

**Київський національний торговельно-економічний
університет**

Н. А. Мазаракі

**МЕДІАЦІЯ В УКРАЇНІ:
ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА**

Монографія

Київ 2018

**Розповсюдження і тиражування без офіційного дозволу КНТЕУ
заборонено**

УДК 340.13 + 347.97/99(477)Укр

Автор Н. А. Мазаракі, канд. юрид. наук, доц.

Рецензенти: О. М. Биков, д-р юрид. наук, старш. наук. співроб.;
І. М. Жаровська, д-р юрид. наук, проф.;
В. В. Ладиченко, д-р юрид. наук, проф.

*Рекомендовано до друку вченою радою Інституту законодавства
Верховної Ради України
(протокол № 12 від 25 жовтня 2018 р.)*

Мазаракі Н. А.

М 13 Медіація в Україні: теорія та практика : монографія /
Н. А. Мазаракі / Інститут законодавства Верховної Ради
України. – Київ : Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2018. – 276 с.
ISBN 978-966-629-936-2
DOI: <http://doi.org/10.31617/m.knute.2018-1155>

У монографії висвітлено теоретико-правові підходи до визначення поняття, сутності та місця медіації у правовій системі держави як методу вирішення спорів на основі фундаментальних цінностей суспільства, проаналізовано теоретичні та практичні особливості принципів медіації, визначено характерні риси та напрями удосконалення договірних конструкцій у сфері медіації.

Призначено для юристів, адвокатів, суддів, нотаріусів, аспірантів, студентів, та усіх, хто цікавиться питаннями запровадження інституту медіації, механізмами інкорпорації альтернативних методів вирішення спорів у правову систему держави.

УДК 340.13 + 347.97/99(477)Укр

ISBN 978-966-629-936-2

© Мазаракі Н. А., 2018
© Інститут законодавства Верховної Ради
України, 2018
© Київський національний торговельно-
економічний університет, 2018

ЗМІСТ

ВСТУП	5
Розділ 1. ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ОСНОВИ СИСТЕМИ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ	10
1.1. Альтернативні методи вирішення спорів у контексті реалізації принципу верховенства права	10
1.2. Загальна характеристика інституту альтернативного вирішення спорів	48
1.3. Поняття та сутність медіації	79
Висновки до розділу 1	92
Розділ 2. МЕДІАЦІЯ – ОСНОВА ЕФЕКТИВНОГО РОЗВ'ЯЗАННЯ СПОРІВ	95
2.1. Медіація як доступ до справедливості	95
2.2. Медіабельність спору – запорука ефективності медіаційної процедури	109
2.3. Медіація як соціальний та правовий інститут	122
Висновки до розділу 2	137
Розділ 3. ПРИНЦИПИ МЕДІАЦІЇ	141
3.1. Загальна характеристика принципів медіації.....	141
3.2. Принцип самовизначення сторін медіації.....	149
3.3. Принцип добровільності медіації	157
3.4. Принцип конфіденційності медіації	166
3.5. Принцип нейтральності медіатора.....	173
Висновки до розділу 3	184

Розділ 4. ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ У СФЕРІ МЕДІАЦІЇ	187
4.1. Загальна характеристика договоріних конструкцій, які використовуються у сфері медіації.....	187
4.2. Юридична сила та роль медіаційного застереження	195
4.3. Договір про проведення медіації.....	204
4.4. Правова природа та зміст угоди про результати медіації.....	211
4.5. Приведення у виконання міжнародних медіаційних угод у рамках Сінгапурської конвенції	226
Висновки до розділу 4.....	237
ПІСЛЯМОВА	242
СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ	249

ВСТУП

Якісні перетворення у характері правових відносин зокрема та суспільного життя загалом вимагають відповідних структурних перетворень у законодавстві та системі судоустрою, при цьому однією з помітних тенденцій суспільного розвитку є пошук нових, ефективних способів вирішення спорів, насамперед правових.

Зміна парадигми соціально-економічного розвитку, а також утвердження принципів громадянського суспільства вимагають переосмислення всієї системи державної влади задля ефективного забезпечення прав людини та громадянина. Все це зумовлює необхідність перегляду ролі та значення суду як в системі органів влади, так і як незалежного органу, що здійснює правосуддя. Паралельно з цим розвиваються нові для правової системи України інститути примирення, які за своїм змістом є елементами правової культури, забезпечення прав громадян на справедливий судовий розгляд, передбачений Конституцією України та Європейською конвенцією з прав людини, обумовлюють і формують такі інститути альтернативного вирішення спорів, як арбітраж та медіація. При цьому медіація являє собою альтернативний спосіб вирішення спорів, що, з одного боку, відображає високий рівень розвитку правової культури суспільства, а з іншого – дозволяє сторонам обирати найефективніший і прийнятний для них варіант спору на основі фундаментальних принципів права, які відображають визначні цінності суспільного розвитку, такі як добросовісність, розумність, справедливість, що є одночасно з цим основою для реалізації принципу верховенства права в Україні.

Впровадження інституту медіації в Україні змістовно пов'язує сучасний розвиток правової системи України з європейськими правовими системами, цінностями та пріоритетами розвитку сучасного цивілізованого світу.

Варто зазначити, що Конституція України (ст. 55, 124) передбачає насамперед судовий захист законних прав та

інтересів фізичних і юридичних осіб, не враховуючи альтернативні методи вирішення спорів, які, будучи мирними за своїм характером, найбільше відповідають архетипу української нації, а також здатні ефективно доповнити спектр форм і способів захисту цивільних прав та інтересів. Незважаючи на диспозитивність правового регулювання, яка дає можливість фізичним та юридичним особам застосовувати всі законні способи захисту своїх прав та інтересів, державне визнання та законодавче підкріплення альтернативних способів вирішення спорів неодмінно стане рушійною силою їх популяризації, і, як наслідок, досягнення відомих позитивних наслідків для суб'єктів права та системи судоустрою. Зокрема, досвід зарубіжних держав з розвиненими системами альтернативного вирішення спорів свідчить, що впровадження такої практики можливе та ефективно лише за умови високої правової культури суспільства та готовності громадян до діалогу як з державою, так і одного з одним. Разом з тим вирішення спорів у позасудовому порядку розвантажує державну судову систему, формує культуру мирного вирішення спорів та стабілізує правовідносини.

Українське суспільство має достатньо багатий досвід вирішення спорів без звернення до державних судів (переговори, третейські суди, арбітраж, претензійний порядок вирішення господарських спорів тощо). Водночас внаслідок дії різних чинників (зловживання та, як наслідок, звуження компетенції третейських судів, висока вартість арбітражу, скасування обов'язковості досудового вирішення господарських спорів, відсутність державного визнання та довіри до процедури медіації) основним на сьогодні залишається судовий порядок вирішення спорів. При цьому, незважаючи на суттєві проблемні аспекти здійснення судочинства в Україні (тривалість судових розглядів, високі ставки судового збору, прояви корупції серед суддівського корпусу, неефективна система виконання судових рішень), сторони спору фактично не мають вибору, адже система альтернативних способів вирішення спорів залишається нерозвинутою. Також зазначимо, що положення Цивільного проце-

суального та Господарського процесуального кодексів України щодо досудового порядку вирішення спорів («сторони вживають заходів для досудового врегулювання спору за домовленістю між собою або у випадках, коли такі заходи є обов'язковими згідно із законом») мають декларативний характер, а проект Закону України «Про медіацію» на момент підготовки цього дослідження вже півтора роки очікує на друге читання.

Традиції мирного вирішення спорів відомі на території сучасної України з давніх часів, але нині вони перебувають у тіні монополізації судовою владою вирішення всіх правових спорів. Більше того, історія доводить, що за умов слабкості державної влади, послаблення дії принципу верховенства права суспільство починає активно застосовувати інститути саморегулювання, у тому числі й недержавного регулювання спорів.

Утвердження європейських цінностей в нашій державі сформувало попит суспільства на формування культури підприємницької діяльності, яку неможливо уявити без дотримання принципів правової культури, що зумовило еволюцію стандартів добросовісності, відповідальності та чесності бізнесу, заснованих на природних принципах права, та сформувало підґрунтя до актуалізації засобів саморегулювання. Наведене вище безпосередньо стосується порядку вирішення спорів та конфліктів. У свою чергу влада, зокрема законодавча, має реагувати на потреби суспільства, запроваджуючи відповідні зміни у правовому регулюванні.

Розвиток альтернативних способів вирішення спорів передбачено Стратегією реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, затверджену Указом Президента України від 20.05.2015 № 276. Водночас ані в українського законодавця, ані у суспільства немає розуміння ефективного механізму інкорпорації альтернативних способів вирішення спорів у правову систему держави, що актуалізує відповідні теоретичні дослідження.

Тематика альтернативних методів вирішення спорів набула актуальності в Європі та США у 70-х роках ХХ ст., що зумовило фундаментальні дослідження та безпосереднє застосування альтернативних методів вирішення спорів у правовій дійсності. Особливістю європейських та американських досліджень у сфері альтернативних методів вирішення спорів було не теоретичне обґрунтування, а практична спрямованість досліджень, відпрацювання стандартів та критеріїв роботи медіаторів та інших учасників медіаційного процесу, досягнення ефективного правового результату. Серед найбільш відомих праць можна виділити доробки О. Фісса, Г. Брауна, А. Мерріота, Д. Спенсера, М. Брогана, Р. Ройбена та ін.

В Україні тематика альтернативних методів вирішення спорів набула актуальності під час судової реформи 2010–2011 рр., коли стало зрозуміло, що суди, загальні та господарські, не спроможні швидко та ефективно вирішити спори між учасниками суспільних відносин, а прогалини законодавства у багатьох випадках унеможливають прийняття справедливого рішення. Цікавим аспектом було те, що до тематики альтернативних методів вирішення спорів взялися судді як найбільш свідомі та освічені представники правової науки та практики, зацікавлені в реалізації принципу верховенства права в Україні та відповідальні перед громадянами.

Зокрема, С. Демченко ще у 2010 р. обґрунтував арбітраж та медіацію як напрями удосконалення господарського процесу, дисертаційне дослідження О. Спектор «Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів» 2012 р. вважається однією з перших комплексних праць у цій галузі, подальші дослідження стосувалися окремих аспектів позасудового вирішення різних видів спорів чи певних моделей та аспектів медіації (Г. Огречук, Т. Шинкар, Н. Грень, І. Бут та ін.). Водночас концепції щодо місця альтернативних способів вирішення спорів, насамперед медіації, у правовій системі держави й досі не знайдено.

Специфіка нашого дослідження полягає у переосмисленні підходів до врегулювання спорів, дослідження медіації

як нового елементу правової культури, як альтернативного способу врегулювання спорів, завдяки якому забезпечується реалізація принципу верховенства права, що сприяє відкритості, транспарентності та прозорості як медіаційних процедур, так і правосуддя в цілому. Формування сучасних традицій мирного вирішення спорів, заснованих на ментальному сприйнятті свободи та справедливості української нації, переосмислено на основі найкращого світового досвіду.

Теоретико-правове обґрунтування можливості забезпечення принципів верховенства права та доступу до правосуддя шляхом вирішення правових спорів у порядку медіації може стати підставою до формування правового інституту медіації в Україні та його імплементації у правозастосування з метою покращення доступу до правосуддя, налагодження традицій мирного вирішення спорів у державі, розвантаження судової системи.

У дослідженні аргументовано, що держава має врегулювати місце медіації у правовій та судовій системі, забезпечити якість медіаторських послуг, сприяти формуванню довіри і, як наслідок, попиту на медіацію.

На основі теоретико-правового аналізу сформульовані практичні рекомендації для побудови та ефективної реалізації принципів та завдань медіації, правових конструкцій та змісту договорів, що укладаються у процесі вирішення спору у порядку медіації.

Вважаємо, що запропоновані автором підходи до правового забезпечення медіації як альтернативного методу вирішення спорів можуть стати науковою основою для обґрунтування подальшої стратегії реформування судоустрою в Україні, внесення змін до проекту Закону України «Про медіацію», використовуватися в освітньо-науковому процесі закладів вищої освіти та наукових установ для розробки й впровадження навчальних програм і планів підвищення кваліфікації, підготовки та перепідготовки юристів.

Розділ 1

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ОСНОВИ СИСТЕМИ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ

1.1. Альтернативні методи вирішення спорів у контексті реалізації принципу верховенства права

Права людини є найвищою цінністю для держави, влади та громадянського суспільства, а функціонування системи права направлено передусім на забезпечення цих прав. Саме тому правові держави мають спрямовувати свій механізм на створення умов для реалізації, охорони та захисту прав людини.

Сутність правової системи України як феномена базується на конституційних положеннях відповідно до концепції природних прав, політичного плюралізму, пріоритету прав людини, відповідальності держави перед особою, на забезпеченні гармонізації політико-правових процесів.¹

Утвердження верховенства права у суспільстві і забезпечення кожному права на справедливий судовий розгляд є першочерговими завданнями сучасної держави.

Сутність верховенства права полягає в тому, що права людини та основоположні свободи є тими цінностями, що формують зміст і спрямованість діяльності держави.

Конституція України проголошує дію принципу верховенства права серед основоположних засад конституційного ладу держави. Принцип верховенства права є першочерговим та визначальним для правової держави, адже право – це прояв вищої справедливості і його панування в суспільстві виявляється у пріоритетності прав і свобод людини.

Держава має створювати умови для належного впровадження верховенства права в усі суспільні відносини,

¹ Оніщенко Н. М. Теоретико-методологічні засади формування та розвитку правової системи: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького; НАН України. Київ, 2002. 426 с.

закріплювати на законодавчому рівні гарантії його забезпечення та механізми захисту. Не можна заперечувати, що в Україні верховенство права не забезпечено належним чином, що виявляється у неефективності державної влади, значному рівні корупції, незабезпеченні доступності правосуддя, неупередженого та справедливого суду, порушеннях основних прав і свобод людини та громадянина.

Принцип верховенства права, вперше сформульований у 1656 р. англійським публіцистом та ідеологом буржуазії Д. Гарінгтоном (1611–1677), став предметом наукових дискусій дослідників, які ніколи не втрачають актуальності через те, що разом із еволюцією суспільства та держави сутність принципу верховенства права відповідно набуває нових рис.

Так, у створенні й утвердженні правової доктрини верховенства права варто наголосити на політико-правових доробках таких мислителів, як Т. Гоббс, Г. Гроцій, І. Кант, Дж. Локк, Ш. Л. Монтеск'є, Б. Спіноза та ін. Доктрина «верховенства права» передбачала необхідність підпорядкування «позитивного» (встановленого чи санкціонованого державою) права «непозитивному», тобто встановленому Богом, а пізніше, після обґрунтування Ж.-Ж. Руссо теорії народного суверенітету, – народом (природні права людини, потреби людського ества, вимоги розуму, мораль тощо). На практиці ж дія принципу верховенства права означає, що держава та її інститути повинні визнати пріоритет прав людини і підпорядкувати останнім свою діяльність.²

Р. Падалка дослідив, що верховенство права пройшло довгий шлях розвитку і на кожному його етапі з приводу даного явища вчені висловлювали різні правові погляди.

Так, на I етапі – античні часи (зародження ідеї верховенства права), проблеми «ідеальної держави», «панування закону» досліджували такі видатні мислителі як Платон, Аристотель, Цицерон та ін.

II етап – період абсолютизму, характеризується існуванням ідеї підлеглості влади людини певному зовнішньому

² Оніщук М.В. Верховенство Конституції України як засадничий принцип правової держави // Віче. 2010. № 18. С. 6–7.

обмеженню: «Non sub homine sed sub Deo et lege» («Не під людиною, але під Богом і законом»).

III етап – епоха Просвітництва. Її основні діячі Дж. Локк, Ж.-Ж. Руссо, Ш. Л. Монтеск'є, які досліджували питання «природного стану», «походження держави», «суспільного договору», «народного суверенітету», у поєднанні з працями послідовників учення про природне право та природні права (Гуго Гроція, Томаса Пейна, Дені Дідро, Самуеля Пуфендорфа) заклали основи теорії політичного лібералізму та класичної доктрини верховенства права.

IV етап – розвиток класичної школи права (кінець XIX ст.). На цьому етапі класичну концепцію верховенства права сформулював Альберт Дайсі. Її суть полягає у запереченні свавільної влади, рівності всіх перед законом, конституційному праві, яке є результатом загального права країни.

V етап (XX ст.) – поширення доктрини верховенства права на правові системи багатьох європейських країн і сприйняття її міжнародним правом.

VI етап (XXI ст.) – поширення сучасних поглядів на розуміння сутності верховенства права, співвідношення його з верховенством закону (Т. Багрій, С. Головатий, В. Градова, М. Козюбра, А. Колодій, О. Луців, Л. Парашук, М. Патеї, І. Патерило, С. Погребняк, А. Пухтецька, С. Серьогін, С. Шевчук та ін.).³

Дослідження генези поняття верховенства права не є завданням нашої роботи, ми лише зазначимо, що наші подальші висновки та твердження ми засновували на роботах таких науковців, як С. Алаїс, С. Алексеєв, К. Волинка, Я. Гайворонська, С. Головатий, А. Грищенко, Л. Гумплович, М. Козюбра, А. Колодій, О. Копиленко, В. Корельський, М. Кравчук, В. Ладиченко, В. Лазарєв, Р. Лівшиц, В. Нерсисянц, Н. Оніщенко, І. Патерило, В. Протасов, П. Рабінович, О. Руднева, О. Скакун, В. Хропанюк, М. Цвік та ін.

Зокрема, у монографічному дослідженні А. Колодія «Принципи права України» розкрито генезис принципів права,

³ Падалка Р. О. Верховенство права як основоположний принцип права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2017. 185 с. С. 40–41.

поняття і найголовніші ознаки принципів права, наведено класифікацію видів принципів права, визначено принципи права як об'єктивно властиві праву відправні начала, незаперечні вимоги (позитивні зобов'язання), які висуваються до учасників суспільних відносин з метою гармонічного поєднання індивідуальних, групових і громадських інтересів. А. Колодій виділяє загальнолюдські принципи права і принципи права юридичного. На його думку, в абсолютній більшості випадків кожний принцип права спочатку існує як загальносоціальний, а потім, за використання його юридичною практикою і осмислення юридичною наукою, як принцип правосвідомості, перетворюючись у результаті процесу правоутворення на принцип права, до якого належить і принцип верховенства права.⁴

Засади інтегрального сприйняття верховенства права найбільш повно сформулював П. Рабінович, наголошуючи, що для з'ясування сутності феномена верховенства права необхідно встановити, по-перше, яке ж соціальне явище відображається за посередництвом поняття «право», і, по-друге, в чому полягає верховенство цього явища. Якщо відповідь на перше питання повинна виявити той феномен, якому має бути надано домінування у суспільстві та державі, то відповідь на друге має продемонструвати, в який же спосіб така ситуація може бути досягнута.⁵

М. Козюбра вважає, що зміст верховенства права можна розкрити тільки за умови дотримання певних гносеологічних позицій щодо розуміння права: по-перше, повинно мати місце розрізнення права і закону; по-друге, право слід розглядати не як акт державної влади, а як соціальний феномен, пов'язаний з такими категоріями, як справедливість, свобода, рівність, гуманізм; по-третє, право має розглядатися у нерозривній зв'язці з правами людини.⁶

⁴ Колодій А.М. Принципи права України: монографія / Київ: Юрінком Інтер, 1998. 208 с

⁵ Рабінович П. Верховенство права в інтерпретації Страсбурзького суду / П. Рабінович // Юридичний вісник України. 2005. № 48. С. 12.

⁶ Козюбра М.І. Принцип верховенства права у конституційному правосудді // Закон і Бізнес. 2000. № 17. С. 10.

За словами Ю. Шемшученка, «істотною вадою у дослідженні сутності верховенства права є відірваність цього поняття від реалій життя, надання йому значення самостійної абстрактної й містифікованої ідеї. На цьому ґрунті виникає протиставлення концепцій «верховенство права» і «верховенство закону», гіпертрофується значення першої з них і навіть звучать рекомендації відмовитися від вживання як у теорії, так і на практиці категорії «верховенство закону».⁷

Виваженою позицією, яка уособлює комплексний підхід до визначення поняття «верховенство права», видається тлумачення Конституційного Суду України: «верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо».⁸

Ми погоджуємося з твердженням С. Бобровнік, що сучасний етап утвердження демократичних відносин в Україні характеризується глибокими трансформаційними змінами в усіх сферах суспільного розвитку. Особливо це стосується оптимізації взаємовідносин державних інституцій з громадянським суспільством, що відбувається за допомогою принципів правової держави, основне місце серед яких відведено принципу верховенства права. Принцип верховенства права є показником існування ефективної системи управління будь-якої демократичної, правової країни. Він спрямований на забезпечення та реалізацію прав, свобод та законних інтересів громадян. Зазначений принцип визначається головним, основоположним, оскільки він зосереджений

⁷ Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики: монографія / У двох книгах / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка; ред. кол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. / Книга перша: Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії / відп. ред. Н.М. Оніщенко. Київ: Юридична думка, 2008. 344 с.

⁸ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 // Офіційний вісник України. 2004. № 45.

на встановленні демократичних стандартів як у межах всієї правової системи, так і окремих її елементів.⁹

Цілком зрозумілим та логічним є те, що розуміння сутності та змісту поняття «верховенство права» не є та не може бути одноставним.

П. Рабінович та О. Луців серед основних підходів до інтерпретації верховенства права виокремлюють поелементний та інтегральний. «Поелементний» підхід до інтерпретації верховенства права характеризується намаганням дослідити верховенство права через поєднання значень кожного з двох самостійних терміно-понять: право і верховенство. При застосуванні «інтегрального» підходу до розкриття змісту принципу верховенства права кінцевий результат розуміння досліджуваного принципу залежить від тих конкретних ідей, якими наповнює його зміст той чи інший тлумач.¹⁰

На думку А. Пухтецької, принцип верховенства права слід тлумачити, враховуючи еволюцію наукових поглядів вітчизняних і зарубіжних дослідників стосовно змісту та істотних елементів (вимог) досліджуваного поняття, що мають насамперед забезпечувати пріоритет прав і свобод, законних інтересів людини і громадянина в суспільстві, у тому числі й у відносинах із органами публічної влади всіх рівнів. До цього переліку елементів (вимог) необхідно віднести раніше окремо досліджувані принципи рівності суб'єктів права перед законом, верховенства закону в системі актів законодавства країни, забезпечення якості закону, його підпорядкування конституційно-правовим нормам, загальним принципам права, міжнародним договорам і угодам, а також додати вимоги щодо передбачуваності законів і дій органів державної влади, юридичної визначеності, пропорційності й

⁹ Бобровник С. В. Зміст і значення інституту верховенства права в умовах трансформації суспільства // *Правова держава*. 2008. Вип. 19. С. 69–73. С. 72.

¹⁰ Рабінович П. Верховенство права: сучасні вітчизняні підходи до інтерпретації / П. Рабінович, О. Луців // *Вісник академії правових наук України*. 2012. № 2. С. 3–16. URL:http://nbuv.gov.ua/UJRN/vapny_2012_2_3

деякі розглянуті нижче вимоги, визнані в європейській правовій думці.¹¹

На основі аналізу практики Європейського суду з прав людини К. Фурман визначає такі складові принципу верховенства права: визнання першочерговості, пріоритетності прав людини в державі, їх домінування у відносинах за участі усіх органів державної влади, правову справедливість, недопустимість затримання людини на невизначений термін, у випадку, якщо воно не базується на законі чи рішенні суду, межі будь-якого правового розсуду та порядок його здійснення мають бути з достатньою ясністю визначені законом, існування соціальної довіри до судів як до гарантів здійснення справедливого правосуддя, можливість доступу до суду та підпорядкованість судовому рішенню усіх органів державної влади, беззаперечність виконання рішення суду будь-якими органами державної влади та їх посадовими особами, допустимість скасування рішення суду, яке не набрало законної сили, судом вищої інстанції, неухильність, неоспорюваність, остаточність судового рішення, яке набуло законної сили, невтручання законодавчої влади у здійснення правосуддя, секулярність (світський характер) держави, а також гарантування державою, у випадку застосування зброї, стрімкого та результативного розслідування справи її органами.¹² С. Якимчук на основі аналізу позицій Верховного Суду України та Конституційного Суду України виокремлює такі основні положення, що характеризують концепцію верховенства права: діяльність держави й відповідно всіх її органів повинна бути спрямована на досягнення ідеалів справедливості, в основу яких покладено фундаментальні права, свободи та інтереси людини, які визнаються найвищою соціальною цінністю; органи державної влади мають реалізовувати свої повноваження виключно на підставі законів;

¹¹ Пухтецька А. Принцип верховенства права: сучасні європейські доктрини як орієнтир для реформування національного законодавства // Вісник Національної академії наук України. 2010. № 3. С. 33–43.

¹² Фурман К. Верховенство права в адміністративному судочинстві України // Юридична Україна. 2013. № 4. С. 21–23.

закони повинні бути правовими, тобто розробленими із врахуванням фундаментальних прав, свобод та інтересів людини і загально визнаних норм і принципів міжнародного права, відповідати вимогам ясності, недвозначності, передбачуваності, стабільності, доступності; повинна додержуватися юридична рівність усіх перед законом, а також взаємна відповідальність людини та держави; права людини повинні забезпечуватися в судовому порядку й, при цьому відправлення правосуддя повинно здійснюватися з додержанням вимог справедливої судової процедури.¹³

В. Авер'янов наголошує, що верховенство права доцільно тлумачити як принцип функціонування держави, який означає забезпечення: по-перше, пріоритетності прав людини перед будь-якими іншими цінностями демократичної, соціальної, правової держави; по-друге, безумовного підпорядкування діяльності усіх без винятку державних інституцій та посадових осіб вимогам реалізації та захисту вказаних прав.¹⁴

Таким чином, верховенство права забезпечує реалізацію, охорону і захист прав людини. В. Суценко з цього приводу зазначає, що саме верховенство права як універсальний феномен формування оптимальної збалансованості суспільних, особистісних і державних відносин надає можливість кожній людині зреалізувати у повному обсязі власні права і свободи. У цьому контексті, на думку науковця, світове співтовариство набуло достатнього досвіду втілення верховенства права в державах із розвиненими правовими системами та демократичними формами і методами державного устрою і правління; є й власний, хоча і невеличкий, український досвід. Потрібно лише поставити за мету адаптувати ці світові і національні правові цінності до реалій нашого суспільного і державного життя та проявити політичну, корпоративну та індивідуальну волю і стійкість у їх запро-

¹³ Якимчук С. О. Реалізація принципу верховенства права в цивільному процесуальному законодавстві України через призму рішень Європейського суду з прав людини // Університетські наукові записки. 2012. № 1. С. 355–366.

¹⁴ Авер'янов В. Б. Принцип верховенства права у сфері виконавчої влади: питання теорії та практика реалізації // Право України. 2010. № 3. С. 72–79.

вадженні, долучивши до цієї важкої та довготривалої роботи весь механізм державної влади і громадянського суспільства України.¹⁵

Р. Падалка у своєму дисертаційному дослідженні¹⁶ виділяє три основні підходи до сучасного тлумачення змісту принципу верховенства права:

1) формальний – ґрунтується на аналізі нормативного закріплення принципу верховенства права в цілому та аналізі окремих критеріїв його дотримання. До таких критеріїв належать: формальна незалежність та безсторонність судової влади, офіційно встановлений порядок прийняття законів, відсутність законів, які застосовуються тільки до окремих соціальних груп, класів, відсутність зворотної сили законів, положення про судовий контроль за діяльністю уряду;

2) субстанційний (матеріально-правовий) – заснований на моральних уявленнях про належну правову систему та визначає стан реалізації верховенства права тим, наскільки ця система відповідає таким уявленням. При цьому виокремлюються три основні цінності, що становлять основу такого принципу: захист від анархії та війни проти всіх; надання можливості людям планувати свою діяльність із розумною впевненістю, що вони можуть передбачати наслідки різних дій, наприклад, дій органів публічної влади; гарантії від принаймні деяких видів дискреційного розсуду (свавілля) державних посадовців;

3) функціональний – увага в ньому зосереджується на тому, наскільки ефективно право та правова система в цілому виконують функції захисту інтересів людини. Наприклад, чи унеможлиблюють вони прийняття рішень органами влади на власний розсуд і забезпечують їх прогнозованість. У даному випадку, оскільки верховенство права є основоположним принципом захисту основних прав і свобод людини та

¹⁵ Сущенко В. М. Проблеми реалізації та захисту прав і свобод людини та громадянина в Україні (в контексті верховенства права) // Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. 2012. Т. 129. С. 28–32.

¹⁶ Падалка Р. О. Верховенство права як основоположний принцип права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2017. 185 с.

громадянина, велика увага приділяється функціональним його особливостям. Тобто, чи прогресивно він впроваджується в життя, чи на достатньому рівні держава виконує свої обов'язки щодо забезпечення та реалізації інтересів особи тощо.

Так, на думку В. Ковальського, принцип верховенства права має сенс лише в разі, коли право розглядають не як сукупність норм, встановлених державою, а як сукупність правил належного, правил поведінки, комплексу правил, що легітимовані суспільством, ґрунтуються на історично досягнутому рівні соціальної етики.¹⁷

Г. Супрун розглядає принцип верховенства права як принцип процесу медіації та надання послуг у сфері медіації, який виявляється в тому, що згідно з ним права, свободи й інтереси особи визнано в нашій державі найвищими соціальними цінностями, а тому діяльність компетентних суб'єктів має бути спрямована передусім на недопущення їх порушення, а також на ефективний захист у разі його настання. Цей принцип посідає важливе місце серед інших принципів процесу медіації та надання послуг у сфері медіації, оскільки він є основою, вихідним началом дії більшості правових принципів у цій сфері, визнаний усією міжнародною правовою спільнотою, виявляється у всіх відносинах, урегульованих правом, є сталим орієнтиром, відповідно до якого слід здійснювати законодавче забезпечення процесу медіації та надання послуг у сфері медіації.¹⁸

У рамках нашого дослідження верховенство права слід розглядати в контексті забезпечення права людини на справедливість, адже в понятті верховенства права переплітаються наукова істина та цінність добра і справедливості,

¹⁷ Популярна юридична енциклопедія / В.К. Гіжевський, В.В. Головченко, В. С. Ковальський та ін. Київ: Юрінком Інтер, 2002. 528 с.

¹⁸ Супрун Г. Б. Характеристика загальноправових принципів процесу медіації та надання послуг у сфері медіації // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2018. №4 (109). С. 181–191.

правові ідеали і практичний юридичний досвід, правові ідеї та правові почуття, досягнення науки і здоровий глузд.¹⁹

Значна увага до справедливості як універсальної цінності заснована на концепції природного права, основою якої є уявлення про людину як самостійного індивідуума, що наділений невід'ємними правами та здатний самостійно контролювати та регулювати свою поведінку в суспільстві на підставі деяких загальнозначених норм. Уявлення про невід'ємні права людини нині отримало загальне визнання і закріплене у міжнародно-правових документах, таких як Статут ООН, Загальна декларація прав людини, Заключний акт загальноєвропейської наради із співпраці та безпеки у Європі та інших, в результаті чого права людини поширюються на всіх жителів планети.²⁰

Справедливість як наукова категорія становить інтерес для філософів, політологів, соціальних психологів, юристів (у сфері теорії права, філософії права, цивільного, трудового права, права соціального забезпечення, цивільного, кримінального процесу тощо), які всебічно досліджують поняття та зміст цієї категорії, прояви принципу справедливості у різних галузях права, справедливості як складової права на справедливий суд.

Тлумачення поняття «справедливість», відповідно, багатогранне:

«засноване на поняттях «добро» та «зло» оціночне поняття, істинність якого довести неможливо, адже те, що здається цілком справедливим для однієї людини, може сприйматись як абсолютна несправедливість для іншої».²¹

«поняття моральної ... свідомості, яке виражає правильний порядок речей у людських відносинах, який

¹⁹ Сопільник Р. Л. Концептуальні основи судового права у рамках судової реформи в Україні. *Kultura Bezpieczenstwa. Nauka-Praktyka-Refleksje*. Krakow, 2016. № 23. С. 260–267.

²⁰ Бакалінська О.О. Справедливість – оціночне поняття цивільного права / О.О. Бакалінська // *Держава і право*. 2012. Вип. 57. С. 350–355.

²¹ Бурбо Л., Сен Жак М. *Большая энциклопедия Сущности*. М.: София, 2010. 448 с.

відповідає уявленням про призначення людини, про її невід'ємні права та обов'язки»;²²

«певний моральний принцип, який означає покарання за зло та нагороду за добро»;²³

«поняття моральної свідомості, яке відображає вимоги особистості та соціальної спільноти один до одного, певну оцінку політичних, правових, інших явищ суспільного життя, вчинків людей, самооцінку»;²⁴

«соціально-етична та морально-правова категорія, яка позначає наявність у соціальному світі правових засад і виражає їх правильність, імперативність і необхідність».²⁵

Наскільки неоднорідними за своєю організацією є умови існування суспільства, людей, настільки ж багатоманітними є й ціннісні уявлення про справедливе та несправедливе.²⁶ Зміст та розуміння поняття справедливості еволюціонувало разом з перетворенням та розвитком суспільних відносин, суспільних цінностей та скоріш за все взяло свій початок в античні часи. Так, Гомер писав, що «Божа за природою справедливість є об'єктивною підставою, критерієм правового», на думку Гесіода, справедливість та закон мають єдині корені і основи.^{27,28,29} Веління богині справедливості і правосуддя Діке втілювалися у законах.³⁰

²² Кондрашов В. А., Чекалов Д. А., Копорулина В. Н. Новейший философский словарь; под общ. ред. А. П. Ярещенко. Изд. 3-е. Ростов н/Д.: Феникс, 2008. 668 с.

²³ Краткий философский словарь / А.П. Алексеев и др.; под ред. А. П. Алексеева. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. 496 с.

²⁴ Грень Н.М. Справедливість як основа права на справедливий суд. С. 233–237. URL:<http://science.lp.edu.ua/sites/default/files/Papers/gren.pdf>

²⁵ Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко та ін. Київ: Українська енциклопедія імені М. П. Бажана. 2003. Т. 5: П–С. 736 с.

²⁶ Тімуш І. С. Гуманістичний зміст права та його переосмислення в умовах демократизації суспільства. Право України. 2010. № 9. С. 139–145.

²⁷ Нерсисянц В. С. Философия права: учебник для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2006. 848 с.

²⁸ Философия права: учебник / Л. Д. Байрачная и др.; под ред. О. Г. Данильяна. Харьков: Прапор, 2005. 384 с.

²⁹ Філософія права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. Г. Данильян та ін.; за ред. О. Г. Данильяна. Харків: Право, 2009. 208 с.

³⁰ Бачинін В. А., Панов М. І. Філософія права: підруч. для юрид. спец. вищ. навч. закл. освіти. Київ: Ін Юре, 2002. 472 с.

Давні мислителі намагалися обґрунтувати, що саме має керувати вчинками людини, яким чином справедливість мала виявлятися у діях людини. Так, Фалес вважав, що не слід робити того, що засуджуєш щодо інших, а Конфуцій писав, що мудра людина не робить того, чого не бажає, щоб робили їй.³¹

Справедливість також тлумачилася як співмірність між діянням та відплатою за нього». Наприклад, Біблія також містить своєрідне розуміння справедливості через призму відплати: «Перелом за перелом, око за око, зуб за зуб: як він зробив пошкодження на тілі людини, так і йому повинно бути зроблено».³²

Досягненням піфагорійців, яке, безсумнівно, відіграло свою роль у формуванні сучасного «права на справедливий суд», є їх розуміння «належної міри» та «домірності» як певної числової пропорції (певної формальної рівності як характеристики справедливості). Саме за таким підходом більшість сучасних громадян оцінюють соціальну справедливість держави. Теж саме стосується і правових питань, коли держава у своїх законах проголошує певну формальну рівність усіх перед законом і судом, коли у процесуальних кодексах закріплено приблизно рівний обсяг прав та обов'язків учасників судового процесу, певна «пропорційність», «кореспондування» їх процесуальних прав та обов'язків.³³

Хоча рівність і справедливість не є тотожними поняттями у філософському розумінні. Так, Софіст Каллікл стверджував, що рівність суперечить природі речей, а нерівність повною мірою відповідає їй, тому є справедливою.³⁴

³¹ Конфуцій. Харків: Фоліо, 2013. 126 с.

³² URL:https://dic.academic.ru/dic.nsf/dic_wingwords/3574/%D0%9E%D0%BE

³³ Гімон М. М. Реалізація права на справедливий суд в адміністративному судочинстві в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Запоріжжя, 2018. 233 с.

³⁴ Бачинін В. А., Панов М. І. Філософія права: підруч. для юрид. спец. вищ. навч. закл. освіти. Київ: Ін Юре, 2002. 472 с.

Аристотель тлумачив справедливість як певну рівномірність та законність (справедливість означає одночасно і законне, і рівномірне, а несправедливість – протизаконне та нерівне³⁵) і виділяв політичну та особисту справедливість, а також спеціальну справедливість (ту, яка розподіляє, і ту, яка зрівнює).³⁶ Саме розподільча справедливість – наділення правами та обов'язками – шляхом судового розгляду реалізується у судовому процесі. Така розподільча справедливість може бути досягнута і самими сторонами спору, які мають власне уявлення про істинне і хибне, правильне і неправильне.

Епікур у свою чергу доводив наявність у людських відносинах певного договору «не шкодити і не терпіти шкоди»,³⁷ а для кожного місця і часу є власна справедливість, адже уявлення про неї змінюються, «конкретний зміст поняття справедливості мінливий».³⁸

Концепцію справедливості розширив Марк Аврелій Антонін завдяки категоріям «зло» і «добро»: зло закладено у природі людині, його не вдасться викоринити, але людині слід підкорятися існуючим у державі законам і при цьому робити добро.³⁹

Для римської юриспруденції характерною вважається вимога справедливої рівності та еквівалента як необхідної властивості права, його розуміння, а необхідність відповідності вимогам справедливості ставиться до усіх джерел права, у тому числі до законів.⁴⁰

³⁵ Антология мировой правовой мысли: в 5-ти т. / Нац. обществ.-науч. фонд; рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. М.: Мысль, 1999. Т. 1. Античный мир и Восточные цивилизации. 750 с.

³⁶ Нерсеянц В. С. Философия права: учеб. для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2006. 848 с.

³⁷ Там само

³⁸ Філософія права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. Г. Данильян та ін.; за ред. О. Г. Данильяна. Харків: Право, 2009. 208 с.

³⁹ Бачинін В. А., Панов М. І. Філософія права: підруч. для юрид. спец. вищ. навч. закл. освіти. Київ: Ін Юре, 2002. 472 с.

⁴⁰ Нерсеянц В. С. Философия права: учеб. для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2006. 848 с.

М. Гімон виділяє три умовні етапи розвитку уявлень про справедливість загалом, справедливі закони в епоху Античності:

початок виокремлення природно-правової філософії та міркувань про справедливість (у вченнях Гомера, Фалеса, Піфагора, Демокрита, Сократа та ін.);

вчення Платона, де міркування про справедливість має значний «політичний» відтінок, який не вичерпує її зміст;

трансформації у тлумаченні справедливості в епоху еллінізму (вчення Аристотеля, Епікура, Сенеки, Цицерона та ін.), коли з'являються договірно-правові концепції, поняття «обов'язок», обґрунтування розходження природного та писаного права.⁴¹

Для філософії Древнього Сходу та Древньої Греції було притаманне розуміння справедливості як внутрішнього принципу існування природи, як фізичного, космічного порядку, який відображається у соціальному порядку.

Проблема справедливості у той час розглядалася не тільки у філософському контексті, а й у політичних та правових аспектах, шляхом законодавчого визначення так званих справедливих соціальних норм, відповідно до яких правитель намагався не допустити соціальних конфліктів, повстань, забезпечував стабільність у суспільстві. Крім того, законним і справедливим вважалося все те, що узгоджувалося з релігійною ідеологією.⁴²

Еволюція розуміння поняття справедливості у середньовічну епоху на території європейського континенту визначалася, насамперед, пануючою християнською ідеологією. Наприклад, Фома Аквінський взяв божий закон за мірило поділу людських законів на справедливі та несправедливі.⁴³

⁴¹ Гімон М. М. Реалізація права на справедливий суд в адміністративному судочинстві в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Запоріжжя, 2018. 233 с.

⁴² Ідея справедливості у праві: історичний аспект / О.С. Гусарєва // Альманах права. 2012. Вип. 3. С. 144–147.

⁴³ Антологія мирової правової мислі: в 5-ти т. / Нац. обществ.-науч. фонд; рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. М.: Мысль, 1999. Т. II. Европа: V–XVII вв. 829 с.

Справедливість у праворозумінні християнського Середньовіччя набула властивості верховного критерію будь-якого права. Середньовічні юристи вважали, що всередині будь-якої окремої правової системи кожна норма має оцінюватись з точки зору справедливості; якщо при застосуванні норма виявиться несправедливою, вона має відкидатись та замінюватись справедливим правилом.⁴⁴

В епоху Відродження правовою основою діяльності влади вважалася політична воля, а не моральні настанови. А вже за часів реформації почали тлумачити справедливість через призму совісті людини (зокрема, Мартін Лютер).⁴⁵ Відродження та Реформація, а саме ідеї лібералізму, парламентаризму, конституціоналізму, прав людини стали продовженням у праві ідеї справедливості. Ця епоха заклала нове бачення ідеї справедливості, яка значно відрізнялася від усіх попередніх. Стрімкий розвиток природознавства також вплинув на концепцію справедливості, заклавши в її основу універсальні докази геометрії та математичну точність і достовірність результатів. Представниками таких нових ідей вважаються Р. Декарт, Б. Спіноза, С. Пуфендорф.

На думку Г. Гроція, право не може суперечити справедливості.⁴⁶ Вважаючи людину істотою розумною, він саме у такій природі людини вбачав походження права як справедливості, не пов'язуючи її з волею нормотворця. Під несправедливістю розумів все те, що суперечить розумній природі людини,⁴⁷ вважав справедливість суспільною чеснотою, яка має продовжуватись у рівноправ'ї.

⁴⁴ Нерсисянц В. С. Філософія права: учеб. для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2006. 848 с.

⁴⁵ Філософія права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. Г. Данильян та ін.; за ред. О. Г. Данильяна. Харків: Право, 2009. 208 с.

⁴⁶ Гроций Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права. М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1957. 868 с.

⁴⁷ Антология мировой правовой мысли: в 5-ти т. / Нац. обществ.-науч. фонд; рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. М.: Мысль, 1999. Т. III. Европа. Америка: XVII–XX вв. 829 с.

Для Френсіса Бекона загальна справедливість мала правовий сенс, а несправедливість мала своїм корінням: насилля, навмисну підступність, що діє під прикриттям закону, та суворість закону.⁴⁸ На його думку, закони можуть бути справедливими (такими, що заперечують насилля, закріплюють правову рівність, загальну справедливість) чи, навпаки, формальними.

Серед законів Томаса Гоббса, який тлумачив справедливість загальноживаним нині твердженням «вчиняй так стосовно інших, якби ти хотів, щоб вчиняли стосовно тебе»^{49; 50}, для нашого дослідження цікавими є одинадцятий – безсторонність (якщо людина уповноважена бути суддею у спорі між іншими, природний закон вимагає, щоб він судив безсторонньо); сімнадцятий – ніхто не може бути суддею самого себе, адже тоді він не буде справедливим арбітром; вісімнадцятий – ніхто не має бути суддею у справі, в якій він є зацікавленим.⁵¹

Готфрід Вільгельм Лейбніц писав, що «справедливість залежить не від законів вищої особи, а від вічних правил мудрості та благості, рівно існуючих і в людині, і в Бога», тобто справедливість існує тоді, коли положення закону, які хоча і встановлюються владою, відповідають вимогам природного права.⁵²

Розвиваючи цю концепцію, Шарль Луї Монтеск'є вважав, що справедливість є передумовою людських законів, а не створюється ними.⁵³

⁴⁸ Нерсесянц В. С. Философия права: учеб. для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2006. 848 с.

⁴⁹ Антология мировой правовой мысли: в 5-ти т. / Нац. обществ.-науч. фонд; рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. М.: Мысль, 1999. Т. III. Европа. Америка: XVII–XX вв. 829 с.

⁵⁰ Нерсесянц В. С. Философия права: учеб. для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2006. 848 с.

⁵¹ Антология мировой правовой мысли: в 5-ти т. / Нац. обществ.-науч. фонд; рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. М.: Мысль, 1999. Т. III. Европа. Америка: XVII–XX вв. 829 с.

⁵² Лейбниц Г. В. Сочинения: в 4 т. М.: Мысль, 1989. Т. 4. 554 с.

⁵³ Нерсесянц В. С. Философия права: учеб. для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2006. 848 с.

У той же час для Ж.-Ж. Руссо наголошував на рівності як передумові справедливості: «Справедливість там, де є природна рівність людей». А також вважав необхідним рівний розподіл земних благ, зокрема відмову від приватного, що є умовою суспільної справедливості, адже здійснюється вона саме на користь колективного. («кожен, передаючи себе та свої сили у загальне, стає неподільною частиною цілого; наслідками суспільного договору є створення умовного колективного»)⁵⁴.

Період XVI–XVIII ст. вперше виокремив моральну і правову справедливість, визнаючи при цьому першість правової справедливості перед моральною.⁵⁵

Доктрини природного права Нового часу оперували концепціями справедливості, які є об'єднанням ідей неокантіанства, позитивізму, екзистенціалізму, феноменології, етики цінностей із застосуванням герменевтичного підходу;⁵⁶

Г. Кельзен у контексті «чистого вчення про право» вважав, що «справедливість не є рисою, яка виокремлює право серед інших примусових порядків, адже базується на оціночному судженні про існування певного справедливого соціального порядку».^{57; 58}

Херберт Харт обґрунтовував «принцип примусової рівності», «принцип обмеженого альтруїзму», «загальну терпимість людей» тощо; пропонував справедливе чи несправдливе тлумачити через поняття «чесний», «нечесний».⁵⁹

⁵⁴ Нерсесянц В. С. История политических и правовых учений: учеб. для вузов. М.: Норма, 2007. 704 с.

⁵⁵ История политических и правовых учений / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. М.: НОРМА (Издат. группа НОРМА–ИНФРА–М), 2000. 352 с.

⁵⁶ Философия права: учебник / Л.Д. Байрачная и др.; под ред. О. Г. Данильяна. Харьков: Прапор, 2005. 384 с.

⁵⁷ Философия права: учеб. / Л.Д. Байрачная и др.; под ред. О. Г. Данильяна. Харьков: Прапор, 2005. 384 с.

⁵⁸ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. М.: АН СССР ИНИОН, 1987. Сб. 1 Вып. 1. 109 с.

⁵⁹ Харт Х. Л. А. Концепція права. Скорочений переклад. Київ: Сфера, 1998. 231 с.

