

МЕДІАЦІЯ ЯК АЛЬТЕРНАТИВНА ФОРМА ВИРІШЕННЯ СПОРІВ

Інститут медіації, який останнім часом в західних країнах заробив солідну репутацію, викликає все більшу зацікавленість в Україні. Однак цей актуальний метод альтернативного вирішення спорів сприймається вкрай неоднозначно українськими спеціалістами у сфері права. Більшість суджень про цей спосіб вирішення спорів вітчизняних правознавців будуються на підставі декількох перекладених з англійської або німецької мови науково-популярних статей, присвячених медіації, та сильно спрощених теоретичних ідей.

Медіація в її сучасному розумінні почала розвиватися в другій половині ХХ ст., перш за все, в країнах англо-американського права — США, Великій Британії, Австралії, а потім поступово стала поширюватись і в інших державах Заходу. Однак, використання посередників для вирішення спорів відмічається з давніх часів, зокрема, історики відмічають подібні випадки ще в торгівлі фінікійців у Вавилоні. Римське право, починаючи з кодексу Юстиніана (530-533 н.е.), використовувало посередництво. Посередництво закріплювалась в німецьких кодексах звичаєвого права, є воно у поляків і, звичайно, в українців. Традиції відповідного правосуддя мають в Україні більш ніж тисячолітню історію і мали місце з Х століття до першої третини ХХ століття. Зникла ця система з приходом радянської влади та запровадженням радянського права.

В сучасну Україну медіація прийшла вже як напрацьована технологія в середині 90-х років, медіаційні центри почали працювати з 1997 року (в Одесі). Вперше в СНД медіацію було застосовано в рамках цивільного судочинства. Громадськими «Групами медіації» Донецька, Луганська, Одеси, Києва, Криму, Харкова вона апробувалася в різних сферах — у трудових, сімейних спорах, спорах сусідів, у цивільних провадженнях тощо.

Українські, польські і російські юристи К. Сохнєвич, Т. Кутчеба, О. Стадницький, Б. Греков, М. Грушевський, І. Франко, А. Томашевський, Є. Барановський, С. Кульчицький, Т. Гошко розглядають відновне правосуддя в історичному контексті, зокрема, його витоки, передумови виникнення, механізм функціонування. За визначенням М. Грушевського та Т. Гошко, правосуддя в українських землях здійснювалося зборовими та копними судами за принципом відновлення порушеного права, обов'язок поновити яке покладалось на правопорушника. Головним завданням було досягнення миру в окрузі відновлення порядку, недопущення кровної помсти. Але вирішення спору відбувалося в суді. Медіація є альтернативною формою вирішення спорів, тобто альтернативою судовому розгляду. Одним з принципів медіації є добровільність, тобто сторони самі вирішують домовлятися їм, чи ні. Спільним між медіацією і тією формою відновного правосуддя, що існувало в українських землях до радянських часів, є, насамперед, спрямування зусиль на відновлення права шляхом укладання мирної угоди між потерпілим і правопорушником.

Разом з цим, вищезазначені автори не розглядали питання досудового вирішення спорів, форм які б ставали альтернативою судового розгляду. Саме суд після дослідження наданих сторонами доказів приймає рішення на користь однієї з сторін. Медіація як альтернативна форма вирішення спорів надає змогу сторонам самим приймати рішення за допомогою третьої нейтральної сторони. На сьогодні ще не визначені форми, принципи і механізми впровадження медіації в правову систему України на сучасному етапі її розвитку, що і обумовило вибір теми.

Актуальність проблематики відновного правосуддя визначена також необхідністю визначення правових засад виникнення, формування і функціонування інституту медіації на Заході та в національному праві українських земель, враховуючи важливі дослідження зарубіжних і вітчизняних авторів, які сприяли б формуванню позитивних тенденцій розвитку цього інституту як одного з елементів громадянського суспільства України.

Отже, метою статті є дослідження інституту медіації як елемента громадянського суспільства та історико-правові засади альтернативних способів здійснення правосуддя. Для досягнення мети

пропонується вирішити ряд науково-пізнавальних завдань: визначити сутність і технологію медіації, стадії процесу, окреслити вимоги до особи медіатора, а також юридичні наслідки медіації та їх реалізацію в національному праві України та інших країн світу.

Виходячи з мети статті, для дослідження інституту медіації як інституту громадянського суспільства та вивчення історико-правових засад альтернативних способів здійснення правосуддя використовувався історичний метод, порівняно-правовий аналіз, статистичний метод з використанням системно-структурного і діяльного підходів.

