнього арбітражного рішення; а також передбачає можливість застосування будь-яких заходів забезпечення позову, які існують в цивільному процесі (ст. 152 ЦПК України), із додатковими виключеннями, які встановлені ГПК України щодо корпоративних спорів.

Сприяння в отриманні доказів

Сприяння державним судом в отриманні доказів, необхідних для арбітражного розгляду, може стати вирішальним для справи в арбітражі. Адже у складу арбітражного суду відсутні дієві механізми «добути» такі докази самостійно від третіх осіб і навіть від сторони, яка, наприклад, ухиляється від участі в арбітражному провадженні.

В світовій практиці існують різні моделі надання судової підтримки з цих питань.

Наприклад, в США та Швейцарії судове сприяння з цих питань надається за процедурою виконання доручень іноземних судів.

В Україні на сьогодні відсутні процесуальні норми, які б дозволяли отримати таке сприяння від українських судів.

Існуючі законодавчі ініціативи, хоч і по-різному, але заповнюють цю прогалину.

Так, Проект ЦПК Ради з питань судової реформи пропонує до цієї категорії доказів застосовувати загальні правила про докази у цивільному процесі з певними спеціальними умовами.

В свою чергу, Законопроект №4351 передбачає надання судами сприяння згідно з процедурою, передбаченою ст. 417 ЦПК України «Виконання в Україні судових доручень іноземних судів», з певними особливостями, які враховують специфіку міжнародного арбітражу.

Запит складу арбітражного суду оформлюється у вигляді постанови та має бути засвідчений постійно діючою арбітражною установою, що адмініструє відповідне арбітражне провадження (якщо це інституційний арбітраж), або компетентним органом, що здійснює функції сприяння по відношенню до цього арбітражного провадження (якщо це арбітраж *ad hoc*).

Такий запит підлягає виконанню не пізніше, ніж у тридцятиденний

строк з дня його отримання судом. Вказаний строк може бути продовжений судом, якщо це необхідно для вчинення запитуваних процесуальних дій.

Описані вище проекти реформ безумовно дозволять вдосконалити процесуальне законодавство України у питаннях, пов'язаних з міжнародним арбітражем, та вирішити багато проблем у цій сфері.

www.coe.int

Видання підготовлено за сприяння проекту Ради Європи
«Підтримка впровадженню судової реформи в Україні»

Контактна інформація:
Офіс Ради Європи в Україні
вул. Іллінська, буд. 8, під'їзд 7, поверх 6
м. Київ 04070
Тел./факс: +380 44 4253370