У філософських дослідженнях другої половини ХХ ст. спостерігається тенденція до виокремлення формальної, змістовної та процедурної справедливості.⁶⁰

Джон Ролз писав про справедливість стосовно людей (категорія, яка пов'язана з чесністю та рівністю) та справедливість як характеристику соціальних інститутів. Він зазначав, що якщо закон або будь-який інститут є несправедливими, навіть якщо вони ефективно діють, мають бути трансформовані (або реформуватись або ліквідовуватись) саме через те, що не відповідають критеріям справедливості. Джон Ролз підтримував думку Канта стосовно того, що справедливість є апіорним правом кожного індивіда незалежно від того, які його побажання та інтереси.⁶¹

Д. Ллойд, у свою чергу, обґрунтував ідею формальної справедливості через: 1) наявність норм, що встановлюють правила поведіння у конкретних ситуаціях, які мають бути загальними, обов'язковими для всіх; 2) беззаперечно неупереджене застосування цих норм, за умови виключення дискримінації та уникнення виключень.⁶²

О. Хеффе зазначав такі три аспекти справедливості: справедливість як основа морального обов'язку; її наближеність до обов'язків, які визнаються добровільно і виконуються не через примус, а через усвідомлення, переконання; має свою міру – дистрибутивна користь.⁶³

Сучасне розуміння справедливості зумовлюється серед іншого віднесенням її до правової чи моральної категорії та підходами до розуміння поняття принципу справедливості (принцип права, юридичний принцип тощо), але практично безспірним є твердження, що справедливість, як засаднича основа права є вирішальною у визначенні його як регулятора

⁶⁰ Кучинська О.А. Зміст принципу справедливості у кримінальному судочинстві України // Часопис Національного університету «Острозька академія». Право. 2011. № 1(3). С. 1–12.

⁶¹ Ролз Д. Теория справедливости. Новосибирск: Наука, 1995. 470 с.

⁶² Ллойд Д. Идея права: репрессивное зло или социальная необходимость? / за науч. ред. Ю. М. Юмашева. 4-е изд. М.: Книгодел, 2007. 416 с.

⁶³ Философия права: учебник / Л.Д. Байрачная и др.; под ред. О. Г. Данильяна. Харьков: Прапор, 2005. 384 с.

суспільних відносин, є одним із загальнолюдських вимірів права.⁶⁴

М. Гімон наголошує, що особливе значення справедливості надається саме з позиції захисту порушених прав, відстоювання власних інтересів, де суду відводиться роль «остаточної інстанції» у питаннях її відновлення.⁶⁵ Саме тому Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод стала уособленням намагань людства встановити принципи універсальної справедливості:

1) вимога рівності (однакові дії в однакових умовах). У цьому сенсі формулюються вимоги у законодавстві щодо безсторонності;

2) ідея взаємозв'язку скоєної (протиправної) дії та покарання за неї;

3) економічний аспект справедливості, який полягає у рівності між тим, що було втрачено, та тим, що набувається (в цьому аспекті яскравим прикладом є «справедлива сатисфакція», про яку йдеться у кожному рішенні ЄСПЛ).

Призначенням універсальної справедливості вважають підтримку та відтворення рівноваги (рівної міри). Напрацьовані спільними зусиллями представників людства два аспекти у розумінні справедливості – змістовний та формальний, мають важливе значення і виявляються у будь-якій сфері людського життя, натомість саме у правовій сфері вони мають найяскравіший свій прояв, адже змістовний аспект дозволяє оцінювати «якість» норм права, як матеріальних, так і процесуальних, а формальний дозволяє розглядати питання про дотримання процедурних аспектів у реалізації цих норм, здебільшого у формі застосування (формальна справедливість

⁶⁴ Науково-практичний коментар Закону України «Про Національну поліцію» / кер. авт. кол. Т. П. Мінка. Дніпро: Дніпропетровськ. держ. ун-т внутрішніх справ. 2017. 480 с.

⁶⁵ Гімон М. М. Реалізація права на справедливий суд в адміністративному судочинстві в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Запоріжжя, 2018. 233 с.

як послідовність, неупередженість, об'єктивність щодо застосування певних правил).⁶⁶

Саме через розуміння категорії справедливості у формальному підході ми досліджуватимемо поняття «право на справедливий суд» та його співвідношення із поняттям «доступ до правосуддя» та поняттям «право на отримання справедливого рішення».

Під судом традиційно розуміють чи державний орган судової системи,⁶⁷ чи приміщення, де відправляють правосуддя, чи ототожнюють з поняттям судочинства – тобто із судовим процесом чи розглядом справи, чи безпосередньо із судовим засіданням. Кодекс адміністративного судочинства України розкриває поняття суду через порядок відправлення правосуддя: «суд – суддя адміністративного суду, який розглядає і вирішує адміністративну справу одноособово, колегія суддів, інший визначений цим Кодексом склад адміністративного суду».⁶⁸

Поняття «правосуддя», хоча й певною мірою є тотожним поняттям «суду»,^{69;70; 71; 72} але більшою мірою тлумачиться як процес, процесуальна діяльність, саме розгляд судових справ.^{73; 74; 75; 76; 77}

⁶⁶ Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: монография. Харьков: Право, 2002. 327 с.

⁶⁷ Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24.02.1994 № 4002-ХІІ. URL:<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>

⁶⁸ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 06.07.2005 № 2747-IV. URL:<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.

⁶⁹ Нечволод Л. І., Бездітко В. І., Паращич В. В. Універсальний словник української лексики. Синоніми, антоніми, омоніми. Харків: Торсінг плюс, 2009. 768 с.

⁷⁰ Ковальова Т. В. Великий тлумачний словник української мови. Харків: Фоліо, 2005. 767 с.

⁷¹ Тлумачний словник української мови: понад 12500 статей (близько 40 000 слів) / за ред. В. С. Калашника. 2-ге вид., випр. і доп. Харків: Прапор, 2005. 992 с.

⁷² Яковлева А. М., Афонская Т. М. Сучасний тлумачний словник української мови. Харків: Торсінг Плюс, 2010. 672 с.

⁷³ Ковальова Т. В. Великий тлумачний словник української мови. Харків: Фоліо, 2005. 767 с.

М. Гімон, узагальнивши матеріали сучасних довідникових правових джерел, стверджує, що визначення поняття «правосуддя» має такі акценти:

1) орган, що здійснює діяльність (суд); на активності як характеристиці такої діяльності; на тому, що така діяльність є державною; на тому, що відповідний державний орган наділений певною компетенцією; відкритому переліку різновидів справ, які розглядаються судом;

2) на активній поведінці (діяльності); її характеристиці (один з видів державної діяльності); конкретизації суб'єкта такої діяльності (органи судової влади); конкретизації, у чому саме полягає така діяльність (розгляд та вирішення справ); відкритому переліку справ (цивільні, кримінальні, інші); конкретизації форми діяльності (процесуальна форма, судові засідання);

3) на правозастосовному характері діяльності суду; вичерпному переліку справ, який розглядається судом; конкретизації мети цієї правозастосовної діяльності; відсутності деталізації щодо того, що суд є державним органом; на функції контролю з боку суду.

М. Гімон підсумовує, що в усіх визначеннях, що надаються у довідникових правових джерелах (порівняно із звичайними довідниковими), акцентується все ж таки на діяльності, процесі, а не на самому суб'єкті здійснення правосуддя чи його результаті.⁷⁸

⁷⁴ Олексієнко Л. П., Шумейко О. Л. Сучасний тлумачний словник української мови. Київ: Кобза, 2002. 544 с.

⁷⁵ Тлумачний словник української мови: понад 12500 статей (близько 40 000 слів) / за ред. В. С. Калашника. 2-ге вид., випр. і доп. Харків: Прапор, 2005. 992 с.

⁷⁶ Тлумачний словник-мінімум української мови: близько 6 тисяч слів / відп. за вип. О. М. Єфімов. Київ: Довіра, 1999. 448 с.

⁷⁷ Яковлева А. М., Афонська Т. М. Сучасний тлумачний словник української мови. Харків: Торсінг Плюс, 2010. 672 с.

⁷⁸ Гімон М. М. Реалізація права на справедливий суд в адміністративному судочинстві в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Запоріжжя, 2018. 233 с.

Аналогічною є думка А. Селіванова: «правосуддя за своєю етимологією означає швидше сферу суспільних відносин, процес...».⁷⁹

Проти ототожнення термінів «правосуддя» і «судочинство» аргументовано виступають автори колективної монографії «Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення», зазначаючи, що для юридичного фаху існування різних термінів («правосуддя» і «судочинство») означає наявність різного, специфічного змісту. Буквально термін «правосуддя» означає «суд за правом», а термін «судочинство» – «діяльність суду». Тому перший термін акцентує на змісті (за правом), другий – на формі діяльності (діяльність суду) як специфічному смислі термінів.⁸⁰

Б. Малишев окреслює два головні підходи до сучасного розуміння сутності правосуддя:

1) як юридичної процедури здійснення функції судової влади: розгляд справ, захист прав і свобод людини і громадянина, охорона конституційного ладу. По суті правосуддя постає як засіб вияву і реалізації судової влади.

2) як сукупності змістовних (а не формальних) ознак діяльності суду з вирішення справ.

Тому він пропонує визначати правосуддя як «спосіб вирішення спору про право, який здійснюється: а) на підставі закону та принципів справедливості, рівності, свободи і гуманізму; б) на постійній і професійній основі спеціальними органами державної влади – судами, акти яких забезпечуються авторитетом держави».⁸¹

У науковій літературі поняттю правосуддя іноді надають надзвичайно широкого значення, коли до нього відносять не тільки судочинство, яке реалізується у певній процесуальній

⁷⁹ Селіванов А. О. Нові конституційні засади судової влади. Вступ з принципових питань // Стратегічні пріоритети. 2008. № 2. С. 76–78.

⁸⁰ Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення: кол. монографія /А. М. Бернюков, В. С. Бігун, Ю. П. Лобода, та ін.; відп. ред. В. С. Бігун. Київ: Бібліотека Міжнар. часопису «Проблеми філософії права», 2009. 316 с.

⁸¹ Малишев Б.В. Судовий прецедент у правовій системі Англії. Київ: Праксіс, 2008.

формі, але й судоустрій. При цьому до судочинства як компонента правосуддя долучають також позасудові та досудові форми врегулювання спорів, а до судової системи – всі органи (інші структури), які створені для захисту порушених прав та законних інтересів. У зв'язку з цим у науковій літературі вживають такі терміни, як «економічне правосуддя», «відновне правосуддя», «посвідчувальне правосуддя», «альтернативне правосуддя», «громадське правосуддя», «третейське правосуддя», «превентивне правосуддя».⁸²

Водночас положення Конституції України, що «правосуддя в Україні здійснюють виключно суди», на перший погляд оскаржує таке твердження. Однак можна припустити, якщо метою правосуддя є досягнення справедливого рішення у справі, то позасудові та досудові форми врегулювання спорів можуть бути включені до широкого розуміння поняття «правосуддя».

Дослідивши поняття справедливості, виокремивши визначальні ознаки понять «суд» та «правосуддя», логічним буде перейти до аналізу змісту поняття «права на справедливий суд», із обґрунтування важливості якого ми розпочинали наше дослідження.

Появі такого поняття у вітчизняному законодавстві слід завдячувати міжнародному праву, яке розглядає право на справедливий суд насамперед як:

– право кожного на розгляд справи щодо його прав та обов'язків або кримінального обвинувачення стосовно нього незалежним і неупередженим (безстороннім) судом.⁸³

– право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або вста-

⁸² В. Решота. Проблеми визначення основних понять у сфері здійснення правосуддя // Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2016. Вип. 62. С. 119–127.

⁸³ Загальна декларація прав людини. URL:http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_015

новить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення.⁸⁴

Закон України «Про судоустрій і статус суддів» у статті 7 передбачає, що «кожному гарантується захист його прав, свобод та інтересів у розумні строки незалежним, безстороннім і справедливим судом, утвореним законом».⁸⁵

Дуже важливим вважаємо також положення чинного законодавства про завдання кожного з різновидів судочинства – справедливе вирішення спорів (адміністративного – ч. 1 ст. 2 КАС України, цивільного – ч. 1 ст. 2 ЦПК України, господарського – ч. 1 ст. 2 ГПК України, кримінального – ч. 1 ст. 21 КПК України).

З теоретичної точки зору, в характеристиці права на справедливий суд М. Гімон виокремлює три рівні:

1) пов'язаний з певною абстракцією, якою є категорія «справедливість», що є спільною для багатьох суспільних наук;

2) пов'язаний із відправленням правосуддя загалом (тлумачення справедливості як процесу та кінцевого результату з вирішення конкретної категорії справ у межах різновидів судочинства; є найбільш висвітленим, оскільки пов'язаний із ратифікацією значною кількістю країн ЄКПЛ, визнання практики ЄСПЛ частиною національного законодавства). На цьому рівні йдеться про загально-процесуальне тлумачення справедливості як процесу та кінцевого результату з вирішення конкретної категорії справ у межах цивільного, господарського, кримінального, адміністративного різновидів судочинства. Головна відмінність критерію «справедливості» від інших вимог у межах ст. 6 ЄКПЛ полягає у тому, що він стосується розгляду в цілому, питання про справедливість конкретного судового розгляду вирішується шляхом аналізу всіх його етапів, а помилки, яких припустилися на певній стадії, можуть бути усунені на більш пізньому етапі;

⁸⁴ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950. URL:<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/475/97-вр>

⁸⁵ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. URL:<http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>

3) пов'язаний з особливостями галузевих процесуальних норм, якими врегульовано право на справедливий суд та його складники, де має враховуватись цільова спрямованість правового регулювання конкретної сфери суспільних відносин, обставини, що впливають на специфіку їх закріплення та реалізацію відповідного права.⁸⁶

«Право на справедливий суд», на думку М. Гімона, слід розуміти як таке, що стосується і суду як органу, який має розглянути та вирішити справу (саме у цьому аспекті йдеться про такі гарантії, які закріплює закон, як незалежність суду, заборона впливу у будь-який спосіб), так і безпосередньо судового розгляду як поєднання певного процесу та його кінцевого результату.⁸⁷

Для фізичних та юридичних осіб найсуттєвіше значення полягає у повноті реалізації права на справедливий суд, яку також пов'язують із ефективністю судового захисту у певній державі.

Подальший аналіз положень міжнародно-правових документів у сфері прав людини (Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, рішення Європейського суду з прав людини та ін.) може справити враження, що право на справедливий суд у цілому полягає у дотриманні справедливої процедури, водночас слід погодитися, що «право на суд охоплює надзвичайно багато різноманітних категорій. Воно стосується і інституційних, і організаційних аспектів, і особливостей здійснення окремих судових процедур».

У Рекомендаціях № R (81) 7 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо заходів, які полегшують доступ до правосуддя, відзначено такі аспекти: інформування громадськості про місцезнаходження, компетенцію судів, порядок звернення; спрощення процедур (примирення, участь адвокатів, забезпечення перекладів, обмеженість кількості

⁸⁶ Гімон М. М. Реалізація права на справедливий суд в адміністративному судочинстві в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Запоріжжя, 2018. 233 с.

⁸⁷ Гімон М. М. Справедливість як базова категорія у складі права на справедливий адміністративний суд та принципу справедливості адміністративного судочинства // *Visegrad Journal on Human Rights*. 2016. № 6/1. С. 43–48.

експертів); прискорення провадження (скорочення строків, укомплектованість судів, забезпечення можливості тимчасового виконання рішень, які можуть бути оскаржені); судові витрати (спрощення, фінансова доступність, контроль над розмірами гонорарів адвокатів, відшкодування витрат сторони, яка виграла); особливі процедури.⁸⁸

В. Городовенко, І. Гриценко, М. Ентін, М. Погорецький у своїх дослідженнях дотримуються такої системи структурних елементів права на справедливий суд:

– органічні елементи, що забезпечують ефективно користування цим правом (доступ до правосуддя і виконання судових рішень);

– інституційні елементи як критерії, яким повинна відповідати і судова система держави загалом, і кожен національний судовий орган окремо (створення суду і формування складу суду на підставі закону, достатня тривалість повноважень суддів і їх незмінність протягом строку повноважень, незалежність і безсторонність);

– процесуальні елементи – забезпечують реальну участь особи або її представника в розгляді справи, змагальність процесу, рівність сторін на всіх етапах судового розгляду та розумні строки розгляду;

– спеціальні елементи – додаткові гарантії, що забезпечують додержання універсальних вимог справедливого правосуддя з урахуванням особливостей кримінального процесу.^{89; 90; 91}

⁸⁸ Рекомендація № R (81) 7 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо заходів, що полегшують доступ до правосуддя: Міжнар. док. від 14.05.1981. Ухвалено на 68 засіданні заступників міністрів. URL:http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_133

⁸⁹ Ентін М. Справедливе судебное разбирательство по праву Совета Европы и Европейского Союза // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2003. № 3 (44). С. 85–97.

⁹⁰ Городовенко В. Забезпечення права на справедливий судовий розгляд // Слово Національної школи суддів України. 2013. № 4. С. 60–62.

⁹¹ Погорецький М. Право на справедливий суд / М. Погорецький, І. С. Гриценко // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. 2012. Вип. 91. С. 4–8.

Н. Грень розглядає право на справедливість як більш широку категорію ніж право на доступ до суду, а під останнім розуміє безперешкодну можливість звернення до суду, без отримання спеціальних дозволів, проходження певних процедур, досудових засобів врегулювання спорів, інших додаткових обтяжень для заявника.⁹²

Н. Грень у своєму дисертаційному дослідженні структурує можливі перешкоди у реалізації права на доступ до суду на юридичні, фактичні та економічні, а саме:

– юридичні перешкоди: наявність у законодавстві переліку категорій справ, що не підлягають судовому розгляду; обмежувальні положення законодавства щодо права самостійного звернення, з мотивацією, що це право належить компетентному органу чи іншому суб'єкту;

– фактичні перешкоди: обмеження строку на подання позовної заяви;

– економічні перешкоди: високі ставки державних зборів за право розгляду скарги та судових витрат тощо, непосильні для особи витрати на правову допомогу; вимога обов'язкової участі захисника або ж створення такої громіздкої й обтяжливої процедури, з якою пересічні громадяни не в силі впоратися самостійно.

«Доступ до правосуддя, – за визначенням І. Жаровської, – є складним правовим механізмом, що являє собою систему правових заходів та засобів, які забезпечують можливість особі або іншому суб'єкту безперешкодно звернутися до органів правосуддя та отримати захист свого права».⁹³ Варто наголосити, що І. Жаровська визначає доступ не тільки як можливість подання звернення до органу правосуддя, але і як право на отримання справедливого рішення у справі. Так, у справі «Балацький проти України» ЄСПЛ визнав пору-

⁹² Грень Н. М. Реалізація права людини на справедливий суд шляхом процедури присудової медіації: теоретико-правове дослідження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень; М-во освіти і науки України, Нац. ун-т «Львівська політехніка». Львів, 2017. 250 с.

⁹³ Жаровська І. М. Доступність права: теоретико-правові проблеми: монографія. Львів: Вид. ЛКА, 2007. 2008. С. 10–11.

шенням право на справедливий суд, оскільки заявник був позбавлений доступу до суду, тому що районний суд відмовився ухвалити будь-яке рішення у його справі про незаконне переведення.

Серед інших складових поняття «право на справедливий суд» у нашому дослідженні особливого значення набуває право на отримання справедливого рішення.

Спори залишаються невід'ємною частиною людського буття, їх виникнення здебільшого пов'язане із порушенням законних прав та інтересів фізичних та юридичних осіб, а вирішення якраз і пов'язується із відновленням справедливості.

Вважаємо, що у сучасній правовій державі спори повинні вирішуватися насамперед відповідно до фундаментальних принципів права та у спосіб, який найбільше відповідає потребам сторін спору.

Нині в Україні вирішення спорів по суті монополізовано державною судовою системою, хоча моральним засадам українського суспільства відповідає мирне вирішення спорів, без залучення чи із залученням третьої сторони.

Саме тому у ході реалізації права на справедливий суд людина поновлює порушені права і свободи, при цьому держава повинна забезпечити не тільки ефективну систему правосуддя, але й належним чином забезпечений, доступний та широкий спектр методів вирішення правових спорів.

Варто наголосити, що з 2006 р. в Україні втілюється Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів,⁹⁴ метою якої є забезпечення становлення в Україні судівництва як єдиної системи судового устрою та судочинства, що функціонує на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів і гарантує право особи на справедливий суд.

⁹⁴ Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: Указ Президента України від 10 травня 2006 р. № 361/2006. URL:<https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/361/2006/?lang=ru>

При цьому створення можливостей для розвитку альтернативних (позасудових) способів розв'язання спорів є одним із завдань цієї Концепції.

Так, Розділ II Концепції розкриває завдання подальшого розвитку правосуддя, реальне утвердження верховенства права у суспільстві і забезпечення кожному права на справедливий судовий розгляд у незалежному та неупередженому суді.

Сутність верховенства права полягає в тому, що права людини та основоположні свободи є тими цінностями, що формують зміст і спрямованість діяльності держави. Однак верховенство права так і залишатиметься доктриною, позбавленою практичного значення, допоки судді не керуватимуться у своїй професійній діяльності принципом верховенства права.

Подальший розвиток правосуддя в Україні має бути спрямований на утвердження верховенства права через забезпечення:

- доступності правосуддя;
- справедливої судової процедури;
- незалежності, безсторонності та професіоналізму суддів;
- юридичної визначеності, однаковості судової практики і відкритості судових рішень;
- ефективності судового захисту.

Розділ X Концепції передбачає, що повноцінна судова реформа неможлива без реформування та розвитку інститутів, які безпосередньо пов'язані з реалізацією права на судовий захист. З метою розвантаження судів потрібно розвивати альтернативні (позасудові) способи врегулювання спорів, а також створювати умови для стимулювання дешевших і менш формалізованих способів їх врегулювання. Наукового обґрунтування і практичного втілення потребує медіація – діяльність професійних посередників, які спрямовують учасників юридичного спору до компромісу і врегулювання спору самотійно самими учасниками. Звернення до суду бажано використовувати як винятковий спосіб врегулювання юридичного спору.

Одним із ключових питань щодо запровадження інституту медіації залишається забезпечення саме справедливого вирішення правового спору на засадах верховенства права.

На вказаному аспекті наголошує Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, затверджена Указом Президента України від 20 травня 2015 р. № 276.

У цьому документі наголошується, що метою судової реформи є утвердження такого правопорядку, який ґрунтується на високому рівні правової культури в суспільстві, діяльності всіх суб'єктів суспільних відносин на засадах верховенства права та захисту прав і свобод людини, а в разі їх порушення – справедливого їх відновлення в розумні строки. Судова система України та суміжні правові інститути існують для захисту прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина, прав та законних інтересів юридичних осіб, інтересів держави шляхом своєчасного, ефективного і справедливого вирішення правових спорів на засадах верховенства права.

Зауважимо, що реформування вітчизняної судової системи відповідає загальносвітовим тенденціям, у тому числі щодо визнання та сприяння альтернативним методам вирішення спорів, зокрема медіації.

Альтернативне вирішення спорів визнано необхідною складовою доступності правосуддя на міжнародному, наднаціональному та національному рівнях. Так, Рада ЄС вважає принцип доступу до правосуддя фундаментальним принципом права ЄС та з метою забезпечення кращого доступу до правосуддя закликала держави-члени створювати альтернативні позасудові процедури. У травні 2000 р. Рада затвердила висновки щодо альтернативних способів вирішення спорів у цивільному та комерційному праві та заявила, що встановлення в цій сфері основних принципів – необхідний крок на шляху до розвитку та нормального функціонування позасудових процедур урегулювання спорів у цивільних та комерційних справах, що спрощують та полегшують доступ до правосуддя.

Альтернативне вирішення спорів досить стрімко розвивається у США, і якраз здебільшого американський досвід став основою для все більш широкого запровадження позасудового вирішення спорів в інших державах як на приватному (практика включення медіаційних та арбітражних застережень у договірну практику), так і державному рівнях (інституалізація певних методів альтернативного вирішення спорів, зокрема, медіації).

Передумовами до розвитку та популяризації альтернативних методів вирішення спорів насамперед стали проблемні аспекти, притаманні функціонуванню державної судової системи будь-якої країни та, як наслідок, реалізації права на справедливий суд: значні фінансові та часові витрати, пов'язані із необхідністю оплати судових зборів, послуг юристів, завантаженість судів та заформалізованість судового процесу,

До того ж сучасне життя спричиняє виникнення значної кількості спорів, різних за своєю суттю, предметом, сферою суспільних відносин, які однозначно не можуть бути вирішені у рамках судового розгляду через об'єктивні та суб'єктивні причини.

Можна стверджувати, що сучасна концепція доступності правосуддя включає державну судову систему та суміжні правові інститути, а саме – альтернативне вирішення спорів. Водночас система альтернативного вирішення спорів як і державне судочинство повинні насамперед забезпечувати справедливе вирішення спору.

Альтернативні методи вирішення спорів набувають все більшого поширення практично в усіх державах світу, при цьому Україна не залишається осторонь таких процесів. При цьому медіація в Україні є найбільш поширеним видом альтернативного вирішення спорів і застосовується вже близько 30 років. Можна стверджувати, що медіація в Україні вже набула статусу соціального інституту, водночас створення правового інституту медіації як найбільш поширеного виду альтернативних методів вирішення спорів гальмується відсутністю чіткого розуміння з боку законодавця, юридичної та медіаторської спільноти механізму інкорпорації альтер-

нативних методів вирішення спорів у правову систему держави.

Наріжним каменем такого механізму нам видається обґрунтування можливості забезпечення реалізації принципів верховенства права та права на справедливий суд у разі звернення сторін правового спору не до державного судочинства, а до альтернативних методів вирішення спорів, передусім медіації. Адже держава, забезпечуючи правову основу медіації, надаючи їй місце у цивільному, господарському та адміністративному процесах, повинна бути впевнена у забезпеченні конституційних прав та свобод громадян, які беруть участь у медіаційній процедурі, та інтересів третіх осіб.

Медіацію як соціальний та правовий інститут досліджували Н. Грень, Т. Кисельова, Т. Шинкар, В. Яковлєв, О. Спектор, Г. Єрмоєнко та ін. При цьому саме аспект реалізації принципу верховенства права практично не висвітлювався вітчизняними авторами, водночас ґрунтовні дослідження були проведені О. Фіссом (Owen M. Fiss),

Хвиля популяризації та все більш широкого застосування альтернативних методів вирішення спорів не оминула і Україну, адже ми можемо спостерігати становлення медіації як соціального інституту, невпинне збільшення спільноти медіаторів (на момент завершення даного дослідження функціонувала Національна асоціація медіаторів України), жваві дискусії щодо змісту Закону України «Про медіацію» тощо. Об'єктивною залишається неспроможність вітчизняної судової системи повноцінно забезпечувати право на доступ до правосуддя: перевантаженість судів, досить високі судові збори, недостатня ефективність роботи виконавчої служби, що спонукає сторони спору шукати альтернативні методи його вирішення. Вагомою характеристикою системи вирішення спорів у нашій державі є вкрай низька довіра населення до судової системи.

Хоча мирні, позасудові методи вирішення спорів застосовувалися людством ще до появи державного судочинства, на даний час презюмується, що стійка тенденція до поширення альтернативних методів вирішення спорів бере свій

початок у 1970-х роках із США як протиположності неефективному, дорогому та складному правосуддю.

Визначальний вплив на становлення та популяризацію медіації в Україні мала діяльність урядових та неурядових організацій США (Американська арбітражна асоціація, Федеральна служба посередництва і примирення, USAID та ін.), які надавали організаційну та фінансову допомогу. Найбільш ґрунтовне дослідження становлення медіації в Україні здійснила Т. Кисельова, зазначивши, що у 1994 р. донецький «Психологічний Центр» об'єднав зусилля з американською неурядовою організацією «Search for Common Ground» з метою створити перший в Україні центр медіації. Унаслідок такої ініціативи було відкрито вісім центрів медіації по всій Україні за підтримки 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. За рахунок гранта Міжнародної фінансової корпорації Групи Світового Банку було відкрито Український центр медіації при Києво-Могилянській бізнес-школі.⁹⁵

Доречним також буде зауважити, що США останніми десятиліттями активно фінансують програми з утвердження верховенства права у країнах, що розвиваються, при цьому здебільшого такі програми передбачають запровадження альтернативних методів вирішення спорів у країнах-реципієнтах. Аргументи на користь того, що альтернативні методи вирішення спорів є складовою утвердження верховенства права у певній державі полягають здебільшого у тому, що альтернативні методи вирішення спорів можуть:

– покращити доступ до правосуддя для бідних чи малограмотних людей, які також і через географічний чинник не можуть подати чи відповісти на позов;

– зменшити часові та фінансові витрати на вирішення спору;

⁹⁵ Kyselova, Tatiana, *Integration of Mediation into Ukrainian Court System: Policy Paper* (October 17, 2017). Council of Europe, Kyiv, 2017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3054519> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3054519>

- надати альтернативу корупціонованій або упередженій судовій системі;
- покращити інвестиційний клімат;
- надати доступ до справедливості тим членам суспільства (жінкам, меншинам), які можуть бути обмежені у своїх правах національною правовою системою;
- згуртувати членів громади та встановити кращу соціальну гармонію;
- зумовити політичну реформу;
- допомогти членам громади діяти разом для кращого захисту їх прав.⁹⁶

Переваги медіації достатньо відомі і вельми доведені: універсальність, конфіденційність, відносна дешевизна, швидкість вирішення спору, висока ймовірність досягнення взаємовигідного рішення і збереження дружніх відносин між сторонами спору тощо.

Досить поширеною є думка, що альтернативні методи вирішення спорів є другим найкращим засобом отримання справедливості після державного судочинства, тільки якщо останнє є ефективним, чесним, незалежним та доступним. При цьому альтернативні методи вирішення спорів набувають першочергового значення в умовах, коли державна судова система є неефективною, корупціонованою, упередженою чи недоступною.

Незважаючи на значну популярність медіації та визнані переваги цього методу вирішення спорів, її критики наводять достатньо багато підстав, зокрема:

1. Приватизація та деформалізація вирішення спорів є негативним явищем, адже правозастосовча практика та оприлюднення судових рішень є важливими для кращого забезпечення прав людини, цінність судового розгляду полягає у його здатності забезпечити правильне вирішення спорів на основі суспільних цінностей, при цьому саме офіційні особи, а не пересічні громадяни, повинні тлумачити

⁹⁶ Alternative dispute resolution practitioners' guide. Center for democracy and governance. URL:<https://gsdrc.org/docs/open/ssaj1.pdf>

цінності, зазначені у Конституції та законодавстві.⁹⁷ О. Фісс запевнював, що вирішення спорів шляхом примирення, а не судовим рішенням призводить до того, що справедливість стає жертвою миру.⁹⁸ Д. Лубан зауважував, що позасудове вирішення спорів не створює судового прецеденту та не формує правових норм.⁹⁹ Хоча зазначимо, що останнє зауваження може бути піддане критиці, адже у цьому випадку більш доцільно говорити про немедіабельність певних правових видів спорів;

2. Слабкі сторони спору при застосуванні позасудових методів вирішення спорів мають відповідно більш слабкі позиції (наприклад, споживачі у спорах з підприємствами, робітники у трудових спорах тощо).¹⁰⁰ Деякі автори вважають, що у сімейних спорах жінки є потенційно нерівноправною стороною спору.¹⁰¹ Водночас зауважимо, що вказаний дисбаланс може бути врівноважено грамотною поведінкою медіатора, який має не допустити укладення завідомо несправедливої медіаційної угоди.¹⁰²

Більшість іноземних дослідників вважає, що упорядковане, передбачуване та ефективне вирішення спорів є визначальною рисою сучасної правової та демократичної держави. При цьому верховенство права послідовно забезпечує мирне і впорядковане суспільство, оскільки воно створює мережу доступних, справедливих і зазвичай відкритих і підзвітних установ і процедур, які дозволяють громадянам вирішувати

⁹⁷ Harry T. Edwards, Commentary, *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*, 99 HARV. L. REV. 668, 675-82 (1986).

⁹⁸ Owen M. Fiss, Commentary, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073, 1075 (1984).

⁹⁹ David Luban, *Settlements and the Erosion of the Public Realm*, 83 GEO. L.J. 2619, 2622-23 (1995).

¹⁰⁰ Jean R. Sternlight, *Panacea or Corporate Tool?: Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration*, 74 WASH. U. L.Q. 637, 674-97 (1996).

¹⁰¹ Trina Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 100 YALE L.J. 1545 (1991).

¹⁰² Мазаракі Н.А. Медіація як доступ до справедливості // Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2018. № 6. С. 23-27. URL:http://apnl.dnu.in.ua/6_2018/tom_1/7.pdf

спори і конфлікти. При цьому органи та процедури вирішення спорів можуть бути як державними, так і приватними.

У межах нашого дослідження слід обґрунтувати таке: чи включає в себе верховенство права забезпечення доступу до широкого спектру методів вирішення правових спорів, чи спори повинні вирішуватись виключно на основі норм права, чи сторони можуть вирішувати спори з огляду на власне розуміння правильного та справедливого тощо.

Ми вважаємо, що медіація потенційно може розглядатися як доступ людини до справедливості у разі порушення її прав. Справедливість є базисною категорією медіації, адже такий метод вирішення спорів життєздатний виключно у разі забезпечення справедливого рішення спору, а завданням медіаторської спільноти, законодавця та суспільства у цілому є запровадження та практичне застосування таких правил, норм медіаційної процедури, які унеможливають несправедливість процедури та результату медіації. Хоча поняття справедливості завжди індивідуально для сторін спору, відкидати моральні устої та традиції суспільства неможливо, і тільки тоді може йтися про утвердження справедливості та верховенства права завдяки медіації, коли ідеї соціальної справедливості, свободи, рівності, норми моралі, традиції та звичаї, легітимовані суспільством, будуть відображені у медіаційних угодах.

Взаємопов'язаність процедурної справедливості у медіації, яка забезпечує справедливість медіаційної угоди та верховенства права, досліджували Р. Холландер-Блюмофф та Т. Тайлер. Автори доводять, що при виборі сторонами спору методу його вирішення спірники насамперед дбають про справедливість процесу, і що люди обирають медіацію, коли вони вважають, що до них справедливо ставляться. Тобто процедурна справедливість є одним із факторів, що спонукає людей до вибору методу вирішення спорів.¹⁰³

¹⁰³ Rebecca Hollander-Blumoff and Tom R. Tyler, Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution, 2011 J. Disp. Resol. (2011) Available at. URL:<https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2011/iss1/2>.

Оскільки концептуально категорії верховенства права та процесуальної справедливості є близькими, і зважаючи на те, що вони сприяють сприйняттю легітимності, можливо, занепокоєння з приводу відсутності цінностей верховенства права в інституті альтернативного вирішення спорів є надмірними, оскільки люди не будуть звертатися до альтернативних методів вирішення спорів або погоджуватися з результатами такого вирішення, якщо вони не забезпечують бажаного верховенства права та цінностей процесуальної справедливості. Тобто у міру задоволення потреб процесуальної справедливості людей при застосуванні альтернативних методів вирішення спорів можна сказати, що ці методи перебувають в тенетах верховенства права.¹⁰⁴

Люди цінують чесність процесу вирішення спору, хочуть досягти саме тієї справедливості, яка є безумовною складовою верховенства права, тому процедурна справедливість в альтернативних методах вирішення спорів дає можливість стверджувати про забезпечення принципів верховенства права у позасудовому вирішенні спорів.

Більше того, М. Моффітт аргументує, що верховенство права та альтернативні методи вирішення спорів недоцільно розглядати у протиставленні, а навпаки, слід досліджувати їх взаємозв'язок та взаємовплив, симбіоз верховенства права та альтернативних методів вирішення спорів.¹⁰⁵

М. Моффітт вважає, що верховенство права: (а) надає сторонам спору та потенційним сторонам спору розуміння взаємних прав і обов'язків та законних очікувань. При цьому обмеження спектра очікувань сторін спору сприяє його вирішенню; (б) забезпечує механізм приведення у виконання результатів вирішення спору; (в) створює поведінкові обмеження для сторін спору та забезпечує їх належну поведінку, визначаючи, що є законним, а що протиправним.

¹⁰⁴ Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, 88 YALE L.J. 950,950 (1979).

¹⁰⁵ Michael Moffitt. Which Is Better, Food or Water? The Rule of Law or ADR? *Dispute Resolution Magazine* Volume 16, Number 4, Summer 2010. URL:https://law.uoregon.edu/images/uploads/entries/Michael_Moffitt-FOOD_OR_WATER.pdf

У свою чергу, альтернативні методи вирішення спорів розширюють межі дії верховенства права, адже державний примус не може бути всеосяжним, а дотримання ідеалів та принципів верховенства права повинно виходити з повсякденних дій людей та порядку вирішення їх спорів. Альтернативні методи вирішення спорів, зменшуючи навантаження на державну судову систему, дозволяють останній ефективно виконувати свої функції у спорах, які мають вирішуватись виключно у судовому порядку.

Категорії справедливості та верховенства права нерозривно пов'язані з альтернативними методами вирішення спорів, є їх базисом та ціллю одночасно. Судова система була та буде центральною ланкою у системі вирішення спорів, водночас забезпечення свободи людини на вибір методу вирішення спорів є проявом дії принципу верховенства права та ознакою правової, демократичної держави. Зусилля науковців та законодавця повинні бути спрямовані на забезпечення процедурної справедливості при застосуванні альтернативних методів вирішення спорів, встановлення та дотримання їх принципів. Зазначене вище неодмінно має бути відображене у положеннях Закону України «Про медіацію».

1.2. Загальна характеристика інституту альтернативного вирішення спорів

Нині спостерігається тенденція стрімкого розвитку альтернативних методів вирішення спорів як і у територіальному вимірі (практично всі демократичні держави світу тією чи іншою мірою запровадили та підтримують альтернативні методи вирішення спорів), так і предметному (методи мирного вирішення спорів застосовують практично у всіх сферах суспільного життя – цивільних, трудових, сімейних, господарських відносинах, без звернення до державних судів вирішуються публічно-правові спори, ефективним інструментом при вирішенні міждержавних спорів є посередництво). Спектр застосування альтернативних

методів вирішення спорів відповідає характеру та рамкам людських відносин, зокрема, протягом останнього часу все більшої актуальності набуває вирішення спорів онлайн. Затребуваність альтернативних методів вирішення спорів не викликає жодних заперечень, одним із доказів цього є створення громадських та професійних об'єднань спеціалістів у сфері позасудового вирішення спорів, насамперед медіаторів. Медіаторська практика вже стала невід'ємною частиною професійної діяльності юристів, адвокатів, нотаріусів, суддів, більш того, медіаторська діяльність набула ознак професіоналізації. Публікації та публічні заходи, як прикладні так і наукові, на тематику альтернативних методів вирішення спорів стають все більш поширеними.

Історія альтернативних методів вирішення спорів бере витоки з часів традиційного суспільства, коли не застосовувався примус до вирішення спорів, а судова система стала притаманною для держави як утворення. Так, певні мирні методи вирішення спорів із залученням третьої сторони висвітлено ще у міфах Стародавньої Греції (наприклад, за сюжетом міфу, до Париса звернулися Гера, Афіна та Афродита, щоб вирішити спір про красу), у працях Платона (Якщо хтось при укладенні договору не виконає його умов судовий розгляд цього і всіх інших випадків невиконання договору буде відбуватися в судах філ, якщо справа не може бути раніше вирішена судом посередників або сусідів).¹⁰⁶ Першою згадкою про третейський розгляд спорів слід вважати свосередний договір між правителями міст Месопотамії Лагаш та Умма, що був висічений мовою кіммерійців на кам'яній стелі (3100 р. до н.е.).¹⁰⁷

Виникнення комерційного арбітражу обумовлено торгівлею. Вся сфера торгівлі потенційно передбачає спори, і успішна торгівля повинна мати засоби для їх вирішення, крім силових. Із самого початку такі засоби мали містити нейтральну оцінку, а також угоду, негласно або іншим чином,

¹⁰⁶ Платон. Діалоги. Харків: Фоліо, 2008. 349 с.

¹⁰⁷ Анцелевич Г.А. Актуальные проблемы международного права. Киев: Укр. акад. внешней торговли, 2006. 282 с.

щоб дотримуватися результату, забезпеченого певною санкцією. Можливо, вони мали багато форм, причому посередництво, безсумнівно, перетворювалося в суд. Однак багато історичних джерел втрачено назавжди. Навіть в історичні часи деталі неможливо об'єднати разом, як це легко зрозуміти тим, хто нині намагається отримати достовірні статистичні дані про поточні випадки та види арбітражів. Розв'язання приватних спорів завжди було однозначно приватним.¹⁰⁸

На підтримку альтернативного, мирного врегулювання спорів рішуче висловлювався й Абрахам Лінкольн: «Не заохочуйте судові позови. Переконайте своїх сусідів у компромісі у будь-якому випадку. Покажіть їм, як номінальний переможець найчастіше програє у гонорарах, витратах та втратах часу».¹⁰⁹

Сучасний етап розвитку альтернативного вирішення спорів, безсумнівно, обумовлено введенням в дію Арбітражного кодексу у Нью-Йорку у 20-х роках минулого століття, після завершення Першої світової війни.¹¹⁰

У той час, як деякі елементи альтернативних методів вирішення спорів вже є сталими та характеризуються певною постійністю, інші – продовжують еволюціонувати. Наприклад, всесвіт альтернативних методів вирішення спорів спочатку сприймався, щонайменш деякими з його прибічників, як нескінченно змінний, з різними процесами та стратегіями, які можуть бути змішані у різних поєднаннях у гібридні процеси, які можна підлаштувати під потреби кожного індивідуального спору та ситуації.¹¹¹

¹⁰⁸ Mustill, «Arbitration: History and Background» (1989) 6 Journal of International Arbitration, p. 43. URL:<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/jia0006&div=22&id=&page=>

¹⁰⁹ Collected Works of Abraham Lincoln URL:<http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/lawlect.htm>

¹¹⁰ Ronny Jänig. Commercial Law: Selected Essays on the Law of Obligation, Insolvency and Arbitration. Universitätsverlag Göttingen, 2012. 157 с.

¹¹¹ Brown H. ADR principles and practice. London: Thomson Reuters, 2011. 868 с.

Тому поняття «альтернативні методи вирішення спорів», залишаючись актуальним для наукових досліджень, так і не має на сьогодні однозначного тлумачення та розуміння. Вочевидь, аналіз цього соціально-правового інституту слід розпочинати з дослідження змісту складових його назви, насамперед слова «альтернативні». Розуміння суті та змісту категорії «альтернатива» щодо методів вирішення спорів дає можливість не тільки з'ясувати правову природу, але й визначити спектр методів, які й будуть називатися альтернативними та основоположні чинники побудови системи захисту прав громадян у певній державі.

Тлумачний словник української мови розкриває поняття «альтернативний» через поняття «альтернативи. Так, «альтернативний» – який містить у собі альтернативу, «альтернатива» – необхідність вибору між двома або кількома можливостями, що є взаємовиключними.¹¹² Подібне тлумачення пропонує «Філософський тлумачний словник», який дає визначення «альтернативи» як «кожного з членів строгої диз'юнкції, яка виражає дві або більше можливостей, що виключають одна одну», «необхідність вибору між двома можливостями, що виключають одна одну; кожна з цих можливостей».¹¹³

Однак пряме відображення тлумачення слова «альтернативний» у значенні «необхідність вибору між двома або кількома можливостями, що виключають одна одну» навряд чи є доцільною у нашому дослідженні. Адже застосування сторонами того чи іншого методу вирішення спорів, наприклад, медіації, не позбавляє їх права звернутися до державного суду.

Зважаючи на домінуюче твердження, що альтернативні методи вирішення спорів сформувалися як соціально-правовий інститут у США, проаналізуємо тлумачення слова

¹¹²Словник української мови в 11 томах. URL:<https://www.slovnyk.ua/index.php?swrd=альтернативний>

¹¹³ Альтернатива // Філософський енциклопедичний словник / В. І. Шинкарук (голова редколегії) та ін.; Л. В. Озадовська, Н. П. Поліщук (наук. ред.); І. О. Покаржевська (художнє оформлення). Київ: Абрис, 2002. 742 с.

«Alternative» в англomовних джерелах. Словник Мерріам-Вебстер пропонує таке тлумачення:¹¹⁴ як такий, що пропонує чи означає вибір, «такий, що відрізняється від звичайного чи традиційного.

Безумовно, наявність у громадянина можливості вибору щодо використання будь-якого законного та ефективного у кожному окремому випадку методу вирішення правових спорів є ознакою демократичної, правової держави, заповною реалізації права громадянина на доступ до правосуддя.

У наукових джерелах достатньо поширеним є аналіз змісту елемента «альтернативний», а основні підходи полягають у такому.

1. Альтернативний як позасудовий. Словник Мерріам-Вебстер надає визначення поняття «альтернативне вирішення спорів» як органу чи способів вирішення спорів (арбітраж, приватний суддя), які існують поза межами державної чи федеральної системи судоустрою.¹¹⁵ Відома українська дослідниця О. М. Спектор зазначає, що зовнішнє поняття альтернативності полягає у можливості звернення за вирішенням спору або до органу державної влади (суду), або за допомогою одного зі способів альтернативного вирішення спорів.¹¹⁶ Становлення альтернативних методів вирішення спорів обумовлено пошуком позасудових методів вирішення спорів. Так, значні судові збори та тривалість судових розглядів стали чинником розвитку медіації у США. Пропозиція Френка Сандера, оголошена на II Паундській конференції у 1976 р., щодо перетворення суду на центр вирішення спорів (multi-door courthouse), полягала у наданні громадянину, що звернувся до суду, можливості застосувати й позасудові альтернативні методи вирішення спорів.¹¹⁷

¹¹⁴ Alternative. (n.d.). Retrieved May 15, 2018. URL:<https://www.merriam-webster.com/dictionary/alternative>

¹¹⁵ Alternative dispute resolution. (n.d.). Retrieved May 15, 2018. URL:<https://www.merriam-webster.com/legal/alternative%20dispute%20resolution>

¹¹⁶ Спектор О. М. Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів: світовий досвід та перспективи застосування у правовій системі України: монографія. Київ: Фенікс, 2013. 160 с.

¹¹⁷ Rogers, N. H. No panaceas, only promising avenues: Frank sander's legacy for dispute resolution in law schools. *Negotiation Journal*, 2006. 22(4), 459–465.

2. Альтернативний як такий, що надає можливість вибору способу вирішення спору. Н. Кройцфельд та Б. Бредфорд характеризують альтернативне вирішення спорів як додатковий шлях для вирішення спорів без застосування формальних юридичних процедур.¹¹⁸ Ф. Сандер, наголошуючи на альтернативності як можливості вибору варіанта методу вирішення спору, однак включав і судовий розгляд¹¹⁹, хоча судоустрій є невід'ємною ознакою держави. Аналогічної думки дотримується й О. Носирева¹²⁰ та вважає, що у широкому розумінні альтернативність означає всі можливі способи правового врегулювання конфлікту, враховуючи судову процедуру, і можливість вибору одного з багатьох варіантів.