Для ефективного регулювання вирішення спорів і конфліктів у різних сферах суспільного життя на тлі реформування національного законодавства у сфері управління, подолання проявів корупції, здійснення неупередженого правосуддя та забезпечення належної правової допомоги, ставляться питання щодо запровадження інституту медіації як процедури вирішення спорів в правову систему України. На сьогодні вже розглянуто та ретельно вивчено ряд важливих питань, які стосуються перспектив правового регулювання медіації у Німеччині, Україні та Польщі, обґрунтування ролі медіації як форми здійснення правосуддя, питань впровадження принципів відновного правосуддя в Україні, питань застосування медіації в економічній та публічній сферах, трудовому праві, сімейних справах, моделей регулювання й основних проблем, пов'язаних зі здійсненням медіації, значення міжкультурної комунікації в процедурі медіації та ролі медіації у процесі зниження рівня конфліктності і демократизації суспільства.

Визначені питання неодноразово висвітлювалися в працях координатора з оцінки моніторингу Українського Центру Порозуміння О. Горовою, нею розглянуті на прикладах існуючі програми відновного правосуддя в інших країнах, таких як Франція, Нідерланди, Норвегія, Нова Зеландія, Канада [3]. Практичне проведення медіацій на основі відновного правосуддя розглядає Я. Валюк з польського центру медіації, який визначає, що у сутності медіації закладено глибокий сенс тому, що завдяки цьому люди самі починають піклуватися про власні справи, цікавитися ними й будувати громадянське суспільство, що може впоратися з власними проблемами самотужки [2, с. 77]. Однією з задач, яка покладається на інститут медіації, є розвантаження судової системи, надання можливості сторонам вирішити проблему без розгляду справи у суді. Функцію правосуддя з інституцій судової влади частково віддають на реалізацію громадянського суспільства. В цьому контексті президент Конституційного трибуналу Польщі Марек Саф'ян наголошує на значущій ролі судів при побудові громадянського суспільства [6, с. 7].

Аналіз практики судових та правоохоронних органів з впровадження процедури медіації в Англії, Бельгії та Німеччині, проведений В. Землянською, показує, що медіація дозволяє відійти від втрати часу в судовому процесі, від додаткових і непередбачених витрат. Статистика розвинутих країн показує, що від 83% до 85% всіх медіацій вдалі. Навіть якщо угоди не досягнуто, залучення в медіацію збільшує розуміння та задоволення сторін-учасників: медіація, таким чином, справляє позитивний вплив на сприйняття учасників і їх дій в судовому процесі [4, с. 7].

Процес медіації представляє собою сукупність фактичних і юридичних дій, які здійснюються учасниками медіації впродовж визначеного часового проміжку. Можливо виділити п'ять основних етапів медіації. Перший етап — укладання угоди. Сторони і медіатори укладають угоду про медіацію. Другий крок — це з'ясування позицій сторін. На третьому етапі відбувається виявлення інтересу, який стоїть за позицією кожної з сторін. Четвертий етап — знаходження рішення, яке повинно влаштувати дві сторони. На заключній, п'ятій стадії відбувається укладання угоди за результатами медіації. На медіатора покладається завдання по оформленню консенсусу в письмовій формі. Якщо в ролі медіатора виступає нотаріус, то він правомочний засвідчити цю угоду. На цьому етапі високою є також роль адвокатів сторін, які допомагають в юридичному оформленні угод, перевіряють їх юридичні можливості виконання.

Основними претендентами на виконання функцій медіатора є представники двох професій: юристи і психологи. Однак професор К. Грефін фон Шліффен скептично оцінює професійних юристів в якості медіаторів, «юрист, як він вважає, наділений здатністю, звичкою і навіть амбіціями до оперативного аналізу і вирішення заплутаних проблем, а тому він схильний обмежувати автономність сторін з формування рішення конфлікту і вплутуватися в переговори з власними пропозиціями. Це, в свою чергу, суперечить основному принципу медіації, який полягає в тому,

що самостійний консенсус сторін має вищу ціну за здійснення рішення, яке пропонувала третя особа. Цьому підходу протистоїть інша концепція, у відповідності до якої медіатор повинен повідомити сторонам і правову оцінку деяких явищ, тобто медіатор може проінформувати сторони про можливість змісту судового рішення, яке могло бути винесено за висновками розгляду справи в суді замість процедури медіації. Г. Ригер гадає, що цей підхід є більш правильним, так як «рамки автономного регулювання спору задає саме правова основа»; також, право надає сторонам той необхідний інструментарій, який може бути використаний при розробці юридично обов'язкової угоди. На практиці склалася наступна картина. За твердженням директора британського Центру ефективного вирішення спорів (CEDR) К. Маки в Великобританії 75-80% усіх медіаційних процесів проводяться адвокатами.