Розвиваючи такий підхід, Г. Браун та А. Мерріот розмірковують над доцільністю заміни терміна «alternative» на «appropriate», який на українську мову перекладається як «відповідний», адже для кожного спору має бути свій метод вирішення, який враховує особливості суті спору, статусу та можливостей сторін. Водночас зауважують, що термін «альтернативне вирішення спорів» є загальновідомим і спроби використати інші прикметники («ефективне», «мирне», «пропорціональне») можуть спричинити плутанину щодо сприйняття громадськістю.¹²¹

К. Ковач зауважує, що із розширенням вибору альтернативних методів вирішення спорів набуває актуальності питання вибору доцільної процедури розв'язання конфлікту, а саме, яка з процедур буде найкраще сприяти досягненню

¹¹⁸ Creutzfeldt, N., & Bradford, B. (2016). Dispute resolution outside of courts: Procedural justice and decision acceptance among users of ombuds services in the UK. *Law & Society Review*, 50(4), 985-1016. doi:10.1111/lasr.12234

¹¹⁹ Sander, F. Dispute Resolution within and outside the Courts: an Overview of U.S. Experience // Attorneys General and New Methods of Dispute Resolution. National Association of Attorneys General and ABA, 1990. 990 p.

¹²⁰ Носирева Е. И. Альтернативное разрешение гражданско-правовых споров в США: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.15 / Е. И. Носирева. Воронеж, 2001. 65 с.

¹²¹ Brown H. ADR principles and practice / H. Brown, A. Marriott. London: Thomson Reuters, 2011. 868 с.

цілей сторін, яким чином подолати перепони до прямих переговорів сторін.¹²²

3. Альтернативний як консенсуальний метод вирішення спору. Такий підхід базується на одній із відмітних ознак альтернативних методів вирішення спорів – прийняття рішення сторонами спору, а не судом чи третьою стороною (зокрема, медіатором, арбітражним чи приватним суддею). У такому випадку спектр альтернативних методів вирішення спорів є дещо вужчим, адже не включає медіацію-арбітраж, омбудсмена, арбітраж та методи вирішення спорів, де презюмується змагальність процедури. Водночас висловили критику такого підходу Г. Браун та А. Мерріот, наголошуючи, що «не можна серйозно обговорювати те, що альтернативне вирішення спорів стосується лише позасудових методів та протиставляється всім методам вирішення спорів, де рішення приймається третьою стороною».¹²³ Досить поширеною та загальноприйнятою у літературі є класифікація альтернативних методів вирішення спорів на такі, що передбачають ухвалення рішення, оцінювальні та погоджувальні, що дає можливість ставити під сумнів розуміння альтернативності виключно як протиставлення змагальності.

4. Альтернативний як більш складний порівняно з переговорами між сторонами спору. У рамках такого підходу єдиним «неальтернативним методом вирішення спорів» будуть саме переговори. Таку позицію підтримує О. Ткачук: «Альтернатива» може розглядатися не лише щодо змагальних процедур, але й щодо способів вирішення спорів, що не пов'язані із залученням третьої сторони, тобто процедурами, які хоча і є консенсуальними за своєю природою, наприклад, переговори, однак відбуваються без участі третіх осіб. Щодо можливості віднесення до альтернативної форми захисту переговорів та претензійного порядку, то О. Ткачук іманентною ознакою форми захисту вважає звернення до певного

¹²² Медиация: крат.курс / Кимберли Ковач; пер. с англ. Е.И. Носырева и др. 2-е изд. М.: Инфотропик Медиа, 2013. 316 с.

¹²³ Brown H. ADR principles and practice / H. Brown, A. Marriott. London: Thomson Reuters, 2011. 868 с.

юрисдикційного органу для вирішення спору із дотриманням певної процесуальної форми, натомість у разі переговорів та претензійного порядку відсутнє звернення до третіх осіб, а тому вони є складовими альтернативного неюрисдикційного порядку захисту».¹²⁴ К. Ковач безпосередньо відносить переговори, незалежно від того, беруть у них участь агенти чи юристи сторін, до самостійного альтернативного способу вирішення спорів.¹²⁵

5. Альтернативність як вибір серед позасудових методів вирішення спору. Такий підхід ґрунтується на існуванні широкого вибору позасудових методів вирішення спорів, а сторони спору є вільними у своєму виборі. Світовий досвід сформував близько 20 різних форм альтернативного вирішення спорів (автори відомої книги «Альтернативне вирішення спорів, принципи та практика» наводять такий перелік з урахуванням ролі сторін спору у вирішенні спору: переговори, медіація, колаборація, переговори через посередників, міні-суд, нейтральна експертна оцінка, рання нейтральна оцінка, медіація-арбітраж, омбудсмен, присудовий арбітраж, колегія з розгляду спорів, термінове одноособове вирішення спорів, арбітраж, адміністративний трибунал, приватне правосуддя.¹²⁶ Зауважимо, що такий спектр форм вирішення спорів відображує певні особливості правової системи Великої Британії).

К. Ковач зазначає: «учасникам процедури медіації, незалежно від того, є вони медіаторами, сторонами чи представниками сторін, необхідно мати уяву про інші різноманітні альтернативні способи вирішення спорів. Здатність бачити відмінності різноманітних альтернативних способів вирішення спорів також має значення для того, щоб мати можливість пояснити їх сторонам та обговорити важливі деталі. Нерідко позивачам необхідно мати знання про

¹²⁴ Ткачук О. С. Альтернативне вирішення спорів як форма захисту цивільних прав, свобод та інтересів // Проблеми законності. 2016. Вип. 133. С. 20–31. URL:http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pz_2016_133_4

¹²⁵ Медиация: крат. курс / Кимберли Ковач; пер. с англ. Е. И. Носырева и др. 2-е изд. М.: Инфотропик Медиа, 2013. 316 с.

¹²⁶ Brown, H., & Marriott. ADR principles and practice. London: Thomson Reuters, 2011. 868 с

відмінності альтернативних процедур у ситуаціях, коли вони мають наміри (чи навіть змушені) зробити вибір на користь однієї з них».¹²⁷

Ми дотримуємося першого підходу до розуміння поняття «альтернативність», хоча й підтримуємо ідею «широкого цивільного процесу». Водночас Україна все ще перебуває на початкових етапах становлення та інституалізації альтернативних методів вирішення спорів (розвиток альтернативного вирішення спорів передбачено Стратегією реформування судустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, затверджену Указом Президента України від 20.05.2015 № 276, проект Закону України «Про медіацію» не розглянуто у другому читанні), тому для формування коректного сприйняття спектра законних методів вирішення спорів вважатимемо альтернативними методами всі, які не передбачають державне судочинство.

У наукових та законодавчих джерелах наведено широкий спектр не тільки визначень поняття «альтернативне вирішення спорів», але й близькі за змістом, а іноді й синонімічні за певних умов поняття «альтернативні способи/методи/форми/процеси вирішення/розв'язання спорів», «позасудовий/досудовий/квазісудовий/неформальний порядок вирішення спорів», «альтернативні способи примирення». Вважаємо, що в умовах реформи системи судустрою однастайність щодо визначення термінів та їх використання є необхідною умовою чіткого правового регулювання та правильного розуміння суспільством змісту нововведень.

Відомо, що поняття «альтернативне вирішення спорів» є запозиченням із права США, водночас порівняльно-правовий аналіз доводить, що цей правовий інститут запроваджується у державах з певними особливостями, обумовленими, зокрема, традиціями національних правових систем.

Аналіз праць зарубіжних та вітчизняних науковців свідчить, що сформувалося декілька основних підходів до

¹²⁷ Медиация: крат. курс / Кимберли Ковач; пер. с англ. Е. И. Носырева и др. 2-е изд. М.: Инфотропик Медиа, 2013. 316 с.

розкриття змісту поняття «альтернативне вирішення спорів». Зокрема, це поняття розглядається як сукупність:

– форм захисту суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів. А. Мілохова обґрунтовує, що до форм захисту цивільних прав можуть бути віднесені процедури альтернативного вирішення спорів, метою яких є як захист прав (третейський розгляд, міжнародний комерційний арбітраж), так і узгодження інтересів (переговори, посередництво, примирення тощо). Правова наука та законодавство визнають законні інтереси самотійними об'єктами правової охорони і захисту, і процедури альтернативного вирішення спорів, спрямовані на узгодження інтересів, в остаточному підсумку мають на меті саме захист інтересів сторін від їх применшення, обмеження або порушення, тобто також можуть розглядатися як форми захисту.¹²⁸ Зауважимо, що триваюча дискусія щодо розуміння форми захисту прав якраз і точиться навколо віднесення неюрисдикційних способів захисту прав до цієї категорії. Водночас прихильники звуження розуміння форм захисту як функцій юрисдикційного органу здебільшого належать до радянської школи цивільного права.¹²⁹ Відомі вітчизняні спеціалісти у сфері цивільного права та процесу¹³⁰ відносять до форм захисту прав самозахист, захист за допомогою інших громадських, державних і міжнародних інституцій та органів, захист в альтернативному порядку, захист у третейському суді та комісією з трудових спорів, медіаційні процедури тощо.

¹²⁸ Мілохова А.В. Принцип «Альтернативного разрешення гражданско-правовых споров» в свете развития гражданского законодательства // Вестник РГГУ. Серия «Экономика. Управление. Право». 2014. № 9 (131).

¹²⁹ Воложанин В. П. Несудебные формы разрешения гражданско-правовых споров. Свердловск, 1974. 202 с.; Шакарян М. С. Соотношение судебной формы с иными формами защиты субъективных прав граждан / М. С. Шакарян // Актуальные проблемы защиты субъективных прав граждан и организаций. М, 1985. 238 с.

¹³⁰ Цивільне право України: підручник / за ред. Є. О. Харитоновна. Київ: Істина, 2003. 773 с.; В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін. Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. 1352 с.; Тимченко Г. П. Способи та процесуальні форми захисту цивільних прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2002. 20 с.

О. Ткачук пропонує не використовувати поняття «форма захисту», з огляду на ознаку юрисдикційності, а оперувати поняттям «порядок захисту», і вважає, що такі механізми захисту, як третейський, претензійний, медіація, переговори тощо можуть бути об'єднані під загальною назвою «захист в альтернативному порядку або альтернативний порядок захисту». Юрисдикційність є ознакою не суб'єкта, який здійснює захист, а самої діяльності, адже саме діяльність може бути юрисдикційною або неюрисдикційною. На підставі викладеного вище всі порядки захисту можуть бути розподілені на дві групи: неюрисдикційні та юрисдикційні, і лише останні є окремими формами захисту цивільних прав та інтересів. Таким чином, будь-яка форма захисту здійснюється у певному порядку, проте тільки юрисдикційний порядок являє собою форму захисту.

Ми погоджуємося з позицією О. Ткачука, що слід відмежовувати поняття альтернативного порядку захисту цивільних прав, що може бути як юрисдикційним, так і неюрисдикційним, та поняття альтернативної форми захисту цивільних прав, під якою слід розуміти лише юрисдикційну діяльність у межах такого порядку захисту:¹³¹

– процедур, до яких можуть вдатися сторони для вирішення спору. Так, автори підручника «Медіація» розглядають способи вирішення спорів як врегульовані законодавством та/або угодою сторін державні та недержавні (приватні) процедури: державне судочинство, третейський розгляд, примирливі процедури, у тому числі, медіацію;¹³²

– взаємопов'язаних дій сторін спору та/чи інших осіб (зокрема, посередників, медіаторів). Наприклад, під досудовим врегулюванням господарського спору (яке ми вважаємо альтернативним врегулюванням спору) розуміють ведення суб'єктами господарювання усних переговорів, обмін кореспонденцією, пред'явлення претензій, проведення інших заходів,

¹³¹ Ткачук О. С. Альтернативне вирішення спорів як форма захисту цивільних прав, свобод та інтересів / О. С. Ткачук // Проблеми законності. 2016. Вип. 133. С. 20–31. URL:http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pz_2016_133_4

¹³² Медіація: учебник / под ред. А. Д. Карпенко, А. Д. Осиновского. СПб.: Третейский суд. М.: Статут, 2016. 432 с.

які мають на меті розв'язання спорів і конфліктів, що виникають між ними, без передачі спору на розгляд до господарського суду.¹³³

Непоодинокими є описові тлумачення поняття альтернативного вирішення спорів, наприклад, автор одного із останніх вітчизняних наукових досліджень щодо альтернативного вирішення спорів Т. Шинкар пропонує розуміти зазначене поняття як припинення юридичних конфліктів (спорів) без винесення акта за результатами розгляду справи по суті в судовому або адміністративному порядку, що відбувається шляхом досягнення сторонами взаємоприйнятної або взаємовигідної угоди про врегулювання наявних розбіжностей або шляхом прийняття обов'язкового третейського рішення, що зазвичай здійснюється на підставі добровільного волевиявлення сторін та за правилами, що самостійно встановлюються сторонами або застосовуються за їх згодою.¹³⁴

Досить поширеною є позиція, що в рамках тематики вирішення спорів неможливо ототожнювати поняття конфлікт та спір через їх принципову відмінність в обсягах та меті примирливої діяльності.

Варто зауважити, що конфлікт – насамперед поняття філософське, соціологічне та психологічне. Це слово означає протиріччя між людьми або їх групами і спільнотами (не обов'язково з приводу їх юридично закріплених прав). Спір – зовнішній і формальний прояв конфлікту: сторони висувають взаємні претензії, або одна сторона заявляє про своє право і висуває певну вимогу, а інша заперечує у першій наявності такого права і відмовляє у задоволенні цієї вимоги.¹³⁵

Г. Севастьянов вважає, що «вирішення спорів» являє собою застосування (наприклад, третейським судом) право-

¹³³ Г. Л. Знаменський, В. К. Мамутов, І. Г. Побірченко, В. С. Хахулін, В. С. Щербина та ін. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України. Київ: Юрінком Інтер, 2004. 303 с.

¹³⁴ Шинкар Т. І. Застосування медіації в адміністративному судочинстві: вітчизняний та зарубіжний досвід: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2017. 220 с.

¹³⁵ Давыденко Д. Л. Вопросы юридической терминологии в сфере «альтернативного разрешения споров» // Третейский суд. 2009. С. 40–53.

вих норм і винесення обов'язкового для сторін рішення, заснованого на законодавстві та інших можливих джерелах права. Метод «вирішення спору» використовується при зверненні до таких способів альтернативного вирішення спорів, як третейський розгляд і міжнародний комерційний арбітраж. На відміну від «вирішення спору» метод «врегулювання конфлікту» заснований на досягненні компромісу шляхом ведення конструктивного переговорного процесу самими сторонами або за сприяння незалежного фахівця (переговірника, посередника, медіатора й ін.). У результаті врегулювання конфлікту сторони знаходять компроміс – виробляють угоду про врегулювання конфлікту, яка за своєю природою є здебільшого новим цивільно-правовим договором (новацією). При застосуванні методу «вирішення спору» спір вирішується щодо існуючих прав і обов'язків сторін (правовідносин сторін), а в разі «врегулювання конфлікту» сторони прагнуть узгодити свої інтереси і досягти взаємоприйняттого припинення конфлікту.¹³⁶

Однак у вітчизняній практиці залишаються невідомими багато видів альтернативних методів вирішення спорів. Водночас доцільним буде коротко охарактеризувати поширені у зарубіжній практиці процедури з метою формування комплексного уявлення про соціально-правовий інститут альтернативних методів вирішення спорів. На особливу увагу заслуговує дослідження «Альтернативне вирішення спорів: принципи та практика», засноване на реаліях Великої Британії, яка досягла значного рівня затребуваності та застосування позасудових методів вирішення спорів. Так, автори наведеного дослідження пропонують розглядати методи вирішення спорів у певній послідовності, починаючи від переговорів, під час яких сторони спору зберігають максимальний контроль за прийняттям рішення у рамках гнучкої процедури, до судового розгляду, який відбувається у рамках жорстких процесуальних правил та мінімізує конт-

¹³⁶ Севастьянов Г. В. Теоретические основы альтернативного разрешения споров: концепция частного процессуального права // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: учеб.-метод. материалы и практ. рек. / сост. Г. В. Севастьянов. СПб.: Третейский суд, 2009. 528 с.

роль сторін.¹³⁷ Усі види альтернативного вирішення спорів, крім переговорів, передбачають участь третьої сторони, тому спектр методів вирішення спорів побудований також відповідно до зростання ролі та зменшення нейтральності цієї третьої сторони (медіатора, експерта, арбітражного судді, державного судді та ін.).

Безпосередні переговори сторін не передбачають участь третьої сторони, тому повноваження сторін щодо вирішення спору є вичерпними.

Фасилітативна медіація передбачає обмежену роль медіатора, який утримується від оголошення свого ставлення до позицій сторін та варіантів вирішення спору, а виключно сприяє ефективному проведенню переговорів сторін спору. За вказаних умов повноваження сторін також залишаються повноцінними.

Оцінна медіація, у рамках якої медіатор може висловлювати свої оцінки щодо позицій сторін та варіантів вирішення спору, водночас не приймає жодних рішень та допомагає сторонам дійти власного рішення у спорі. Думку медіатора сторони можуть взяти до уваги, однак вона не обмежує їх контроль за прийняттям рішення.

Колаборація (взаємодія). Зазначений метод притаманний діяльності організацій та державних установ та спрямований на досягнення спільної мети, об'єднання ресурсів та врегулювання спорів.

Практика взаємодії. Сторони призначають юристів для вирішення проблемних питань у порядку переговорів без змагальних процедур. Порядок участі юристів у переговорах сторін є структурованим.

Переговори через посередників. Сторони спору можуть контролювати лише зміст його вирішення, а не сам процес, у якому беруть участь посередники.

Міні-суд. Юристи сторін спору надають свої позиції до колегії, що складається зі сторін спору та нейтрального посередника, функції якого полягають у з'ясуванні проблемних

¹³⁷ Brown, H., & Marriott, A. ADR principles and practice. London: Thomson Reuters, 2011. 868 с.

питань та оцінці умов щодо ролі медіатора. Обов'язкове рішення не приймається, водночас завдяки цій процедурі сторони можуть реалістично оцінити свої позиції. Після презентацій позицій сторін та їх оцінки можливий перехід до медіації.

Нейтральний експерт залучається сторонами для дослідження фактичних обставин, технічних деталей або питань права. Звіт експерта може бути використаний за погодженням сторін у суді чи арбітражі, експерт може виконувати роль медіатора. Звіт експерта не має обов'язкової сили для сторін, але визнається ними, що обумовлює його повноваження у вирішенні спору.

Рання нейтральна оцінка. Незалежний та нейтральний посередник проводить оцінку спору, яка не є обов'язковою для сторін, але допомагає їм у прийнятті рішення. Оцінювач може допомагати сторонам звужити чи деталізувати обставини спору та сприяти у вирішенні спору.

Медіація-арбітраж, у ході якого медіатор у випадку неможливості сторін ухвалити спільне рішення, стає арбітром і виносить обов'язкове рішення. При цьому деякі різновиди цього методу дозволяють стороні спору вийти з процедури.

Арбітраж-медіація, що впливає з назви, є дзеркальним відображенням наведеної вище процедури. Так, спочатку у порядку арбітражу арбітр виносить рішення, а потім сторони роблять спробу вирішити спір у порядку медіації, щоб уникнути виконання рішення, тобто арбітражне рішення використовується як пропозиції щодо вирішення спору. Також можливі варіанти, коли медіаційна угода набуває за згодою сторін статусу арбітражного рішення.

Омбудсмен. Незалежний нейтральний посередник розглядає скарги на недобросовісні дії органів влади та має повноваження проводити розслідування, призначати компенсацію тощо. Сторони спору практично не мають повноважень щодо вирішення спору, контроль здійснює повністю посередник, водночас сторона спору може не визнати суму компенсації.

Присудовий арбітраж. Залежно від юрисдикції арбітражне рішення може бути або однозначно обов'язковим, або набувати статусу обов'язкового за відсутності заперечень

сторін. У першому випадку даний вид вирішення спору отожднюється з арбітражним розглядом. К. Ковач уточнює, що при застосуванні арбітражу, що передбачає обов'язкове для сторін рішення, сторона, яка не погодилася з таким рішенням, може бути оштрафована, що є заходом для стимулювання вирішення спору. Наприклад, у випадку незгоди позивача щодо присудженої суми та його бажання звернутися до судового розгляду спору, він матиме компенсувати відповідачу судові витрати у разі, якщо за судовим рішенням він не отримає більш вигідного для себе результату. Відповідні умови висуваються для відповідача у разі оскарження у суді рішення арбітражу.

Рада з урегулювання спорів, яка формується відразу при укладенні договору (передусім у галузі будівництва) для вирішення можливих спорів шляхом надання рекомендацій чи винесення рішень. Цей метод є подібним до наступного, але зазвичай Рада складається з трьох нейтральних осіб, а не є одноосібним органом.

Швидке одноосібне вирішення спору (притаманне галузі будівництва). Рішення арбітра є обов'язковими, але сторони можуть його оскаржити у судовому або арбітражному порядку.

Експертне рішення. Зазначений метод передбачає призначення сторонами спору експерта, який виносить обов'язкове рішення або надає оцінку, не спираючись на арбітражно-процесуальні норми, а на положення договору між сторонами спору.

Арбітраж – це процес, у результаті якого нейтральний суддя, обраний сторонами спору або організацією за вибором сторін, виносить обов'язкове рішення. Відмінністю від державного судочинства є можливість обрати суддю та пристосувати процедуру до потреб сторін.

Адміністративний трибунал – порядок урегулювання спорів із винесенням обов'язкового для сторін рішення, який передбачає більш неформальну процедуру порівняно із судочинством.

Приватний суддя – це рефері, якого призначає державний суд. Такий суддя особисто обирається сторонами, щоб вирішити певні складові спору або весь спір, або

встановити певні факти, що може прискорити вирішення спору. К. Ковач зауважує, що у США такий метод практикується у деяких штатах, перевагами цього методу вважає можливість сторін обрати суддю з належним досвідом та спеціалізацією.

Державне судочинство, яке відбувається в рамках процесуальних норм.

К. Ковач серед альтернативних методів вирішення спорів виділяє спрощений суд присяжних (який являє собою непрофесійну оцінку судового спору, яка дає можливість визначити перспективи його розгляду судом присяжних) та міні-суд (гібридна форма переговорів, незалежної оцінки та медіації, який передусім використовується для врегулювання значних комерційних спорів та забезпечує взаємодію вищого керівництва суб'єктів господарювання та їх юристів.^{138; 139}

Можна зробити висновок, що саме різноманіття та особливість спорів та конфліктів, що у виникають у суспільних відносинах, зумовили появу такого широкого спектра методів їх вирішення, адже суспільство прагне до мирного співіснування та ефективного співробітництва. Саме тому альтернативні методи вирішення спорів часто застосовують у гібридних формах з метою відповідності інтересам сторін у кожному окремому спорі.

Для розуміння змісту поняття «альтернативні методи вирішення спорів» та його місця у правовій системі держави та соціальних відносинах слід виокремити певні універсальні ідеї, дотримання яких і формує окремий соціально-правовий інститут.

Досягнення сторонами спору угоди шляхом переговорів є фундаментальним принципом альтернативного вирішення спорів. Як зазначалося вище, людство завжди прагнуло досягти мирного врегулювання спору самими сторонами або за участю нейтрального посередника, адже такий метод виключає відомі

¹³⁸ Brown, H., & Marriott, A. ADR principles and practice. London: Thomson Reuters, 2011. 868 с.

¹³⁹ Кимберлі Ковач. Медіація: крат.курс; пер. с англ. Е. И. Носырева и др. 2-е изд. М.: Инфотропик Медиа, 2013. 316 с.

недоліки державного судочинства та надає сторонам спору можливість зберегти дружні відносини після вирішення спору.

Фасилітативна роль третьої сторони. За умови, що люди можуть вирішувати всі суперечності, спори та конфлікти самотійно, альтернативні види вирішення спорів не сформувалися б взагалі. Водночас можна навести багато причин, які здебільшого перебувають у площині психології та ідеології, що не дозволяє сторонам спору або взагалі розпочати переговори, або дійти шляхом переговорів до взаємоприйняттого вирішення спору. Тому і виникла потреба у третій стороні спору, а роль та повноваження цієї сторони визначаються вже самими сторонами.

Здатність сторін спору самотійно визначити порядок та результат вирішення спору. У медіації зазначена ідея реалізується через дотримання принципу самовизначення сторін медіації: «Саме здатність сторін контролювати процес медіації від самого початку до укладення медіаційної угоди є однією з визначальних особливостей медіації, що відрізняє останню від судового порядку вирішення спору, арбітражу чи третейського суду. Завдяки реалізації принципу самовизначення сторони медіації можуть визначати та забезпечувати дотримання своїх прав та інтересів, знайти такий варіант вирішення спору, який задовольняє обидві сторони спору, а не той, який своїм рішенням затвердить суддя чи арбітр».¹⁴⁰ Директива ЄС щодо медіації також містить відповідні положення: «Посередництво має бути добровільним процесом у тому розумінні, що сторони самі є відповідальними за процес та можуть організовувати його так, як вони бажають, а також припинити у будь-який час».¹⁴¹

Досягнення справедливого для сторін вирішення спору не завжди може бути цілком засновано на чинних правових нормах. Великою перевагою медіації та інших позасудових

¹⁴⁰ Мазаракі Н. А. Зміст та значення принципу самовизначення сторін медіації// Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право. Вип. 3/4 (35/36). 2017. URL:http://socio-journal.kpi.kiev.ua/archive/2017/3-4/3-4_2017.pdf.

¹⁴¹ Директива № 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах від 21.05.2008. URL:http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a95ва_ЄС.

методів вирішення спорів є те, що вони не обмежені законом та захистом прав. Сторони спору можуть розглядати широкий спектр можливостей для того, щоб погодити рішення у спорі, зокрема:

- законні права та правові принципи, принципи справедливості та рівності тією мірою, якою їх сприймають сторони спору;

- врахування обопільних та індивідуальних інтересів та потреб сторін та більш ефективний шлях для їх задоволення порівняно із судовими процедурами;

- комерційні інтереси, зокрема збереження та покращення ділових відносин або комерційне вирішення господарського спору;

- персональні інтереси, зокрема збереження персональних або сімейних відносин, забезпечення сумісного нагляду за дитиною після розірвання шлюбу, або надання можливості для кращого розуміння, пробачення, честі та взаємної поваги та конфіденційності приватного життя;

- оцінка ризиків з огляду на невизначеність законодавства, можливість перегляду взаємних вимог, врахування індивідуальних обставин сторін щодо їх готовності йти на такі ризики;

- чинник витрат на судовий розгляд, вірогідність отримання того, що може бути ухвалено судовим рішенням, готовність сторін нести такі витрати;

- інші міркування сторін, такі як необхідність у певному пришвидшенні вирішення спору, бажання уникнути стресу судових процедур, потенційні репутаційні ризики у випадку програшу тощо.¹⁴²

Можна стверджувати, що позасудове вирішення спору дає можливість сторонам не тільки вирішити сам спір у найбільш прийнятному та справедливому для них варіанті, але й домовитися щодо інших аспектів, важливих для подальших відносин сторін.

¹⁴² Brown, H., & Marriott, A. ADR principles and practice, London: Thomson Reuters, 2011. 868 с.

Збереження та покращення відносин сторін є насамперед актуальним для сімейних та господарських спорів, спорів між сусідами.

Формулювання та дотримання норм етики посередників (насамперед медіаторів), що забезпечує цілісність, справедливість, об'єктивність та «законність» процедури вирішення спорів. Враховуючи, що альтернативне вирішення спорів здебільшого проходить конфіденційно, а сторони, як було зазначено вище, можуть відходити від законодавчих норм у вирішенні спору, вагомий чинник забезпечення «справедливості» рішення у спорі досягається завдяки дотриманню норм етики. Так, в Україні, незважаючи на відсутність профільного закону, медіаторська спільнота розробила та ухвалила Кодекс етики медіатора, чудовим прикладом цього є Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України.¹⁴³

Професійність третьої сторони, на якій, зокрема, наголошується у Директиві ЄС щодо медіації: «Щоб забезпечити необхідну взаємну довіру в питаннях конфіденційності, дії строків давності, а також визнання та виконання договорів, досягнутих посередництвом, держави-члени повинні будь-яким способом, який вони вважають відповідним, сприяти навчанню посередників та впровадженню ефективних механізмів контролю якості з надання послуг через посередництво».¹⁴⁴

Альтернативні методи вирішення спорів також передбачені Угодою про асоціацію між Україною та Європейським Союзом (далі – Угода), яка має все більший вплив на характер та правове регулювання суспільних відносин у нашій державі. Незважаючи на не досить тривалий час повноцінного застосування положень Угоди, однак існують окремі суперечності між Україною та Європейським Союзом,

¹⁴³ Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України: затв. рішенням Загальних зборів ГО «Національна асоціація медіаторів України» від 07 грудня 2017 р., протокол № 1. URL:<http://namu.com.ua/ua/info/mediators/ethical-code/>

¹⁴⁴ Директива № 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах від 21.05.2008. URL:http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a95ва_ЄС

наприклад, щодо запровадження Україною мораторію на експорт лісу-кругляка (на час підготовки даного дослідження ЗМІ було оголошено про початок роботи арбітражної групи щодо вирішення цього спору). Положення Угоди передбачають мирні, позасудові методи вирішення спорів, які певною мірою залишаються новелами для вітчизняної дійсності, водночас неодмінно мають бути поширеним насамперед вирішення спорів у порядку медіації. Саме тому актуальним є дослідження сутності та особливостей механізмів вирішення спорів, передбачених Угодою, адже існуючі доробки у цій сфері обмежуються окремими напрацюваннями вітчизняних дослідників Р. Петрова, О. Вишнякова, М. Микієвича, Р. Хорольського, І. Березовської, В. Мовчан, В. Муравйова. Серед зарубіжних науковців, які розглядали тематику вирішення спорів у рамках угод про вільну торгівлю, слід виділити праці Г. Відігаль (G. Vidigal), Дж.Маггі (G. Maggi), Р. Стайгера (Robert W. Staiger) та ін.

Спори та непорозуміння, вочевидь, невід'ємна складова договірних відносин, тому необхідним є дієвий, невпинний та справедливий механізм вирішення спорів. Саме тому правове регулювання міжнародної торгівлі унікально в тому аспекті, що в цій сфері звичайною практикою стало включення до угод спеціальних положень щодо механізму вирішення спорів замість звернення до сторонніх інституцій.

Поширеною практикою ЄС є включення до угод про зони вільної торгівлі та про асоціації положень про механізм мирного та квазі-судового вирішення спорів. Інституційні механізми для вирішення спорів формально створені в рамках усіх широко-масштабних міжнародних угод про партнерство, партнерство і співробітництво, асоціацію. Проте не існує універсальної моделі такого механізму. Механізми вирішення спорів щодо тлумачення та імплементації положень зазначених угод про співпрацю мають певні подібні риси та відмінності.

Порівняльний аналіз чинних угод про зони вільної торгівлі та про асоціацію, які укладає ЄС, свідчить про переважне передбачення порядку врегулювання спорів, подібних до механізму врегулювання спорів у Світовій організації торгівлі.

Характерними особливостями передбаченого Угодою порядку вирішення спорів вважаємо: достатньо широкий вибір методів, їх чітку регламентацію та деталізацію залежно від характеру спору, створення та регламентацію процедур спеціальних органів із вирішення спорів, врегулювання порядку виконання рішень у спорах та наслідків невиконання таких рішень (наприклад, відповідно до ст. 478 Сторона може вжити відповідних заходів, якщо питання не вирішено протягом трьох місяців з дати надсилання офіційного запиту щодо вирішення спору відповідно до статті 477 цієї Угоди і якщо Сторона, яка подала скаргу, продовжує вважати, що інша Сторона не виконала своїх зобов'язань за цією Угодою) тощо.

Аналіз тексту Угоди дає підстави стверджувати, що потенційно спори можуть виникати з питань тлумачення, виконання або добросовісного застосування цієї Угоди та інших відповідних аспектів відносин між Сторонами.

Так, Угода передбачає загальний порядок вирішення спорів у ст. 476–478 та врегулює особливості вирішення певних видів спорів у Розділі 4 Угоди, у свою чергу додаток XXIV містить «Правила процедури вирішення спорів».

Основні методи вирішення спорів, що передбачені Угодою:

– консультації (ст. 50 bis щодо спорів у зв'язку із застосуванням засобів захисту торгівлі (щодо застосованої методології обчислення демпінгової маржі, зокрема різні коригування, використання статистичних даних, зміни в імпорті, визначення розміру шкоди та застосування правила щодо меншого мита; ст. 304 щодо спорів стосовно тлумачення та застосування положень Розділу IV Угоди);

– арбітражна процедура, яка застосовується у разі, якщо Сторони не змогли вирішити спір шляхом консультацій, як це передбачено статтею 305 Угоди, шляхом подання Стороною-скаржником запиту про створення арбітражної групи. Порядок формування останньої визначений положеннями ст. 307 Угоди;

– примирення у випадку термінових спорів, пов'язаних з енергоносіями (ст. 309). Такий механізм передбачає залучення голови арбітражної групи як посередника з метою досягнення узгодженого рішення у спорі. Строк роботи посередника

обмежений 15 днями, після чого у разі неможливості вирішити спір посередник повинен рекомендувати вирішення спору або процедуру, що дозволяє досягти такого вирішення, та має прийняти рішення про умови, яких необхідно дотримуватися з визначеної ним або нею дати та доки спір не буде вирішено;

– взаємопогоджене рішення щодо спору. Зокрема, ст. 317 передбачає, що Сторони можуть у будь-який час домовитися про взаємопогоджене рішення щодо спору за цією главою. Про будь-яке таке рішення вони повинні спільно повідомити Комітету з питань торгівлі та голові арбітражної групи, залежно від ситуації;

механізм посередництва (глава 15), наприклад, стосовно заходів, що негативно впливають на торгівлю або інвестування між Сторонами.

Для всіх методів вирішення спорів встановлено граничні терміни застосування, наприклад, ст. 50 bis – 21 день з моменту повідомлення Сторони про порушення спеціального розслідування, п. 3 ст. 304 – 30 днів з моменту отримання Стороною письмового запиту щодо спірного заходу та положення Угоди, п. 4 ст. 304 – 15 днів щодо спорів з питань, що потребують негайного вирішення, зокрема щодо швидкопсувних або сезонних товарів), п. 5 ст. 304 – 3 дні щодо спорів, які стосуються енергоносіїв).

Також Угода визначає органи, які мають вирішувати спори, у тому числі шляхом винесення обов'язкового для Сторін рішення: Комітет з питань торгівлі, Рада асоціації, Комітет асоціації (інші відповідні органи, зазначені у ст. 466 цієї Угоди, – спеціальні комітети, підкомітети тощо) з метою досягнення взаємоприйняттого рішення у максимально стислі строки.

Спір вважається вирішеним, якщо Рада асоціації ухвалила обов'язкове для виконання рішення про вирішення питання, як передбачено в пункті 3 статті 476 цієї Угоди, або коли заявлено, що спір вичерпано.

На рис. 1 зображено алгоритм вирішення спорів відповідно до ст. 476–478 Угоди:

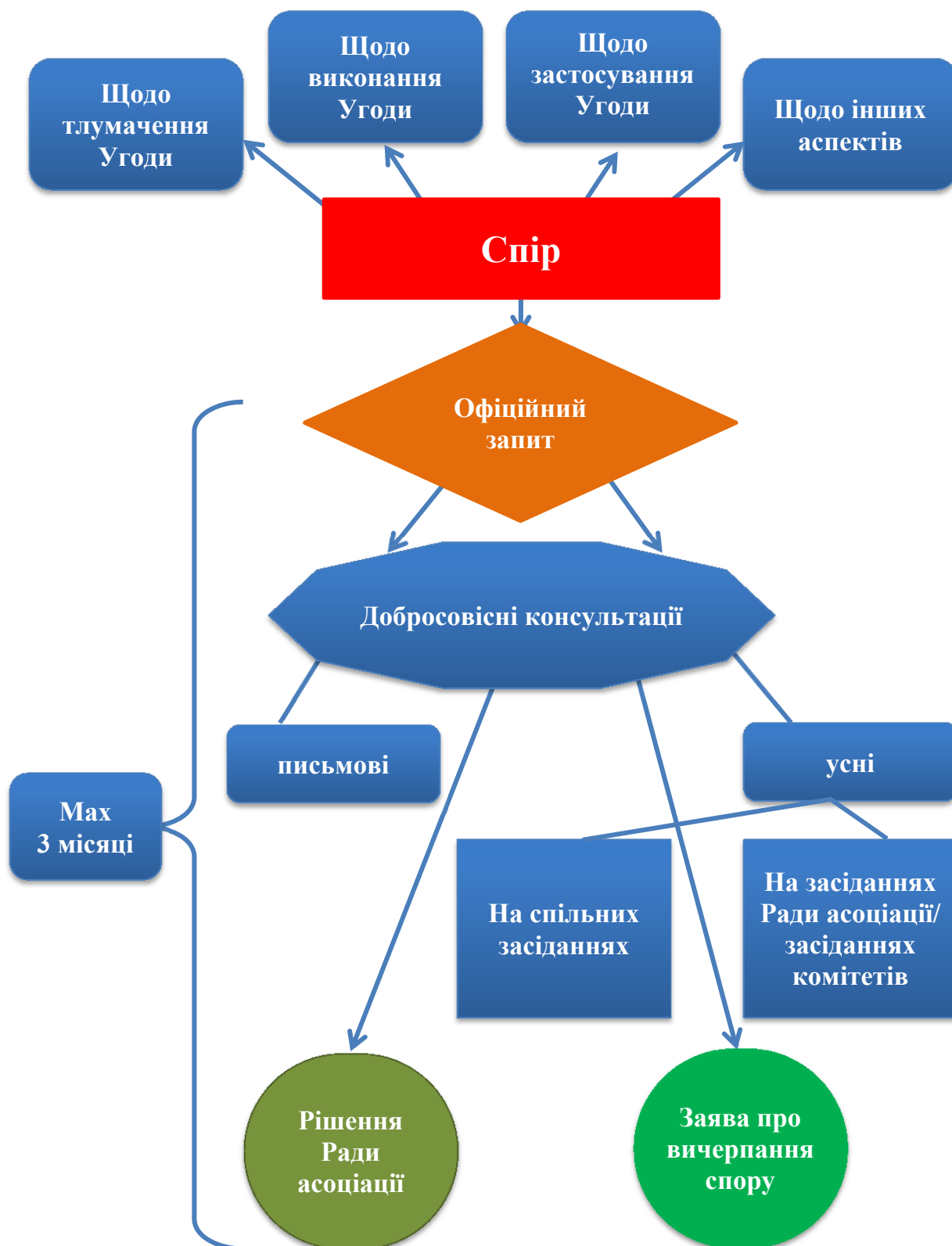


Рис. 1. Алгоритм вирішення спорів відповідно до ст. 476–478 Угоди про Асоціацію

Джерело: розроблено автором.

Також положення Угоди передбачають наслідки, які можуть настати у разі невиконання зобов'язань Стороною. Так, ст. 311 залишає за відповідачем у спорі вибір заходів, необхідних для добросовісного виконання постанови арбітражної групи, а також передбачає, що Сторони будуть прагнути домовитися про строки виконання цієї постанови. У свою чергу, відповідно до ст. 478 Сторона може вжити відповідних заходів, якщо питання не вирішено протягом трьох місяців з дати надіслання офіційного запиту щодо вирішення спору відповідно до статті 477 цієї Угоди і якщо Сторона, яка подала скаргу, продовжує вважати, що інша Сторона не виконала своїх зобов'язань за цією Угодою.

Зазначимо, що зміст статті 311 Угоди відображає характер вирішення спорів у рамках СОТ та усталену практику Суду ЄС. Так, ст. 19 Домовленості про правила і процедури врегулювання спорів передбачає, що «крім своїх рекомендацій, група експертів або Апеляційний орган можуть запропонувати шляхи, якими заінтересований член СОТ міг би виконати ці рекомендації» У разі незгоди винної сторони із рішенням Домовленість передбачає три можливі варіанти: оскарження рішення у спорі, виплату компенсацій та припинення поступок. У свою чергу, Суд ЄС у справі Португалія v. Ради підтримав позицію, що рішення голови органу вирішення спорів не зобов'язує винну сторону повністю виконати його рекомендації, існує можливість виплати компенсацій та припинення поступок. Наведене рішення Суду ЄС втілює загальну доктрину щодо компетенції ЄС стосовно змісту та виконання положень міжнародних договорів, зокрема укладених у рамках СОТ.

В Угоді особливий порядок вирішення передбачено для спорів щодо:

– застосування заходів захисту торгівлі (ст. 50 bis), де наголошено на необхідності забезпечення якнайшвидшого розв'язання спору та забезпеченні прозорості (ст. 41 та 47 Угоди);

– стосовно тлумачення та застосування положень Розділу IV «Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею» Угоди,

де передбачено скорочені терміни вирішення спорів з питань, що потребують негайного вирішення, зокрема щодо швидкопсувних або сезонних товарів, а також енергоносіїв через мережі (положення щодо останнього виду є характерним виключно для Угоди ЄС з Україною і було включено через україно-російський конфлікт щодо постачання газу). Крім того, спори у рамках положень Розділу IV можуть вирішуватися у порядку арбітражної процедури (частина 1 глави 14 Розділу IV). Саме цей механізм розроблено відповідно до Механізму вирішення спорів СОТ, адже подібним є порядок визначення складу арбітражної групи, чітке регулювання строків усіх стадій вирішення спору, надання арбітражною групою попереднього звіту Сторонам тощо. Відповідно до положень ст. 315 Угоди, якщо Сторона-відповідач не повідомляє про будь-який захід, вжитий з метою виконання постанови арбітражної групи до завершення обґрунтованого строку або якщо арбітражна група ухвалює рішення про те, що будь-який захід, про який повідомлено, не є сумісним із зобов'язаннями цієї Сторони відповідно до положень цієї Угоди, то Сторона-відповідач повинна, якщо цього вимагає Сторона-скаржник, надати пропозицію щодо тимчасової компенсації. Якщо не буде досягнуто угоди про компенсацію протягом 30 днів після закінчення обґрунтованого строку або після постанови арбітражної групи, то Сторона-скаржник матиме право після повідомлення Стороні-відповідачу та Комітету з питань торгівлі призупинити зобов'язання, які впливають з будь-якого положення, яке міститься у главі про зону вільної торгівлі, на рівні, еквівалентному анулюванню або скороченню, спричиненому порушенням;

– нормативно-правової апроксимації (ст. 322). Так, спори щодо тлумачення положення права ЄС (у рамках глав 3–6, 8 та 10 Угоди) вирішуються виключно Судом ЄС: «Якщо у спорі виникає питання щодо тлумачення положення права ЄС, наведене у пункті 1, арбітражна група не повинна вирішувати це питання, але має подавати до Суду Європейського Союзу прохання ухвалити рішення з цього питання. У таких випадках строки, що застосовуються до постанов арбітражної

групи, повинні призупинятися до ухвалення Судом Європейського Союзу своєї постанови. Ця ухвала Суду Європейського Союзу є обов'язковою для арбітражної групи» (п. 2 ст. 322).

Такі положення включені лише для двох міжнародних угод Європейського Союзу (аналогічні положення містяться у ст. 403 Угоди про Асоціацію між ЄС та Республікою Молдова). Жодна інша угода, укладена ЄС, не надає арбітражній групі компетенцію на звернення до Суду ЄС щодо попереднього рішення. Окремі інтеграційні угоди ЄС (наприклад, ст. 107, Протоколу 34 Угоди про Європейський економічний простір) містять положення щодо відповіді Суду ЄС на попередні запити національних судів. Вказане зумовлено необхідністю забезпечення виключної юрисдикції Суду ЄС у тлумаченні права ЄС.

Варто зазначити, що положення ст. 324 Угоди передбачають можливість вирішення спору у рамках самої Угоди або відповідно до Угоди про Світову організацію торгівлі. Так, сторони вільні у своєму виборі процедури, водночас «Сторона не може порушити процес вирішення спору стосовно того самого заходу в рамках іншого форуму, доки перший процес не було завершено. Крім того, жодна Сторона не повинна в рамках обох форумів прагнути отримати відшкодування стосовно зобов'язань, які є ідентичними за цією Угодою та за Угодою СОТ. У цьому разі після порушення процесу вирішення спору така Сторона не повинна намагатися отримати відшкодування стосовно ідентичного зобов'язання за іншою угодою в рамках іншого форуму, крім випадків, коли обраний форум через процедурні причини або через причини юрисдикції не може зробити констатації стосовно намагання отримання відшкодування стосовно цього зобов'язання».

Вважаємо, що запровадження практики позасудового вирішення спорів у сфері європейської інтеграції повинно стати додатковим стимулом розвитку подібних інститутів на національному рівні, зокрема формування довіри до медіації. Механізми вирішення спорів у рамках Угоди про асоціацію мають на меті забезпечити розумні строки вирішення спорів

(зокрема, неможливість заблокувати вирішення спору однією зі сторін спору, наприклад, через непризначення кандидатур арбітрів), професіоналізм в ухваленні рішень у спорах, загальну атмосферу співробітництва у відносинах сторін Угоди.

Дотримання та реалізація наведених вище ідей дозволяє стверджувати про наявність певних переваг альтернативних методів вирішення спорів порівняно із судовим розглядом, а саме:

1) покращення доступу до правосуддя в державі, яка підтримує альтернативне вирішення спорів. Як зазначає О. Ткачук: «В умовах такої завантаженості судової системи, де середньостатистичний суддя має на розгляді справ у чотири-п'ять разів більше за оптимально можливу кількість, виникають запитання. І перше з них полягає у тому, чи здатна державна влада забезпечити вирішення та врегулювання юридичних конфліктів, що мають приватний інтерес, шляхом гарантування безперешкодного доступу до правосуддя, чи шукає вона інші шляхи врегулювання конфліктів у суспільстві, якщо судова система перевантажена; чи спроможна влада сприяти функціонуванню таких механізмів, які дозволяють позасудове (альтернативне) владнання юридичних конфліктів».¹⁴⁵ Розуміння правосуддя та його доступності, запропоноване у межах всесвітнього руху за доступність правосуддя, значно відрізняється від розуміння феномену правосуддя у вітчизняній правовій доктрині, для якої невід'ємним є іманентний зв'язок правосуддя із судовою владою та неможливість здійснення правосуддя будь-якими іншими, окрім судових, органами. Зазначене свідчить про більш широке розуміння феномену правосуддя і концепції доступу до правосуддя у західній правовій традиції, де на сьогодні склалася позиція, що доступність правосуддя має розумітися не лише як доступність судочинства, яке здійснюється державними

¹⁴⁵ Ткачук О.С. Судові та альтернативні способи вирішення приватних юридичних конфліктів: міжнародний досвід і українські перспективи // Вісн. Міжнар. гуманітар. ун-ту. Серія: Юриспруденція. 2015 № 18. Т. 2. URL:http://vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc18/part_2/8.pdf

судами, або доступ до суду, однак і як доступність альтернативного вирішення спорів;¹⁴⁶

2) швидкість розв'язання спору, адже сторони не мають чекати призначений для розгляду справи час, мінімізується вірогідність штучного затягування вирішення спору однією зі сторін. У 2013 р. Європейський парламент ініціював дослідження щодо векторів «перезавантаження медіації в ЄС» та визначення чинників, які обмежують застосування медіації. На основі близько однієї тисячі відповідей за опитувальною анкетой була підтверджена ефективність медіації як швидкого (за умови, що кожен спір спочатку передавався на медіацію і вирішувався у кожному другому випадку, це б прискорювало вирішення спору у середньому на 240 днів порівняно з даними звіту Світового банку «Doing Business» щодо середньої тривалості судового розгляду у певній державі, при цьому за умови успішності 70% медіацій економія часу становитиме 354 днів) та дешевшого за судовий розгляд методу вирішення спору.¹⁴⁷

3) вибір сторонами процедури та особи – посередника (медіатора, експерта, арбітра та ін.), що має особливе значення у спорах, вирішення яких потребує спеціальних знань;

4) конфіденційність, яка практично унеможлиблюється на судових засіданнях та при витребуванні судом документів тощо. І в приватних, і в комерційних спорах гарантії нерозголошення інформації, яку розкривають сторони спору у процесі вирішення спору, є саме тим чинником, який має сприяти популярності та ефективності альтернативних методів вирішення спорів. Для досягнення цієї мети законодавство має чітко встановлювати обсяг інформації, яка не підлягає розголошенню, а також виняткові підстави відступу від принципу конфіденційності того чи іншого методу вирішення

¹⁴⁶ Цувіна Т. А. Право на суд у цивільному судочинстві. Харків, 2015: Слово. 281 с.

¹⁴⁷ De Palo, G., Trevor, M. et al (2014) «Rebooting» the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU. URL:[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOLJURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOLJURI_ET(2014)493042_EN.pdf)

спору, порядок притягнення до відповідальності осіб, які розголосили охоронювану законом інформацію;

5) остаточність рішення, адже сторони навряд чи оскаржуватимуть рішення, якого вони досягли самостійно та добровільно;

6) можливість для обох сторін вийти зі спору переможцями за відсутності переможених шляхом ухвалення взаємоприйняттого рішення;

7) збереження комерційних та особистих відносин, що ускладнюється, якщо сторона незадоволена, але має виконувати судові рішення

Ми свідомо не розглядаємо такий чинник, як вартість вирішення спору у контексті переваг альтернативного вирішення спорів порівняно з державним судочинством, адже, по-перше, в Україні та в інших державах відсутня відповідна статистика, по-друге, гонорари посередникам (арбітрам, медіаторам) є зазвичай інформацією, яка не розголошується, по-третє, про можливу економію коштів сторін спору завдяки зверненню до альтернативних методів вирішення спорів йдеться виключно у випадку результативної процедури (у протилежному випадку, особливо коли сторони були вимушені все ж таки звернутися до суду та сплатити судовий збір та продовжувати сплачувати гонорари юристам, про економію вже не йдеться). Однак можна припустити, що гонорари посередникам потенційно нижчі за комплексні судові витрати.

Таку тезу також підтверджують результати дослідження, проведеного 2007 р. у Великій Британії: середні витрати на юридичну допомогу при вирішенні спору у судовому порядку становили 1682 фунти, витрати на медіацію – 752 фунти, у 2012 р. різниця стала ще вагомішою – 2823 фунти та 675 фунтів відповідно.¹⁴⁸

Існуючі класифікації та тлумачення способів вирішення спорів оснований на протиставленні: юрисдикційні – неюрис-

¹⁴⁸ National Audit Office Report 'Legal Aid and Mediation for People involved in Family Breakdown: URL:<http://www.nao.org.uk/report/legal-aid-and-mediation-for-people-involved-in-family-breakdown/>

дикційні, приватні – публічні (державні – недержавні, судові – позасудові), примирливі–змагальні способи вирішення спорів, однак більш органічним та таким, що відповідає потребам часу, видається не дуалістичний підхід, а моністичний, згідно з яким увесь спектр правомірних способів вирішення спорів перебуває у єдиній системі. За таких умов найбільш повно може бути реалізоване конституційне право особи на захист своїх прав: особа може вдатися до самозахисту, звернутися до державного суду, або сторони правового спору можуть погодитися на його вирішення у будь-якому іншому правомірному порядку. При цьому очевидним є те, що діапазон предметів правових спорів є дуже широким, як і інтереси та бачення сторін щодо варіантів їх розв'язання, що також вимагає наявності альтернативи щодо способів вирішення спорів.

Для врегулювання спору важливе значення має волевиявлення сторін, тобто свобода під час вибору своїх можливих дій. Фактично це вибір між проведенням суворо формалізованого судового розгляду з його багаторазовими відкладеннями й перервами та використанням процедур врегулювання спору; у разі вибору останніх зводиться нанівець конфлікт сторін та заощаджуються їхні час, кошти, сили. Можливість такого вибору повністю співвідноситься з принципом диспозитивності, є навіть розширення його дії.¹⁴⁹

Ми цілком погоджуємося з позицією Н. Грень, що сучасна практична сфера вимагає теоретичного та методологічного оновлення у підходах до дослідження правових явищ, зокрема прав людини та організації діяльності судової влади. Видозміни у методологічному підході мають відбуватися через загальну відмову від «державного патерналізму», а перехід до «плюралістичного підходу» – через визнання необхідності забезпечення конфліктуєчим особам

¹⁴⁹ Ківалов С. В. Примирення в публічно-правових спорах як наслідок медіативних процедур // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». Т. 16 / голов. ред. М. В. Афанасьєва; МОН України, НУ «ОЮА». Одеса: Юрид. літ., 2015. С. 5–17.

права вибору способу врегулювання їх розбіжностей шляхом надання можливості використання примирних процедур.¹⁵⁰

Світова практика виробила певні моделі функціонування альтернативного вирішення спорів у державі: модель «єдиного вікна» у суді (англ. the multi-door courthouse model, яка передбачає, але не обмежується присудовою медіацією), онлайн-платформи (які пропонують різні методи вирішення спорів), позасудові методи вирішення спорів, мережа надавачів послуг альтернативного вирішення спорів у рамках спеціального правового регулювання.

Альтернативні методи вирішення спорів набувають все більшого поширення, водночас для адекватної імплементації таких методів, передусім медіації у правову систему України, залишається необхідним обґрунтувати можливість забезпечення реалізації принципів верховенства права та права на справедливий суд у разі звернення сторін спору не до державного суду, а до альтернативних методів вирішення спорів.

1.3. Поняття та сутність медіації

Поява та еволюція медіації нерозривно пов'язані з розвитком суспільства, трансформацією основних філософських ідей та бачень, тому моделі та підходи до розуміння медіації зазнають змін та пристосовуються до потреб суспільства. Конфлікти та спори у суспільстві також зазнають змін, не є сталими й ідеологічні установки суспільства, саме тому медіаційна процедура, розуміння ролі медіатора, місце медіації у правовій та політичній системі держави змінюється, але завжди має своє місце, так як зумовлено затребуваністю самого суспільства.

¹⁵⁰ Грень Н. М. Реалізація права людини на справедливий суд шляхом процедури присудової медіації: теоретико-правове дослідження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень; Міністерство освіти і науки України, Національний університет «Львівська політехніка». Львів, 2017. 250 с.

Дослідження феномена медіації, у тому числі її генези та сутності, можна знайти серед юридичних, філософських, соціологічних, політологічних, лінгвістичних, конфліктологічних, психологічних досліджень, причому цей перелік є не вичерпним. На теоретичному науковому рівні медіація може сприйматися як така, що перебуває на межі соціальних та гуманітарних наук, між правом та психологією.¹⁵¹ Аналогічним чином до медіаторської діяльності залучені правознавці, психологи, конфліктологи, соціологи, які привносять своє бачення медіації, проводять медіаційну процедуру з огляду на свою попередню (чи паралельну) професійну діяльність.

Гнучкість процедури медіації,¹⁵² що також сприймається як перевага такого методу вирішення спорів, зумовлює дуже широкий вибір підходів, моделей, побудови медіаційної процедури, ролі медіатора тощо.

Саме тому вже протягом багатьох років науковці дискутують навколо «істинної природи медіації».

Основні парадигми вивчення феномену медіації. Затребуваність медіації суспільством зумовлює і зростання кількості наукових публікацій, у яких досліджується феномен медіації, Н. Башмакова та Н. Рижова¹⁵³ сформулювали парадигму вивчення феномену медіації у таких предметних сферах:

- 1) культурно-історична психологія (Л. Виготський,¹⁵⁴ В. Зінченко¹⁵⁵);
- 2) теорія культурного опосередкування (В. Лекторський¹⁵⁶);

¹⁵¹ Michal Alberstein, *Forms of Mediation and Law: Cultures of Dispute Resolution*, 22 Ohio St. J. on Disp. Resol. 321 (2007).

¹⁵² Медиация: крат.курс / Кимберли Ковач; пер. с англ. 2 изд. М.: Инфотропик Медиа, 2013. 316 с.

¹⁵³ Башмакова Н., Рижова Н. Профессиональная подготовка современного специалиста гуманитарного профиля в области медиации: актуальность и парадигмы изучения // Преподаватель XXI век. 2015. №1. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/professionalnaya-podgotovka-sovremennogo-spetsialista-gumanitarnogo-profilya-v-oblasti-mediatsii-aktualnost-i-paradigmy-izucheniya>

¹⁵⁴ Выготский, Л. С. Собр. соч. М., 1982–1984. Т. 1–6.

¹⁵⁵ Зинченко, В. П. Культурно-историческая психология: опыт амплификации // Вопросы психологии. 1994. № 4. С. 5–19.

3) мовне посередництво в контексті філософської герменевтики (А. Копилов¹⁵⁷);

4) міжкультурна комунікація і перекладознавство в контексті взаємодії представників різних культур (В. Комісарова,¹⁵⁸ Т. Пшенкіной¹⁵⁹);

5) лінгвокультурне посередництво у психологічному і соціолінгвістичному аспектах (Г. Гарзон¹⁶⁰);

6) семіотика і медіафілософія стосовно медіадосліджень (таких як медіареальність, медіакультура, медіаспілкування, медіапростір), що відображено у працях В. Савчука,¹⁶¹ який зазначав зокрема, що «медіапростір з посередника стає середовищем, яке переводить символічну і знакову інформацію на мову, зрозумілу іншій стороні»;

7) юриспруденція і право в контексті вирішення конфліктів різного рівня, починаючи від політичних проблем, що стосуються всього суспільства, закінчуючи конфліктами з виплат компенсацій при скороченні працівників на виробництві, тобто приватними справами і ін.;¹⁶²

8) взаємодія юриспруденції (права) і конфліктології.¹⁶³

¹⁵⁶ Лекторский, В. А. Деятельностный подход: смерть или возрождение? Методологические проблемы современной психологии / под ред. Т. Д. Марцинковской. М.: Смысл, 2004. С. 5–20.

¹⁵⁷ Копылов, А. В. Проблемы языкового посредничества в контексте философской герменевтики: дис. ... канд. филос. наук. Мурманск, 2006. 214 с.

¹⁵⁸ Комиссаров, В.Н. Перевод и языковое посредничество // Тетради переводчика. 1984. Вып. 21. С. 18–26.

¹⁵⁹ Пшенкина, Т.Г. Вербальная посредническая деятельность переводчика в межкультурной коммуникации: психолінгвістический аспект: автореф. дис. ... д-ра филол. наук. Барнаул, 2005. 31 с.

¹⁶⁰ Garzone, G. Domain-specific English and language mediation in professional and institutional settings Text / G. Garzone, M. Rudvin. Arcipelago, 2003. 199 p.

¹⁶¹ Савчук В. В. О предмете медиафилософии // Междунар. журн. исследований культуры. 2011. № 3.

¹⁶² Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / под ред. А. Я. Сухарева. М., 2003.

¹⁶³ Атабекова, А.А. Иноязычные специальные концепты в межкультурной профессионально ориентированной коммуникации (языковое оформление и интерпретация). М.: РУДН, 2008. 198 с.

Представники юриспруденції зазвичай розглядають медіацію як процедуру вирішення спору із залученням медіатора для досягнення сторонами мирного та взаємовигідного розв'язання спору. З огляду на загальносвітову тенденцію із інституалізації медіації остання тяжіє до набуття статусу об'єкта правового регулювання, формалізуються принципи медіаційної процедури та вимоги до медіаторів. З огляду на процедурні особливості, ідеологію медіації, а також її місце у правовій системі держави виокремлюються певні моделі та види медіації: оціночна медіація, фасилітативна (спрямована на сприяння у вирішенні спору) медіація, трансформаційна медіації,

Психологи та конфліктологи розглядають медіацію як комунікацію, що обтяжена негативними емоціями сторін спору та спрямована на вирішення конфлікту.¹⁶⁴ Саме тому у дослідженнях у сфері психології та конфліктології основну увагу приділяють ефективності та методиці роботи медіатора, адже він працює саме зі сторонами спору, організовує та скеровує розмову між ними, що вимагає від нього розуміння людської психіки, природи людських емоцій та сприйняття реальності тощо.

Достатньо цитованим є розуміння медіації як комплексу рефлетехнологій конфліктних переговорів, де сторони спору за допомогою незалежного посередника-медіатора самостійно рефлексують існуючі протиріччя, формулюють рішення, створюють домовленості, розв'язуючи конфлікт. При цьому медіатор рефлексує як позиції сторін конфлікту, так і процес свого посередництва.¹⁶⁵

Важливість психологічної складової у роботі медіатора, наприклад, втілена в австрійському законі «Про медіацію».

¹⁶⁴ Куликова Л. В., Прохорова О. А. Исследовательские подходы к дискурсу медиации в фокусе междисциплинарности. Филологические науки. Вопросы теории и практики Тамбов: Грамота, 2016. № 2 (56): в 2-х ч. Ч. 2. С. 100–104.

¹⁶⁵ Похмелкина Г. Ф., Семенов И. Н. Рефлетехнологии медиации в современной зарубежной практической психологии и конфликтологии // Психология. Журн. Высшей школы экономики. 2008. Т. 5. № 1. С. 121–138.

Так, у ході професійної підготовки медіатори вивчають рефлексивно-психологічні механізми та методи роботи.¹⁶⁶

З метою підвищення ефективності роботи медіатора проводяться дослідження також і в сфері психолінгвістики, і основи психолінгвістики зазвичай входять до змісту програм з підготовки медіаторів, адже уміле використання та розуміння психологічних та лінгвістичних особливостей мови сторін спору та медіатора є важливим чинником успіху медіаційної процедури.

Медіація (публічна медіація, міждержавна медіація) є затребуваною процедурою у міждержавних відносинах. На сучасному етапі розвитку міжнародних відносин медіація використовується не тільки як спосіб досягнення мирних угод, але і як механізм, що гарантує їх виконання сторонами спору, на стадії постконфліктного миробудівництва, що на практиці застосовується, зокрема, в рамках діяльності Комісії ООН з миробудівництва, а також спеціальних політичних місій ООН. Останні десятиліття склалася практика, згідно з якою медіатор бере на себе функції гаранта мирної угоди, підписаної за його безпосередньої участі, та сприяє в усуненні проблем, пов'язаних зі здійсненням ключових положень даної угоди.¹⁶⁷ Також зауважимо, що у 2012 р. Організація Об'єднаних Націй опублікувала «Керівництво з питань ефективної посередницької діяльності», яке має сприяти практиці мирного урегулювання спорів.¹⁶⁸ Тобто можна стверджувати, що політологія також виявляє зацікавленість у медіації, феномен медіації у політології органічно вбудовується в новітню модель управління – модель поширення неофіційного посередництва неурядових організацій. Нейтральність, характерна для діяльності неурядових

¹⁶⁶ Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen. URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20002753>

¹⁶⁷ Антонюк О. А. Міжнародна публічна медіація: у пошуках максимальної ефективності // Часопис Київського університету права, 2015/2 С. 348–354.

¹⁶⁸ UN Guidance for Effective Mediation. URL: https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GuidanceEffectiveMediation_UNDPA2012%28Russian%29_0.pdf

організацій, дозволяє їм вирішувати конфліктні ситуації ефективніше, ніж це роблять державні структури.

Наявність медіації у політологічному полі спричиняє радикальну зміну контексту влади: в одному випадку влада розглядається в аспекті могутності (влада-Power), заснованої на силі і багатстві; генеральним завданням влади-могутності є здійснення панування соціального «верху» над «низом», що має на меті підтримання порядку, заснованого на домінуючій ролі відносин нерівності; в іншому випадку – влада має вид авторитету (влада – Authority), заснованому на довірі та співпраці.

Вчені-лінгвісти вивчають медіацію як дискурс – менеджмент процесу когнітивної, вербальної та емоціональної трансформації суб'єктів конфліктного спілкування у рамках континууму від комунікативного дисонансу та комунікативного консенсусу.¹⁶⁹

Такий жвавий науковий інтерес до медіації видається закономірним, адже вона є складовою потреби суспільства у самоорганізації.

Відомо, що кожна держава прагне врешті-решт побудувати соціально-орієнтоване суспільство. Однак на цьому шляху неминуче виникає проблема пошуку фундаментальних положень, які визначають як характер цільових орієнтирів, так і способи їх досягнення. До одного з основних таких положень слід віднести саме уявлення про соціально-орієнтоване суспільство та принципи його функціонування. Як свідчить досвід розвинених країн, соціально-орієнтоване суспільство має вирізнятися високим ступенем самоорганізації населення і здатністю відтворювати якісний соціальний капітал, в основу якого покладено базовий принцип забезпечення права кожного члена суспільства на працю, що відповідає запитам особистості. Тільки створивши умови, що сприяють реалізації здібностей окремого індивіда, можна сформувати атмосферу вільного творчого самовираження всього суспільства. Для реалізації такої мети держава має активно будувати національно орієнтовану господарську

¹⁶⁹ Куликова Л.В., Прохорова О.А. Исследовательские подходы к дискурсу медиации в фокусе междисциплинарности. Филологические науки. Вопросы теории и практики. Тамбов: Грамота, 2016. № 2 (56): в 2-х ч. Ч. 2. С. 100–104.

систему. Для того, щоб така система функціонувала, вона повинна базуватися на притаманних народові традиційних духовних, культурологічних і психологічних принципах. За такого підходу можна розраховувати на те, що в кінцевому підсумку сформується особливий простір відносин, здатний в автономному режимі гармонізувати інтереси особистості й суспільства в цілому. Однак цьому аспекту проблеми розвитку суспільства державні управлінські інститути в Україні не приділяють належної уваги. Варто також підкреслити, що саме у цій площині прихований мобілізаційний потенціал, виявлення якого могло б значною мірою збагатити сам зміст соціальної політики держави.

Додатковими чинниками наукового інтересу до медіації як соціального явища є її очевидна мультидисциплінарність, про що було зазначено вище, складність та постійна еволюція, тому виявлення та розуміння окремих характеристик медіації можливо лише у мультидисциплінарному аспекті.

Сьогодні медіацію слід розглядати і як нову предметну область, оскільки загальна тенденція до професіоналізації різних сфер, де наявне експертне знання, зумовила те, що медіація в ситуації конфлікту відділилася та позначилася як новий професійний напрям, незважаючи на те, що формувалася як міддисциплінарна область на межі певних дисциплін та набула від інших дисциплін багато чого із наукового інструментарію, теоретичних установок та загальнонаукових підходів.¹⁷⁰

З урахуванням міждисциплінарного контексту можливо дослідити зміст поняття «медіація» у юридичному, конфліктологічному, соціологічному, політологічному та насамперед філософському ракурсі.

Медіація як категорія примирення. Що стосується характеристики медіації з позицій медіаційно-філософського

¹⁷⁰ Н. И. Башмакова, Н. И. Рыжова. Профессиональная подготовка современного специалиста гуманитарного профиля в области медиации: актуальность и парадигмы изучения // Преподаватель XXI век. 2015. № 1. URL:<https://cyberleninka.ru/article/n/professionalnaya-podgotovka-sovremennogo-spetsialista-gumanitarnogo-profilya-v-oblasti-mediatsii-aktualnost-i-paradigmy-izucheniya>

трактування, то зміст поняття «медіація» слід пов'язувати передусім з категорією примирення. У цьому сенсі мирне співіснування є не тільки якимсь моральним ідеалом, до якого слід прагнути у неформальних міжособистісних відносинах, а й своєрідним системоутворюючим орієнтиром в упорядкуванні всіляких юридичних зв'язків, що має збалансувати різноманітні (часто суперечливі) соціальні інтереси за допомогою примирних процедур, які і виникають, з одного боку, як спосіб самозбереження внутрішньообщинного миру і безпеки, а з іншого, як засіб цивілізованого конструктивного розвитку і примноження матеріальних і духовних цінностей.

Розглядаючи поняття «примирення», ми можемо визначити поняття «медіації» як похідне від слова «мир», що в українській мові тлумачиться як «відсутність незгоди, ворожнечі, сварок; згода. Угода сторін, що воюють між собою, про припинення воєнних дій». У мовах англо-романської групи «примирення» позначається в основному лексемами, що є похідними від латинського слова *concilio* (з'єднати, здружити) або *reconcilio* (примирити, поєднати заново): *conciliation*, *reconciliation* (в англійській і французькій мовах), *riconciliazione* (в італійській мові) і *reconciliación* (в іспанській мові); в німецькій мові слову «примирення» відповідають слова *aussohnung* (примирення ворогів) і *ausgleich* (згладжування суперечностей).

Суттю ж соціального явища, що позначається категорією «примирення», є досягнення або відновлення згоди різних суперечливих поглядів, позицій, вирішення спірних ситуацій мирним шляхом.

У філософії категорія примирення розроблена досить детально у філософських вченнях таких мислителів, як М. Вебер, Г. Гегель, І. Кант, Ж.-Ж. Руссо, Г. Спенсер та ін. Так, наприклад, Г. Гегель, розмірковуючи про медіацію в контексті взаємодії суб'єктів, закликав сторони звернутися до «суду совісті», який би «у винесеному ним рішенні з даного окремого випадку не дотримався формальності судочинства і особливо об'єктивних доказів, які відповідають вимогам закону, а ґрунтувався на інтересі, наявному в окремому випадку, не керуючись необхідністю винести загальне законне рішення, оскільки «такі формальності можуть бути звернені їм на

шкоду і навіть перетворені у неправове знаряддя». У зв'язку з цим варто зазначити, що філософія всеєдності відомого російського мислителя В. Соловйова полягає в органічному і логічному примиренні і синтезі різних існуючих в суспільстві ідей, концепцій, доктрин, культур. На підставі викладеного вбачається, що Г. Гегель представляє своєрідний «інструментальний підхід» до примирення, суть якого полягає у його практичному використанні для вирішення спірних життєвих ситуацій. В. Соловйов, навпаки, розглядає примирення у глобальному масштабі – як щабель культурного і морального розвитку.

Вважаємо, що вивчення феномена медіації повинно бути також багатоаспектним, у контексті його історичного розвитку, із теоретичним обґрунтуванням складових змісту поняття «медіація». Обидві наведені точки зору по-своєму справедливі і, по суті, являють собою вузьке і широке розуміння медіації з позицій медіаційно-філософського трактування.

У рамках медіаційно-правового трактування при розгляді змісту поняття «медіація» особливий акцент слід зробити на тому, що юридичні науки досліджують медіацію як правовий інститут, що існує в рамках чинного законодавства.

Абстрагуючись від конкретних процедур і принципів дії, вироблених практикою, теоретико-правові дисципліни досліджують медіацію як один із суб'єктивно-об'єктивних правових феноменів, які є забезпеченням дії права. Медіація у цьому випадку є одним із інструментів організації ефективного правопорядку. Далі, узагальнюючи наявні правові трактування поняття медіації в сучасній юридичній літературі, можна позначити основні підходи до його визначення, при цьому основою кожного з них буде «вирішення конфлікту».

Нормативний підхід, за яким медіація розглядається як один з мирних засобів вирішення спорів і конфліктів.

Комунікативний підхід, за яким медіація розглядається як процес тристоронніх переговорів та обміну інформацією, який зумовлює вигідний компроміс сторін спору.¹⁷¹

¹⁷¹ Калашников Д.В. Переговорный метод управления конфликтом // Социологические исследования. 1998. № 5.

Функціональний підхід, за яким медіація являє собою комплекс тактичних прийомів, діяльність, направлену на досягнення взаємовигідного вирішення конфлікту.¹⁷²

«Гарвардський» підхід, згідно з яким медіація є консультативним варіантом вирішення конфлікту.¹⁷³

Психологічний підхід, за яким медіація вважається методом вирішення конфлікту, у ході якого відбувається його переосмислення та ліквідація причин його виникнення.¹⁷⁴

Медіація з точки зору конфліктології. Головне концептуальна підстава, на якій базується конфліктологія, полягає у визнанні конфлікту «динамічним типом соціальних відносин, пов'язаних з потенційно можливим чи реальним зіткненням суб'єктів на ґрунті тих чи інших суперечливо усвідомлених переваг, інтересів або цінностей; постійно присутнім і таким, що не піддається усуненню». Конфліктологія найчастіше розглядає медіацію як цілеспрямоване втручання, яке спочатку послаблює конфлікт, потім створює підґрунтя для прийняття зважених рішень і, нарешті, вирішення проблеми.

Існує погляд на медіацію і як на техніку позитивного втручання в конфлікт, яка застосовується в разі, коли ситуація вимагає структурувати перспективу його вирішення. Дотримуючись цього підходу, Ю. Запрудський пропонує вважати основними цілями медіації розробку плану майбутніх дій, підготовку учасників до усвідомлення наслідків своїх власних рішень, нейтралізацію негативних ефектів конфлікту за рахунок допомоги учасникам в розробці прийнятної для них резолюції.¹⁷⁵

Медіація з точки зору психології передбачає здебільшого роботу з конфліктами, які знаходяться в емоціональній сфері, а не формально-правовій. Медіація розглядається як

¹⁷² Запрудский, Ю.Г. Социальный конфликт (политологический анализ). Ростов н/Дону, 1992.

¹⁷³ Roger Fisher & William Ury, Getting to yes: negotiating agreement without giving in(1983)

¹⁷⁴ Дэна, Д. Преодоление разногласий: как улучшить взаимоотношения на работе и дома. СПб., 1994.

¹⁷⁵ Запрудский, Ю.Г. Социальный конфликт (политологический анализ). Ростов н/Дону, 1992.

вміння допомогти вирішенню конфлікту тоді, коли сторони спору не в змозі вести продуктивний діалог.¹⁷⁶ Виявлення реальних мотивів, якими керуються учасники конфлікту за межами спору, чи не найважче в роботі медіатора, який допомагає розібратися з усіма цими причинами і зрозуміти, як можна вирішити поставлені завдання соціально прийнятними методами (в тому числі прийняти певні внутрішні потреби без негативної оцінної конотації).

М. Альберштейн наводить дві теоретичні парадигми, які визначають межі моделей медіації:

1) раціонально-наукову парадигму, яка підкріплюється теорією ігор та соціальними науками;

2) інтерпретативну парадигму, засновану в рамках гуманітарних наук, на прикладах та власному викладенні.¹⁷⁷

Класичною моделлю медіації багатьма дослідниками вважається прагматична модель, за якою медіація ототожнюється з вирішенням проблеми. Основоположниками такого підходу вважаються Роджер Фішер та Уільям Урі,¹⁷⁸ прихильники теорії класичного лібералізму. Як узагальнює І. Музика: «Традиційними засадами ліберальної ідеології є: абсолютна цінність людської особистості; свобода і юридична (формальна) рівність всіх людей; демократія; визнання раціонального та морального начал природи людини; визнання державою і суспільством та гарантування невідчужуваних прав і свобод людини та автономії індивідуальної волі («особистий імунітет»), верховенство права і правового закону; створення держави на засадах загального консенсусу з метою захисту і реалізації прав і свобод людини; визнання народу (громадянського суспільства) джерелом влади і права; визнання принципу взаємної відповідальності між державою і особою, державою і громадянським суспільством; обмеженість впливу і сфер діяльності держави шляхом передачі

¹⁷⁶ Дэна, Д. Преодоление разногласий: как улучшить взаимоотношения на работе и дома. СПб., 1994.

¹⁷⁷ Michal Alberstein, *Forms of Mediation and Law: Cultures of Dispute Resolution*, 22 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 321 (2007).

¹⁷⁸ Roger Fisher & William Ury, *Getting to yes: negotiating agreement without giving in* (1983).

певних її функцій громадянському суспільству, що є можливим за умови високої соціальної (економічної, політичної та ін.) активності громадян; контроль за діяльністю держави з боку громадянського суспільства; визнання і реалізація принципу розподілу влади; функціонування парламентаризму на основі багатопартійності тощо.

Саме ці засади протягом останніх двох століть активно впливали на формування сучасних засад праворозуміння у Європі та Сполучених Штатах Америки. Завдяки ідеям лібералізму в юриспруденції повстали такі ключові проблеми сучасності: людський вимір права, відмінність між правом і законом; легітимність права і законодавства; шляхи формування права та суб'єкти правотворчості; право як культурно-цивілізаційний феномен; співвідношення права і свободи та ін.»¹⁷⁹

Під моделлю переговорів розуміється сукупність певних стандартів поведінки та взаємовідносин, які приймаються за основу в переговорах.

У практиці більшості зарубіжних країн, виділяють дві основні моделі: переговори-співпрацю і переговори-суперництво.

Метою першої є досягнення компромісу. Жодна зі сторін не шукає вигоди для себе. Вирішальну роль тут відіграють взаємні поступки. Ефективність даної моделі включає в себе кілька принципових положень: (1) орієнтацію на захист інтересів свого клієнта без звернення до суду; (2) визнання визначального значення етики ведення переговорів; (3) досягнення примирення сторін тільки на основі справедливості; (4) прагнення зберегти або встановити в майбутньому відносини ділового співробітництва між сторонами.

Основна мета другої моделі полягає у прагненні учасників врегулювати спір на свою користь. Вирішальне значення набуває психологічний тиск, заснований на агресивній поведінці та обвинувальній позиції. У кінцевому підсумку це призводить до того, що опонент втрачає впевненість у собі, у своїй позиції і готовий повністю або частково відмовитися від своїх вимог. Ефективність даної моделі ґрунтується на таких принципах: (1) прагнення врегулювати розбіжності максимально,

¹⁷⁹ Ліберальна ідеологія як фактор трансформації сучасного праворозуміння / І. В. Музика // Проблеми філософії права. 2006–2007. Т. IV–V. С. 68–72.

наскільки це можливо, на користь свого клієнта; (2) бажання отримати більшу винагороду за свою роботу; (3) отримання морального задоволення від програшу суперника.¹⁸⁰

Трансформаційна модель – терапевтична модель медіації, яку розробив у середині 90-х років минулого століття Роберт Баруш Буш та Джозеф Фольгер.¹⁸¹ Такий підхід засновано на критиці лібералізму та релятивістському баченні, зосередженні на процесі, на повноваженнях сторін та визнанні, ніж на вирішенні проблеми. Під релятивістським баченням ці автори розуміють «нове бачення себе та суспільства, засноване на релятивістському зв'язку та розумінні, аніж на автономії індивіда. Науковці та мислителі у багатьох різних сферах почали формулювати та підтримувати значні зміни у соціальному баченні – від індивідуалістичної до релятивістської концепції взаємодії.

Наративна модель – конструктивістська модель медіації, обґрунтована Джоном Вінслієм та Геральдом Монком, заснована на ідеях постмодернізму.

Постмодернізм, який створює нові системи і прийоми управління, базується на інших сенсах, що вимагають свого розкриття. Акценти у свідомості соціального суб'єкта зміщуються від колективних до індивідуальних доміант. У такій ситуації процес духовно-ціннісного зростання суспільства в цілому відбувається через створення умов для розвитку окремого суб'єкта.¹⁸²

У нашому дослідженні ми розглядатиме медіацію за прагматичною моделлю як метод вирішення спорів, який потребує впровадження у правову систему нашої держави, формування відповідної системи правових норм та їх узгодження із чинним законодавством.

¹⁸⁰ Носырева Е. И. Альтернативное разрешение споров в США. М.: Изд. Дом «Городец», 2005. 320 с.

¹⁸¹ Robert A. Baruch Bush & Joseph P. Folger, *The promise of mediation: responding to conflict through empowerment and recognition* (1994).

¹⁸² І. К. Бистряков, сталий розвиток України: постмодернізм, простір, методологія управління // Вісн. НАН України, 2012, № 7. С. 47–53.

Висновки до розділу 1

Права людини є найвищою цінністю для держави, влади та громадянського суспільства, а функціонування системи права направлено передусім на забезпечення цих прав. Саме тому правові держави мають спрямовувати свій механізм на створення умов для реалізації, охорони та захисту прав людини.

Утвердження верховенства права у суспільстві і забезпечення кожному права на справедливий судовий розгляд є першочерговими завданнями сучасної держави.

Держава має створювати умови для належного впровадження верховенства права в усі суспільні відносини, закріплювати на законодавчому рівні гарантії його забезпечення та механізми захисту. Не можна заперечувати, що в Україні верховенство права не забезпечено належним чином, що виявляється у неефективності державної влади, значному рівні корупції, незабезпеченні доступності до правосуддя, неупередженого та справедливого суду, порушеннях основних прав і свобод людини та громадянина.

Цілком зрозумілим та логічним є те, що розуміння сутності та змісту поняття «верховенство права» не є та не може бути одноставним. У рамках нашого дослідження верховенство права ми розглядали в контексті забезпечення права людини на справедливість, адже в понятті верховенства права переплітаються наукова істина та цінність добра і справедливості, правові ідеали і практичний юридичний досвід, правові ідеї та правові почуття, досягнення науки і здоровий глузд.

Значна увага до справедливості як універсальної цінності заснована на концепції природного права, основою якої є уявлення про людину як про самостійний індивідуум, що наділений невід'ємними правами та здатний самостійно контролювати та регулювати свою поведінку в суспільстві на підставі певних загальнозначених норм. Уявлення про невід'ємні права людини нині отримало загальне визнання і закріплене у міжнародно-правових документах, таких як

Статут ООН, Загальна декларація прав людини, Заключний акт загальноєвропейської наради із співпраці та безпеки у Європі та інших, у результаті чого права людини поширюються на всіх жителів планети.

Сучасне розуміння справедливості зумовлюється серед іншого віднесенням її до правової або моральної категорії та підходами до розуміння поняття принципу справедливості (принцип права, юридичний принцип тощо), але практично безспірним є твердження, що справедливість як основна засада права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин та одним із загальнолюдських вимірів права.

Призначенням універсальної справедливості вважають підтримку та відтворення рівноваги (рівної міри). Напрацьовані спільними зусиллями представників людства два аспекти у розумінні справедливості – змістовний та формальний, мають важливе значення і виявляються у будь-якій сфері людського життя.

Саме через розуміння категорії справедливості у формальному підході ми досліджували поняття «право на справедливий суд» та його співвідношення із поняттями «доступ до правосуддя» та «право на отримання справедливого рішення».

У ході реалізації права на справедливий суд людина поновлює порушені права і свободи, при цьому держава повинна забезпечити не тільки ефективну систему правосуддя, але й належним чином забезпечений, доступний та широкий спектр методів вирішення правових спорів. Альтернативне вирішення спорів визнано необхідною складовою доступності правосуддя на міжнародному, наднаціональному та національному рівнях.

Альтернативні методи вирішення спорів розширюють межі дії верховенства права, адже державний примус не може бути всеосяжним, а дотримання ідеалів та принципів верховенства права повинно виходити з повсякденних дій людей та порядку вирішення їх спорів. Альтернативні методи вирішення спорів, зменшуючи навантаження на державну

судову систему, дозволяють останній ефективно виконувати свої функції у спорах, які мають вирішуватись виключно у судовому порядку.

Серед альтернативних методів вирішення спорів чільного місця набула медіація, у рамках якої сторони спору спроможні досягти вирішення спору на основі фундаментальних принципів права. Медіація, реалізуючи функцію розвантаження державної судової системи, удосконалення правової культури громадян, також здатна підвищити стан забезпечення права на справедливе, та має у своїй основі парадигму державно-приватного партнерства, оскільки держава, по суті, делегує певну частину своїх виключно публічно владних повноважень у сфері здійснення правосуддя недержавним суб'єктам, а саме сторонам спору та медіатору.

Категорії справедливості та верховенства права нерозривно пов'язані в альтернативних методах вирішення спорів та медіації, є їх базисом та ціллю одночасно. Судова система була та буде центральною ланкою у системі вирішення спорів, водночас забезпечення свободи людини на вибір методу вирішення спорів є проявом дії принципу верховенства права та ознакою правової, демократичної держави.

Розділ 2

МЕДІАЦІЯ – ОСНОВА ЕФЕКТИВНОГО РОЗВ’ЯЗАННЯ СПОРІВ

2.1 Медіація як доступ до справедливості

Продовжуючи розкриття тематики забезпечення реалізації принципів верховенства права та доступу до правосуддя в рамках альтернативних методів вирішення спорів, ми звизимо спектр таких методів виключно до медіації і спробуємо аргументувати, що медіаційна процедура здатна забезпечити досягнення сторонами спору його справедливого вирішення.

Доступ до справедливості і правосуддя залишається глобальним викликом сьогодення і прагненням людей по всьому світу. «Ми бачимо світ, у якому забезпечено всезагальну повагу до прав людини та людської гідності, верховенство права, справедливість, рівність і недискримінацію, повагу до расового, етнічного і культурного різноманіття, рівні можливості, що дають змогу повною мірою розкрити людський потенціал та сприяють процвітанню всього людства. Світ, який здійснює інвестиції у своїх дітей і в якому кожна дитина росте, не знаючи, що таке насильство та експлуатація. Світ, у якому кожна жінка та кожна дівчина користуються повною гендерною рівністю і в якому усунені всі юридичні, соціальні та економічні перешкоди на шляху розширення їхніх прав та можливостей. Справедливий, рівноправний, толерантний, відкритий та вільний від соціальних бар’єрів світ, у якому задовольняються потреби найбільш уразливих груп населення», зазначається у Резолюції Генеральної Асамблеї ООН «Перетворення нашого світу: Порядок денний у сфері сталого розвитку до 2030 року» від 25 вересня 2015 р.¹⁸³

¹⁸³ Резолюція «Перетворення нашого світу: Порядок денний у сфері сталого розвитку до 2030 року» (2015). URL:<http://sdg.org.ua/ua/resources-2/344-2030-2015>

Альтернативні методи вирішення спорів як складова забезпечення доступу до правосуддя мають відповідати сукупності критеріїв, дотримання яких забезпечуватиме можливість для сторін спору вирішити спір: у розумні строки, у межах розумних витрат, у рамках прозорості та чесної процедури та досягти справедливого рішення.

Потенційна можливість досягти справедливого рішення у правовому спорі у результаті процедури медіації дає місце останній в державній системі вирішення спорів та статус складової у реалізації права на доступ до правосуддя. Водночас зазначене вище потребує теоретичного обґрунтування, як і такого аспекту, чи може медіація слугувати утвердженню верховенства права у суспільстві.

Незважаючи на те, що наукова та прикладна проблематика достатньо ґрунтовно висвітлюється у вітчизняних наукових публікаціях, теоретичне обґрунтування можливості забезпечення доступу до правосуддя шляхом застосування медіації як альтернативного методу вирішення спору залишається розробленим більшою мірою такими зарубіжними науковцями, як Дж. Сталберг, О. Шапіра, Дж. Гимон, Л. Лове та ін. Найбільш повне дослідження щодо забезпечення права на справедливий суд у процедурі присудової медіації опублікувала вітчизняний науковець Н. Грень 2017 року.¹⁸⁴

Категорія справедливості є одним із базисів побудови суспільства, забезпечення справедливості у суспільстві і у, свою чергу, слугує утвердженню верховенства права, що є ключовим завданням держави. При виникненні спору щодо своїх прав, свобод та законних інтересів людина повинна мати право отримати справедливе рішення: чи шляхом звернення до незалежного суду, чи шляхом мирного вирішення спору. При цьому досягнення справедливості в обох випадках буде забезпечено різними, хоча і в деяких аспектах, схожими методами.

¹⁸⁴ Грень Н. М. Реалізація права людини на справедливий суд шляхом процедури присудової медіації: теоретико-правове дослідження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Львів, 2016. 250 с.

Основоположні складові «Концепції справедливого суду» є загально визнаними та визначаються Загальною декларацією прав людини 1948 р., Міжнародним пактом про громадянські та політичні права 1966 р., Конвенцією про захист прав людини та основних свобод, Конституцією України. Тим не менш, наукова дискусія триває щодо питання чи зводяться гарантії справедливого розгляду, закріплені міжнародно-правовими нормами на національним законодавством, до суто процесуальних гарантій чи також включають гарантії матеріальних прав щодо результатів вирішення спору (судового розгляду).

У свою чергу, аналіз практики Європейського суду з прав людини у розрізі тлумачення поняття «справедливого суду» дає підстави вважати, що поняття справедливості судового розгляду пов'язано з процедурним аспектом судочинства. І. Михайловська підтверджує, що «у міжнародно-правових актах, починаючи із Загальної декларації прав людини 1948 р., вимога справедливості судочинства переноситься на процедурні правила, що визначають статус особи, яка притягнута до відповідальності».¹⁸⁵

Тобто йдеться про так звану «процедурну справедливість», під якою зазвичай розуміють сукупність правил, спрямованих на забезпечення справедливості результату тієї чи іншої дії незалежно від усіх інших обставин».¹⁸⁶ У формальному аспекті справедливе рішення може бути досягнуто суворим дотриманням встановлених правил та формальною рівністю сторін, і відповідно, справедливість вирішення спору частково забезпечується дотриманням процедурної справедливості під час процедури.

Зауважимо, що розрізняють досконалу та недосконалу процедурну справедливість. Під досконалою процедурною справедливістю розуміють такі правила, які за умови їх дотримання

¹⁸⁵ Михайловская И. Б. Суды и судьи: независимость и управляемость. М., 2008. 64 с.

¹⁸⁶ Кашников Б. Н. Либеральные теории справедливости и политическая практика России. Великий Новгород, 2004. 260 с.

учасниками, беззастережно зумовлюють справедливий результат. За недосконалої процедурної справедливості, крім дотримання правил гри, ми маємо зв'язатися з додатковими критеріями, щоб отримати справедливий результат.¹⁸⁷

Дж. Роулз об'єктивно вважає судовий розгляд прикладом недосконалої процедурної справедливості, тому що дотримання встановленої форми та правил судочинства (рівність та змагальність сторін тощо) не є запорукою справедливого судового рішення.¹⁸⁸

У той же час прихильники соціологічного підходу до судового процесу та правосуддя вважають, що у випадку протиріч між процесуальною та матеріальною справедливістю остання має підпорядковуватися процесуальній справедливості. «Важливою основою утвердження в істинності гносеологічної картини предмета доказування є процедура її встановлення. Якщо ми можемо повністю довіряти процедурі встановлення обставин справи, то ми можемо більш сміливо довіряти і її результатам, тобто бути впевненими в істинності гносеологічної картини предмета доказування».¹⁸⁹

Водночас, Дж. Роулз зауважує: «процес не може бути самоціллю, критерієм справедливості, його завданням повинно бути досягнення справедливості через захист суб'єктивних прав на основі істини. Процес не може сам себе легітимізувати через формальне дотримання процесуальних норм та правил. Його завданням також не може бути виключно процесуальна справедливість та правильність розгляду спору. Велике значення має матеріальна справедливість, яка будучи мірилом масштабу, дозволяє говорити, чи був сам процес правильним чи ні».¹⁹⁰

¹⁸⁷ Пресняков М. В. Стандарты справедливого правосудия: проблемы формы и содержания // Журнал российского права. 2016. № 2 (230) С. 144–150.

¹⁸⁸ Ролз Дж. Теория справедливости. URL:<http://kant.narod.ru/rawls.htm>

¹⁸⁹ Юй Ишэн. Юридическая истина в определении сущности предмета доказывания // Lex russica. 2014. № 1. С. 58–66.

¹⁹⁰ Ролз Дж. Теория справедливости. URL:<http://kant.narod.ru/rawls.htm>

Проблематика забезпечення матеріальної та процедурної справедливості, а також їх взаємозв'язку, ще гостріше виявляється у з'ясуванні питання доцільності інституалізації медіації – створення суміжного із судочинством правового інституту, який би міг створити передумови до балансу публічних та приватних інтересів та забезпечити доступ до справедливості і правосуддя.

Н. Грень у своєму дослідженні присудової медіації зауважує, що медіація передбачає найвищий ступінь справедливого рішення, оскільки ухвалене рішення вважається прийнятним самими учасниками конфлікту,¹⁹¹ а також медіація є проявом найвищої свободи, яка за з В. Нерсесянцом, можлива «лише там, де люди не тільки адресати чинного права, але одночасно і співучасники в його створенні, його творці і захисники».¹⁹²

У медіації відбувається зміна змісту категорії справедливості, адже те, що відбувається, співвідноситься не з зовні заданою нормою, наданою повинністю, а з внутрішнім переживанням, розумінням власних інтересів, цінностей і потреб. Також ця передумова і розрізняє розгляд обставин справи судом та самими сторонами спору: суд оцінює суть спору у рамках правових норм (останні, зазначимо, формуються з огляду на уявлення про справедливість), а сторони – більшою мірою з огляду на власні моральні норми та поняття справедливості. Це змінює зміст розглянутої категорії: основою оцінювання стає не ступінь відповідності зовнішньому розпорядженню, нормі, а ступінь відповідності своєму, такому що виникло з середини, розумінню власних глибинних інтересів і почуття задоволення від рішення, в якому максимально реалізуються ці глибинні інтереси і цінності. Відбувається

¹⁹¹ Грень Н. М. Реалізація права людини на справедливий суд шляхом процедури присудової медіації: теоретико-правове дослідження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Львів, 2016. 250 с.

¹⁹² Нерсесянц В. С. Філософія права Гегеля. М.: Юрист, 1998. 350 с.

співвіднесення: наскільки знайдене рішення конфлікту задовольняє кожну зі сторін.¹⁹³

Водночас окремі дослідники дотримуються протилежної думки, зокрема, І. Ясиновський вважає, що у медіації переважає прагматичний підхід і метою примирних процедур є не справедливість чи матеріальна істина, а доцільність, вигода для сторін спору.¹⁹⁴

Ми вважаємо, що у медіаційній процедурі справедливість виявляється в об'єктивному та суб'єктивному розумінні та дає змогу відповісти на запитання: чи була справедливою сама процедура медіації, чи діяв справедливо медіатор, чи справедливе рішення прийнято у спорі тощо. А суб'єктивне розуміння справедливості у медіації залежить від сприйняття сторонами спору, третіми особами, медіаторами і процедурної, і матеріальної справедливості. Логічним буде дослідити критерії досягнення справедливості у результаті медіації:

1. Дотримання принципів та правил медіації, насамперед добровільності медіації, самовизначення сторін медіації та нейтральності медіатора. Не може бути справедливого рішення спору, якщо медіатор не забезпечив рівності сторін медіації, чинив на них тиск. Справедливість буде досягнута лише у такому випадку, коли всі учасники медіації будуть дотримуватися «правил гри». Саме з цією метою принципи та порядок медіації визначаються у законодавстві, кодексах етики медіаторів. Зокрема, Європейський кодекс поведінки для медіаторів оперує поняттям чесності процесу (зазначимо, що у медіаційній англійській літературі терміни *justice* – справедливість та *fairness* – чесність є здебільшого взаємозамінними), що передбачає розуміння сторонами умов та положень договору про проведення медіації, ролі та функцій

¹⁹³ Хазанова М.А. Справедливість в медиации. Правосудие. Медиация. Социальная справедливость: Сб. материалов науч.-практ. конф. (10 ноября 2016 г., М.) / Отв. ред. О. П. Вечерина. М.: ФГБУ «ФИМ», 2016. 168 с.