Серед юристів в ролі медіатора найбільш часто зустрічаються три спеціаліста: суддя, адвокат, нотаріус. Так, зокрема, судова медіація розповсюджена в деяких землях Німеччини. Суддя, який розглядає спір, і який, на його думку, може закінчитися примиренням сторін, рекомендує їм звернутися за допомогою до медіатора, в ролі якого виступає суддя того ж суду, який має підготовку медіатора та не відповідає за винесення рішення по справі. У випадку погодження сторін процес призупиняється і, в залежності від результатів медіації, або поновлюються через деякий час, або закривається. З цієї моделі видно, що суддя може виступати в ролі медіатора при дотриманні основних принципів медіації, тобто нейтральності (яка в даному випадку трактується як відсутність права прийняття власного рішення по справі). Не маючи законодавчого закріплення в Україні, медіація вже застосовується у вигляді примирення в ході судового розгляду справи і таким чином, в ролі медіатора доводиться виступати саме судді, який розглядає справу.

Позиція більшості вчених, які займаються медіацією, щодо питання про участь адвоката в переговорах в якості медіатора досить категорична: професія адвоката несумісна з виконанням ролі медіатора. Суть цієї позиції зводиться до наступного: адвокат зазвичай є представником однієї з сторін у спорі, а медіатор повинен бути незалежним. Однак на практиці рішення цього питання не є однозначним. У відповідності до німецького закону про адвокатуру, адвокати виконують не тільки функцію представників сторін, але й надають юридичну допомогу. Адвокат може виступати в якості медіатора, реалізуючи свої функції з надання юридичної допомоги, однак ця діяльність несумісна з представництвом інтересів однієї з сторін, які приймають участь у процесі медіації.

Діяльність нотаріуса в якості медіатора, при якій його функції не обмежуються лише управлінням переговорами, а направлені також на використання його юридичної кваліфікації для оформлення рішення в юридичній формі необхідно розглядати в якості службової діяльності у сфері надання юридичної допомоги. Правила проведення нотаріусом медіації закріплені в нормативних актах, які регулюють порядок здійснення нотаріусом професійних обов'язків. За загальним правилом надання нотаріусом юридичної допомоги в якості медіатора не виключає можливості посвідчення нотаріусом угоди, яка укладена учасниками медіації.

Отже, проаналізувавши історико-правові засади альтернативних способів здійснення правосуддя, дослідження інституту медіації як форми альтернативного вирішення спорів, можна дійти висновків, що відновне правосуддя в Україні завжди відбувалося через мирові, громадські суди, а не через медіаторів, але незважаючи на це, вже у сучасних умовах правової дійсності, з урахуванням вже модернізованої Заходом процедури медіації та національних правових традицій, видається можливим його здійснення за допомогою останніх теж. Сутність медіації не є новою для української правової дійсності, але на сучасному етапі розвитку правової системи недостатньо лише визначення і розуміння того, що цей інститут вже існував в українському праві, сьогодні необхідно визначити можливості функціонування його в сучасних умовах, його нові форми реалізації. Можна сподіватися, що він органічно увійде в правову систему України завдяки тому, що не є чужим, а лише тільки модернізованим, і придатним для функціонування не тільки в українському правовому просторі, а й для вирішення міжнародних конфліктів.

Використана література:

1. *Боброва О. М.* Відновне правосуддя. Особливості впровадження процедури медіації: європейський досвід / О. М. Боброва, О. О. Горова, В. В. Землянська, Н. М. Прокопенко. — К.: Наш час, 2006. — 164 с.
2. *Валюк Я.* Практичні аспекти відновного правосуддя. Польський Центр Медіації / Я. Валюк // Щоквартальний бюлетень. Відновне правосуддя в Україні. — 2005. — № 3. — С. 77-80.
3. *Горова О. О.* Приклади існуючих програм відновного правосуддя в інших країнах / О. О. Горова // Український Центр Порозуміння. Щоквартальний бюлетень. «Відновне правосуддя в Україні». — 2005. — № 1-2. — С. 130-133.
4. *Землянська В.* Аналіз практики судових та правоохоронних органів з впровадження процедури медіації в Англії, Бельгії та Німеччині / В. Землянська // Щоквартальний бюлетень. «Відновне правосуддя в Україні». — 2007. — № 1. — С. 76-81.
5. *Костицький М. В.* Відновне правосуддя в контексті правової політики в Україні / М. В. Костицький // Доповідь на міжнародній конференції «Формування української моделі відновного правосуддя» м. Київ, Пуша Водиця 10-11.02.2005 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [//admincourt.net/](http://admincourt.net/), [//scourt.gov.ua/](http://scourt.gov.ua/).
6. *Саф'ян М.* Роль судів при побудові громадянського суспільства / М. Саф'ян // Щоквартальний бюлетень. «Відновне правосуддя в Україні». — 2005. — № 4. — С. 66-77.