¹⁹⁴ Ясиновський І. Г. Історичний аспект розвитку інституту медіації та сучасні тенденції його розвитку // Наук. вісн. Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. 2014. Вип. 10–2(1). С. 31–33. URL:[http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu_jur_2014_10-2\(1\)_11](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu_jur_2014_10-2(1)_11).

медіатора, а також зобов'язує медіатора зупинити процедуру медіації у разі, якщо він вважає, що потенційне рішення у спорі є невиконуваним чи незаконним.¹⁹⁵ До процедурної справедливості медіації Дж. Сталберг відносить гідність і повагу, з якими медіатор має ставитися до сторін.¹⁹⁶ Так, Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України передбачає, що «Медіатор має поважати людську гідність учасників медіації та виявляти однакову увагу та доброзичливість до сторін медіації».¹⁹⁷

Дотримання принципів медіації як запорука справедливості медіації корелює з дотриманням процесуальних норм як запоруки справедливого судочинства. Хоча не можна стверджувати, що у випадку судового розгляду чи медіації одного й того самого спору буде досягнута однакова справедливість, оскільки принципи та правила медіації відрізняються від процесуальних норм судочинства (Дж. Сталберг, М. Гиман та Л. Лове розрізняють юридичну та медіаційну справедливість), адже медіаційна угода може бути справедливою відповідно до принципів медіації та відображати дійсні потреби, інтереси та бажання сторін, але й одночасно несправедливою згідно з чинними матеріальними та процесуальними нормами, наприклад, якщо положення медіаційної угоди не відповідають законним інтересам сторін і скоріш за все, відповідно до законодавства, рішення у спорі було б іншим. Та навпаки: судове рішення може сприйматися несправедливим з точки зору однієї чи обидвох сторін спору. При цьому зауважимо, що медіаційна угода може прямо чи опосередковано зачіпати інтереси й третіх осіб, які, у свою чергу, можуть сприймати таку угоду справедливою чи

¹⁹⁵ European Code of Conduct for Mediators Електронний ресурс. URL:http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf.

¹⁹⁶ Stulberg, Joseph P., Mediation and Justice: What Standards Govern?. *Cardozo Journal on Dispute Resolution*, Vol. 6, 2005; *Ohio State Public Law Working Paper* № 37. URL:<https://cardozojcr.com/vol6no2/CAC206.pdf>

¹⁹⁷ Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України, затверджений рішенням Загальних зборів ГО «Національна асоціація медіаторів України» від 07 грудня 2017 р., протокол № 1. URL:<http://namu.com.ua/ua/info/mediators/ethical-code/>

несправедливою (окремі автори вважають, що медіатор зобов'язаний втрутитися у процес медіації, якщо він вважає, що медіаційна угода не враховує інтересів третіх осіб.¹⁹⁸ Також відчуття «справедливості» чи «несправедливості» медіаційної угоди базується й на нормах моралі.

2. Сприйняття справедливості у медіації сторонами спору, що є досить дискусійним критерієм, адже таке сприйняття індивідуальне. Справедливість як «краса в очах того, хто дивиться». Тим не менш, деякі дослідники вважають таке сприйняття основним мірилом справедливості медіації, таким, що відображає персональні вподобання сторін. Тобто справедливою процедурою та справедливими результатами медіації є такі, які справедливими вважаються сторонами медіації. У той же час сприйняття справедливості медіатором та сторонами медіації може відрізнятись.¹⁹⁹ Здебільшого медіатори надають перевагу сприйняттю справедливості сторонами спору, а не власному, що витікає з принципів медіації, які вимагають від медіатора дотримуватися нейтральності та безсторонності, поважаючи принцип самовизначення сторін медіації.

Найімовірніше, сторони спору вважатимуть медіацію справедливою, якщо:

- 1) вони змогли вільно висловитися впродовж медіаційної процедури;
- 2) вони були уважно вислухані медіатором;
- 3) медіатор ставився до них з гідністю та повагою;
- 4) медіатор забезпечив принцип рівності сторін.²⁰⁰

При цьому О. Шапіра зауважує, що процедурна справедливість медіації може походити як з сприйняття сторонами спору, так і з дотримання принципів, правил медіації. При цьому сприйняття процедурної справедливості та формальної

¹⁹⁸ Joan Dworkin & William London, What Is a Fair Agreement?, 7 MEDIATION Q. 3, 5 (1989) URL:<https://doi.org/10.1002/crq.3900070103>

¹⁹⁹ Там само.

²⁰⁰ Nancy A. Welsh, Disputants' Decision Control in Court-Connected Mediation: A Hollow Promise Without Procedural Justice, 2002 J. DISP. RESOL. 179 (2002). URL:<https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1411&context=jdr>

процедурної справедливості може не збігатися, наприклад, коли сторона спору вважає, що медіатор порушив певну норму, та незважаючи на те, чи дійсно норма була порушена чи ні, все одно сприйматиме медіацію несправедливою.²⁰¹ Таким чином, медіація може бути формально справедливою щодо правил її проведення, водночас може вважатися несправедливою стороною (сторонами) спору. Більше того, дослідники медіації зауважують, що більш активна сторона спору схильна вважати медіаційну процедуру справедливою, тому що повністю висловилася, а пасивна сторона (чи яка брала участь у медіації через представників) – навпаки.

Сприйняття суспільством медіації як процедури, яка потенційно забезпечує доступ до справедливості, однозначно сприятиме все більш широкому застосуванню такого методу вирішення спорів, саме тому нормативне регулювання медіації спрямоване на дотримання якості та принципів медіації. Конфіденційність медіації, звісно, не сприяє формуванню об'єктивної суспільної думки, яка здебільшого підживлюється досвідом та сприйняттям осіб, що брали участь у медіації. Суспільство може оцінювати справедливість медіації з огляду на зміст медіаційних угод – результати медіації – та їх вплив та третіх сторін, докілья чи суспільне здоров'я, але у цілому таке сприйняття надто загальне та не піддається раціональному аналізу.

Як вже було зазначено вище, справедливість у медіації може бути забезпечена шляхом дотримання принципів медіації, і особливої значущості в цьому аспекті набуває принцип нейтральності медіатора, тому наголосимо на тих його складових, які безпосередньо пов'язані із справедливістю процедури та результатів медіації. Пропонуємо виходити з того, що сторони спору не можуть бути повноцінно рівними у своїх можливостях захистити та представити свої інтереси у процесі медіації, і саме завдання медіатора полягає в тому, щоб залишаючись нейтральним та неупередженим, забезпе-

²⁰¹ Shapira O. Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation //S. Tex. L. Rev. 2012. Т. 54. URL:http://web2.ono.ac.il/Law_Publishes/files/Shapira_Fairness.pdf

чити баланс у можливостях сторін. Адже будучи формально нейтральним між двох нерівних сторін, медіатор не буде діяти справедливо. Саме тому етичні норми та правила медіації часто пропонують медіаторам певні орієнтири, наприклад, Модельні стандарти практики медіаторів (США) передбачають: «якщо сторона спору має труднощі у розумінні процесу, змісту та варіантів вирішення спору, чи труднощі участі в медіації, медіатор має оцінити такі обставини та можливі зміни у порядку медіації, які нададуть стороні можливість розуміти процедуру та брати участь у медіації, реалізувати принцип самовизначення».²⁰² При цьому можливі диференціації правового положення сторін у межах встановленої процедури, як правило, не виходять за рамки природного розподілу ролей. Наприклад, якщо у цивільному процесі рівність передбачає, що «учасники справи мають рівні права щодо здійснення всіх процесуальних прав та обов'язків, передбачених законом», то в кримінальному процесі – право не давати пояснень. Разом з тим формальну рівність перед судом часто важко забезпечити внаслідок фактичної нерівності сторін, зокрема майнової і соціальної. У цьому випадку «слабкій» стороні процесу надаються різні преференції з метою забезпечення рівних можливостей у процесі.

Наступним дискусійним аспектом є: чи можливо за умови дотримання процедурної справедливості медіації говорити про презумпцію справедливості медіаційної угоди та хто має оцінювати таку справедливість (сторони, медіатори, суд). Дійсно, добровільно укладаючи медіаційну угоду та реалізувавши принцип самовизначення, за умови дотримання медіатором принципів нейтральності, норм та правил медіації, можна стверджувати, що сторони, керуючись нормами моралі, звичаями, традиціями, а також нормами права, досягли справедливого у їх розумінні та сприйнятті рішення та захистили свої права та інтереси. Дж. Сталберг розглядає медіацію як систему дійсної процедурної справедливості,

²⁰² Model standards of conduct for mediators. URL:https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/model_standards_conduct_april2007.pdf

і будь-який результат медіації, погоджений сторонами, може вважатися справедливим.²⁰³ Водночас, вважаємо, що медіаційна угода повинна не порушувати інтересів третіх осіб, бути здатною до виконання та законною (хоча останнє саме по собі є дискусійним).

З однієї точки зору, саме медіатор має попередити сторони про те, що передбачувана угода не може бути виконана, протирічить нормам права, зачіпає інтереси третіх осіб, чи є значно несправедливою для однієї зі сторін спору. Саме такі обов'язки, наприклад, покладають на медіатора Етичні стандарти медіаторів штату Джорджія та дозволяють нам визначити критерії справедливості медіаційної угоди.²⁰⁴ Також зробити висновок про несправедливість медіаційної угоди може суд, якщо законодавством певної держави передбачено затвердження таких правочинів у судовому порядку.

Дж. Гимон та Л. Лове, у свою чергу, виділяють такі критерії справедливості результату медіації:

- 1) відповідне сприйняття сторонами медіації;
- 2) поновлення балансу та гармонії у їх стосунках;
- 3) підвищення вірогідності взаєморозуміння та кращих взаємовідносин сторін;
- 4) отримання результату, максимально наближеного до їх очікувань;
- 5) економія часу, витрат та моральних сил;
- 6) ознаки покращення спілкування та гармонія у громадах (серед сусідів, підприємців, співробітників тощо);
- 7) запровадження соціального прецеденту кращої організації взаємовідносин.²⁰⁵

Дж. Сталберг, у свою чергу, відштовхується від зворотнього – критеріїв несправедливості результату медіації:

²⁰³ Stulberg, Joseph P., Mediation and Justice: What Standards Govern?. *Cardozo Journal on Dispute Resolution*, Vol. 6, 2005; Ohio State Public Law Working Paper №37. URL:<https://cardozo.jcr.com/vol6no2/CAC206.pdf>

²⁰⁴ Ethical standards for mediators § IV, at 30 (Ga. Comm'n on Dispute Resolution 2012). URL:<http://www.godr.org/files/APPENDIX%20C,%20CHAP%201,%206-1-2012.pdf>

²⁰⁵ Jonathan M Hyman and Lela P Love, 'If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation' (2002) 9 *Clinical Law Review*. URL:<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/clinic9&div=10&id=&page=>

- 1) хоча б одна сторона прийняла рішення не добровільно;
- 2) одна зі сторін відмовляється від свого природного права, яке суспільство вважає невід'ємним;
- 3) положення угоди протирічать національному законодавству;
- 4) положення угоди порушують чи заперечують людську гідність;
- 5) сторони погоджуються на певні умови, незважаючи на повноцінну обізнаність у можливих альтернативах;
- 6) положення угоди суперечать базовим цінностям у сприйнятті суспільства.

Зазначене вище дало змогу Дж. Сталбергу сформулювати такі критерії справедливості результату медіації, які базуються на критеріях несправедливості:

- 1) добровільність;
- 2) невідчуження інтересів;
- 3) гласність результату;
- 4) гідність та повага;
- 5) інформоване прийняття рішення;
- 6) терпимість до конфлікуючих фундаментальних цінностей.²⁰⁶

Забезпечення справедливості у медіації важливо не тільки для сторін спору, а й для існування соціального та правового інституту медіації взагалі, адже суспільство повинно мати довіру до медіаторів та медіації, тільки тоді такий метод вирішення спорів стане затребуваним та буде дійсною альтернативою державному судочинству.

По-перше, слід виходити з того, що участь у медіації здебільшого добровільна (навіть запровадження обов'язкової медіації у певних державах як умови подання позову до державного суду не означає обов'язок сторін укласти медіаційну угоду), тому медіаційна процедура повинна засновуватись на прозорих та зрозумілих правилах, дотримання яких може, у сприйнятті потенційних учасників медіації, зумовити отри-

²⁰⁶ Stulberg, Joseph P., Mediation and Justice: What Standards Govern?. *Cardozo Journal on Dispute Resolution*, Vol. 6, 2005; Ohio State Public Law Working Paper №37. URL:<https://cardozo.jcr.com/vol6no2/CAC206.pdf>

мання справедливого рішення у спорі. У протилежному випадку важко говорити про затребуваність медіації суспільством, тому що люди навряд чи погодяться брати участь у процедурі, яка може обмежити їх права, не захистити законні інтереси та свободи. Саме тому О. Шапіра стверджує, що медіаційні правила та норми, які унеможливають укладення сторонами несправедливої медіаційної угоди, такої, що може призвести до браку довіри суспільства до медіації, є виправданими (більше того, сторони вільні в укладанні будь-якої угоди поза медіаційною процедурою).²⁰⁷

Завдання щодо запобігання укладанню несправедливих медіаційних угод частково покладається також і на медіаторів, які повинні забезпечити добросовісність та чесність медіаційної процедури і, у такий спосіб зберегти репутацію медіації у суспільстві. Як вже наголошувалося у нашому дослідженні, кодекси етики медіатора здебільшого зобов'язують медіатора втрутитися у процес медіації та попередити сторони про можливі негативні аспекти процедури чи положень медіаційної угоди, а також зупинити процедуру медіації. Зокрема, Європейський кодекс поведінки медіатора передбачає у п. 3.2, що «медіатор, вважаючи це доцільним, може, проінформувавши сторони, зупинити процедуру медіації у разі, якщо вважає з урахуванням обставин та власної компетенції, що передбачувана угода є незаконною та невиконуваною».²⁰⁸ Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України містить подібне загальне положення про те, що «медіатор має право відмовитись від проведення медіації на будь-якій її стадії у разі ... недобросовісної поведінки сторони медіації... явної незаконності дій та домовленостей сторін медіації».²⁰⁹ Стандарти та етичні

²⁰⁷ Shapira O. Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation //S. Tex. L. Rev. 2012. Т. 54. URL:http://web2.ono.ac.il/Law_Publishes/files/Shapira_Fairness.pdf

²⁰⁸ European Code of Conduct for Mediators. URL:http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf.

²⁰⁹ Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України, затв. рішенням Загальних зборів ГО «Національна асоціація медіаторів України» від 07 грудня 2017 р., протокол № 1. URL:<http://namu.com.ua/ua/info/mediators/ethical-code/>

норми онлайн-медіації штату Небраска прямо передбачають, що «медіатор не має допускати підписання незаконної угоди».²¹⁰ Ми погоджуємося з О. Шапіра, який вважає, що кодекси етики медіатора мають передбачати обов'язок, а не право медіатора зупинити процедуру медіації у тих випадках, коли зміст медіаційної угоди є несправедливим та тим самим загрожує репутації інституту медіації. «Медіатори мають обов'язок перед своєю професією забезпечити, що медіація не тільки відповідає інтересам сторін, але й знайти більш чесний, ефективний, сталий та мудрий результат порівняно з іншими методами вирішення спорів».²¹¹

З огляду на вищенаведене, ми можемо дійти висновку, що справедливість є базисною категорією медіації, адже такий метод вирішення спорів життєздатний виключно у разі забезпечення справедливого рішення спору, а завданням медіаторської спільноти, законодавця та суспільства у цілому є запровадження та практичне застосування таких правил, норм медіаційної процедури, які унеможливають несправедливість процедури та результату медіації. Хоча поняття справедливості завжди індивідуально для сторін спору, відкидати моральні устої та традиції суспільства неможливо, і тільки тоді може йтися про утвердження справедливості та верховенства права завдяки медіації, коли ідеї соціальної справедливості, свободи, рівності, норми моралі, традиції та звичаї, легітимовані суспільством, знайдуть своє відображення у медіаційних угодах. З огляду на вищевикладене, вважаємо, що положення п. 4 ст. 12 Проекту Закону України «Про медіацію» повинні бути уточнені стосовно права медіатора зупинити процедуру медіації у разі очевидної несправедливості передбачуваної медіаційної угоди.

²¹⁰ Manual of standards & ethics for odr-approved mediation ctr. Mediators, directors & staff § III.E.3, at 8 (Neb. Office of Dispute Resolution 2001). URL:<http://www.supremecourt.ne.gov/5553/statutes-rules-policies-and-standards>

²¹¹ What's Fair: Ethics for Negotiators By Carrie Menkel-Meadow (Editor) and Michael Wheeler (Editor) San Francisco, California: Jossey-Bass, 2004. 592 с.

2.2. Медіабельність спору – запорука ефективності медіаційної процедури

Поступове становлення та популяризація медіації зумовлює активізацію наукових досліджень у цій сфері, особливо щодо нових понять, одним із яких є «медіабельність» спорів. Саме висновок стосовно медіабельності спору впливає на рішення сторін спору про згоду на проведення медіації та застосування інших методів вирішення спорів чи відмову від цього. Аналогічним чином, через механізм визначення підвідомчості, підсудності та арбітрабельності спорів, вони передаються на розгляд відповідного суду або арбітражу.

Ст. 3 проекту Закону України «Про медіацію» окреслює майбутню і, зауважимо, дуже широку сферу застосування медіації: «Медіація може застосовуватися у будь-яких конфліктах (спорах), у тому числі цивільних, сімейних, трудових, господарських, адміністративних, а також у кримінальних провадженнях та справах щодо адміністративних правопорушень». Також законопроектом визначається потенційне коло суб'єктів медіації (резиденти та нерезиденти України) та передбачається можливість застосування процедури медіації на будь-якому етапі спору (як до звернення до суду (третейського суду), так і в ході або після судового чи третейського провадження, у тому числі під час виконавчого провадження).²¹²

Таке широке трактування і є характерним для законодавчих актів, однак потребує механізму визначення умов, за яких правовий спір може бути переданий на медіацію та за яких медіація неможлива. Адже, незважаючи на поширену точку зору, що медіація є універсальним інструментом вирішення правових спорів, не можна не враховувати певні чинники, які обмежують сферу застосування такого методу. У прикладному аспекті цінними є дослідження щодо розуміння медіаторами та сторонами спору чинників ефективності медіації. Таке розуміння сприятиме як підвищенню

²¹² Проект Закону України про медіацію, реєстрац. № 3665 від 17.12.2015.
URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463

частки успішних медіаційних процедур, так і кращому розумінню з теоретичної та практичної точок зору сутності такого складного, багатодисциплінарного інституту, як медіація. Точність оцінки медіабельності вважається окремими фахівцями важливою умовою успішної роботи медіатора,²¹³ хоч і залишається завжди лише припущенням медіатора, судді (у присудовій медіації) чи сторін спору.

Більше того, якщо розглядати медіацію як метод забезпечення доступу до справедливості, то правильне визначення медіабельності спору якраз і є чинником, врахування якого дозволяє сторонам спору уникнути фінансових та часових витрат на медіацію завідомо немедіабельних спорів та не допустити укладення несправедливої медіаційної угоди.

Медіація посідає чільне місце у системі вирішення правових спорів завдяки своїм визнаним перевагам: швидкості, ефективності, конфіденційності, досягненню взаємовигідного та справедливого рішення спору. Водночас за певних умов лише судовий розгляд може бути доцільним, а медіація буде непотрібним витрачанням фінансів та часу, більш того, одна зі сторін може використати процедуру для забезпечення власних інтересів (затягування строків вирішення спору, вивідування інформації тощо). Чітка система оцінки медіабельності спору, відповідні рекомендації для суддів мають стати чинником популяризації альтернативних методів вирішення спорів, довіри суддів та суспільства до медіації.

Поняттю та критеріям медіабельності спору присвячується все більше наукових публікацій вітчизняних учених, зокрема В. Кононова, А. Бортнікової, О. Яновської. З огляду на початковий період становлення інституту медіації у нашій державі, судження цих авторів ґрунтується на висновках та твердженнях, висловлених зарубіжними фахівцями: С. Калашниковою, Ю. Яковлевою, А. Мінкіною, В. Ярковим, Д. Спенсером, М. Брганом, Р. Цайнеманом та ін.

²¹³ Медіація в практике нотариуса / отв. ред. С. К. Загайнова, Н. Н. Тарасов, В. В. Ярков. М.: Инфотропик Медиа, 2013. 336 с.

Медіабельність, яка хоч і є порівняно новим поняттям для правової дійсності, вже означилася достатньо різними розумінням та підходами, основні з яких полягають у такому: можливість врегулювання спору в перспективі;²¹⁴

ознака правового спору, з огляду на яку він може бути врегульований у порядку медіації;²¹⁵

властивість юридичного конфлікту (правового спору), завдяки якій він може бути урегульований безпосередньо сторонами конфлікту (спору) під час процедури медіації;²¹⁶

сукупність умов, за яких медіація може бути ефективною чи взагалі можливою;²¹⁷

ознака правового спору, яка дозволяє застосувати до спору процедуру медіації, якщо сторони спору погодяться на це.²¹⁸

За узагальненим визначенням авторів підручника «Медіація» медіабельність має два показники: перший – властивість конфлікту, яка визначає можливість роботи з ним за допомогою медіації; другий – критерій ефективності результату медіації, який визначає відсутність постконфлікту та можливість виконати досягнуті домовленості.²¹⁹

Юридичною наукою вироблено певні класифікації критеріїв медіабельності спору. Наприклад, С. Калашникова пропонує розрізняти об'єктивні та суб'єктивні чинники. Об'єктивні чинники визначають можливість проведення медіації у певній категорії справ і полягають у такому:

²¹⁴ Поспелов Б.И. Медиация в нотариальной деятельности // Нотариус. 2013. № 3. С. 12–15.

²¹⁵ Комментарий к Федеральному закону «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» / отв. ред. С.К. Загайнова, В.В. Ярков. М.: Инфотропик Медиа, 2011. 272 с.

²¹⁶ Яновська О., Біцай А. Особливості участі адвоката у процедурі медіації // Вісн. Київ. нац. ун-ту імені Тараса Шевченка. Юрид. науки, 2014, С. 21–24.

²¹⁷ Мельниченко Р.Г. Медиация: учеб. пособие для бакалавров. М.: Издат.-торг. корпорация «Дашков и К°» 2014. С. 192 с.

²¹⁸ Минкина А.И. К вопросу о применении медиации и медиабельности споров // Вест. Алтай. акад. экономики и права. 2014. № 4. С. 120–123.

²¹⁹ Медиация: учебник / под ред. А. Д. Карпенко, А. Д. Осинковского. СПб.: Ред. журн. «Третейский суд»; М.: Статут, 2016. 470 с.

- 1) відсутня пряма заборона на проведення медіації;
- 2) предмет і зміст спору не суперечать моралі та публічному порядку;
- 3) спір не зачіпає інтересів осіб, які не беруть участі у медіації;
- 4) законом допускається можливість укладення мирової угоди у певній категорії справ (відносна умова).

До суб'єктивних чинників, наявність яких свідчить про можливість проведення медіації певного спору, С. Калашникова відносить:

- 1) готовність сторін вести переговори;
- 2) тривалий характер відносин і взаємозалежність учасників спору (відносна умова).²²⁰

Ю. Яковлева під критеріями медіабельності конфлікту і спору розуміє умови, яким має відповідати конфлікт чи спір для наступного ефективного вирішення шляхом проведення процедури медіації. Автор розрізняє обставини, що виключають можливість застосування процедури медіації, та обставини, що сприяють примиренню сторін.²²¹

А. Бортнікова виділяє такі критерії медіабельності публічно-правового спору:

- 1) легітимність – відсутність прямої заборони на проведення медіації. Наявність у чинному законодавстві України положень про можливість забезпечення прав, свобод та інтересів будь-яким не забороненим законом способом надає медіації легітимності її застосування. Норми Кодексу адміністративного судочинства України щодо примирення, диспозитивності, урахування права особи на участь у процесі прийняття рішення, досудового урегулювання спору забезпечують дієвість медіації як способу вирішення публічно-правового спору;
- 2) законність – усі права й обов'язки, а також дії (бездіяльність), які покладені в основу медіаційної угоди як

²²⁰ Калашникова С. И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М., 2011. 258 с.

²²¹ Медиация: учебник / под ред. А. Д. Карпенко, А. Д. Осинковского. СПб.: Третейский суд. М.: Статут, 2016. 470 с.

результату вирішення публічно-правового спору, повинні відповідати Конституції та законам України, а також міжнародним договорам, згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України;

3) спеціальна правосуб'єктність – здатність бути учасником правовідносин щодо використання медіації як способу вирішення публічно-правового спору, тобто наявність в особи, яка виявила бажання брати участь у медіації, повноважень на прийняття рішень по суті спору, а також на саме звернення;

4) наявність дискреційних повноважень (адміністративного розсуду) у суб'єкта владних повноважень;

5) компетенційні межі (рамки);

6) спір не зачіпає інтересів осіб, які не беруть участі у медіації;

7) перспектива оформлення результатів медіації згідно з нормами матеріального та процесуального права (так званий критерій дієвості (виконуваності) медіаційної угоди);

8) добровільність.²²²

Медіатори у своїй практиці часто використовують спеціально розроблені контрольні списки питань для визначення ступеня медіабельності спору: стосовно досвіду взаємовідносин сторін та вирішення спорів у минулому, кількості сторін спору, кількості спірних аспектів, ступеня недоброзичливості у відносинах сторін, ступеня бажання врегулювати спір, наявності зовнішніх чинників (щодо часу та витрат на вирішення спорів тощо), вірогідності збереження дружніх відносин між сторонами.²²³

Рекомендації щодо визначення доцільності застосування альтернативних методів визначення спорів, розроблені Міжнародним інститутом попередження та вирішення конфліктів (США), пропонують виділити основні групи чинників медіабельності спорів: цілі сторін у спорі, придатність спору

²²² Бортнікова А. Критерії медіабельності публічно-правового спору. *Visegrad journal on human rights* № 6, 2017. URL:http://vjhr.sk/archive/2017_6/5.pdf

²²³ Mediation Suitability Checklist. URL:www.rickweiler.com

для вирішення у мирний спосіб, потенційні переваги медіації щодо певного спору.²²⁴

Не оспорюючи повноти результатів вищенаведених досліджень та погоджуючись з їх суттю, проте вважаємо, що критерії медіабельності правових спорів слід розглядати у певному взаємозв'язку та послідовності.

Ми виходимо з того, що під медіабельністю слід розуміти сукупність ознак, які потенційно дають можливість розпочати медіаційну процедуру та досягти мирного і взаємовигідного вирішення правового спору. При цьому сукупність таких ознак відрізнятиметься від чинника інституалізації чи відсутності законодавчого врегулювання медіації (адже, наприклад, законодавство РФ забороняє проведення медіації у колективних трудових спорах,²²⁵ Казахстану – у спорах, де стороною є державний орган,²²⁶ модельний закон США – у колективних позовах)²²⁷ З огляду на наведене, можна припустити, що медіабельність спору може розглядатися в юридичній та практичній площині, тобто, чи є вирішення спору у порядку медіації законним або взагалі ефективним та доцільним.

На нашу думку, видається можливим виділити кілька груп критеріїв медіабельності правового спору, а саме такі:

1) які походять із категорії правового спору, правовідносин, з яких виник спір, та здебільшого дають можливість зробити висновок про медіабельність певного спору. Зокрема, американський науковець Р. Цайнеман підкреслює, що спори конституційного характеру щодо прав людини, моральних засад суспільства не можуть і не мають вирішуватися у порядку

²²⁴ ADR suitability guide. International Institute for conflict prevention and resolution. URL:www.cpradr.org

²²⁵ Федеральный закон от 27.07.2010 № 193-ФЗ (ред. от 23.07.2013) «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (с изм. и доп., вступающими в силу с 01.09.2013). URL:http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_103038/e21bf6629de12458b6382a7c2310cc359186da60/

²²⁶ Закон Республики Казахстан от 28 января 2011 года № 401-IV «О медиации». URL:https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30927376#pos=54;-32

²²⁷ The Uniform Mediation Act. URL:<http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=mediation%20Act>

медіації, а також наводить як приклад відомий прецедент «Олівер Браун та інших проти Ради з питань освіти Топіки», коли Верховний суд США визнав роздільне навчання чорношкірих та білошкірих школярів неконституційним. Адже такий спір можна було вирішити у порядку медіації, проте нагальним питанням було скасування сегрегації саме у судовому порядку.²²⁸ С. Юрлов вважає немедіабельними деякі спортивні спори (щодо фактів вживання допінгу, проведення договірних матчів, фактів корупції спортивних функціонерів), оскільки вони є не тільки кримінальними злочинами, а й зачіпають інтереси третіх осіб, наприклад інших учасників спортивних змагань.²²⁹ Згідно з правилами Центру вирішення спорів штату Вікторія (Австралія) немедіабельними вважаються випадки сталкінгу, сімейного насилля, що також можливо пояснити тим, що зазначені дії підпадають під склад правопорушень;

2) які залежать від суб'єктного складу сторін спору, а саме: дієздатності сторін, наявності відповідних повноважень у представників сторін, можливості участі у медіації третіх осіб, права та інтереси яких стосуються суті спору. Зауважимо, що спір, який стосується інтересів невизначеного кола осіб, здебільшого вважається таким, що не може бути вирішений у порядку медіації.

Ю. Яковлева та А. Карпенко вважають, що «достатньо успішно медіація проводиться серед дітей та підлітків, але важливо розуміти, наскільки дитина самостійна у прийнятті рішень. Якщо конфлікт стосується взаємовідносин однокласників, то участь батьків може бути непотрібною. Якщо конфлікт зачіпає значні майнові інтереси дитини та її батьків, то батькам доцільно самостійно брати участь у медіації».²³⁰ Неможливо провести медіацію, якщо відповідно до рішення

²²⁸ Robert Zeinemann. The Characterization of Public Sector Mediation 24 *Environ: Environ. L. & Pol'y J.* 49 (2000–2001). URL:<https://environs.law.ucdavis.edu/volumes/24/2/articles/zeinemann.pdf>

²²⁹ Юрлов С.А. Разрешение спортивных споров: вопросы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. М., 2017. 208 с. С.137.

²³⁰ Медиация: учебник / под ред. А.Д. Карпенко, А.Д. Осинковского. СПб.: Третейский суд. М.: Статут, 2016. 470 с.

суду сторони спору не можуть перебувати у визначеній відстані один від одного, наприклад, в одній кімнаті. Також згідно з правилами визначення медіабельності спору значна різниця у віці між сторонами спору може вважатися критерієм немедіабельності спору. Суттєвий дисбаланс між сторонами також може розглядатися як критерій немедіабельності спору, наприклад, недоцільною є медіація у сімейних спорах, якщо їй передував період залякування, образ чи надмірного контролю однієї сторони над іншою. У такому випадку можна припустити, що одна зі сторін стає настільки слабкою у медіаційному процесі, що може втратити можливість повноцінно реалізувати принцип самовизначення сторін медіації та добровільності;

3) які визначаються волею сторін та їх бажанням вирішити спір у позасудовому порядку.

Аналіз законодавчих, прикладних (наприклад, правил медіації установ, які надають медіаційні послуги) та наукових джерел дає підстави стверджувати, що оцінка медіабельності спору може проводитися:

1) сторонами спору або їх представниками (адвокатами, юрисконсультами та ін.) при виборі найбільш оптимального методу вирішення їх спору. У деяких державах у судах працюють спеціалісти, які допомагають сторонам визначитися щодо порядку його вирішення, особливо у тих судах, які працюють за принципом «єдиного вікна», що у вітчизняних умовах також може бути доцільним, хоча й потребуватиме фінансових та часових витрат на навчання та створення додаткових посад;

2) медіатором при розгляді заяви на проведення медіації. Водночас варто погодитись з позицією дослідниці Н. Мінкіної: «якщо сторони спору звернулися до медіатора, то останній сприяє у пошуку взаємовигідного рішення та підписанні медіаційної угоди незалежно від власної оцінки перспектив врегулювання спору»;²³¹

²³¹ Минкина А. И. К вопросу о применении медиации и медиабельности споров // Вест. Алтай. акад. экономики и права. 2014. № 4. С. 120–123.

3) судом (у разі, якщо законодавством передбачено певну обов'язковість досудової медіації). Можна припустити, що судді зацікавлені у зменшенні свого навантаження шляхом передачі спорів на медіацію, а також в остаточному вирішенні спору та уникненні апеляційного розгляду. К. Хопт та Ф. Штеффек виділяють такі моделі правового регулювання порядку визначення медіабельності спорів судом:

а) суд направляє сторони спору до медіатора на власний розсуд і не зобов'язаний досліджувати медіабельність спору (Цивільний процесуальний кодекс Швейцарії дозволяє судді на власний розсуд рекомендувати медіацію, у той час, як сторони можуть дотримуватися або не дотримуватися такої рекомендації);

б) суд зобов'язаний рекомендувати медіацію або інші альтернативні методи вирішення спорів без дослідження медіабельності спору;

в) суд зобов'язаний дослідити медіабельність спору та надати необов'язкову рекомендацію сторонам (незважаючи на те, що застосування альтернативних методів вирішення спорів залишається добровільним для сторін спору, вони матимуть попередню судову оцінку медіабельності спору, що сприятиме більш виваженому рішення).

У Нідерландах оцінку медіабельності спору проводить медіаційний координатор, що працює у суді, який також може допомогти в організації процедури медіації;

г) законодавчий обов'язок суду провести оцінку медіабельності спору та повноваження призначити медіацію навіть всупереч бажанням сторін спору (за законодавством Норвегії призначення медіації в обов'язковому порядку всупереч волі сторін повинно здійснюватися виключно за наявності підстав вважати спір медіабельним);

д) законодавчий обов'язок суду призначити застосування альтернативних методів вирішення спорів у певних випадках (наприклад, згідно з процесуальними нормами законодавства штатів Флорида та Техас у спорі щодо виплати грошової компенсації, якщо одна зі сторін подає заяву про проведення

медіації та покриває витрати на таку процедуру, суд призначає медіацію без оцінки медіабельності спору).²³²

Н. Александер розрізняє такі методи направлення пропозицій сторін для участі у процедурі медіації:

а) за умови відповідних процесуальних повноважень суд направляє всі спори на медіацію, а сторона (сторони) спору можуть відмовитися та аргументувати судді немедіабельність спору або просто відмовитися без пояснення причин;

б) проведення судом оцінки медіабельності спору;

в) за умови функціонування судової установи за принципом «єдиного вікна» встановлюється порядок направлення спору на той чи інший метод вирішення спору згідно зі встановленими критеріями.²³³

4) законодавцем при визначенні сфери, порядку та форм медіації.

Абсолютними критеріями немедіабельності спору ми пропонуємо вважати:

1) наявність прямої законодавчої заборони на вирішення певного виду правового спору у порядку медіації (приклади були проаналізовані вище);

2) суперечність предмета і змісту спору щодо моральних засад та публічного порядку. Слід враховувати те, що медіаційна угода, яка за своєю правовою природою є цивільним правочином, має відповідати загальним вимогам, дотримання яких є необхідним для чинності правочину. Так, відповідно до ст. 203 Цивільного кодексу України зміст правочину не може суперечити ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства;

3) наявність у спорі інтересів третіх осіб, які не беруть участі у медіації. Зазначене відповідає положенням ст. 201 Цивільного процесуального кодексу України: «Проведення врегулювання спору за участю судді не допускається у разі, якщо у справу вступила третя особа, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору»;

²³² Klaus J. Hopt and Felix Steffek, *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford, Oxford University Press, 2013). 1347 p. С. 27–28.

²³³ Alexander, Nadja. *International and comparative mediation: Legal perspectives*. (2009). Research Collection School Of Law. С. 167–168.

4) неможливість укладення мирової угоди згідно із законодавством. Наприклад, ст. 78 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» обмежує сферу вимог, щодо виконання яких може бути укладено мирову угоду (вимоги першої черги задоволення вимог кредиторів та ін.).²³⁴ Останній приклад також дає змогу визначити ще один критерій – наявність публічного інтересу у спорі, але дискусія щодо медіабельності публічно-правових спорів у рамках цього дослідження є недоцільною. Наведемо лише позицію А. Лиско, яка наполягає, що не може застосовуватися медіація у справах, передбачених ч. 3 ст. 17 КАС України, де є спори між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, делегованих повноважень, а також у справах, передбачених ч. 5 цієї ж статті, де йдеться про спори щодо правовідносин, пов'язаних із виборчим процесом чи процесом референдуму. Натомість медіабельними можна вважати передбачені ч. 1 ст. 17 КАС України спори фізичних і юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (особливо це стосується правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності, та передбачені ч. 2 ст. 17 КАС України спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби;²³⁵

5) недієздатність сторін медіації чи відсутність повноважень їх представників на укладання медіаційної угоди. Здатність сторони спору брати участь у медіації можна розглядати з точки зору потенційних обмежень повноцінної участі у медіації певних категорій осіб. При цьому зазначений аспект не обмежується лише загальноправовим поняттям дієздатності та правоздатності фізичної особи, адже стресова ситуація, погрози, обман, насильство (у тому числі домашнє у випадку сімейної медіації) можуть безпосередньо

²³⁴ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14.05.1992 № 2343-XII. URL:<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2343-12#n1069>

²³⁵ Лиско А. Проблеми впровадження та проведення медіації в адміністративному судочинстві України. URL:<http://www.cdms.org.ua>.

впливати на прийняття рішень у процесі медіації та стосовно медіації, що матиме юридичні та особисті наслідки.²³⁶

За умови відсутності наведених вище ознак правового спору можна розглядати можливість врахування відносних критеріїв медіабельності спору:

1) волевиявлення сторін та їх готовність до процедури медіації;

2) бажання сторін спору досягти компромісу (наше дослідження у цілому спрямовано на розробку моделі впровадження медіації у правову та судову системи держави, тому пріоритетними вважаємо правові та законодавчі чинники, хоча, очевидно, що успіх медіації визначає саме воля сторін спору);

3) характер спору дозволяє позиційну варіабельність у рамках інтересів сторін;

4) сторони заінтересовані у конфіденційності вирішення спору;

5) сторони заінтересовані у швидкому вирішенні спору (адже, якщо одна зі сторін спору ініціює чи погоджується на участь у медіації виключно з метою затягування прийняття остаточного рішення (відстрочення початку судового розгляду або прийняття судового рішення, виконання своїх зобов'язань тощо) або вивідування інформації від іншої сторони спору, то говорити про доцільність та ефективність медіації немає сенсу);

6) сторони заінтересовані зберегти добрі відносини.

Згідно з даними НП «Ліга медіаторів» (РФ), заснованими на аналізі 353 медіацій, для вирішення у порядку медіації рекомендуються переддоговірні спори, спори щодо об'єктів інтелектуальної власності, щодо виконання договорів оренди, поставки, підяду, купівлі-продажу, займу, перевезення та корпоративні спори.²³⁷

²³⁶ Мазаракі Н. А. Зміст та значення принципу самовизначення сторін медіації // Вісн. Нац. техн. ун-ту України «Київський політехнічний інститут». Політологія. Соціологія. Право. 2017. № 3/4. С. 94-98.

²³⁷ Медиация: учебник / под ред. А. Д. Карпенко, А. Д. Осиновского. СПб.: Третейский суд. М.: Статут, 2016. 470 с.

У Німеччині шляхом присудової медіації та примирення найчастіше вирішуються спори щодо спадкування, сімейні, комерційні, будівельні спори та спори між сусідами.²³⁸

Як і кожний метод вирішення спорів, медіація не може бути беззастережно універсальним методом, адже вона має як переваги, так і недоліки, а також особливості та межі застосування. Саме критерії медіабельності певного спору визначають потенційну можливість та ймовірну ефективність медіаційної процедури, тому теоретичні та прикладні дослідження цього аспекту мають продовжуватися, адже тоді і сторони спору, і треті особи (медіатор) насамперед матимуть більш об'єктивне уявлення про можливості вирішення правового спору. Також вважаємо, що навіть після ухвалення Закону України «Про медіацію» очікувати відчутного зростання попиту на такий позасудовий метод вирішення спорів не варто (досвід держав-членів ЄС свідчить про необхідність деякого ступеня обов'язковості медіаційної процедури), а найбільш доречним способом, на нашу думку, є запровадження обов'язкових інформаційних сесій за участю сторін спору та медіатора. У цьому аспекті чітко визначені критерії медіабельності спорів забезпечать більш високу ефективність таких сесій та обмежать затягування розгляду судових позовів у немедіабельних спорах.

Водночас проведення медіаційних інформаційних сесій після подання позову, а отже оплати судового збору та, найчастіше, послуг адвокатів, потенційно знижує вірогідність згоди сторін спору на проведення медіації, тому доречним буде розміщення інформації щодо порядку медіації та медіабельності спорів у приміщеннях та на веб-сайтах судів. При цьому можна припустити, що сторони спору більш схильні прислухатися до порад судді стосовно застосування процедури медіації.

Однак будь-який механізм інформування сторін спору повинен спиратися на розвинену систему медіації та медіаторів, що, безумовно, вимагає визнання державою та її підтримки такого методу вирішення спорів.

²³⁸ Alexander, Nadja. International and comparative mediation: Legal perspectives. (2009). Research Collection School Of Law. C. 167–168.

2.3. Медіація як соціальний та правовий інститут

Становлення та розвиток медіації в Україні триває вже близько 30 років і можна стверджувати, що такий метод вирішення спорів вже набув статусу соціального інституту. Мирне вирішення спорів завжди притаманне українській нації, при цьому недоліки вітчизняної судової системи спонукають громадян шукати та застосовувати альтернативні процедури вирішення спорів. Більше того, йдеться про наявність стійкого соціального запиту на реформування судової гілки влади, покращення доступу до правосуддя, зниження рівня конфліктності у суспільстві. Одним із органічних доповнень державної судової системи заслужено вважається інститут медіації, що набув значного розвитку в іноземних державах, досвід яких у правовому регулюванні медіації дає можливість обрати збалансований підхід до запровадження медіації в українську правову та судову системи. Розвиток альтернативних способів вирішення спорів передбачено Стратегією реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, затверджену Указом Президента України від 20.05.2015 № 276, водночас ані в українського законодавця, ані у суспільства немає розуміння ефективного механізму інкорпорації альтернативних способів вирішення спорів у правову систему держави, що актуалізує відповідні теоретичні дослідження.

Проблематика визначення моделі правового регулювання медіації в Україні стала предметом дослідження Т. Кисельової, Г. Єрьоменко, Є. Бершеди, С. Демченка, В. Резнікової, А. Гаврилішина, В. Землянської, В. Яковлева, О. Спектор та інших дослідників, які здебільшого виходили з висновків таких зарубіжних фахівців, як: Н. Александер, С. Пресс, Г. Брауна, К. Хопта, Ф. Стеффека, А. Мерріота.

Протягом 2015–2016 рр. у Верховній Раді України було зареєстровано чотири проекти Законів України «Про медіацію»,

які спрямовані на створення правового підґрунтя медіаційної діяльності в державі. Водночас лише один із законопроектів розглянуто у першому читанні та очікує подальшого розгляду вже понад два роки, що, зокрема, обумовлено необхідністю його доопрацювання та внесення змін до процесуального законодавства. Поряд із зазначеними законопроектами упродовж останніх років у цивільний, господарський та адміністративний процес було запроваджено інститут вирішення спору за участю судді, затверджено стандарти надання соціальної послуги посередництва (медіації), спостерігається стрімке збільшення громадських та комерційних об'єднань, які надають послуги медіації, здійснюють навчання медіаторів тощо. Медіація є одним із найбільш поширених альтернативних методів вирішення спорів в іноземних державах, однак все ще перебуває на початкових етапах своєї інституалізації в Україні, з цим і пов'язується низький рівень обізнаності суспільства щодо можливостей медіації, певна недовіра до цієї процедури взагалі та професіоналізму медіаторів зокрема.

За таких умов держава має підтримати формування культури мирного вирішення спорів, врегулювати місце медіації у правовій та судовій системі, забезпечити якість медіаторських послуг шляхом прийняття відповідних законодавчих актів.

Погоджуємося з думкою В. Яковлева, що «медіація як соціальне явище до моменту інституціоналізації може і, напевно, має пройти шлях становлення та суспільного визнання, напрацювати дієві моделі свого функціонування, здобути певний авторитет серед учасників правових відносин. Такий процес можливий і без участі держави, проте, за підтримки останньої, як свідчить світова практика, він відбувається швидше та ефективніше».

Наукова та медіаторська спільнота в Україні, наголошуючи на необхідності запровадження нормативно-правового підґрунтя медіації, не має спільної позиції щодо моделі правового регулювання цього методу вирішення спорів

в Україні. Так, Т. Кисельова, Г. Єрьоменко²³⁹, В. Яковлєв²⁴⁰ аргументують важливість прийняття спеціального законодавчого акта про медіацію, І. Ясиновський та В. Цимбалюк²⁴¹ вважають, що медіація не потребує окремого правового регулювання, а лише коригування процесуального законодавства.

Не маючи законодавчого підґрунтя, медіація в Україні вже ж таки стає соціальним інститутом, який сформувався через об'єктивну потребу у допоміжній для правосуддя системі, яка дозволить розвантажити судову систему та забезпечить її ефективне функціонування, а також вирішення спорів у швидкий, помірно витратний, конфіденційний та ефективний спосіб. Інституалізація медіації у різних державах світу характеризується своїми особливостями. Водночас спільним є те, що у ході інституалізації складалася певна процедура, яка підкріплювалася соціальними нормами та правилами, виробленими у процесі роботи з конфліктами, та отримала широке практичне застосування.

Аналізуючи медіацію як соціальний інститут, О. Носирєва виділяє:

1) існування соціальної потреби з об'єктивної (медіація є допоміжною для правосуддя системою та дозволяє розвантажити судову систему і забезпечити її ефективне функціонування) та суб'єктивної (учасники конфліктів зацікавлені у швидкому та ефективному їх вирішенні найбільш доступним способом) точки зору;

²³⁹ Єрьоменко Г. В., Кисельова Т.С. Медіація в Україні: щодо необхідності нормативно-правового регулювання // Міждисциплінарні гуманітарні студії. Серія: Правничі науки. Вип. 2. Київ, 2015. С. 45–52.

²⁴⁰ Яковлєв В. В. Медіація в Україні: перспективи законодавчого урегулювання // Зб. наук. пр. Харків. нац. пед. ун-ту імені Г. С. Сковороди. «Право». 2016. Вип. 25. С. 94–104.

²⁴¹ Ясиновський І. Г. Шляхи запровадження процедури медіації в законодавство України // Соціально-гуманітарні науки, економіка, право: нові виклики, практика інновацій: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., м. Полтава, 21–22 квітня 2016 р. Київ: Університет «Україна», 2016. 608 с.; Цимбалюк В. Нормативно-правове забезпечення медіації в Україні: проблеми та перспективи // Юрид. віс. 2014. № 5. С. 152–156.

2) наявність особливого культурного середовища – системи цінностей, етичних норм, зразків діяльності – і, як наслідок, формування певної субкультури;

3) доступність необхідних ресурсів (матеріальних, фінансових, трудових, організаційних), а саме наявність та широка пропозиція послуг з урегулювання спорів/конфліктів за допомогою висококваліфікованих спеціалістів – медіаторів, які пройшли навчання та здійснюють свою діяльність одноособово чи під егідою спеціально створених організацій.²⁴²

У свою чергу, К. Гафнер зазначає такі специфічні особливості медіації як соціального інституту:

1) установки та зразки поведінки – чесність, добровільність, неупередженість, конфіденційність, протидія недобросовісним прийомам у переговорах, незалежність від іншої сторони процедури медіації;

2) культурні символи як образи, уявлення про інститут, які відображають його специфічні риси, – переговорний процес, процедуру, вступне слово, кокус тощо;

3) утилітарні культурні риси у вигляді матеріального втілення соціального інституту – кімната для переговорів, стіл переговорів тощо;

4) усні та письмові кодекси поведінки – Кодекс етики медіатора, договір про проведення медіації;

5) ідеологія – позасудове вирішення протиріч сторін з виробленням взаємовигідного рішення, ефективні переговори тощо.²⁴³

Аналіз поточної ситуації в Україні дає змогу зробити припущення про формування соціального інституту медіації, адже:

²⁴² Медіація: учебник / под ред. А.Д. Карпенко, А.Д. Осинковского. СПб.: ред. журн. «Третейский суд». М.: Статут, 2016. 470 с. С.66-68.

²⁴³ Гафнер К. Е. Развитие медиации как коммуникативной практики и ее институционализация [Электронный ресурс] / К. Е. Гафнер: материалы XVIII Междунар. конф. памяти проф. Л.Н. Когана «Культура, личность, общество в современном мире: Методология, опыт эмпирического исследования», 19–20 марта 2015 г., г. Екатеринбург. Екатеринбург: УрФУ, 2015. С. 74–86.

1) соціальний запит на альтернативні методи вирішення спорів обумовлений статистичними даними ефективності роботи судів, результатами опитувань щодо рівня довіри населення судовій гілці влади;

2) наявна медіаторська спільнота (зокрема, до реєстру Національної асоціації медіаторів України внесено понад 120 осіб, хоча й сам факт існування такого громадського об'єднання підтверджує тезу про наявність медіаторської спільноти в державі);²⁴⁴

3) активно функціонують центри медіації та центри навчання медіаторів, які розташовані по всій території України (наприклад, РГО «Жіночі ініціативи» (м. Пирятин, Полтавська область), Інститут миру і порозуміння (м. Київ), Одеська обласна група медіації (м. Одеса), Київський філіал ООГМ (м. Київ), Подільський центр медіації (м. Вінниця), Українська академія медіації (м. Одеса), Тренінг Центр (м. Львів), Український центр медіації при КМБШ (м. Київ), Центр права та посередництва (м. Харків), Школа медіації Академії адвокатури України (м. Київ);

4) затверджено Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України;²⁴⁵

5) активно розвивається сімейна та шкільна медіація при службах у справах дітей та навчальних закладах.

Варто звернути увагу на те, що становлення медіації відбувається в Україні у напрямі від соціального інституту до правового, водночас у Російській Федерації ситуація розвивалася протилежним чином. А. Карпенко та О. Маренкова виокремлюють такі стадії медіації:

1) створення правових основ появи медіації та діяльності медіаторів;

2) просвіта та пропаганда медіації;

²⁴⁴ Реєстр медіаторів – членів НАМУ. URL:<http://namu.com.ua/ua/members/>

²⁴⁵ Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України, затв. рішенням Загальних зборів ГО «Національна асоціація медіаторів України» від 7 грудня 2017 р., протокол № 1. URL:<http://namu.com.ua/ua/info/mediators/ethical-code/>

- 3) створення інституту медіації;
- 4) створення та розвиток професійних об'єднань медіаторів;
- 5) розповсюдження медіації через мережі об'єднань медіаторів;
- 6) розвиток багатосторонньої та міжнародної медіації.²⁴⁶

С. Пресс виділяє такі напрями розвитку медіаційної діяльності у західній правовій традиції:

- 1) інституалізація (запровадження присудової медіації, створення державних органів у сфері медіації, а також підприємницьких та громадських об'єднань);
- 2) регулювання (ухвалення кодексів, стандартів, правил та законодавчих актів);
- 3) легалізація (судова практика щодо певних аспектів медіації);
- 4) інновація (експерименти щодо судової медіації);
- 5) інтернаціоналізація (міжнародна акредитація медіаторів).²⁴⁷

Для того, щоб медіація в Україні набула статусу правового інституту, необхідною є наявність сукупності взаємопов'язаних між собою правових норм, що регулюють відносини у сфері медіаційної діяльності. При цьому така система норм повинна забезпечити баланс інтересів усіх суб'єктів медіаційної діяльності: фізичних та юридичних осіб (сторін спору), держави в особі її органів, медіаторської спільноти (медіаційних організацій та медіаторів).

Серед цілей правового регулювання медіаційної діяльності та застосування процедури медіації ми розглядаємо необхідність:

- 1) визнання державою медіації як ефективного мирного способу вирішення спорів та заохочення фізичних та юридичних осіб до вирішення спорів у порядку медіації;

²⁴⁶ Карпенко А.Д., Меренкова Е.А. Современное состояние развития медиации в России // Конфликтология XXI века. Пути и средства укрепления мира. СПб., 2014. С. 184.

²⁴⁷ S Press, «International Trends in Dispute Resolution» (2000) 3 Alternative Dispute Resolution Bulletin 21, 21–22.

2) забезпечення якості медіаційної діяльності та довіри до медіаторів шляхом створення системи їх навчання, підвищення кваліфікації, а також засобів відповідальності медіатора;

3) створення умов для стабільного функціонування та розвитку інституту медіації у правовому полі;

4) забезпечення правових гарантій учасників медіаційної процедури та інтересів третіх осіб.

Одну із найгрунтовніших праць щодо моделей правового регулювання медіації опублікувала Н. Александер,²⁴⁸ яка виділяє такі підходи:

1) ринковий механізм, який реалізується у рамках цивільно-правових відносин між медіатором та сторонами спору. Реалізуючи принцип «дозволено все, що не заборонено законом», сторони спору вправі шукати у правовому полі методи вирішення спорів, які їм найкраще підходять. Водночас за умов певної інформаційної асиметрії сторонам спору може бути важко знайти відповідного медіатора, врахувати його репутацію тощо, що потребує втручання саморегульованих чи законодавчих механізмів з метою захисту прав споживачів – сторін спору. Ринковий механізм регулювання медіаційної діяльності буде діяти завжди, незважаючи на наявність чи відсутність законодавчого врегулювання медіації (саме такий механізм і є превалюючим на сьогодні в Україні, але, як було зазначено вище, він не здатний надати медіації повноцінної ролі у системі вирішення спорів);

2) саморегулювання медіаційної діяльності шляхом утвердження медіаторською спільнотою власних стандартів, розробки медіаційних застережень, правил медіації, порядку навчання та підвищення кваліфікації медіаторів, кодексів етики медіатора тощо. Зазначений механізм відповідає загальним підходам до саморегулювання, сутність якого, за О. В. Кологойдою, полягає у можливості для суб'єктів

²⁴⁸ Alexander Nadja, «Mediation and the Art of Regulation» 2008 QUTLawJJI 1; (2008) 8(1) Queensland University of Technology Law and Justice Journal 1. URL:<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/QUTLawJJI/2008/1.html>

певного виду професійної діяльності, об'єднуючись на добровільній основі, самостійно здійснювати її регулювання (шляхом локальної нормотворчості) та контроль за її здійсненням. Змістом саморегулювання є засноване на нормах законодавства регулювання відносин в окремих сферах економічної діяльності, яке здійснюється на принципах самоорганізації, тобто без безпосереднього втручання держави.²⁴⁹ Відповідно до класифікації видів саморегулювання господарської діяльності, розробленої О. Гончаренко, медіації має бути притаманним інституційне (організаційне регулювання) – створення саморегулювних організацій, які можуть розробляти певні правила поведінки в окремих видах економічної діяльності, окрім того, здійснювати контроль за їх виконанням, забезпечувати допомогу суб'єктам саморегулювання та їх захист.²⁵⁰ До форм саморегулювання медіації Н. Александер відносить також практику ко-медіації, нагляду (супервізорства), емпіричні дослідження (опитування клієнтів, науково-дослідницьку діяльність), корпоративні та державні зобов'язання щодо уникнення судового розгляду спорів і застосування медіації тощо.²⁵¹ Серед переваг саморегулювання медіаційної діяльності слід виділити обізнаність суб'єктів регулювання щодо об'єкта регулювання, розуміння ними важливості та цінності якісного та ефективного регулювання, зацікавленість у можливості впливу на рішення. До того ж саморегулювання, моніторинг та контроль здійснюється за рахунок коштів медіаторської спільноти, а не державного бюджету. Як наголошує Н. Александер, ефективна модель саморегулювання дає можливість уникнути чи щонайменш відкласти

²⁴⁹ Кологойда О. Саморегулювання професійної діяльності фондового ринку // Вісн. Київ. нац. ун-ту імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. 2012. Вип. 92. С. 109–112.

²⁵⁰ Гончаренко О. Види саморегулювання господарської діяльності / О. Гончаренко // Підприємництво, господарство і право. 2016. № 11. С. 68–72. URL:http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pgip_2016_11_15

²⁵¹ Alexander, Nadja --- «Mediation and the Art of Regulation» 2008 QUTLawJl 1; (2008) 8(1) Queensland University of Technology Law and Justice Journal 1. URL:<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/QUTLawJl/2008/1.html>

запровадження всеосяжного законодавчого регулювання у певній сфері. А сама ефективність залежить від рівня професійності та наявності ресурсів у представників певної сфери. Також автор зауважує, що схеми саморегулювання можуть піддаватися впливу домінуючих осіб чи груп осіб та не відображати інтереси всієї сфери та споживачів;

3) рамкова законодавча база, до якої Н. Александер відносить міжнародні (наприклад, Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародну комерційну примирну процедуру) та наднаціональні (Директива ЄС про деякі аспекти посередництва (медіації) у цивільних та комерційних справах) правові норми, модельні закони. Наведені нормативно-правові акти зазвичай містять загальні положення про найбільш важливі складові медіаційної діяльності та процедури медіації, а національні законодавці та медіаторська спільнота посиляються на їх вимоги;

4) національне законодавство, яке відображає потужну підтримку медіації з боку держави та значно полегшує визнання медіації законним методом вирішення спорів та професією, підвищує інвестиційну привабливість країни.

Ми повністю поділяємо думку Н. Александер, що наведені підходи не є взаємовиключними, а поточна ситуація із розвитком медіації в Україні підтверджує її подальший висновок, що у кожній державі застосовують щонайменш два підходи (як ми зазначили вище, ринок медіаційних послуг в Україні існує поряд зі стійкими ознаками саморегулювання – Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України), а в державах зі значним досвідом медіації (наприклад, в Австрії) – чотири підходи.

Схематично зобразити вплив всіх наведених підходів до регулювання медіаційної діяльності в державі ми пропонуємо наступним чином та вважаємо, що така схема дає можливість уявити їх співвідношення та взаємовплив на медіацію як процедуру, метод вирішення спорів та професійну діяльність (рис. 2):

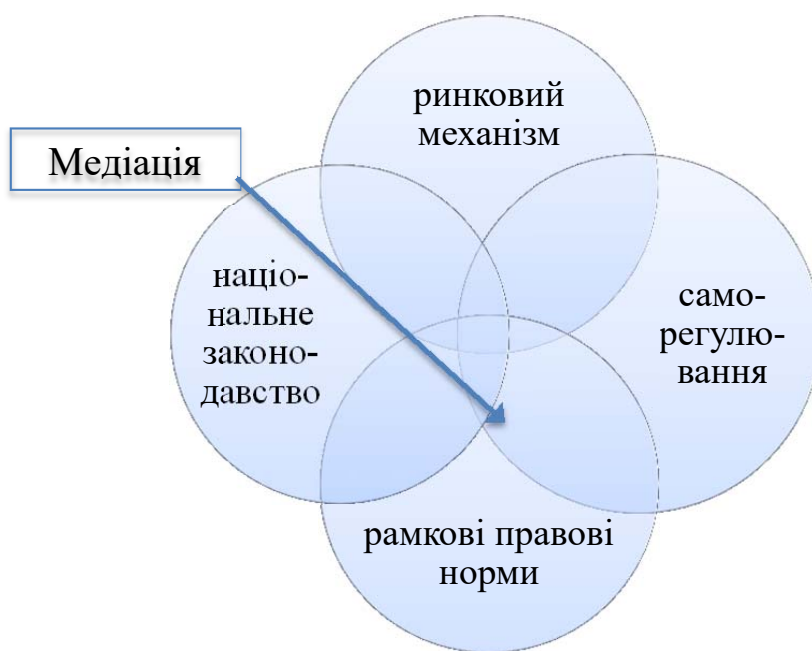


Рис. 2. Регулювання медіаційної діяльності

Джерело: розроблено автором.

На особливу увагу у нашому дослідженні заслуговує аспект меж та характеру законодавчого регулювання медіації, адже саме він і визначатиме вплив та значимість само-регулювання та медіаторської спільноти в державі.

К. Хопт та Ф. Стеффек виділяють дві моделі законодавчого регулювання медіації: вичерпну та обмежену.²⁵² Аргументами на користь вичерпного регулювання є забезпечення прав споживачів (сторін спору), необхідності державного заохочення до медіації, забезпечення правової визначеності та розрізнення медіації і сфери професійних юридичних послуг. Наприклад, законодавство Австрії містить в собі Цивільний закон про медіацію, Цивільний закон про регулювання підготовки медіаторів, закон про медіацію у транскордонних спорах, відповідні норми цивільного та процесуального права, професійні правила для юристів у нотаріусів, які беруть участь у медіації. Держави, які тяжіють до обмеженого правового регулювання медіації, пояснюють свій підхід відсут-

²⁵² Klaus J. Hopt and Felix Steffek, *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford, Oxford University Press, 2013) 1347 p. С. 16–17.

ністю потреби у регулюванні інституту, який ще перебуває на етапі формування та становлення. Також зазначається те, що поспішне регулювання завадить розвитку медіації практиками, науковцями та громадськими об'єднаннями. Детальне регулювання медіації не буде повноцінно дотримуватися через свою несумісність з природою медіації як відособленої від судового розгляду процедури. Обмежене регулювання медіації зазвичай передбачає залишення поза межами законодавчих норм порядку проведення медіації та навчання медіаторів.

Достатньо повноцінним та слушним є аналіз відмінностей у правових режимах медіації в різних державах, проведений Д. Єлісеєвим. Такі відмінності науковець пояснює недовгою історією правового забезпечення та реалізації медіації (в сучасному її розумінні) у конкретній державі, а також гнучким характером технологій і механізмів медіації, їх виходом за рамки права – в галузь саморегулювання. До основних відмінностей у правових режимах медіації Д. Єлісеєв відносить:

1) відмінності в обсягах суспільних відносин, в рамках яких для вирішення спорів і врегулювання конфліктів законодавчо передбачені механізми медіації;

2) відмінності у наявності / відсутності встановлення граничних термінів процедури медіації;

3) відмінності у наявності / відсутності необхідності нотаріального посвідчення укладеної медіативної угоди або судового затвердження укладеної медіативної угоди;

4) відмінності у законодавчо закріплених (або таких, що допускаються) медіативних процедурах в частині процесуальної алгоритмізації і в частині обсягів повноважень сторін спору та медіатора;

5) відмінності у законодавчо закріплених обсязі і формі принципу конфіденційності медіації;

6) відмінності у законодавчому закріпленні статусу медіатора, вимог до нього та його відповідальності;

7) відмінності у наявності / відсутності встановлення можливості заміни медіатора;

8) відмінності у наявності / відсутності встановлення можливості призначення судом процедури медіації;

9) відмінності у законодавчому закріпленні цілей інституту медіації;

10) відмінності у наявності / відсутності встановлення можливості припинення процедури медіації однією зі сторін;

11) відмінності у наявності / відсутності встановлення можливості анулювання затвердженої медіативної угоди;

12) відмінності у наявності / відсутності встановлення можливості повторної медіації.²⁵³

Багатогранність медіації, яку можна розглядати як метод, процедуру, професійну діяльність, відображається і в комплексності відповідного правового інституту. Дискусійні моменти щодо моделі правового регулювання медіації також полягають у визначенні його предмета, адже «опис медіаційної практики не є простим та однозначним, незважаючи на спільні принципи (добровільність, конфіденційність, самовизначеність сторін, нейтральність медіатора тощо – авт.), процедура може відрізнятися значним чином між різними сферами діяльності, моделями медіації, культурами, філософськими та ідеологічними підходами, стилями роботи, підходами та ролями різних медіаторів. Існує широка сфера діяльності під загальною назвою «медіаційний процес».²⁵⁴

Н. Александер, розподіляючи медіаційне законодавство на норми, що регулюють співвідношення медіації та інших видів вирішення спорів (передусім судового розгляду) та норми, які регулюють процедуру медіації, дійшов висновку, що законодавчий підхід до регулювання медіації повинен насамперед охоплювати питання медіабельності певних видів спорів, також чітко врегульовувати співвідношення медіації та судової системи. У той час, як забезпечується правова визначеність щодо місця медіації у правовій та судовій системі держави, регулювання самої процедури медіації

²⁵³ Елисеєв Д.Б. Роль медиации в разрешении правовых конфликтов (теоретико-правовой анализ): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. М., 2012. 257 с.

²⁵⁴ Brown, H., & Marriott, A. (2011). ADR: principles and practice. Third edition. London: Thomson Reuters. С. 69.

повинно враховувати забезпечення реалізації принципу самовизначення сторін медіації, проведення процедури у спосіб, який найкраще відповідає інтересам сторін.²⁵⁵

Г. Браун та А. Мерріот, розмірковуючи над доцільністю прийняття медіаційного закону у Сполученому Королівстві, наголошують на таких складових правового регулювання медіації: забезпечення конфіденційності медіації та нейтральності медіатора, призупинення перебігу строків позовної давності на період проведення медіації, спрощений порядок примусового виконання медіаційних угод, певний контроль над акредитацією та регулюванням діяльності медіаторів та, можливо, імунітет медіатора.²⁵⁶

Вважаємо, що у вітчизняних умовах правовий інститут медіації має містити норми щодо:

1) регулювання медіації як методу вирішення спорів – її місце та співвідношення із судовим розглядом, порядок звернення до процедури медіації (законодавство може передбачати добровільну або обов'язкову медіацію, порядок відвідування медіаційних інформаційних сесій), медіаційного застереження у договорах, перебіг строків позовної давності у разі звернення сторін спору до медіації;

2) регулювання самої процедури медіації: принципи медіації, правовий статус та юридичну силу договору про проведення медіації, медіаційної угоди, правовий статус, права та обов'язки сторін тощо;

3) вимог до медіатора: порядок навчання, акредитації, сертифікації, реєстрації, відповідальності.

Вагомим моментом правового регулювання медіації має стати забезпечення юридичної визначеності як елементу принципу верховенства права. Юридичні норми профільного закону мають бути чіткими, ясними і недвозначними, оскільки інше не може забезпечити їх однакове застосування

²⁵⁵ Alexander Nadja, «Mediation and the Art of Regulation» 2008 QUTLawJL 1; (2008) 8(1) Queensland University of Technology Law and Justice Journal 1. URL:<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/QUTLawJL/2008/1.html>

²⁵⁶ Brown, H., & Marriott, A. (2011). ADR: principles and practice. Third edition. London: Thomson Reuters. C.628.

та не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці. На це звертав увагу і Конституційний Суд України у відповідних рішеннях від 22.09.2005 № 5-рп, 29.06.2010 №17-рп, 11.10.2011 № 10-рп.

Європейський суд з прав людини також неодноразово підкреслював, що закони мають відповідати встановленому Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод стандарту, який вимагає достатньо чіткого формулювання правових норм у тексті нормативно-правових актів. Зокрема, «...Закон має бути доступним для зацікавлених осіб та сформованим з достатньою точністю для того, щоб надати їм можливість регулювати свою поведінку аби бути здатними – за потреби, за відповідної консультації – передбачати тією мірою, що є розумною за відповідних обставин, наслідки, які може потягнути за собою його дія» (рішення у справі «Веренцов проти України, 11 квітня 2013 року).

При цьому необхідним для ефективного функціонування інституту медіації є внесення відповідних системних змін до чинного законодавства, насамперед процесуальних кодексів. Прикінцеві положення проекту Закону України «Про медіацію»²⁵⁷ передбачали внесення змін до певних статей Цивільного, Господарського процесуального кодексів України та Кодексу адміністративного судочинства України щодо порядку призупинення провадження у справі у випадку вирішення сторін щодо застосування медіації, а саме передбачалося доповнити положення процесуальних кодексів щодо обов'язку суду призупинити провадження у справі у разі проведення медіації.

Зазначені вище зміни, з одного боку, потенційно б сприяли поширенню застосування медіації, адже судді мали правові підстави надати сторонам можливість спробувати вирішити спір мирним шляхом без побоювань порушити чинне законодавство щодо строків розгляду справи. З іншого боку, ефективне запровадження медіації вимагає більш детального регулювання порядку призупинення провадження у справі.

²⁵⁷ Проект Закону України про медіацію, реєстрац. № 3665 від 17.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463

Насамперед у процесуальних правових нормах має бути зазначений граничний строк призупинення провадження у справі для того, щоб не допустити штучного затягування винесення судового рішення стороною спору. Зазначимо, що чинні положення Цивільного процесуального кодексу України щодо порядку врегулювання спору за участі судді передбачають: «Врегулювання спору за участю судді проводиться протягом розумного строку, але не більше тридцяти днів з дня постановлення ухвали про його проведення. Строк проведення врегулювання спору за участю судді продовженню не підлягає».

Водночас наголосимо, що такий вид врегулювання спору передбачений лише у період до початку розгляду справи по суті. Після цього моменту порядок зупинення провадження у справі регулюється ст. 251-252 ЦПК України, згідно з положеннями, яких строк для примирення може надаватися лише у справах про розірвання шлюбу. З огляду на те, що цивільне процесуальне законодавство встановлює граничний строк розгляду справи по суті в 30 днів, то без внесення змін до вищенаведених статей ЦПК України, застосування медіації на цьому процесуальному етапі практично неможливе, адже закон не створює жодних передумов.

На відміну від Цивільного та Господарського процесуальних кодексів України практично досконале формулювання містить п. 4 ст. 236 Кодексу адміністративного судочинства України: «Суд зупиняє провадження у справі в разі: звернення обох сторін з клопотанням про надання їм часу для примирення – до закінчення строку, про який сторони заявили у клопотанні».

Більше того, проект Закону України «Про медіацію» через значне затягування із його прийняттям втрачає актуальність своїх положень, зокрема потребує суттєвого оновлення прикінцевих положень відповідно до нових редакцій процесуальних кодексів.

Враховуючи вищевикладене, вважаємо за доцільне доповнити ст. 197 «Підготовче засідання» Цивільного проце-

суального кодексу України та аналогічну ст. 182 Господарського процесуального кодексу України пунктами такого змісту: «якщо сторони виявляють бажання врегулювати спір у порядку медіації, суддя встановлює граничний строк її проведення».

Підсумовуючи викладене, хочемо зауважити, що регулювання медіації зачіпає інтереси широкого кола суб'єктів: громадян та юридичних осіб – «споживачів послуги», тобто сторін спору, державних органів та держави в цілому, медіаторів та ін. Тому у законодавчому полі необхідно знайти баланс щодо правового регулювання інтересів не тільки суб'єктів правового регулювання, але й медіації як явища, феномена, процедури та професійної діяльності.

Висновки до розділу 2

Альтернативні методи вирішення спорів, насамперед медіація як складова забезпечення доступу до правосуддя мають відповідати сукупності критеріїв, дотримання яких забезпечуватиме можливість для сторін спору вирішити спір: у розумні строки, у межах розумних витрат, у рамках прозорості та чесної процедури та досягти справедливого рішення.

Потенційна можливість досягти справедливого рішення у правовому спорі у результаті процедури медіації дає місце останній у державній системі вирішення спорів та статус складової у реалізації права на доступ до правосуддя.

Категорія справедливості є одним із базисів побудови суспільства, забезпечення справедливості у суспільстві і, у свою чергу, слугує утвердженню верховенства права, що є ключовим завданням держави. При виникненні спору щодо своїх прав, свобод та законних інтересів людина повинна мати право отримати справедливе рішення: чи шляхом звернення до незалежного суду, чи шляхом мирного вирішення спору. При цьому досягнення справедливості в обох випадках буде

забезпечено різними, хоча і в деяких аспектах, схожими методами.

Зміст категорії справедливості у медіації та при судовому вирішенні спору може бути дещо різним, адже зміст медіаційної угоди визначається здебільшого власними моральними нормами та поняттями справедливості сторін спору, а не у рамках правових норм (хоча останні формуються з огляду на поняття справедливості, прийняті у певному суспільстві).

У медіаційній процедурі справедливість виявляється в об'єктивному та суб'єктивному розумінні та дає змогу відповісти на питання: чи була справедливою сама процедура медіації, чи діяв справедливо медіатор, чи справедливе рішення прийнято у спорі тощо. А суб'єктивне розуміння справедливості у медіації залежить від сприйняття сторонами спору, третіми особами, медіатори і процедурної, і матеріальної справедливості.

Сприйняття суспільством медіації як процедури, яка потенційно забезпечує доступ до справедливості, однозначно сприятиме все більш широкому застосуванню такого методу вирішення спорів, саме тому нормативне регулювання медіації спрямоване на дотримання якості та принципів медіації.

Справедливість є базисною категорією медіації, адже такий метод вирішення спорів життєздатний виключно у разі забезпечення справедливого рішення спору, а завданням медіаторської спільноти, законодавця та суспільства у цілому є запровадження та практичне застосування таких правил, норм медіаційної процедури, які унеможливають несправедливість процедури та результату медіації. Хоча поняття справедливості завжди індивідуально для сторін спору, відкидати моральні устої та традиції суспільства неможливо, і тільки тоді можна буде говорити про утвердження справедливості та верховенства права завдяки медіації, коли ідеї соціальної справедливості, свободи, рівності, норми моралі, традиції та звичаї, легітимовані суспільством, будуть відображені у медіаційних угодах.

У свою чергу ефективність процедури медіації також залежить і від правильної оцінки медіабельності спору. Останнє пропонується розуміти як сукупність ознак, які потенційно дають можливість розпочати медіаційну процедуру та досягти мирного і взаємовигідного вирішення правового спору.

Як і кожний метод вирішення спорів, медіація не може бути беззастережно універсальним методом, адже вона має як переваги, так і недоліки, а також особливості та межі застосування. Саме критерії медіабельності певного спору визначають потенційну можливість та ймовірну ефективність медіаційної процедури.

Водночас медіація в Україні набула статусу соціального інституту, при цьому доцільність формування правового інституту медіації залишається дискусійним моментом серед медіаторської спільноти, народних депутатів України та науковців.

Серед цілей правового регулювання медіаційної діяльності та застосування процедури медіації ми розглядали необхідність:

1) визнання державою медіації як ефективного мирного способу вирішення спорів та заохочення фізичних та юридичних осіб до вирішення спорів у порядку медіації;

2) забезпечення якості медіаційної діяльності та довіри до медіаторів шляхом створення системи їх навчання, підвищення кваліфікації, а також засобів відповідальності медіатора;

3) створення умов для стабільного функціонування та розвитку інституту медіації у правовому полі;

4) забезпечення правових гарантій учасників медіаційної процедури та інтересів третіх осіб.

Вагомим моментом правового регулювання медіації має стати забезпечення юридичної визначеності при здійсненні:

1) регулювання медіації як методу вирішення спорів – її місце та співвідношення із судовим розглядом, порядок звернення до процедури медіації (законодавство може перед-

бачати добровільну або обов'язкову медіацію, порядок відвідування медіаційних інформаційних сесій), медіаційного застереження у договорах, перебіг строків позовної давності у разі звернення сторін спору до медіації;

2) регулювання самої процедури медіації: принципи медіації, правовий статус та юридичну силу договору про проведення медіації, медіаційної угоди, правовий статус, права та обов'язки сторін тощо;

3) вимог до медіатора: порядок навчання, акредитації, сертифікації, реєстрації, відповідальності.

Регулювання медіації зачіпає інтереси широкого кола суб'єктів: громадян та юридичних осіб – «споживачів послуги», тобто сторін спору, державних органів та держави в цілому, медіаторів та ін. Тому у законодавчому полі необхідно знайти баланс щодо правового регулювання інтересів не тільки суб'єктів правового регулювання, але й медіації як явища, феномена, процедури та професійної діяльності.

Розділ 3

ПРИНЦИПИ МЕДІАЦІЇ

3.1 Загальна характеристика принципів медіації

Витоки медіації як і інших альтернативних методів вирішення спорів обумовлювалися насамперед бажанням суспільства відійти від «державного патерналізму» у сфері вирішення правових спорів та конфліктів, тому роль принципів у регулюванні процедури медіації є визначною, до того ж правове регулювання медіації здебільшого засновується на вже ustalених принципах медіаторської діяльності. Медіація, на відміну від юрисдикційного процесу, не має чіткої процедури, поетапного розгляду, що вміщується у визначені процесуальні, організаційні та часові параметри, тому принципи є основним чинником регулювання медіаційної процедури.²⁵⁸ Однією із переваг медіації вважається варіабельність її процедури, тому детальне законодавче регулювання порядку проведення медіації є недоцільним, водночас сторони спору мають самостійно визначати порядок його вирішення, спираючись на законодавчо визначені загальні принципи.

Необхідність звернення до морально-етичних ідеалів і норм при регулюванні суспільних відносин виникає тоді, коли з точки зору законодавця важко або неможливо врегулювати відносини сторін правовими нормами та передбачити весь спектр різноманітних життєвих ситуацій.²⁵⁹

Принцип – це завжди вихідне начало, завжди ідея, а крім неї – і норми, і соціальні відносини, оскільки принципи набувають нормативного і правозастосовного змісту. Принципи

²⁵⁸ Шинкар Т. І. Застосування медіації в адміністративному судочинстві: вітчизняний та зарубіжний досвід: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2017. 220 с.

²⁵⁹ Бакалінська О. О. Правове забезпечення добросовісної конкуренції в Україні: проблеми теорії і практики: дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.04. Київ, 2015. 531 с.

поширюються на багато сфер життєдіяльності людини. Вони реально перетворюються у дійсність, мають певне ідеологічне і виховне значення.²⁶⁰

А. Колодій стверджує, що будь-які принципи, у тому числі і принципи права – це продукт людської діяльності, результатом якої вони є й інтереси якої вони задовольняють. Принципи є соціальними явищами, як за джерелом виникнення, так і за змістом: їх виникнення зумовлюється потребами суспільного розвитку і в них відображаються закономірності суспільного життя.²⁶¹

Наріжним каменем побудови будь-якого правового механізму розв'язання правових конфліктів, чи державного (у формі здійснення правосуддя), чи альтернативних способів, до якого, зокрема, належить і медіація, є система принципів.²⁶²

З одного боку, принципи медіації відображають її об'єктивні властивості, обумовлені закономірностями розвитку суспільства. З іншого, в них втілено суб'єктивне сприйняття медіації членами суспільства: їх моральні і правові погляди, почуття, вимоги, виражені в різних вченнях і напрямках праворозуміння.²⁶³

Правові принципи є першоосновою, що передує окремим юридичним імперативам. У них виражена мовою права ідеологічна зумовленість у регулюванні відповідної сфери відносин. Будь-яке юридичне правило – це узагальнення, оскільки встановлено для невизначеної кількості відносин, але все ж воно регулює лише ті чи інші відносини. Принцип же розглядається як узагальнення, тому що передбачає нескінченну кількість застосувань. Ці якості надають

²⁶⁰ Оніщенко Н. М. Проблеми поняття, сутності та природи права // Юрист України. 2011. № 2. С. 5–10. URL:[http://nbuv.gov.ua/UJRN/cy_2011_2\(15\)_1](http://nbuv.gov.ua/UJRN/cy_2011_2(15)_1).

²⁶¹ Принципи права: генеза, поняття, класифікація та реалізація // Альманах права. 2012. Вип. 3. URL:<http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/63807/08-Kolodiy.pdf?sequence=1>.

²⁶² Притика Ю.Д. Зміст та класифікація принципів медіації // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2011. № 10. С. 86–92.

²⁶³ Шумова К. О. Принципы медиации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. Саратов, 2015. 199 с.

принциповим приписам нормативну абстрактність, розраховану на врахування при регулюванні безлічі ситуацій. З метою виділення їх із системи однопорядкових норм, неприпустимості змішування з ними вони отримують статус принципу і розташовуються або у початкових статтях нормативного акта, або «вкрапляються» у наступні. Тому правові принципи – це, як правило, вид найважливіших нормативних приписів, які «за своєю глибиною політичної, соціально-економічної та юридичної суті є первинними, тобто містять вихідний матеріал ...».²⁶⁴

Механізм медіаційної процедури вибудовується насамперед на системі певних принципів, які враховують досвід застосування медіації у різних державах, менталітет населення та правові традиції певної держави.

Ефективність та затребуваність медіації у суспільстві вимагає, що процедура медіації повинна:

- 1) відповідати правовим засадам та соціальним реаліям суспільства;
- 2) максимально реалізовувати можливості саморегулювання медіаторської діяльності;
- 3) спиратися на виважене законодавче регулювання.

Історія становлення медіації у зарубіжних державах свідчить, що принципи медіаційної процедури кристалізувалися у процесі практики, формулювалися у документах медіаторських спільнот, після чого закріплювалися у нормативно-правових актах. Так, перелік принципів медіації наведено у численних зарубіжних та окремих вітчизняних наукових працях, міжнародних правових актах (наприклад, Типовий Закон ЮНСІТРАЛ «Про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру»), кодексах етики медіатора, національних нормативно-правових актах щодо медіації, а також в індивідуальних договорах про проведення медіації.

Так, наприклад, відповідно до Рекомендації №R(99)19 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам Ради, які

²⁶⁴ Бакалінська О. О. Правове забезпечення добросовісної конкуренції в Україні: проблеми теорії і практики: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.04. Київ, 2015. 531 с.

зацікавлені в організації медіації у кримінальних справах, медіація у кримінальних справах має бути доступним заходом, допустимою на будь-якій стадії правосуддя.

Відповідно до Рекомендації Комісії Європейських співтовариств 98/257/ЄС «Про принципи, які застосовуються до органів, відповідальних за позасудове врегулювання спорів про захист прав споживачів» від 30.03.1998 позасудові процедури у цих справах мають відповідати принципу прозорості, оскільки відсутність прозорості може негативно вплинути на права сторін та викликати побоювання щодо процедур позасудового врегулювання спорів про захист прав споживачів; такі процедури мають бути спрощені порівняно із судовими: відсутність високих зборів, довготермінових та обтяжливих процедур; має бути забезпечена особиста присутність та визначена мова, якою ведеться процедура; має бути забезпечено принцип змагальності, коли всі заінтересовані сторони висловлюють свої точки зору та заслуховують аргументи та факти, висунуті іншою стороною, та висновки експертів; забезпечено принципи ефективності (доступ до процедури, її безкоштовність або помірність витрат, нетривалість вирішення спору), свободи, законності, представництва.

При цьому слід зважати на той факт, що немає єдиного та загальноприйнятого поняття медіації, адже на практиці застосовуються різні моделі медіації, які зумовлюють неоднаковий зміст ролі та повноважень медіатора, порядку звернення сторін спору до медіації тощо. Водночас аналіз зарубіжної та вітчизняної практики дозволяє нам виокремити певні загальні засади різних форм медіації: участь у переговорах з вирішення спору третьої нейтральної та неупередженої особи – медіатора, виконання медіатором функцій зі сприяння та допомоги сторонам у вирішенні спору, добровільне прийняття рішення у спорі самими сторонами, зосередження всіх повноважень щодо вирішення спору у його сторін, конфіденційність процедури тощо.

Р. Чарлтон виділяє п'ять принципів медіації: конфіденційність, добровільність, уповноваження сторін спору, нейтральність медіатора, індивідуальне рішення (зміст рішення

сторін щодо розв'язання спору може виходити за межі правових норм), а також автор наголошує, що впродовж 20-річної медіаторської практики істотність цих принципів не змінилася, хоча їх зміст змінювався у напрямі розширення або звуження.²⁶⁵

Рекомендації Європейської комісії щодо принципів діяльності позасудових органів із мирного вирішення споживчих спорів²⁶⁶ наголошують на принципах неупередженості, прозорості, ефективності, справедливості.

Європейський кодекс поведінки медіаторів визначає такі принципи медіації та діяльності медіатора: рівність, неупередженість, добровільність, конфіденційність, компетентність медіатора, незалежність і нейтралітет медіатора, справедливність процесу медіації.²⁶⁷

Проект Закону України «Про медіацію» (реєстрац. № 3665 від 17.12.2015) у редакції, прийнятої у першому читанні, визначає, що медіація проводиться за взаємною згодою сторін медіації на підставі принципів добровільної участі, активності і самовизначення сторін медіації, незалежності та нейтральності медіатора, конфіденційності інформації щодо медіації.²⁶⁸

У цьому дослідженні ми розглядаємо медіацію насамперед як об'єкт правового регулювання, що дозволяє узгоджувати з принципами медіації теоретико-методологічні підходи до принципів права у їх загальновідомому тлумаченні. На думку А. Колодія, категорія «принципи права» повинна використовуватися в усіх випадках, коли йдеться про відправні ідеї і положення, що належать до юриспруденції. Термін «принципи» може лише уточнюватися і деталізуватися залежно

²⁶⁵ Charlton, Ruth. *Dispute resolution guidebook* / by Ruth Charlton LBC Information Services Sydney 2000.

²⁶⁶ Commission recommendation of 4 April 2001 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes. URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001H0310&from=EN>.

²⁶⁷ European Code of Conduct for Mediators. URL:http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf.

²⁶⁸ Проект Закону України про медіацію, реєстрац. № 3665 від 17.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463.

від того, якою є сфера його існування і функціональна спрямованість.²⁶⁹

У цьому ж контексті стверджувати, що дихотомія підходів до розуміння поняття принципу права як наукової категорії, що відображає закономірності суспільних відносин та напрями їх правового регулювання, та як безпосередньо загальної правової норми, притаманна і медіаційним відносинам.

Слід погодитися з К. Шумовою, що зрозуміти феномен принципу медіації можна тільки, спираючись на взаємозв'язок його об'єктивної та суб'єктивної сторін. Об'єктивна сторона визначається обумовленістю принципів медіації суспільними відносинами на певному етапі розвитку суспільства і держави. Усвідомлення цієї обумовленості, вираженої у формулюванні принципів і закріпленій законодавчо, становить суб'єктивну сторону принципу медіації.²⁷⁰

Принципи медіації реалізуються взаємопов'язано, а їх дотримання уможлиблює досягнення кінцевої мети медіації – справедливого вирішення спору мирним шляхом та формування передумов для подальших взаємовідносин сторін. Для того, щоб з'ясувати сутність та значення засад медіації, співвідношення її принципів, слід розглянути їх класифікацію за різними ознаками.

Класифікація принципів медіації Ю. Притики заснована на розумінні медіації як правового механізму, тому за основу взято загальновизнану класифікацію принципів права з урахуванням особливостей медіації, що дало можливість виділити:

а) загальноправові принципи медіації (демократизм, гуманізм, соціальна справедливість, законність, взаємокореспондентність прав та обов'язків, поєднання примусу та переконання, невід'ємність природних прав людини, вища

²⁶⁹ Принципи права: генеза, поняття, класифікація та реалізація // Альманах права. 2012. Вип. 3. URL:<http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/63807/08-Kolodiy.pdf?sequence=1>.

²⁷⁰ Шумова К. О. Принципы медиации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. Саратов, 2015. 199 с.

цінність людського життя, пріоритетність норм міжнародного права, вища сила Конституції, верховенство права тощо);

б) міжгалузеві принципи медіації (диспозитивність, процесуальна рівність перед законом, безпосередність дослідження доказів, поєднання гласності і конфіденційності, принцип об'єктивної істини, охорони честі і гідності особистості, недоторканності особистості, презумпції невинуватості, незалежності суддів (у випадку судової медіації), допустимості і належності доказів, всебічності повноти і об'єктивності дослідження усіх матеріалів, дотримання вимог мовного режиму провадження, оцінки доказів за внутрішнім переконанням, дотримання процесуальної форми);

в) конкретно-правові принципи медіації (добровільність, рівність сторін, нейтральність медіатора, конфіденційність).

Функціональне призначення принципів медіації було покладено в основу класифікації С. Калашникової:

1) організаційні принципи (принцип добровільності та принцип нейтральності);

2) процедурні принципи (саможітність сторін, конфіденційність, співробітництво та рівність прав).²⁷¹

К. Шумова розрізняє принципи медіації за їх правовим значенням:

1) безпосередньо правові принципи, які базуються на змісті норм національного законодавства (наприклад, добровільність медіаційної угоди, рівність сторін у процесі медіації, диспозитивність (саможітність сторін) у процесі медіації, співробітництво сторін, конфіденційність, обмеженість повноважень медіатора, професійна багатопрофільність посередника);

2) неправові принципи, які мають правове значення (добросовісність сторін спору та медіатора, неупередженість та нейтральність медіатора, персоніфікація процедури медіації (особиста присутність сторін та медіатора) та пряма взаємодія сторін, довіра сторін), толерантність медіаційної

²⁷¹ Калашникова, С. И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2010.

діяльності, субсидіарність та свобода сторін медіаційної процедури).²⁷²

Достатньо логічним видається підхід Т. Єлісеєвої щодо поділу принципів медіації на принципи медіаційного процесу, принципи діяльності медіатора та принципи виконання медіаційної угоди.²⁷³ Наприклад, добровільність медіації може стосуватися процедури медіації чи виконання угоди, укладеної за результатами медіації. До того ж такий підхід можливо розширити, якщо додатково розрізняти принципи участі сторін у медіації та принципи участі медіатора у медіації.

Також К. Шумова пропонує поділяти принципи медіації та ті, що закріплені у нормативно-правових актах, та доктринальні принципи медіації і, узагальнивши роботи інших вчених, наводить такий перелік доктринальних принципів, фундаментальних начал та ідей медіації: толерантність, субсидіарність, свободу, компетентності та професійності медіатора, диспозитивність, добросовісність сторін спору, довіри сторін, повний контроль сторін над результатами процедури, неконфронтаційний характер переговорів, добросовісність посередника, широке коло можливих взаємоприйнятних рішень спору, транспарентність, відповідальність сторін медіації, процедурну гнучкість, неформальний характер процедури примирення.

Наведене вище дозволяє нам сформулювати визначення поняття принципів медіації як визначальних уявлень, морально-етичних норм та вимог до проведення медіаційної процедури, дотримання яких забезпечує досягнення мирного та взаємовигідного вирішення спору.

У наступних підрозділах нашого дослідження буде проаналізовано сутність і зміст принципів медіації, закріплених у проекті Закону України «Про медіацію».

²⁷² Шумова К. О. Принципы медиации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. Саратов, 2015. 199 с.

²⁷³ Елисеева Т. С. Процессуальные аспекты медиации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. М., 2017. 180 с.

3.2. Принцип самовизначення сторін медіації

Донедавна термін «самовизначення» стосувався виключно міжнародного права, але він також притаманний медіації як альтернативному методу вирішення спорів. Саме здатність сторін контролювати процес медіації від самого початку до укладення медіаційної угоди є однією із визначальних особливостей медіації, що відрізняє її від судового порядку вирішення спору, арбітражу чи третейського суду. Завдяки реалізації принципу самовизначення сторони медіації можуть визначати та забезпечувати дотримання своїх прав та інтересів, знайти такий варіант вирішення спору, який задовольняє обидві сторони спору, а не той, який своїм рішенням затвердить суддя чи арбітр. Проект Закону України «Про медіацію» (реєстрац. № 3665 від 17.12.2015) передбачає принцип самовизначення сторін медіації, що складається з процедурних і змістовних компонентів, зокрема щодо самостійного вибору сторонами медіатора кола обговорюваних питань, варіантів урегулювання спору тощо, також положення законопроекту наголошують, що остаточні рішення ухвалюються виключно сторонами медіації.²⁷⁴ Принцип самовизначення сторін медіації нерозривно пов'язаний з іншими принципами медіації – активності сторін медіації, добровільної участі у медіації, нейтральності медіатора. Лише безумовне дотримання принципів медіації забезпечує ефективність та результативність вирішення спору, підвищує вірогідність добровільного виконання медіаційної угоди. При цьому процедуру медіації супроводжують певні об'єктивні та суб'єктивні чинники, які потенційно впливають на обсяг дотримання її принципів, що актуалізує відповідні теоретичні та практичні дослідження.

У коментарі до Типового Закону ЮНСІТРАЛ «Про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру» зазначається, що його норми розроблені для підтримки та захисту самостійності сторін у процесі. Так, стаття 3 Закону

²⁷⁴ Проект Закону України про медіацію, реєстрац. № 3665 від 17.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463

підкреслює важливість самовизначення сторін у процесі та дозволяє сторонам не застосовувати всі норми даного Закону, які регулюють медіацію, за винятком правил інтерпретації та принципу рівноправності сторін. Концепція примирення згідно з Типовим Законом побудована на основі волі сторін, які мають свободу обирати порядок проведення медіації, умови конфіденційності та самостійно визначатися з конфліктом інтересів.²⁷⁵

Директива ЄС про деякі аспекти посередництва (медіації) у цивільних та комерційних справах обґрунтовано пов'язує принцип самовизначення сторін медіації з дотриманням принципу добровільності: «посередництво, передбачене цією Директивою, має бути добровільним процесом у тому сенсі, що сторони самі є відповідальними за процес і можуть організувати його так, як вони бажають, а також припинити його у будь-який час».²⁷⁶

Принцип самовизначення сторін медіації реалізується на всіх етапах медіаційного процесу – від надання згоди на проведення медіації, вибору кандидатури медіатора, визначення порядку проведення медіації, залучення інших учасників, самого факту участі сторони у медіації чи припиненні такої участі до найбільш визначального етапу – узгодження умов медіаційної угоди, як істотних, так і факультативних.

Повноцінна реалізація принципу самовизначення сторін медіації можлива лише за умови абсолютної добровільності медіації, адже обов'язкова або примусова медіація, передбачена законодавством певної держави, виключає факт волевиявлення сторін щодо участі у медіаційному процесі.

Забезпечення самовизначення сторін медіації є однією із найбільш вагомих та визначальних основ медіації. Значення цього принципу важко переоцінити, адже на його основі сторони медіації наділяються повноваженнями (так, в англо-

²⁷⁵ Типовий закон Комісії Організації Об'єднаних Націй по праву міжнародної торгівлі про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру. URL:http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_117.

²⁷⁶ Директива № 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах від 21.05.2008. URL:http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a95.