Мишина Ж. В. Медіація як альтернативна форма вирішення спорів.

Медіація в праві — одна з технологій альтернативного врегулювання спорів за участю третьої нейтральної сторони, безпристрасної, не зацікавленої в зазначеному конфлікті сторони — медіатора, який допомагає сторонам відпрацювати визначену угоду зі спору; при цьому сторони повністю контролюють процес прийняття рішення з врегулювання спору і умови його вирішення.

Ключові слова: угода, альтернативне вирішення спорів, медіація, третя сторона.

Мишина Ж. В. Медиация как альтернативная форма разрешения споров.

Медиация в праве — одна из технологий альтернативного урегулирования споров с участием третьей нейтральной, беспристрастной, не заинтересованной в данном конфликте стороны — медиатора, который помогает сторонам выработать определенное соглашение по спору; при этом стороны полностью контролируют процесс принятия решения по урегулированию спора и условия его разрешения.

Ключевые слова: соглашение, альтернативное решение споров, медиация, третья сторона.

Mishyna Zh. Mediation as a Form of Alternative Dispute Resolution.

Mediation, as used in law, is a form of alternative dispute resolution (ADR), a way of resolving disputes between two or more parties. A third party, the mediator, assists the parties to negotiate their own settlement (facilitative mediation). In some cases, mediators may express a view on what might be a fair or reasonable settlement, generally where all the parties agree that the mediator may do so (evaluative mediation).

The activity of mediation in itself appeared in very ancient times. Historians presume early cases in Phoenician commerce (but suppose its use in Babylon, too). The practice developed in Ancient Greece (which knew the non-marital mediator as a proxenetas), then in Roman civilization, (Roman law, starting from Justinian's Digest of 530-533 CE) recognized mediation.

Mediation has a structure, timetable and dynamics that «ordinary» negotiation lacks. The process is private and confidential. The presence of a mediator is the key distinguishing feature of the process. There may be no obligation to go to mediation, but in some cases, any settlement agreement signed by the parties to a dispute will be binding on them.

Mediation can function not only as a tool for dispute resolution but also as a means of dispute prevention. Mediation can be used to facilitate the process of contract negotiation by the identification of mutual interests and the promotion of effective communication between the two parties.

One of the hallmarks of mediation is that the process is strictly confidential. The mediator must inform the parties that communications between them during the intake discussions and the mediation process are to be private and confidential. In general, the information discussed can never be used as evidence in the event that the matter does not settle at mediation and proceeds to a court hearing.

The parties therefore agree that it's a condition of being present or participating in the mediation and the document if necessary may be deemed confidential by virtue of the common law.

Parties who enter into mediation do not forfeit any legal rights or remedies. If the mediation process does not result in settlement, each side can continue to enforce their rights through appropriate court or tribunal procedures. However, if a settlement has been reached through mediation, legal rights and obligations are affected in differing degrees.

Mediation has opened the door for parties in conflict to resolve their differences through non-traditional judicial forums. Over the last few decades, mediation has brought to light the processes, or alternatives to litigation, that enable parties to resolve their differences without the high cost associated with litigation. An interesting remark made by Spencer and Altobelli (2005, p. 223): «Court systems are eager to introduce mandatory mediation as a means to meet their needs to reduce case loads and adversarial litigation, and participants who understand the empowerment of mediation to self-determine their own agreements are equally as eager to embrace mediation as an alternative to costly and potentially harmful litigation».

Mediation as a process involves a third party (often an impartial third party) assisting two or more persons, («parties» or «stakeholders») to find mutually-agreeable solutions to difficult problems. People make use of mediation at many different levels and in multiple contexts: from minor disputes to global peace-talks. Mediation differs from most other adversarial resolution processes by virtue of its simplicity, informality, flexibility, and economy.

The typical mediation has no formal compulsory elements, although some common elements usually occur: each of the parties allowed to explain and detail their story; the identification of issues (usually facilitated by the mediator); the clarification and detailed specification of respective interests and objectives; the conversion of respective subjective evaluations into more objective values; identification of options; discussion and analysis of the possible effects of various solutions; the adjustment and the refining of the proposed solutions; the memorialization of agreements into a written draft.

Key words: agreement, alternative dispute resolution (ADR), mediation, a third party.