мовних джерелах використовуються терміни «self-determination» – самовизначення та «empowerment» – наділення повноваженнями), що з урахуванням інших аспектів дає сторонам можливість контролювати ситуацію, відчуття власних сил у забезпеченні своїх прав та інтересів. Таке твердження доцільно проілюструвати аналізом складових змісту самовизначення, запропонованим Д. Спенсером та М. Броганом:

1) сторона спору ясно розуміє, якої мети вона прагне у вирішенні спору, визначає найбільш важливі чинники;

2) сторона спору усвідомлює всі варіанти вирішення спору, в яких вона повністю чи частково досягне своєї мети, розуміє можливість вибору серед таких варіантів, усвідомлює, що може обирати чи продовжувати участь у медіації, приймати або відхиляти поради, погоджуватися з умовами вирішення спору чи ні;

3) сторона спору вчиться слухати, спілкуватися, аналізувати, аргументувати, пропонувати та оцінювати варіанти вирішення спору, тобто вдосконалює свої навички щодо вирішення спорів;

4) сторона більш чітко оцінює та вчиться оперувати наявними у неї ресурсами з метою вирішення спору;

5) сторона спору обмірковує, приймає виважені рішення, оцінює сильні та слабкі сторони своєї позиції у спорі, переваги і недоліки того чи іншого варіанта вирішення спору та на основі своїх власних висновків приймає рішення щодо спору.²⁷⁷

При цьому необхідно враховувати, що дотримання принципу самовизначення сторін медіації не залежить виключно від них, роль медіатора у цьому аспекті є досить значною та стосується:

1) оцінки здатності сторін брати участь у процесі медіації;

2) забезпечення принципу інформованої згоди сторін;

²⁷⁷ D.Spencer, M.Brogan *Mediation Law and Practice*. New York: Cambridge University Press. 2006.

3) недопущення перебільшення ролі порад медіатора та третіх сторін медіації (адвокатів, експертів та інших) при прийнятті сторонами рішень у процесі медіації.

У цілях цього дослідження пропонуємо під здатністю брати участь та приймати рішення у процесі медіації розуміти «здатність розуміти сутність та наслідки рішення у контексті наявних варіантів на момент прийняття відповідного рішення».²⁷⁸

Здатність сторони спору брати участь у медіації можна розглядати з точки зору потенційних обмежень повноцінної участі у медіації певних категорій осіб. При цьому цей аспект не обмежується лише загальноправовим поняттям дієздатності та правоздатності фізичної особи, адже стресова ситуація, погрози, обман, насильство (у тому числі домашнє, у випадку сімейної медіації) можуть безпосередньо впливати на прийняття рішень у процесі медіації та стосовно медіації, що матиме юридичні та особисті наслідки. Водночас у контексті викладеного постає питання, хто має оцінювати та робити висновки щодо здатності особи брати участь у медіації, підписувати угоду про результати медіації. Адже Законом України «Про психіатричну допомогу» встановлюється презумпція психічного здоров'я: «Кожна особа вважається такою, яка не має психічного розладу, доки наявність такого розладу не буде встановлено на підставах та в порядку, передбачених цим Законом та іншими законами України».²⁷⁹ До того ж визначення дієздатності особи має особливий порядок. Позиція багатьох дослідників та зарубіжної законодавчої практики свідчить, що на медіатора покладено обов'язок визначати здатність сторони спору ефективно брати участь у медіації, розуміти суть медіаційного процесу, умови та наслідки медіаційної угоди, а не визначати дієздатність особи. Адже саме медіатор, маючи кваліфікацію та досвід, у рамках своїх повноважень може прийняти рішення щодо продовження, призупинення чи

²⁷⁸ Consultation paper. Alternative dispute resolution. Law Reform Commission, 2008. 382 p.

²⁷⁹ Про психіатричну допомогу: Закон України № 1489-III від 20.02.2000. URL:<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1489-14>.

припинення процедури медіації, запропонувати сторонам зміни до графіка медіаційного процесу чи місця його проведення.

М. Редфорд погоджується, що саме медіатор має визначати здатність особи брати участь у медіації, водночас підкреслюючи, що такого висновку дійти складно, а наслідки такого рішення – серйозні.²⁸⁰ Подібної позиції дотримується і Т. Хеден: «Визначення готовності брати участь у медіації, «медіаційна здатність», а також дальше планування процесу медіації чи застосування певних методів, завдяки яким можна буде пересвідчитися у такій здатності, – етичний обов'язок медіатора».²⁸¹

Відомий медіатор Д. Клірі вважає, що «медіатори не можуть оцінювати стан психічного здоров'я особи. Навпаки, вони заінтересовані і, вочевидь, більш кваліфіковані пересвідчитися, що сторона може свідомо брати участь у медіації. По суті, медіатори хочуть пересвідчитися, що сторона медіації розуміє, що відбувається, що обговорюється, та бути впевненими щодо здатності особи діяти від свого імені».²⁸²

Принцип самовизначення сторін медіації також передбачає надзвичайну важливість повноцінної інформованості сторін спору щодо сутності, порядку та юридичних наслідків участі у процесі медіації, вимог принципу конфіденційності, неможливості примусу до участі у медіації та прийняття будь-яких рішень не інакше, як на основі добровільності.

Європейський кодекс етики медіаторів передбачає, що медіатор має «пересвідчитися, що сторони медіації розуміють особливості медіаційного процесу, роль медіатора та сторін медіації. Зокрема, до початку процедури медіації медіатор має бути впевненим, що сторони зрозуміли та виявили згоду щодо умов договору про медіацію, включаючи положення,

²⁸⁰ Mary F. Radford is the use of mediation appropriate in adult guardianship cases? URL:<http://www.stetson.edu/law/lawreview/media/is-the-use-of-mediation-appropriate-in-adult-guardianship-cases.pdf>.

²⁸¹ Timothy Hedeem Ensuring Self-Determination through Mediation Readiness: Ethical Considerations (2003). URL:<https://www.mediate.com/articles/hedeemT1.cfm>.

²⁸² Jeanne Cleary On the Question of a Party's Capacity to Use Mediation. URL:<https://www.mediate.com/articles/ClearyJ2.cfm>

що застосовуються стосовно вимог конфіденційності з боку медіатора та сторін медіації».²⁸³

Аналогічні положення передбачені Кодексом етики медіатора Національної асоціації медіаторів України: «Медіатор забезпечує дотримання принципів самовизначення сторін, добровільної, рівної та активної участі сторін у процедурі медіації та розуміння сторонами умов та наслідків укладення угоди за результатами медіації».²⁸⁴

Тому можна зробити висновок, що за загальноприйнятими нормами обов'язок щодо контролю над дотриманням принципу самовизначення сторін медіації в частині наявності інформованої згоди сторін медіації, як до початку медіації, так і впродовж медіації, також покладено на медіатора.

З метою прийняття сторонами виваженого та справедливого рішення, точного розуміння наслідків своїх рішень, як щодо участі у медіації, так і щодо укладення угоди за результатами медіації, вони повинні мати можливість звернутися за професійною та незалежною порадою. На необхідності цього аспекту принципу самовизначення сторін медіації наголошувала Рада Європи у Рекомендаціях щодо медіації у цивільних справах: «Медіаційний процес повинен давати сторонам достатній час для обмірковування умов вирішення спору».²⁸⁵

Також у цьому контексті слід розрізняти надання медіатором правової інформації щодо медіації та юридичної поради. У Рекомендаціях Ради Європи щодо сімейної медіації зазначено, що «медіатор може надавати правову інформацію, але не юридичні поради. За прийнятних умов медіатор може

²⁸³ European Code of Conduct for Mediators. URL:http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf.

²⁸⁴ Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України, затв. рішенням Загальних зборів ГО «Національна асоціація медіаторів України» від 07 грудня 2017 р., протокол № 1. URL:<http://namu.com.ua/ua/info/mediators/ethical-code/>

²⁸⁵ Council of Europe, Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to Member States on mediation in civil matters. URL:<https://rm.coe.int/16805e1f76>.

поінформувати сторони про можливість проконсультуватися з юристом чи іншим спеціалістом».²⁸⁶

У разі недотримання таких вимог нейтральність та неупередженість медіатора піддається сумніву.

Можливість отримання стороною медіації професійної поради може означати присутність на процедурі медіації адвоката чи іншого спеціаліста, що жодним чином не забороняється та широко практикується. Водночас це не повинно впливати на обсяги дотримання принципу самовизначення сторін, адже медіатори часто свідчать про те, що частину контролю над процесом медіації беруть на себе саме адвокати.

Аналізуючи літературу та публікації зарубіжних медіаторів, можна виокремити найбільш дискусійні моменти щодо порядку дотримання та обсягу принципу самовизначення сторін медіації:

1) чи відповідає етиці медіатора практика надання сторонам порад щодо шляхів вирішення спору і чи зберігають такі поради унікальну природу медіації. Г. Браун та А. Марріот²⁸⁷ розмірковують над юридичною силою таких порад, адже у разі обов'язковості останніх йтиметься не про медіацію, а про медіацію-арбітраж, водночас надання необ'язкових порад чи рекомендацій медіатором є невід'ємною частиною медіаційного процесу, адже сторони вільні у своєму виборі прислухатися чи ні до таких рекомендацій. Тому рекомендації медіатора жодною мірою не обмежують самовизначення сторін. Також автори підкреслюють, що юридичні поради адвокатів сторін не повинні впливати на прийняття рішень сторонами спору. Водночас у діях медіатора слід розрізняти заохочення, стимулювання до вирішення спору і примус до укладення медіаційної угоди, який є неприпустимим.

²⁸⁶ Council of Europe, Recommendation 98(1) 1 of the Committee of Ministers to Member States on Family Mediation. URL:<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1153972&SecMode=1&DocId=450792&Usage=2>.

²⁸⁷ Brown, H., & Marriott, A. ADR: principles and practice. Third edition. London: Thomson Reuters, 2011.

Проаналізувавши власну медіаційну практику, Ш. Пресс вважає, що медіатор, пропонуючи сторонам варіант вирішення спору, навіть прийнятний варіант, ризикує порушити принцип самовизначення сторін медіації. Незважаючи на те, що у випадку подання скарги на дії медіатора буде вивчатися питання, в якому обсязі сторони були спроможні чи не спроможні реалізувати свій принцип самовизначення. Тому Ш. Пресс пропонує додати до Модельних стандартів поведінки медіатора (США) поняття «примус» і з'ясувати, чи включає це поняття пропозиції медіатора щодо врегулювання спору;²⁸⁸

2) примус до укладання медіаційної угоди може виходити не тільки від медіатора чи учасників медіації (адвокатів, наприклад), а й від однієї сторони медіації щодо іншої, а також від зовнішніх негативних чинників (ризика, фінансові або часові витрати на можливий судовий розгляд, побоювання щодо власної репутації тощо). За таких умов Г. Браун та А. Марріот пропонують відкласти укладення медіаційної угоди.²⁸⁹

З огляду на викладене вище, можна стверджувати, що саме принцип самовизначення сторін медіації відрізняє її від інших видів вирішення спорів і йому необхідно надавати особливо важливого значення, характеризуючи медіацію як альтернативний метод вирішення спорів. За умови дотримання цього принципу процес медіації буде ефективним та результативним, а укладена медіаційна угода – мати високу вірогідність добровільного виконання. У результаті медіації сторони в ідеалі мають прагнути встановити «індивідуальну справедливість», а цього можна досягти лише повноцінною участю сторін у процесі медіації. З теоретичної точки зору, від обсягу дотримання принципу самовизначення залежить і модель медіації: оціночна, фасилітаційна чи ін. Проект Закону України «Про медіацію» закріплює повноцінний

²⁸⁸ Protecting Self-determination in Mediation Press, Sharon; Lurie, Paul M. Dispute Resolution Magazine; Washington Vol. 20, Iss. 3, (Spring 2014): 33–35.

²⁸⁹ Brown, H., & Marriott, A. ADR: principles and practice. Third edition. London: Thomson Reuters, 2011.

принцип самовизначення сторін медіації, водночас словосполучення пункту 2 статті 6 законопроекту «з урахуванням порад медіатора та інших учасників» вважаємо дещо спірним і таким, що може призвести до перекрученого сприйняття принципу.

3.3. Принцип добровільності медіації

З упевненістю можна стверджувати, що жодне визначення медіації як альтернативного методу вирішення спорів не обходиться без слова «добровільна». Добровільна природа медіації, крім того, позитивно відрізняє медіацію від судового розгляду спору, дає змогу сторонам спору на взаємовигідних умовах вирішувати спір, адже вони самі погоджуються на медіаційну процедуру, беруть у ній участь і приймають рішення щодо укладення чи неукладення угоди. Принцип медіації передбачається міжнародним та національним законодавством, але досвід переконливо доводить, що обсяги та зміст цього принципу можуть бути різними, насамперед, коли регулюється ступінь обов'язковості застосування добровільної процедури. Водночас таке протиріччя термінів має своє логічне обґрунтування, коли законодавці намагаються якнайефективніше узгодити систему судових та позасудових методів вирішення спорів. За умов становлення медіації в Україні дослідження основоположних принципів альтернативних методів вирішення спорів є дуже актуальним, що разом із вивченням зарубіжного досвіду дасть можливість сформулювати власний доктринальний підхід до місця медіації у судовій та правовій системах держави, а також змісту принципу добровільності медіації.

Ще у 1970 р. Лон Фюллер у своїй праці «Медіація – її форми та функції» надав власне бачення медіації не через аналіз компонентів чи етапів медіаційного процесу, а з теоретичної точки зору, зазначивши, що «ґрунтовне дослідження медіації може дати можливість нівелювати тенденцію сучасного мислення, що соціальний порядок має бути встановлений якоюсь «владою». Коли ми відчуємо, як медіатор, не

претендуючи на «владу», може допомогти сторонам впорядкувати свої відносини, ми зможемо дійти висновку, що можуть бути обставини, за яких сторони можуть обійтися без допомоги, і що соціальний порядок може виникати безпосередньо із взаємодії, якою, напевне, він керує та яку направляє».²⁹⁰

Зміст поняття добровільності у медіації достатньо широкий. О. Спектор зазначає, що принцип добровільності полягає у тому, що «ніхто не може змусити сторони врегулювати свій конфлікт медіацією, якщо вони цього не бажають. Медіація є добровільною процедурою на кожному етапі: від згоди сторін взяти участь у цьому процесі та вибору медіатора до укладання угоди. Кожна зі сторін у будь-яку мить може відмовитися від проведення процедури медіації».²⁹¹

Ю. Притика вважає, що зміст принципу добровільності полягає у наявності у сторін права особистого волевиявлення на проведення процедури медіації та свободи її припинення на будь-якому етапі. На відміну від правосуддя, здійснюваного у судах, ніхто не може примусити сторони до участі у медіації, а особа-медіатор є виборною стороною. У зміст цього принципу закладено і правомочність сторін приймати будь-які рішення щодо розв'язання конфлікту тільки за взаємною згодою. Реалізацією цього принципу є обов'язок медіатора на початку процедури медіації встановити факт добровільності і особистого волевиявлення на участь усіх сторін процедури.²⁹²

О. Можайкіна для більш всебічного розуміння добровільності у медіації пропонує виділяти зовнішню добровільність (ставлення сторони до участі у медіації) та внутрішню (дійсне бажання вирішити проблемну ситуацію).²⁹³

²⁹⁰ Fuller, L. «Mediation – its Forms and Functions» 1970-1971. 31 p.

²⁹¹ Спектор О. М. Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». Київ, 2012. 244 с.

²⁹² Притика Ю. Д. Зміст та класифікація принципів медіації // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2011. № 10. С. 86–92.

²⁹³ Можайкіна О. С. Поняття та зміст основних принципів медіації в цивільно-правових відносинах. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції № 5/2017. URL:http://apnl.dnu.in.ua/5_2017/15.pdf.

Також можна стверджувати, що добровільність медіації може стосуватися процедури медіації або виконання угоди, укладеної за результатами медіації. Водночас зазначимо, що виконання медіаційної угоди стосується здебільшого виконання цивільно-правових правочинів або наявності у правовій системі держави особливого порядку приведення у виконання медіаційних угод, а цей підрозділ присвячено саме добровільності процедури медіації. Також принцип добровільності медіації має різний зміст для сторін спору та медіатора з огляду на їх ролі, права та обов'язки у процесі медіації.

Автори проекту Закону України «Про медіацію» (реєстр. № 3665 від 17.12.2015) зміст добровільності медіації розкривають через такі положення статті 5:

1. Участь у медіації є добровільною. Забороняється будь-який тиск на сторони з метою проведення або припинення медіації.

2. Сторони мають право організувати процес медіації так, як вони вважають за необхідне, припинити його в будь-який час і звернутися до суду або третейського суду за захистом порушених прав».²⁹⁴

На основі викладеного вище можна виділити такі складові добровільності у медіації:

1) добровільна згода на проведення, добровільне визначення умов медіації та, відповідно, добровільна участь у процесі медіації;

2) добровільне визначення умов та добровільне укладення угоди за результатами медіації;

3) можливість сторони спору чи медіатора на будь-якому етапі припинити процедуру медіації.

Повне дотримання зазначених складових є «ідеальною» формою медіації та на практиці не завжди зумовлює бажану популяризацію медіації та розвантаження системи судоустрою. Особливо це характерно для початкових етапів запровадження медіації у певній державі, які характеризуються необізнаністю суспільства у механізмах позасудового вирі-

²⁹⁴ Проект Закону України «Про медіацію», реєстрац. № 3665 від 17.12.201. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463.

шення спорів, недовірою до медіаторів як таких, бажанням керуватися за звичкою імперативними нормами тощо.

Тому цілком очікувано законодавці починають розмірковувати над можливістю певних обмежень та винятків із принципу медіації, прагнути популяризувати медіацію та переспрямувати потоки тих, хто шукає шлях вирішення спору, від суду до медіаторів. У різних формах обов'язкова медіація наявна у правових системах багатьох держав, що побічно доводить прийнятність такого варіанта.

Так, держави-члени ЄС застосовують такі моделі медіації:

– добровільну медіацію: сторони спору залучають медіатора для сприяння вирішенню спору, який вони не в змозі вирішити самотійно. Європейські дослідники зазначають, що повністю добровільна медіація, маючи з теоретичної точки зору найкращі передумови до вирішення спору, на практиці призводить до дуже незначної кількості медіацій, адже, перебуваючи у конфліктній ситуації, сторони не схильні до мирного вирішення спору та початку медіаційної процедури. Добровільна медіація заснована на принципі свободи договору і не вимагає обов'язкового правового регулювання;

– добровільну медіацію із запровадженням стимулів до звернення до медіації та санкцій за ухилення від медіації. До стимулів слід віднести повернення частини судового збору (Словаччина, Естонія) чи державного мита (Болгарія, Латвія), податковий кредит (Італія), прирівняння послуг медіатора до правової допомоги; надання медіаційній угоді обов'язковості шляхом прискореної процедури її затвердження судом чи автоматично (в Італії медіаційна угода набуває чинності після її підписання двома адвокатами та медіатором). Законодавчі норми окремих держав-членів ЄС передбачають санкції за порушення зобов'язань, взятих сторонами спору у ході медіації (безпідставна відмова від медіації, початкової медіаційної сесії тощо);

– обов'язкові медіаційні сесії до початку судового розгляду, що передбачає зустріч сторін та професійного медіатора (безоплатно або за помірну плату) для визначення

можливості вирішення спору у порядку медіації. При цьому санкції можуть бути застосовані до сторони, яка не взяла участь у такій сесії, відмова від медіації після завершення початкової медіаційної сесії не несе для сторони (сторін) спору негативних юридичних наслідків (така модель передбачена італійським та чеським законодавством для цивільних та комерційних спорів);

– обов'язкову медіацію: сторони мають взяти участь та оплатити повноцінну процедуру медіації як передумову звернення до суду. Обов'язковість стосується лише відвідування медіаційних сесій, а не досягнення вирішення спору (застосовується у Хорватії та Угорщині при вирішенні сімейних спорів, в Австрії, Хорватії, Литві, на Мальті при вирішенні трудових спорів).²⁹⁵

Позиції медіаторів, юристів (як теоретиків, так і практиків) щодо доцільності запровадження «обов'язкової» медіації не є одностайними, аргументи «за» та «проти» є достатньо обґрунтованими, статистика, у свою чергу, не є повноцінною, щонайменш через дотримання іншого принципу медіації – конфіденційності.

Водночас логічним буде спочатку з'ясувати можливі форми та методи запровадження обов'язкової медіації для того, щоб визначитися з обсягами обмеження принципу добровільності.

Так, щодо певних видів спорів можуть існувати прямі законодавчі положення або законодавчо передбачені повноваження суду у прийнятті рішення щодо:

- 1) обов'язкового відвідування сторонами спору інформаційної сесії з медіатором;
- 2) обов'язкової участі сторін у медіації із визначенням мінімального обсягу годин;
- 3) обов'язкової участі сторін у медіації та активної позиції у ній на основі «доброї волі».

²⁹⁵ «The Mediation Directive: European Implementation Assessment» (2016). URL:[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/593789/EPRS_IDA\(2016\)593789_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/593789/EPRS_IDA(2016)593789_EN.pdf)

У публікаціях, які підтримують доцільність певного обмеження принципу добровільності медіації, дуже часто цитують таке твердження: «примус до медіації та примус у процесі медіації – цілком різні речі»,²⁹⁶ а також наводять доводи щодо:

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

Водночас прихильники цілковитої добровільності медіації в обов'язковій медіації вбачають:

зневажання прагнення сторони вирішити спір у судовому порядку, що також можна сформулювати як реалізацію фундаментального (конституційного) права і «захист прав та інтересів у судовому порядку»;

анулювання принципу самовизначення сторін спору;
спірну ефективність медіації, адже гарантувати мирне вирішення спору неможливо, а примусово спрямовувати до медіатора сторони, які апріорі не хочуть домовлятися, означатиме подвійне витрачання коштів та часу (на медіацію та судовий розгляд). Так, висловлюється впевненість, що особа, яка хоче вдатися до процесу медіації добровільно, більш схильна прагнення вирішення спору, оскільки бажає розв'язання конфлікту, але якщо сторони спору явно виявляють

²⁹⁶ Wolski, B. Voluntariness and Consensuality: Defining Characteristics of Mediation? (1996–97) 15 Australian Bar Review 213.

небажання вдатися до медіації, є висока ймовірність того, що ескалація конфлікту є значною і дійти взаємної згоди щодо мирного вирішення спору є практично нереальним;

намагання законодавця примусово «ознайомити» суспільство з медіацією, що є не найкращою рекламною стратегією, адже вона не враховує вірогідність того, що позивач знав про медіацію раніше і свідомо подав позов. Тобто законодавець чи суддя, виявляється, знає краще, що потрібно сторонам спору.²⁹⁷

Г. Огречук вважає будь-які обмеження неприйнятними в українських умовах: «у законодавстві деяких країн можливе обмеження дії принципу добровільності медіації, водночас на сучасному етапі запровадження правового регулювання медіації в Україні встановлення такого обмеження суперечитиме національному законодавству, оскільки може розглядатися як таке, що обмежує доступ до правосуддя».²⁹⁸

Достатньо виваженою вбачається позиція Д. Спенсера і М. Брoгана: «Якщо добровільна участь уособлює філософську основу медіації, то філософських основ на підтримку обов'язкової медіації не може бути? Чи навпаки? Можливо, якщо ми припустимо, що запровадження обов'язкової медіації допоможе сторонам відкрити шлях до спілкування, отримати можливості на початковому етапі визначити та знайти спільні цінності та визначити спірні аспекти, тоді ми можемо припустити, що існує філософська основа обов'язкової медіації. Якщо ми припустимо, що обов'язкова медіація дає медіатору шанс попрацювати зі сторонами спору для того, щоб вони розглянули можливість консенсуально вирішити проблему, можливо є філософське обґрунтування обов'язкової медіації».²⁹⁹

²⁹⁷ Exploring the contradictions inherent in court-ordered «voluntary» mediation Schmidt, Margaret Dispute resolution journal, Feb-Apr 2013, vol.68(1), P.103–116.

²⁹⁸ Огречук Г. О. Правове регулювання застосування медіації при вирішенні цивільно-правових спорів: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2016. 213 с.

²⁹⁹ D. Spencer, M. Brogan (2006) Mediation Law and Practice. New York: Cambridge University Press.

Необхідний зміст та обсяги принципу добровільності медіації також висвітлено у законодавстві та судовій практиці Європейського Союзу. Згідно з Директивою № 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) у цивільних та комерційних справах, добровільність медіації передбачає, що 1) сторони самі керують процесом вирішення спору; 2) можуть організувати його за власним розсудом та 3) припинити медіацію у будь-який час.³⁰⁰

В одному з нещодавніх рішень Суд правосуддя Європейського Союзу у справі C-75/16 від 14.06.2017 підтвердив положення цієї Директиви, що у національних законодавствах можуть міститися норми щодо обов'язкової медіації, за умови, якщо це не є перешкодою для права на судовий захист. Також у рішенні зазначено, що згідно із законодавством ЄС добровільна природа медіації полягає не у свободі сторін вирішувати, вдаватися до неї чи ні, а в свободі сторін керувати, організовувати та виходити із процесу медіації. Суд визнав, що законодавство Італії, запроваджуючи обов'язковість медіації до судового розгляду спору, передбачило додаткову перешкоду у використанні права на судовий захист. Водночас фундаментальні права не є нелімітованою прерогативою і можуть бути деякою мірою обмежені за умови, що це відповідає публічній політиці та не є непропорційним та неприйнятним втручанням у сутність гарантованих прав.

Суд дійшов висновку, що вимога до сторін спору застосувати процедуру медіації як беззаперечну умову для судового розгляду може бути сумісна із захистом права на доступ до правосуддя у разі, якщо медіація:

- 1) не завершується рішенням, що має обов'язкову юридичну силу;
- 2) не становить значного затягування можливості розпочати судовий розгляд,
- 3) призупиняє перебіг строків позовної давності;

³⁰⁰ Директива № 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах. URL:http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a95.

4) не спричиняє значних фінансових обтяжень для сторін спору;

5) не обмежується вирішенням спору виключно в електронному вигляді;

6) не унеможлиблює вжиття заходів забезпечення позову.

Водночас суд зазначив, що протиправними будуть законодавчі вимоги щодо обов'язкової правової допомоги під час медіації чи накладення штрафних санкцій за безпідставне припинення участі у медіації (за умови, що обґрунтованою підставою для припинення участі у процедурі медіації буде «незадоволення процедурою вирішення спору»³⁰¹).

Принцип добровільності медіації є основоположним і визначальним для цього методу вирішення спорів, забезпечує досягнення сторонами найбільш ефективного рішення і, як наслідок, виконання угоди, укладеної за результатами медіації. Також принцип добровільності нерозривно пов'язаний із дотриманням інших принципів медіації – активності і самовизначення її сторін. Незважаючи на поширену практику запровадження обов'язкової медіації у тих чи інших формах та обсягах в різних державах світу, таке рішення буде для України передчасним, хоча б тому, що медіаторська інфраструктура до цього, безумовно, не готова. Водночас обов'язковість медіації в чітко визначених спорах із відповідним забезпеченням кваліфікованими медіаторами можлива, наприклад, у трудових спорах в органах державної влади та органах місцевого самоврядування, у сімейних спорах у службах із захисту дітей. При цьому проблематика добровільності та інших принципів медіації має залишатися предметом дискусій в українській науці.

³⁰¹ C-75/16 – Menini and Rampanelli Judgment of the Court (First Chamber) of 14 June 2017. URL:<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-75/16>

3.4. Принцип конфіденційності медіації

І в приватних, і в комерційних спорах гарантії нерозголошення інформації, яку розкривають сторони спору у процесі медіації, є саме тим чинником, який має сприяти популярності та ефективності медіації. Для досягнення цієї мети законодавство має чітко встановлювати обсяг інформації, яка не підлягає розголошенню, а також виняткові підстави відступу від принципу конфіденційності медіації, порядок притягнення до відповідальності осіб, які розголосили охоронювану законом інформацію.

Водночас положення даного проекту Закону України «Про медіацію» (під час підготовки даного дослідження проект мав розглядатися у другому читанні) є надто загальними і не дають чіткого уявлення про зміст принципу конфіденційності медіації. Зокрема, поняття «конфіденційність інформації щодо медіації», яке міститься у ст. 9 проекту Закону України «Про медіацію», є новелою українського законодавства і потребує детального вивчення.

Слово «конфіденційний» тлумачиться як такий, що не підлягає розголосові, довірчий, таємний.³⁰² Законодавче визначення інформації міститься у Законі України «Про інформацію» як будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді. Також цей законодавчий акт передбачає, що «конфіденційною є інформація про фізичну особу, а також інформація, доступ до якої обмежено фізичною або юридичною особою, крім суб'єктів владних повноважень. Конфіденційна інформація може поширюватися за бажанням (згодою) відповідної особи у визначеному нею порядку відповідно до передбачених нею умов, а також в інших випадках, визначених законом».³⁰³

³⁰² Словник української мови: в 11 томах / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. Київ: Наукова думка, 1970–1980. Т. 4. С. 273.

³⁰³ Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 № 2657-XII. URL:<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2657-12>.

До різновидів конфіденційної інформації, за розголошення якої передбачена кримінальна відповідальність, О. Прохніцький відносить медичну таємницю, таємницю листування, таємницю голосування, таємницю усиновлення (удочеріння), нотаріальну таємницю, комерційну та банківську таємницю, адвокатську таємницю, конфіденційну інформацію про особу, комп'ютерну інформацію з обмеженим доступом.³⁰⁴

Водночас унікальний характер медіації як альтернативного позасудового методу вирішення спору надає особливого змісту поняттю конфіденційності, яке є наріжним каменем процесу медіації. Виважене гарантування дотримання конфіденційності впродовж та після завершення медіації є саме тим чинником, який гарантує її ефективність та заохочує сторони вирішити спір за участю медіатора, а не звертатися до суду. Відомий дослідник медіації Еллен Е. Дізон (Ellen E. Deason) наголошує на такому:

1) конфіденційність сприяє спілкуванню між сторонами та медіатором і, як наслідок, дає можливість дійти згоди, коли це неможливо у процесі звичайних переговорів. Правові норми захищають адвокатську, лікарську таємницю, таємницю сповіді для того, щоб люди могли довіритись, розкрити важливу інформацію з метою отримання професійної поради, не побоюючись, що повідомлені ними факти будуть розголошені або використані проти них у суді. У медіації конфіденційність дає медіатору можливість в умовах початкової недовіри вибудувати ефективне спілкування між сторонами спору та між стороною спору та медіатором. Адже без гарантій конфіденційності очікувати на відверту розмову сторін не видасться можливим;

2) конфіденційність медіації важлива для забезпечення нейтральності медіатора. Вперше це твердження було сформульовано американським судом у справі *NLRB v. Joseph Macaluso, Inc.*, а саме: «медіатор, який дає свідчення, невідвратно буде діяти проти інтересів однієї зі сторін, що

³⁰⁴ Конфіденційна інформація як предмет злочину / О. Прохніцький // Підприємництво, господарство і право. 2009. № 10. С. 79–82. Бібліогр.: 2 назв. укр.

обов'язково зруйнує його нейтральність. При цьому медіатор не особисто чи умисно порушить принцип нейтральності, а буде як свідок давати показання».³⁰⁵ Однак вірогідність того, що медіатор може бути викликаний до суду як свідок, означає ілюзорність та тимчасовість його нейтральності. Нейтральність є основоположним принципом медіації та забезпечує результативні робочі відносини між медіатором та сторонами спору, а також дає змогу проводити ефективні приватні медіаційні сесії з кожною зі сторін спору;

3) за умови присудової медіації гарантії конфіденційності набувають особливого значення, тому що зв'язок медіатора та судді дуже тісний і може ставити під сумнів неупередженість можливого подальшого судового розгляду.³⁰⁶

Саме конфіденційність медіації підвищує її популярність порівняно із судовим розглядом, особливо коли сторони спору заінтересовані уникнути розголосу самого факту спору та результатів його вирішення з огляду на репутаційні ризики.

Міжнародне та наднаціональне і національне законодавство містить норми щодо принципу конфіденційності медіації (ст. 10 Модельного закону ЮНСИТРАЛ про міжнародну примирну процедуру³⁰⁷ Директиви №2008/52/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах»³⁰⁸), які вимагають від держав внесення необхідних положень до національного законодавства.

³⁰⁵ National Labor Relations Board, Petitioner, v. Joseph Macaluso, Inc., D/b/a Lemon Tree, Respondent, 618 F.2d 51 (9th Cir. 1980). URL:<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/618/51/407482/>

³⁰⁶ Ellen E. Deason, The Quest for Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or Crucial Predictability?, 85 Marq. L. Rev. 79 (2001). URL:<http://scholarship.law.marque.edu/mulr/vol85/iss1/4>

³⁰⁷ ЮНСИТРАЛ Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и Руководство по принятию и применению, 2002. URL:http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955_Ebook.pdf.

³⁰⁸ Директива № 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах. URL:http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a95.

Вважаємо, що принцип конфіденційності медіації, безперечно, має бути врегульований у законодавстві, адже це є один із чинників заохочення до позасудового вирішення спорів. Саме держава заінтересована у розвантаженні судів, формуванні практики мирного, позасудового вирішення спорів. Водночас на перше місце постає питання змісту цього принципу, меж конфіденційності медіації. Англійські медіатори Г. Браун та А. Марріот міркування з цього приводу починають з аналізу співвідношення ст. 8 «Захист інформації приватного характеру» та ст. 10 «Свобода думки, совісті та релігії» Хартії основних прав Європейського Союзу.³⁰⁹ Досвід штату Каліфорнія (США) свідчить, що абсолютної конфіденційності медіації бути не може, навіть якщо вона і передбачена законодавчими нормами.

Так, ст. 1119 Кодексу доказування штату Каліфорнія (США) забороняє розголошення чи використання у будь-якому суді як доказів будь-яких документів, записів, медіаційних угод, свідчень та визнань, зроблених впродовж медіації чи медіаційної консультації.³¹⁰ Водночас від такої суворой вимоги в окремих справах щодо інтересів малолітніх осіб зроблено відступи для забезпечення справедливості судового рішення (було дозволено використати як доказ інформацію, що стала відома у процесі медіації, яка передувала кримінальній справі у суді, в іншій кримінальній справі медіатор був змушений давати свідчення).³¹¹

Також слід зауважити на такому аспекті, як забезпечення доступності належних доказів у разі передання спору на судовий розгляд, щоб зробити можливим справедливе судове рішення. У всякому разі законодавче регулювання принципу конфіденційності має бути виваженим і не давати підстав для

³⁰⁹ Brown, H., & Marriott, A. (2011). *ADR: principles and practice*. Third edition. London: Thomson Reuters.

³¹⁰ State of California Evidence Code § 1119 [Електронний ресурс]. URL: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=EVID&division=9.&title=&part=&chapter=2.&article=

³¹¹ Wyko, Andrea (2016) «Mediation & confidentiality» *Bond University Student Law Review*: Vol. 4: Iss. 1, Article 3. URL:<http://epublications.bond.edu.au/buslr/vol4/iss1/3>.

зловживання цим принципом сторонами, наприклад, для унеможливлення пред'явлення доказів (Д. Спенсер наводить такий можливий варіант, коли, користуючись принципом конфіденційності медіації, сторона може пред'явити у процесі медіації той чи інший доказ виключно з метою подальшого недопущення цього доказу у можливому подальшому судовому розгляді).³¹²

Із принципу конфіденційності медіації мають бути зроблені справедливі винятки, які потенційно дадуть можливість без побоювання відповідальності за розголошення конфіденційної інформації повідомити про злочин чи запобігти заподіяння шкоди життю або здоров'ю людей. Щодо самої процедури медіації обмеження принципу конфіденційності буде справедливим, коли сторони хочуть, наприклад, притягнути до відповідальності медіатора за неналежне виконання своїх обов'язків чи привести до виконання медіаційну угоду, довести недійсність медіаційної угоди через порушення принципів медіації у її процесі (наприклад, довести укладення угоди під примусом тощо). Також можливий і відступ від принципу медіації за взаємною згодою сторін.

Аналіз зарубіжного та вітчизняного досвіду правового забезпечення принципу конфіденційності медіації свідчить, що відповідні норми можуть бути передбачені:

1) процесуальним законодавством (норми щодо можливості виклику медіатора як свідка, використання як доказів інформації, оголошеної у процесі медіації тощо);

2) законами про медіацію (аналіз положень проекту Закону України «Про медіацію» буде наведено нижче);

3) у судових прецедентах (характерно для держав англосаксонської системи права);

4) правилами медіації та Кодексами етики медіаторів, що затверджуються медіаторськими організаціями та асоціаціями. Так, вимоги конфіденційності передбачені Кодексом етики медіатора Національної асоціації медіаторів України. Зокрема, п 4.3. Кодексу встановлено, що обов'язок нерозго-

³¹² D.Spencer, M.Brogan. Mediation Law and Practice. New York: Cambridge University Press, 2006.

лошення конфіденційної інформації щодо медіації та отриманої під час медіації є безстроковим;³¹³

5) договорами про проведення медіації, медіаційними застереженнями у договорах, окремими договорами про конфіденційність медіації, що укладаються між учасниками медіацій.

Аналіз положень проекту Закону України «Про медіацію» (від 17.12.2015 № 3665)³¹⁴ дає можливість з'ясувати такі елементи, які пропонується врегулювати на законодавчому рівні:

1) суб'єкти, на яких поширюється дія норм щодо конфіденційності: медіатор, сторони спору, учасники медіації, особи, залучені до організації процесу медіації.

Водночас як свідок не може бути викликаний лише медіатор, що дає можливість заінтересованій стороні спору у можливому судовому засіданні викликати для свідчень інших учасників медіації і таким чином обійти вимоги конфіденційності.

2) об'єкти, стосовно яких виникає конфіденційність: «інформація щодо пропозиції одній зі сторін про застосування процедури медіації, готовності сторін до участі у проведенні процедури медіації; думок, пропозицій або визнань, висловлених у ході проведення процедури медіації; готовності однієї зі сторін прийняти пропозицію іншої сторони про врегулювання спору та інша інформація щодо процесу підготовки та проведення медіації». Варто наголосити на можливості розширення цього переліку експертними висновками та документами технічного, юридичного характеру, даними щодо суми спору, об'єктами матеріального світу, які оприлюднювалися у процесі медіації, тощо. Сам факт проведення медіації не обов'язково буде конфіденційним, особливо якщо медіація була призначена у ході судового засідання. Водночас за умови проведення приватної

³¹³ Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України, затв. рішенням Загальних зборів ГО «Національна асоціація медіаторів України» від 07 грудня 2017 р., протокол № 1. URL:<http://namu.com.ua/ua/info/mediators/ethical-code/>

³¹⁴ Проект Закону України «Про медіацію», реєстрац. № 3665 від 17.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463.

медіації сторони можуть узгодити конфіденційність факту проведення медіації у договорі про медіацію.

О. М. Спектор справедливо зазначає, що «сторони можуть визнати конфіденційною як інформацію про саме існування конфлікту, так і щодо будь-яких аспектів спору»;³¹⁵

3) презумпцію конфіденційності інформації: «інформація щодо медіації є конфіденційною, якщо сторони медіації письмово не домовилися про інше». Водночас усупереч процитованому пункту 1 ст. 9 законопроекту пункт 4 підпорядковується іншій логіці: «у випадку, коли медіатор отримав від однієї зі сторін інформацію, що стосується спору або процедури медіації, він може розкрити таку інформацію іншій стороні. Однак, якщо сторона повідомляє медіаторові таку інформацію за умови не розкриття її іншій стороні, ця інформація не розкривається іншій стороні медіації».

У цьому аспекті вважаємо спірним твердження Г. Огречук, що «у законодавстві в обов'язковому порядку має бути відображено існування презумпції неконфіденційності інформації, отриманої медіатором під час медіації, для сторін процесу. Дана презумпція означає, що, якщо не було обумовлено інше, медіатор має право повідомити інформацію, отриману від однієї сторони процесу медіації, іншій стороні».³¹⁶ Можна припустити, що для більшої впевненості у правильності своїх дій, розуміння намірів сторін, забезпечення довіри до себе, медіатор повинен достеменно пересвідчитися у сторони спору, яку інформацію він може передати іншій стороні.

Для розуміння сутності медіації цінною є пропозиція щодо класифікації конфіденційності у медіації на процедурну (зобов'язання медіатора, сторін та учасників медіації щодо нерозголошення факту участі у медіації) та предметну

³¹⁵ Спектор О.М. Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів: дис. на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук: 12.00.03. «цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». Київ, 2012. 219 с.

³¹⁶ Огречук Г. О. Добровільність та конфіденційність як основоположні принципи медіації // Наше право. 2014. № 10. С. 177–183.

(нерозголошення інформації, що стала відома під час переговорів).³¹⁷

Принцип конфіденційності є наріжним каменем медіації і має бути врегульованим, дотриманим та захищеним учасниками медіації та законодавством з метою забезпечення затребуваності та ефективності цього альтернативного методу вирішення спорів. Адже чим більше інформації сторони розкривають у процесі медіації, тим вірогідніше віднайдення компромісного рішення. Тому гарантії того, що оприлюднені у процесі медіації інформація та факти не стануть відомими поза колом учасників медіаційного процесу, є дуже важливими. Національні законодавства забезпечують різні обсяги конфіденційності медіації та знаходять власний баланс між публічним та приватним інтересом.

В умовах становлення медіації в Україні вважаємо, що норми проекту Закону України «Про медіацію» мають бути доповненими положеннями щодо кола суб'єктів, які не підлягають виклику як свідки з приводу інформації, що стала їм відома у медіаційному процесі, а також щодо кола об'єктів та інформації, яка не може бути розголошена.

3.5. Принцип нейтральності медіатора

Значною у медіаційному процесі є роль медіатора, який має здійснювати свої обов'язки відповідно до норм медіаторської етики та встановлених законодавством принципів, у тому числі нейтральності, неупередженості та незалежності. У законодавчих актах та науковій літературі останні три терміни вживаються синонімічно, інколи попарно (нейтральність – незалежність, неупередженість – нейтральність тощо), при цьому зміст цих принципів відрізняється у різних джерелах. Така ситуація ускладнює формування однозначного розуміння сутності діяльності медіатора, його прав та

³¹⁷ Можайкіна О. С. Поняття та зміст основних принципів медіації в цивільно-правових відносинах. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції № 5/2017. URL:http://apnl.dnu.in.ua/5_2017/15.pdf

обов'язків у медіаційній процедурі, передумов для припинення участі у медіації тощо.

Необхідність дотримання медіатором принципів незалежності, нейтральності та неупередженості передбачено як нормативно-правовими актами, так і нормами медіаторської етики. Зокрема, у рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо медіації у сімейних справах зазначено, що «медіатор є неупередженим щодо сторін у справі та нейтральним щодо наслідків процесу медіації», «медіатор не нав'язує рішення чи не скеровує сторони для досягнення конкретних рішень».³¹⁸ Тому дотримання принципів нейтральності та неупередженості медіатора безпосередньо пов'язано з реалізацією принципу самовизначення сторін медіації. Сторони можуть приймати рішення, які вони вважають доречними для власних конкретних обставин. За таких умов досягається можливість сторін приймати власні рішення щодо угод про свої власні справи у найбільш прийнятний для них спосіб».³¹⁹

Вимога щодо неупередженості медіаторів міститься і в Директиві ЄС з деяких аспектів медіації: «медіатор – будь-яка третя особа, до якої звертаються сторони, щоб провести медіацію ефективно, неупереджено та компетентно».³²⁰

Європейський кодекс поведінки медіаторів розкриває зміст принципів незалежності та неупередженості медіатора. Так, під неупередженістю розуміється однакове ставлення медіатора до сторін спору, а незалежність медіатора пов'язується з відсутністю у нього конфлікту інтересів чи обставин, що здатні вплинути на його незалежність (особисті або комерційні відносини зі стороною (сторонами) спору, фінансова чи інша, пряма чи опосередкована заінтересованість у результаті медіації, надання медіатором або

³¹⁸ Recommendation Rec (2002) 10 of the Committee of Ministers to Member States on mediation in civil matters. URL:<https://rm.coe.int/16805e1f76>.

³¹⁹ Explanatory Memorandum to Recommendation No. R (98) 1. URL:<http://euromed-justiceii.eu/en/documents/show/&tid=118>.

³²⁰ Директива № 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах. URL:http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a95.

працівником його фірми будь-яких послуг, окрім медіаторських, стороні (сторонам) спору).³²¹

У проекті Закону України «Про медіацію» визначено, що медіатором є незалежний посередник, який допомагає сторонам спору у його вирішенні шляхом медіації. Автори законопроекту до змісту принципу незалежності медіатора включають відсутність залежності медіатора від державних органів, фізичних та юридичних осіб, а також заборону їх втручання у діяльність медіатора. Медіатором не може бути адвокат, представник та/або законний представник сторони медіації.

Проект закону ототожнює поняття нейтральності та неупередженості медіатора, зокрема наголошується на забезпеченні неупередженого підходу медіатора щодо сторін спору, обмеженні права медіатора у наданні консультації сторонам виключно щодо порядку проведення медіації та фіксування її результатів, необхідності забезпечення принципу самовизначення сторін спору.³²²

Слід зауважити, що Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України також розглядає принципи незалежності і нейтральності медіатора: «Медіатор має бути незалежним від впливу третіх осіб на процедуру і результат медіації. Медіатор має бути нейтральною особою, яка не є заінтересованою у змісті спору. Медіатор допомагає сторонам конфлікту (спору) налагодити комунікацію, проводити переговори, досягти порозуміння. Медіатор надає сторонам медіації консультації виключно щодо порядку проведення медіації та фіксування її результатів. Медіатор має бути неупередженим у ставленні до сторін, фактів, суджень у конфлікті (спорі), усвідомлено залишаючи осторонь власні стереотипи та власний життєвий досвід. Медіатор не має права оцінювати поведінку та погляди сторін медіації, за винятком

³²¹ European Code of Conduct for Mediators. URL:http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf.

³²² Проект Закону України «Про медіацію», реєстрац. № 3665 від 17.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463.

явного порушення ними правових та/або етичних норм або порядку проведення медіації».³²³

Отже, нормативно-правовими актами встановлюється вимога стосовно нейтральності медіатора, проте не розкриваються зміст та співвідношення понять «нейтральність», «неупередженість», «незалежність», «безсторонність» медіатора тощо.

Важливість дотримання принципу нейтральності медіатора у цілому не викликає заперечень ані серед науковців, ані серед медіаторської спільноти, адже саме нейтральність медіатора і є однією із визначальних ознак альтернативних методів вирішення спорів, у тому числі медіації, та гарантує законність і справедливість як процедури, так і результату медіації.

Зокрема, під «альтернативними методами вирішення спорів» Консультативний документ Європейської комісії пропонує розуміти «широкий спектр структурованих процесів, у тому числі медіацію та примирення... який передбачає допомогу нейтральної третьої сторони...».³²⁴

Г. Браун та А. Мерріот наголошують, що фундаментальною основою добросовісності медіаційного процесу є те, що медіатор повинен проводити його неупереджено та безсторонньо.³²⁵

В. В. Ярков підкреслює, що участь у вирішенні спору медіатора, який займає незалежну і нейтральну позицію щодо сторін, є більш продуктивною, оскільки обумовлює компромісні рішення.³²⁶

Г. Астор вважає, що поняття нейтральності медіатора має свої витoki щодо розуміння нейтральності і неупе-

³²³ Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України, затв. рішенням Загальних зборів ГО «Національна асоціація медіаторів України» від 7 грудня 2017 р., протокол № 1. URL:<http://namu.com.ua/ua/info/mediators/ethical-code/>

³²⁴ Consultation Paper on Alternative Dispute Resolution (LRC CP 50-2008). URL:http://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/cp50.htm

³²⁵ Brown, H., & Marriott, A. ADR: principles and practice. Third edition. London: Thomson Reuters, 2011.

³²⁶ Ярков, В. В. Нотариат и медиация: постановка вопроса // Третьейский суд. 2005. №5. С. 150.

редженості судді як запоруки справедливості та об'єктивності судового рішення. В англomовних нормативно-правових актах та публікаціях терміни «медіатор» (mediator) та нейтральний посередник (neutral) здебільшого вживаються як синоніми, що опосередковано свідчить про те, що формування альтернативних методів вирішення спорів відбувалося з наголосом на нейтральності третьої сторони, яка допомагає дійти сторонам спору до його мирного розв'язання. Автор також підкреслює, що нейтральність медіатора та дотримання порядку консенсуального прийняття рішення у спорі визначають законність такого рішення, адже законність змісту медіаційної угоди не завжди визначається чинними правовими нормами.³²⁷

З огляду на відсутність однозначної єдності у законодавчих та нормативних нормах стосовно змісту поняття «нейтральність медіатора», проаналізуємо дослідження зарубіжних фахівців, адже вони ґрунтуються на значному досвіді медіаційної практики. Слід зауважити, що дискусія щодо змісту та меж нейтральності медіатора триває вже багато років, а єдиним твердженням, яке не викликає жодних заперечень, є «розпливчастість поняття нейтральності медіатора».

До того ж науковці та практики у сфері медіації зазначають, що дотримання на практиці принципу нейтральності та неупередженості медіатора спричиняє проблемні аспекти та дискусійні питання:

чи мають бути ці принципи обов'язково закріплені у законодавстві? Чи можуть законодавчі положення чи етичні норми врахувати всі стилі медіації?

чи можливо взагалі медіатору бути цілком неупередженим та нейтральним? Зокрема, чи доцільно медіатору бути цілком неупередженим та нейтральним?

які саме обставини слід відносити до складу поняття «конфлікт інтересів» і яким чином визначати наявність такого конфлікту та його потенційний вплив на результат медіаційної процедури?

³²⁷ Astor, H. (2007). Mediator neutrality: Making sense of theory and practice. *Social & Legal Studies*, 16(2), 221–239. doi:10.1177/0964663907076531.

чи є неприпустимим для медіатора вийти за межі своєї нейтральності та неупередженості, якщо це забезпечує справедливе вирішення спору?

щодо чого визначається нейтральність та незалежність медіатора: самої процедури медіації чи змісту угоди за результатами медіації?

хто саме оцінює дотримання медіатором принципу нейтральності: сам медіатор, сторони спору, саморегульована організація медіаторів (або суд у випадку притягнення медіатора до відповідальності)?

які є потенційні наслідки недотримання медіатором принципу нейтральності (зокрема, дійсність угоди за результатами медіації, юридична відповідальність медіатора тощо)?

яким чином пов'язані чи протиставляються поняття неупередженості, рівновіддаленості медіатора, однакового ставлення медіатора до сторін медіації та як ці поняття мають реалізовуватися у медіаторській практиці?

що є більш важливим: безумовне дотримання принципів медіаторської діяльності чи досягнення справедливого вирішення спору (особливо у випадку явного дисбалансу сил сторін спору)?

якими мають бути межі впливу медіатора на процес медіації та її результат?

Розпочати наш аналіз пропонуємо з припущення, що, безумовно, нейтрального та неупередженого медіатора бути не може, адже медіатор, хоч і розуміє вимоги до своєї діяльності, не може цілком позбутися власного світогляду, уподобань, суб'єктивного сприйняття реальності, життєвого досвіду тощо, водночас професіоналізм медіатора, зокрема, передбачає і здатність медіатора не допустити зовнішніх проявів свого суб'єктивного ставлення. Іншим припущенням є те, що сторони спору не можуть бути, безсумнівно, рівними у своїх суб'єктивних силах і можливостях щодо формування та аргументування власної позиції, залучення юристів чи консультантів, оголошення своїх думок та побажань у ході медіації тощо. Ще однією висхідною точкою міркувань має бути розуміння ролі медіатора у досягненні мети медіації –

справедливого вирішення спору для всіх сторін спору. Крім того, межі та характер нейтральності медіатора визначаються і стилем медіації, який він обрав: фасилітативний чи оцінний.

Саме оціночна і директивна медіації зумовлюють найбільш серйозні заперечення у зв'язку з порушенням принципів добровільності та нейтральності у їх класичному розумінні. Деякі фахівці намагаються виявляти і задовольняти інтереси сторін у дусі співробітництва, але частіше залишаються на рівні позицій і задовольняються компромісом.³²⁸

Наведені вище припущення дають нам змогу виходити з того, що зміст поняття нейтральності медіатора залежить від певного контексту, а саме особливостей певної процедури медіації.

Аналіз положень нормативно-правових актів, кодексів етики медіатора, наукових публікацій дає можливість виділити такі елементи нейтральності медіатора:

1. Вимога до медіатора утримуватися від впливу на зміст медіації та/чи результат вирішення спору. Г. Астор наголошує, що завданням медіатора є контроль за процесом медіації, забезпечення процедурного порядку медіації, у процесі якого сторони з'ясовують суть спору та порядок його вирішення.³²⁹

У такому контексті вдалим є таке визначення медіації: «процес переговорів, в якому медіатор (посередник) є організатором і управляє переговорами таким чином, щоб сторони дійшли найбільш вигідної реалістичної та такої, що задовольняє інтереси обох (всіх) сторін, угоди, в результаті виконання якої конфлікт між сторонами буде врегульовано».³³⁰

С. Дуглас пропонує розрізняти процес медіації та результат медіації при аналізі сутності та застосуванні принципу

³²⁸ Шумова К. О. Принципы медиации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. Саратов, 2015. 199 с.

³²⁹ Astor, H. (2007). Mediator neutrality: Making sense of theory and practice. *Social & Legal Studies*, 16(2), 221-239. doi:10.1177/0964663907076531.

³³⁰ Аллахвердова О. В. Карпенко А. Д. Медиация – переговоры, с участием посредника. СПб.: Роза мира, 2007. 144 с.

нейтральності медіатора.³³¹ Його думку поділяє дослідник Т. Богданоскі, який вважає, що процедурне втручання медіатора виявляється у сприянні та контролі процесу медіації шляхом заохочення сторін до діалогу, підтримки сторін у визначенні спірних аспектів та виробленні альтернативних рішень, водночас медіатор не нав'язує варіантів вирішення спору або не впливає на зміст та результат медіації.³³² С. Ізумі також розрізняє нейтральність щодо змісту та результатів медіації.³³³ Дуглас підсумовує, що нейтральність медіатора забезпечується у випадку, коли його втручання у процес медіації полягає у контролі за процесом медіації, а не контролі за змістом результату медіації.

На практиці дуже важко знайти межу між сприянням процесу медіації та впливом на її результат, адже вплив медіатора може виявлятися навіть у нюансах, таких, як час, який медіатор надає стороні для висловлення своєї позиції, порядок висловлення позицій (С. Кобб та Д. Ріфкін наводять результати власних досліджень, за якими у понад 80% випадків сторона, якій медіатор надав право висловитися першою, має визначальний вплив на формулювання рішення щодо спору).³³⁴ А. Гарсія вважає, що навіть такий прийом медіаторської діяльності, як підбиття підсумків щодо позицій сторін, може мати вади упередженості;³³⁵

2. Аспект однакового ставлення медіатора до сторін спору та недопущення медіатором фаворитизму щодо однієї зі сторін медіації є найбільш дискусійним. Так, С. Кобб і Д. Ріфкін стверджують, що медіатор має бути рівновід-

³³¹ Douglas, S. (2008). Neutrality in mediation: A study of mediator perceptions. *Law and Justice Journal*, 8(1), 139–157.

³³² Bogdanoski, T. (2009). The 'neutral' mediator's perennial dilemma: To intervene or not to intervene? *Law and Justice Journal*, 9(1), 26–43.

³³³ Izumi, C. (2010). Implicit bias and the illusion of mediator neutrality. *Washington University Journal of Law & Policy*, 34, 71.

³³⁴ Cobb, S., & Rifkin, J. (1991). Practice and paradox: Deconstructing neutrality in mediation. *Law Social Inquiry*, 16(1), 35–62. doi:10.1111/j.1747-4469.1991.tb00283.x.

³³⁵ Garcia, A., Vise, K. and Whitaker, S. (2002), «Disputing neutrality: a case study of a bias complaint during mediation», *Conflict Law Quarterly*, Vol. 20 № 2. pp. 205–230.

даленим від сторін спору, що забезпечує баланс сил сторін, і тому медіатори за певних обставин можуть виправдано сприяти одній зі сторін медіації з огляду на те, що «нейтральність є активним процесом, у якому упередженість використовується для створення симетрії».³³⁶

Л. Вінг підкреслює, що рівновіддаленість є необхідною, адже ідеологія медіації хибно стверджує, що кожна зі сторін здатна оголосити свою позицію та сформулювати рішення і на підставі цього, має рівні сили та вплив у медіаціях.³³⁷

Проте наведене твердження нерідко оспорується, зокрема Д. Бекер наводить результати опитування медіаторів, у якому 73% респондентів впевнені, що необхідність забезпечити баланс сил між сторонами медіації не виправдовує відхід від принципу нейтральності медіатора.³³⁸

У цьому контексті цікавим є підхід С. Кобб та Д. Ріфкін, що основоположна відмінність між неупередженістю та рівновіддаленістю полягає у розумінні поняття «упередження», яке набуває негативного значення, коли аналізується поняття неупередженості медіатора, але упередженість інтерпретується у позитивному аспекті, якщо йдеться про симетричність рівновіддаленості медіатора від сторін медіації. Тому ці автори вважають неупередженість та рівновіддаленість медіатора взаємовиключними принципами.

3. Незалежність медіатора, яка полягає у відсутності фінансових чи особистих зв'язків зі сторонами спору. Т. Єлісеєва вважає, що принцип неупередженості реалізується шляхом встановлення особливого порядку послуг медіатора. Усі витрати, пов'язані з проведенням примирної процедури, у тому числі виплати медіатору, сторони спору несуть у рівних частинах незалежно від результату примирної процедури. Основним чинником незалежності є особливий порядок

³³⁶ Cobb, S., & Rifkin, J. (1991). Practice and paradox: Deconstructing neutrality in mediation. *Law Social Inquiry*, 16(1), 35–62. doi:10.1111/j.1747-4469.1991.tb00283.x

³³⁷ Wing, L. (2009), « Mediation and inequality reconsidered: bringing the discussion to the table » *Conflict Law Quarterly*», Vol. 26 № 4, pp. 383–404.

³³⁸ Becker, D. (2013), «The controversy over mediator neutrality: input from New Zealand mediators», Master of laws thesis, University of Otago.

оплати послуг медіатора, що передбачає спільну і рівну участь усіх сторін спору, а в разі проведення медіаційних процедур на громадських засадах (безоплатно) – ненадання фінансування жодної зі сторін.³³⁹

Однак деякі дослідники (Г. Астор, Д. Браун та А. Мерріот) не вбачають перепон для проведення медіації у випадку, коли медіатор певною мірою пов'язаний чи знайомий зі стороною спору. Дослідники вважають, що у такому випадку медіатор має пояснити сторонам спору характер свого зв'язку зі стороною спору і вже сторони спору можуть погоджуватися чи заперечувати кандидатуру медіатора. Аналогічні положення містяться у Модельному законі про медіацію (США).

Пункт 2 ст. 11 проекту Закону України «Про медіацію» передбачає, що «у разі звернення до будь-якої особи, у зв'язку з її можливим призначенням як медіатора для вирішення спору між сторонами, ця особа повинна повідомити про будь-які обставини, які можуть викликати обґрунтовані сумніви щодо її нейтральності та/або незалежності. Медіатор з моменту його призначення і протягом всієї процедури медіації повинен без зволікання повідомити сторони про такі обставини, якщо він не повідомив їх про ці обставини до моменту призначення медіатором».³⁴⁰

4. Незалежність медіатора від органів влади. Так, проект Закону України «Про медіацію» передбачає, що «медіатор не залежить від сторін медіації, державних органів, інших юридичних і фізичних осіб. Втручання державних органів, будь-яких юридичних і фізичних осіб у діяльність медіатора при підготовці та проведенні медіації забороняється. У теоретичному аспекті незалежність медіатора та незалежність суддівської влади має майже ідентичні ознаки. Дотримання незалежності присудовими медіаторами викликає багато дискусій, так, Н. Грень вважає, що «присудова медіація є

³³⁹ Becker, D. (2013), «The controversy over mediator neutrality: input from New Zealand mediators», Master of laws thesis, University of Otago.

³⁴⁰ Проект Закону України про медіацію, реєстрац. № 3665 від 17.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463.

незалежною від держави, не має вищих інстанцій, а медіатор діє від свого імені, а не від держави.³⁴¹

Е. Рок виділяє внутрішню (власні переконання та сприйняття) і зовнішню нейтральність медіатора (дії чи бездіяльність у процесі медіації), наголошуючи, що медіатор, не маючи можливості позбутися внутрішніх почуттів та емоцій, має усвідомлювати їх та подавляти чи компенсувати, наприклад, сприяючи інтересам сторони, якій медіатор не симпатизує.³⁴²

Саме через багатогранність та суперечливість змісту поняття «нейтральність медіатора» включення відповідного положення до Модельного закону про медіацію у США викликало суперечки у медіаторських колах. Прихильники законодавчого врегулювання принципу нейтральності медіатора стверджували, що відсутність такої правової норми призводить до перекручення медіаційного процесу. Їх опоненти вважали, що законодавче закріплення вимоги щодо нейтральності медіатора може стати підґрунтям для позовів на медіаторів з боку незадоволеної сторони спору, крім цього, висловлювалися сумніви щодо застосовності такої правової норми. У результаті обговорень проекту Модельного закону про медіацію було вирішено не включати положення про нейтральність медіатора, водночас передбачено вимогу до медіатора оголосити про конфлікт інтересів.

Враховуючи викладене, можемо констатувати, що нейтральність медіатора є наріжним каменем медіаційного процесу та гарантує законність і справедливість медіаційної угоди. Водночас зміст поняття нейтральності медіатора не є постійною величиною і залежить від дії багатьох чинників, у тому числі професіоналізму медіатора, обраного стилю медіації, особливостей кожної окремої процедури медіації.

³⁴¹ Грень Н. М. Реалізація права людини на справедливий суд шляхом процедури присудової медіації: теоретико-правове дослідження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Львів, 2016. 250 с.

³⁴² Rock, E. (2006), «Mindfulness meditation: the cultivation of awareness, mediator neutrality, and the possibility of justice», *Cardozo Journal of Conflict Resolution (CJCR)*, Vol. 6 № 2. pp. 347–365.

Висновки до розділу 3

В організації правовідносин, що складаються у ході процедури медіації, особливу роль відіграють принципи, адже медіація, на відміну від судового процесу, не має чітко визначених етапів, процедури, інших організаційних та часових параметрів.

Історія становлення медіації у зарубіжних державах свідчить, що принципи медіаційної процедури кристалізувалися у процесі практики, формулювалися у документах медіаторських спільнот, після чого закріплювалися у нормативно-правових актах. Так, перелік принципів медіації наведено у численних зарубіжних та окремих вітчизняних наукових працях, міжнародних правових актах (наприклад, Типовий Закон ЮНСІТРАЛ «Про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру»), кодексах етики медіатора, національних нормативно-правових актах щодо медіації, а також в індивідуальних договорах про проведення медіації.

При цьому слід зважати на той факт, що немає єдиного та загальноприйнятого поняття медіації, адже на практиці застосовуються різні моделі медіації, які зумовлюють неоднаковий зміст ролі та повноважень медіатора, порядку звернення сторін спору до медіації тощо. Водночас аналіз зарубіжної та вітчизняної практики дозволяє нам виокремити певні загальні засади різних форм медіації: участь у переговорах з вирішення спору третьої нейтральної та неупередженої особи – медіатора, виконання медіатором функцій зі сприяння та допомоги сторонам у вирішенні спору, добровільне прийняття рішення у спорі самими сторонами, зосередження всіх повноважень щодо вирішення спору у його сторін, конфіденційність процедури тощо.

Проект Закону України «Про медіацію» (реєстрац. № 3665 від 17.12.2015) у редакції, прийнятої у першому читанні, визначає, що медіація проводиться за взаємною згодою сторін медіації на підставі принципів добровільної участі, активності і самовизначення сторін медіації, незалежності та нейтральності медіатора, конфіденційності інформації щодо медіації.³⁴³

³⁴³ Проект Закону України про медіацію, реєстрац. № 3665 від 17.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463.

Саме таку класифікацію принципів ми заклали в основу нашого дослідження, керуючись розумінням того, що принципи медіації реалізуються взаємопов'язано, а їх дотримання уможлиблює досягнення кінцевої мети медіації – справедливого вирішення спору мирним шляхом та формування передумов для подальших взаємовідносин сторін.

Завдяки реалізації принципу самовизначення сторони медіації можуть визначати та забезпечувати дотримання своїх прав та інтересів, знайти такий варіант вирішення спору, який задовольняє обидві сторони спору. Саме здатність сторін контролювати процес медіації від самого початку до укладення медіаційної угоди є однією із визначальних особливостей медіації, що відрізняє її від судового порядку вирішення спору, арбітражу чи третейського суду.

Принцип самовизначення сторін медіації, що складається з процедурних і змістовних компонентів, зокрема, щодо самостійного вибору сторонами медіатора, кола обговорюваних питань, варіантів урегулювання спору тощо, також положення законопроекту наголошують, що остаточні рішення ухвалюються виключно сторонами медіації

З теоретичної точки зору, від обсягу дотримання принципу самовизначення залежить і модель медіації: оціночна, фасилітаційна чи ін.

Добровільна природа медіації, крім того, позитивно відрізняє медіацію від судового розгляду спору, дає змогу сторонам спору на взаємовигідних умовах вирішувати спір, адже вони самі погоджуються на медіаційну процедуру, беруть у ній участь і приймають рішення щодо укладення чи неукладення угоди. Принцип медіації передбачається міжнародним та національним законодавством, але досвід переконливо доводить, що обсяги та зміст цього принципу можуть бути різними, насамперед, коли регулюється ступінь обов'язковості застосування добровільної процедури.

Незважаючи на поширену практику запровадження обов'язкової медіації у тих чи інших формах та обсягах в різних державах світу, ми дійшли висновку, що таке рішення буде для України передчасним, хоча б тому, що медіаторська інфраструктура до цього, безумовно, не готова. Водночас

обов'язковість медіації в чітко визначених спорах із відповідним забезпеченням кваліфікованими медіаторами можлива, наприклад, у трудових спорах в органах державної влади та органах місцевого самоврядування, у сімейних спорах у службах із захисту дітей.

Принцип конфіденційності є наріжним каменем медіації і має бути врегульованим, дотриманим та захищеним учасниками медіації та законодавством з метою забезпечення затребуваності та ефективності цього альтернативного методу вирішення спорів. Адже чим більше інформації сторони розкривають у процесі медіації, тим вірогідніше віднайдення компромісного рішення. Тому гарантії того, що оприлюднені у процесі медіації інформація та факти не стануть відомими поза колом учасників медіаційного процесу, є дуже важливими. Національні законодавства забезпечують різні обсяги конфіденційності медіації та знаходять власний баланс між публічним та приватним інтересом.

Важливість дотримання принципу нейтральності медіатора у цілому не викликає заперечень ані серед науковців, ані серед медіаторської спільноти, адже саме нейтральність медіатора і є однією із визначальних ознак альтернативних методів вирішення спорів, у тому числі медіації, та гарантує законність і справедливість як процедури, так і результату медіації. З метою формування комплексного уявлення про принцип нейтральності медіатора нами було проаналізованого його окремі елементи у сукупності та взаємозв'язку.

Однією із переваг медіації вважається варіабельність її процедури, тому детальне законодавче регулювання порядку проведення медіації є недоцільним, водночас сторони спору мають самостійно визначати порядок його вирішення, спираючись на законодавчо визначені загальні принципи

Принципи медіації не тільки відображають її об'єктивні властивості, але й втілюють суб'єктивне та об'єктивне сприйняття медіації суспільством, враховують досвід застосування медіації у різних державах, менталітет населення та правові традиції певної держави.

Розділ 4

ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ У СФЕРІ МЕДІАЦІЇ

4.1. Загальна характеристика договірних конструкцій, які використовуються у сфері медіації

Одним із напрямів розвитку правової системи нашої держави є запровадження альтернативних методів вирішення спорів, серед яких медіації нині приділяється особлива увага. У зв'язку з цим виникає заінтересованість теоретичними та практичними основами застосування медіації, зокрема щодо угод, які укладаються до початку та за результатами медіації, адже медіація має договірну основу. Відсутність теоретичної основи особливостей укладання, виконання, зміни та припинення угод та договорів у сфері медіації може спричиняти проблеми щодо належного оформлення договірних відносин як у сфері медіації, так і стосовно спору, який підлягав вирішенню. Чітка регламентація медіаційних договорів, розроблення юридичної конструкції законного та дійсного медіаційного договору має стати запорукою популярності та довіри населення до медіації. Основними дискусійними моментами є сутність, форма та юридична сила таких угод і договорів. Слід зазначити про відсутність єдиної термінології, що певною мірою ускладнює сприйняття громадськістю процедури медіації та її юридичних наслідків.

Логічним початком дослідження договорів у сфері медіації буде визначення сфери їх застосування, що дасть можливість досягнути всю множинність таких договорів та виокремити підстави для їх класифікації. Так, згідно зі ст. 3 проекту Закону України «Про медіацію» (від 17.12.2015 № 3665) «медіація може застосовуватися у будь-яких конфліктах (спорах), у тому числі цивільних, сімейних, трудових, господарських, адміністративних, а також в кримінальних провадженнях та справах щодо адміністративних правопорушень у конфліктах (спорах) між резидентами України, так

і у конфліктах (спорах) за участю нерезидентів, якщо сторони медіації погодились, що процедура медіації буде проведена на території України».³⁴⁴ Також, як і в державах англосаксонської системи права, медіація може застосовуватися щодо питань компенсації завданої злочином шкоди. Отже, медіація може опосередковувати горизонтальні та вертикальні правовідносини.

Згідно з доповіддю Ради з цивільного судочинства Великої Британії щодо альтернативних методів вирішення спорів, у 2017 р. 45% медіацій було проведено щодо спорів у рамках виконання комерційних договорів, 42% стосувалися професійної халатності, 5% – спорів щодо інтелектуальної власності, 2% – спорів у сфері будівництва тощо. Варто зауважити, що наявність спеціалізованих органів щодо досудового вирішення трудових, будівельних та інших спорів зменшує частку відповідних медіацій, водночас наведені цифри свідчать про різнобічність застосування медіації.³⁴⁵

Договірні відносини у сфері медіації можуть виникати до та після виникнення спору, з метою початку процедури медіації або для закріплення досягнутого компромісу, у рамках приватної чи присудової медіації тощо. Тому договори у сфері медіації мають різні юридичні конструкції, мету, предмет, форму та ін.

З огляду на викладене вище, в англосаксонських законодавчих актах та науковій юридичній літературі застосовують три терміни щодо видів договорів у сфері медіації: a mediation clause (медіаційне застереження), a mediation agreement чи a contract to mediate (медіаційний договір) та a mediated settlement agreement (угода, укладена за результатами медіації). У вітчизняному чинному та перспективному законодавстві використовуються такі терміни, як «згода про застосування посередництва (медіації)», «медіаційна угода (угода про

³⁴⁴ Проект Закону України «Про медіацію», реєстрац. № 3665 від 17.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463

³⁴⁵ ADR and Civil Justice. CJC ADR Working Group Interim Report October 2017. URL:<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2017/10/interim-report-future-role-of-adr-in-civil-justice-20171017.pdf>

примирення)»,³⁴⁶ «договір за результатами медіації» та «медіаційне застереження» 1, «договір про проведення медіації» та «угода за результатами медіації».³⁴⁷

Співвідношення понять «договору» та «угоди» залишається чинником дискусій у наукових колах, а в рамках нашого дослідження ми виходимо з того, що поняття договору є переважно цивілістичним терміном та у сфері медіації його доцільно використовувати для опосередкування організаційних відносин (договір про проведення медіацій), і зважаючи на це, досягнутий сторонами спору компроміс може врегульовувати широкий спектр відносин, тому такий правочин доцільно називати «угодою».

Аналіз зарубіжної практики, проектів Закону України «Про медіацію», прикладних та наукових джерел дозволяє розробити різні класифікації договірних конструкцій у сфері медіації. З огляду на момент укладання та мету, слід розрізняти:

1) медіаційне застереження, згідно з яким сторони договору беруть на себе зобов'язання вдатися до медіації у разі виникнення спору;

2) договір про проведення медіації, за яким сторони спору зобов'язуються розпочати процедуру медіації та погоджують її зміст та умови, зокрема медіатора, тощо.

Серед таких договорів залежно від моменту укладення виокремлюються медіаційні договори, укладені до подання судового позову, та медіаційні договори, укладені після подання судового позову;

3) угода за результатами проведення медіації, в якій сторони закріплюють досягнуті домовленості.

Серед цих угод слід виділяти договори, укладені в рамках приватної медіації, та угоди, укладені в рамках присудової медіації. Водночас не слід ототожнювати поняття

³⁴⁶ Державний стандарт соціальної послуги посередництва (медіації): Наказ М-ва соціальної політики України від 17.08.2016 № 892. URL:<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1243-16>

³⁴⁷ Проект Закону України «Про медіацію», (реєстрац. № 3665-1 від 29.12.2015). URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57620.

угоди за результатами медіації та мирової угоди або угоди про примирення, які є різними правовими явищами.

Угоди, укладені за результатами медіації, можуть мати форму медіативних або додаткових договорів до основного договору (наприклад, трудового), а також сукупності договорів (якщо метою їх укладення є вирішення спору).

Непоодинокими є також думки, що договори у сфері медіації містять у собі договори між стороною спору і медіатором про надання послуг, хоча більш поширеною є все ж таки практика підписання договорів про проведення медіації як тристоронніх договорів (сторони спору та медіатор).

Водночас Г. Огречук пропонує поділяти медіаційні договори на дві групи:

1) договори, спрямовані на виникнення медіаційних відносин (договір між сторонами спору про досягнуту ними згоду на проведення медіації та договір про проведення медіації між сторонами спору та медіатором);

2) договори, що укладаються за результатами медіації – медіаційні договори.³⁴⁸

Такий підхід до поділу договорів у сфері медіації на договори організаційного характеру та правоустановчі договори є досить поширеним у юридичній літературі, адже лаконічно відображає систему договірних правовідносин у сфері медіації.

Відповідно до галузевої належності спірних правовідносин слід виділяти:

- 1) медіаційні угоди щодо цивільно-правових спорів;
- 2) медіаційні угоди щодо трудових спорів;
- 3) медіаційні угоди щодо сімейних спорів;
- 4) інші медіаційні угоди за умови, що характер спірних правовідносин не дозволяє віднести договір до жодної із наведених вище категорій (наприклад, угоди за результатами вирішення спорів між державою та інвестором).

³⁴⁸ Огречук Г. О. Правове регулювання застосування медіації при вирішенні цивільно-правових спорів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2016. 20 с.

За юридичною силою медіаційні договори можуть поділятися на такі, що затверджені судом та мають статус мирової угоди, та такі, що мають статус цивільного правочину (при цьому варто наголосити на особливості медіаційних договорів, укладених щодо трудових та сімейних спорів).

Не виключено і можливість нотаріального посвідчення медіаційної угоди за бажанням сторін, але для визнання виконавчої сили таких договорів необхідна відповідна вказівка у законодавстві. «При укладенні по спорах, що виникають з правовідносин, укладання договору за якими передбачає можливість стягнення за виконавчим написом нотаріуса, виконання медіаційного договору можливо за допомогою виконавчого напису нотаріуса».³⁴⁹

Для аналізу правової природи угод у сфері медіації такі угоди слід розглянути як юридичний факт – правочин, як правовідносини, як документ. Можна припустити, що найбільш поширеним видом медіаційної угоди є така, що виникла зі спірних цивільно-правових відносин, була укладена сторонами спору без передачі спору на судовий розгляд та являє собою цивільно-правовий правочин, спрямований на встановлення, зміну чи припинення прав та обов'язків сторін. Тому такий вид медіаційної угоди може врегульовуватися нормами цивільного законодавства щодо зобов'язального права (наприклад, про припинення зобов'язання, про передачу відступного, про зарахування зустрічних вимог, про прощення боргу тощо). У випадку недотримання сторонами взятих на себе зобов'язань захист прав сторін буде здійснюватися у порядку, передбаченому цивільним законодавством.

Враховуючи таке припущення, можна сформулювати характерні риси угоди за результатами медіації, а саме:

- 1) консенсуальний характер;
- 2) дійсність визначається згідно з вимогами до цивільно-правових правочинів;
- 3) письмова форма;
- 4) багатосторонність.

³⁴⁹ Огречук Г. О. Правове регулювання застосування медіації при вирішенні цивільно-правових спорів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2016. 20 с.

При цьому варто наголосити на спеціальній договірній конструкції та наявності спеціальної мети – вирішення спору. «З точки зору спрямованості дій, юридичної мети цієї угоди (каузи) даний договір є доволі (цілком) самостійний: орієнтована на усунення конфлікту медіаційна угода забезпечує єдність та результат окремих дій, що належать до її предмета, підпорядковує їх загальному завданню».³⁵⁰

Також доречним буде зауважити щодо письмової форми угоди, яка укладається за результатами медіації, оскільки потенційно можуть існувати такі складові вирішення спору, як вибачення, визнання вини, які можуть бути озвучені сторонами та впливати на зміст письмово викладених зобов'язань. Тобто не всі умови вирішення спору можуть бути зафіксовані у документі. Договір про проведення медіації може укладатися як у письмовій, так і в усній формі.^{351; 352}

Не слід ототожнювати договір, укладений за результатами медіації, з мировою угодою, адже ці договірні конструкції регулюються різними галузями права та відрізняються своїми завданнями.

На договори у сфері медіації поширюються загальні правила щодо багатосторонніх договорів, тому слід дотримуватися вимог стосовно форми та змісту таких правочинів. Проект Закону України «Про медіацію» передбачає такий склад учасників медіації: «медіатор (медіатори), сторони медіації, їх представники, законні представники, перекладач, експерти та інші особи, визначені за домовленістю сторін медіації» (стороною спору слід розуміти фізичну, юридичну особу та/або групу осіб). До сторін договору відносять

³⁵⁰ Медиативное соглашение в системе гражданско-правового регулирования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Казань, 2014. 26 с.

³⁵¹ Brown, H., & Marriott, A. (1993). ADR principles and practice. London: Sweet Maxwell.

³⁵² Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України, затв. рішенням Загальних зборів ГО «Національна асоціація медіаторів України» від 07.12.2017, протокол №1. URL:<http://namu.com.ua/ua/info/mediators/ethical-code>

зазвичай сторони спору та медіатора (медіаторів). Відносини між сторонами спору та медіатором є за своєю сутністю відносинами з надання послуг, при цьому відповідальність медіатора та претензії сторін щодо якості послуг слід розглядати окремо.

В юридичній літературі та законодавчих актах можна знайти кілька підходів до визначення істотних умов договору, укладеного за результатами медіації. Наприклад, Закон Республіки Казахстан «Про медіацію» передбачає значний перелік істотних умов договору:

- 1) дата, час і місце укладення договору про медіацію;
- 2) найменування сторін спору (конфлікту), прізвища та ініціали, посади їх представників із зазначенням повноважень;
- 3) предмет спору (конфлікту);
- 4) відомості про медіатора (медіаторів), який (які) обраний (обрані) сторонами медіації;
- 5) умови, порядок і розмір витрат, пов'язаних із проведенням медіації, а в разі здійснення медіації на професійній основі – виплати винагороди медіатору (медіаторам) за проведення медіації;
- 6) мова проведення медіації;
- 7) зобов'язання сторін про конфіденційність проведення медіації та наслідки невиконання такого зобов'язання;
- 8) підстави та обсяг відповідальності медіатора, який бере участь у врегулюванні спору (конфлікту) сторін медіації, за дії (бездіяльність), що призвели до збитків (шкоди) для сторін медіації;
- 9) реквізити сторін (дані, що засвідчують особу, місце проживання, контактні телефони);
- 10) строк проведення медіації;
- 11) порядок проведення медіації.³⁵³

Водночас проект Закону України «Про медіацію» (від 17.12.2015 № 3665) містить лише загальні положення щодо договору за результатом медіації. Нещодавно прий-

³⁵³ Закон Республіки Казахстан от 28 января 2011 г. № 401-IV «О медиации» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 31.10.2015). URL:https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30927376#pos=250;-104

нятий в Ірландії Закон «Про медіацію» вимагає тільки письмової форми медіаційної угоди, підписаної сторонами, та визначає умови її недійсності (вада волі сторони спору, протиріччя публічному порядку, не повною мірою захищає інтереси сторін та дітей у сімейній медіації).³⁵⁴

З огляду на основоположні принципи медіації – добровільність та самовизначеність сторін, сумнівною видається необхідність надмірної деталізації у законодавстві істотних умов угоди за результатами медіації. «Предмет медіаційної угоди не завжди може збігатися з предметом спору чи судового розгляду, може містити юридично не значущі, але важливі для сторін умови, містити обов'язки різної правової природи».³⁵⁵

Вбачається, що розробляти структуру та типові умови договорів про медіацію повинні медіаторські організації та спільноти, враховуючи об'єктивну доцільність включення до договору за результатами медіації:

- 1) необхідної інформації про сторони, медіатора та предмет спору;
- 2) положень щодо погоджених сторонами зобов'язань, умов та строків їх виконання.

При цьому слід зауважити, що істотні умови договору за результатами медіації можуть залежати від обраної сторонами правової конструкції відповідного договору (купівлі-продажу, міни, виконання робіт чи надання послуг тощо).

На підставі викладеного вище можна сформулювати основні критерії недійсності угоди про результати медіації:

- 1) недотримання вимоги щодо письмової форми;
- 2) наявність у ній положень, які суперечать законам України, інтересам держави і суспільства, його моральним засадам;
- 3) неможливість установити суть, умови та строки виконання зобов'язань сторонами.

³⁵⁴ Mediation Act 2017. Ireland. URL:<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2017/act/27/enacted/en/index.html>

³⁵⁵ Степанова Е.А. Медиативное соглашение в системе договоров трудового права // Цивилист. 2012. № 4. С.95–97.

Отже, можемо стверджувати, що медіація має договірний характер, адже процес медіації можна розглядати як послідовність договірних правовідносин – від організаційних до правовстановлюючих.

З огляду на широку сферу застосування, медіаційні договори та угоди мають бути універсальним інструментом, придатним для врегулювання різноманітних відносин, з приводу яких виник спір, тому прив'язка правової природи медіаційного договору угоди до тієї чи іншої галузі права є недоречною. Здебільшого медіаційні угоди є цивільно-правовими, хоча правова природа та дія медіаційних угод та договорів зазвичай виходить за межі правовідносин, які вони врегульовують, адже медіаційні угоди та договори не обмежені лише нормами права, а й застосовують категорії моралі, добросовісності, етики, справедливості тощо. Актуальним напрямом подальшої наукової дискусії щодо договорів у сфері медіації вбачається питання юридичної сили таких договорів у взаємозв'язку із задекларованим принципом добровільності медіації та правом людини на захист своїх прав у суді.

4.2. Юридична сила та роль медіаційного застереження

Запровадження альтернативних методів вирішення спорів в Україні повинно бути багатостороннім процесом, що складається з розроблення законодавчої бази, просвітницької діяльності, запровадження процедур позасудового вирішення спорів органами державної та місцевої влади, функціонування саморегульованих медіаторських організацій та формування відповідної ділової практики. Особливу ефективність альтернативні методи вирішення спорів, зокрема медіація, мають до моменту подання позову. Якщо ж судове провадження розпочалося і сторони вже витратили часові та фінансові ресурси на підготовку позову, залучення адвоката та морально налаштувалися на судовий процес, то за таких умов рішення

на користь медіації прийматиметься складніше. До викладеного вище слід додати потенційну недовіру до альтернативних методів вирішення спорів, побоювання затягнути і без того значний час на вирішення спору.

Практика включення до господарських, цивільних, трудових, шлюбних та інших договорів, у тому числі транснаціональних, медіаційного застереження – письмового зобов'язання сторін вирішувати можливі спори за договором у порядку медіації – має стати саме тим чинником, який обумовить розвиток медіації в Україні та розвантажить судову систему, сформує традиції мирного, конфіденційного вирішення спору та збереження нормальних відносин між сторонами спору.

Водночас для того, щоб медіаційне застереження почало відігравати свою роль, необхідно сформулювати вимоги до складання такого застереження, розглянути доцільність внесення змін до чинної законодавчої бази з метою надання медіаційному застереженню юридичної сили, зокрема права суддів призупиняти судові провадження для проведення сторонами передбаченої у договорі медіації чи з іншого методу вирішення спору.

Зазначена проблематика практично не досліджувалася вітчизняними вченими, проте варто наголосити на напрацюванні Г. Огречук, яка розглядає медіаційне застереження як форму договору між сторонами спору про досягнуту ними згоду на звернення для вирішення спору до медіації; О. Щукіна, який у рамках аналізу проектів Закону України «Про медіацію» № 2480 та № 2480-1 (на час підготовки даного дослідження проекти не розглядалися Верховною Радою України) досліджував доцільність медіації при вирішенні індивідуальних трудових конфліктів та оцінював медіаційне застереження на відповідність принципу добровільності медіації; І. Бута, у дослідженні ним третейських судів містяться слушні зауваження стосовно застережень про застосування альтернативних методів вирішення спорів.

Правовий статус медіаційного застереження вивчався, зокрема, зарубіжними вченими А. Ліс (Amanda Lees), Д. Спенсером (David Spencer), М. Броганом (Michael Brogan), Г. Брауном (Henry Brown), А. Марріотом (Arthur Marriot), наявна широка судова практика англійських, американських, австралійських та інших судів.

Саме тому актуальним вбачається вивчення правового статусу медіаційного застереження, доцільності нормативного регулювання його змісту тощо.

Медіаційне застереження є новелою українського законодавства, його визначення відсутнє у чинних нормативно-правових актах, адже проект Закону України «Про медіацію» (від 17.12.2015 № 3665) лише прийнятий у першому читанні. Водночас у цьому документі міститься загальне положення про медіаційне застереження: «Сторони мають право домовитись про включення письмового медіаційного застереження в договір, згідно з яким вони погоджуються передати на медіацію всі або певні спори, які можуть виникнути між ними в зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами, незалежно від того, чи мають вони договірний характер чи ні. Наявність медіаційного застереження в договорі не є перешкодою для звернення в суд або третейський суд».³⁵⁶

Альтернативний законопроект «Про медіацію» від 29.12.2015 № 3665-1 (перебуває на розгляді профільного Комітету Верховної Ради України) передбачає визначення поняття медіаційного застереження як «положення, що може бути включено до цивільно-правового, господарсько-правового, трудового або шлюбного договору за взаємною згодою сторін договору, які домовились про можливість звернення до процедури медіації у разі виникнення між ними конфлікту (спору) з приводу правовідносин, врегульованих таким договором, та не є перешкодою для звернення до суду».³⁵⁷

³⁵⁶ Проект Закону України «Про медіацію», реєстрац. номер 3665 від 17.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463

³⁵⁷ Проект Закону України про медіацію, реєстрац. номер 3665-1 від 29.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57620

Наведені визначення не вирізняються чіткістю та лаконічністю формулювань, але з теоретичної точки зору, аналогій правового регулювання арбітражного та третейського застереження, аналізу зарубіжної практики можливо припустити, що медіаційне застереження може:

бути включено до тексту основного договору або як додаток до основного договору;

стосуватися всіх правовідносин за договором або обмежувати сферу застосування медіації;

бути простим (передбачати один із альтернативних видів вирішення спорів) чи багаторівневим (поступове звернення до різних альтернативних видів вирішення спорів, наприклад від переговорів до медіації, від медіації до арбітражу).

З огляду на чинне та перспективне українське законодавство, медіаційне застереження має факультативний характер, адже в іншому випадку буде обмежено і принцип добровільності медіації, і право особи захищати свої інтереси в суді.

На підтвердження цього висновку можна навести Рішення Конституційного Суду України від 10.01.2008 № 1-3/2008,³⁵⁸ Постанови Вищого господарського суду України від 11.02.2014 у справі № 914/1576/13³⁵⁹ та від 02.08.2010 у справі № 2/235-09(18/181-09)³⁶⁰ про юридичну силу третейського застереження у договорах. Наведена вище судова практика визначає, що навіть наявність третейського застереження у договорі не позбавляє сторону права на звернення до суду за захистом своїх прав. Таке право передбачено Конституцією України, не може бути заперечено, а розгляд спору у третейському суді все ж таки є правом сторін та реалізується шляхом

³⁵⁸ Рішення Конституційного Суду України від 10.01.2008 № 1-3/2008 у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців 7, 11 ст. 2, ст. 3, п. 9 ст. 4 та розділу VIII «Третейське самоврядування» Закону України «Про третейські суди» (справа про завдання третейського суду). URL:<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-08>.

³⁵⁹ Постанова Вищого господарського суду України у справі від 11.02.2014 № 914/1576/13. URL:http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_4346600.html

³⁶⁰ Постанова Вищого господарського суду України у справі від 11.02.2014 № 914/1576/13. URL:http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_4346600.html

взаємного погодження зазначеного питання між сторонами, однак у випадку, коли між сторонами у договорі передбачено третейське застереження, але одна зі сторін заперечує проти нього, то прерогатива має бути віддана відстоюванню права на захист своїх інтересів у судовому порядку відповідним судом.

Юридичної сили медіаційне застереження звичайно набуває у державах з усталеними традиціями альтернативних методів вирішення спорів або з передбаченою законодавством обов'язковою медіацією. Більше того, зарубіжні науковці дискутують щодо доцільності призначення судом штрафних санкцій стороні, яка ухиляється від передбачених у договорі переговорів чи медіації.

Також можна провести паралелі зі сферою міжнародного комерційного арбітражу, зокрема ст. 13 Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру від 24 червня 2002 р., яка передбачає: «якщо сторони дійшли згоди щодо погоджувальної процедури та прямо вираженим чином зобов'язались не ініціювати впродовж обумовленого строку чи до настання обумовленої події арбітражне або судове провадження щодо існуючого чи майбутнього спору, арбітраж чи суд визнає силу такого зобов'язання, допоки умови цього зобов'язання не будуть виконані, за винятком випадків, коли одній зі сторін необхідно, на її думку, захистити свої права. Порушення такого розгляду само по собі не розглядається як відмова від угоди про погоджувальну процедуру чи як припинення погоджувальної процедури».³⁶¹

Включення до договору медіаційного застереження є усталеною практикою в Англії. Зокрема, дослідження англійського Центру ефективного вирішення спорів у сфері комерційної медіації засвідчило, що 79% респондентів використовує

³⁶¹ Типовий закон Комісії ООН по праву міжнародної торгівлі про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру. URL:http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_117

застереження про альтернативні методи вирішення спорів, а 62% застережень передбачали використання медіації.³⁶²

Аналіз практики іноземних судів свідчить, що призупинення судового провадження і призначення часу для проведення переговорів чи медіації на основі включеного до договору медіаційного застереження містить в собі спірні питання щодо:

чіткого формулювання зобов'язань сторін у медіаційному застереженні провести переговори чи медіацію до звернення до суду;

можливості зловживання однією зі сторін спору своїм правом вимагати проведення переговорів чи медіації з метою штучного затягування вирішення спору.

Медіаторські спільноти та організації України пропонують різні формулювання медіаційних застережень для використання на практиці, від загальних до достатньо деталізованих. Наприклад, Український центр медіації пропонує три варіанти формулювання медіаційного застереження:

«Загальне застереження: У разі виникнення будь-якого спору, який виникає із цього контракту або у зв'язку з ним, сторони погоджуються на першому етапі обговорити і розглянути можливість передачі спору для врегулювання відповідно до правил Українського центру медіації.

Застереження про медіацію як факультативний спосіб розгляду спору: Сторони мають право в будь-який час без обмеження щодо інших способів вирішення спору передати спір, який впливає із цього контракту або у зв'язку з ним, для врегулювання відповідно до правил Українського центру медіації.

Застереження про медіацію, обмежену певним терміном: У разі виникнення будь-якого спору, який виникає з цього контракту або у зв'язку з ним, сторони погоджуються на першому етапі обговорити і розглянути можливість передачі спору для врегулювання відповідно до правил Українського центру медіації. Якщо такий спір не буде врегульовано

³⁶² Preliminary Findings. Survey of In-House use of Commercial Mediation. 7 March 2013. URL:https://www.cedr.com/docslib/In-House_Mediation_survey.pdf

відповідно до вказаних правил протягом 30 днів з моменту підписання договору про проведення медіації або протягом іншого терміну, встановленого у письмовій угоді сторін, сторони не будуть мати будь-яких зобов'язань відповідно до цього застереження» (Орфографія та пунктуація джерела збережені).³⁶³

Доволі лаконічне формулювання медіаційного застереження пропонує Центр медіації Київської торгово-промислової палати: «У разі виникнення будь-якого спору, що виникає з даного колективного договору або у зв'язку з ним, Сторони домовилися про вирішення такого спору на першому етапі через процедуру медіації з передачею спору до центру медіації Київської торгово-промислової палати для врегулювання відповідно до встановлених правил».³⁶⁴

Варто наголосити на деталізації проведення самої процедури проведення медіації та її суб'єктивних оцінок у формулюванні медіаційного застереження, наведеного на сайті Національної асоціації медіаторів України: «Будь-які суперечки, протиріччя або претензії (надалі – «Спори»), що виникли у зв'язку з даною Угодою, її порушенням, припиненням або недійсністю, у разі неможливості Сторін самостійно розв'язати непорозуміння, Сторони висловлюють свою згоду на використання альтернативного засобу врегулювання спорів – медіації, ефективної процедури із залученням нейтрального фахового посередника з числа медіаторів – членів ГО «Національна асоціація медіаторів України». Задля виконання цього положення Сторони зобов'язані визначити медіатора, укласти з ним медіаційну угоду та забезпечити участь принаймні у двох медіаційних сесіях представників Сторін, що повноважні прийняти остаточне рішення по суті спору. У разі, якщо у процесі медіації сторони не досягнуть згоди, таку суперечку буде передано на

³⁶³ Медіаційні застереження. URL:<http://ukrmediation.com.ua/ua/vrehuliuvannia-sporiv/posluhy-z-mediatsii/mediatsiini-zasterezhennia>.

³⁶⁴ Медіаційне застереження у колективному договорі. URL:<http://kiev-chamber.org.ua/uk/100/263.html>

розгляд відповідного суду відповідно до законодавства України».³⁶⁵

Міжнародна торгова палата у 2017 р. опублікувала Медіаційний регламент, який містить главу, присвячену медіаційним застереженням, де запропоновано значну кількість формулювань. При цьому зауважується, що застереження має завжди складатися уважно для уникнення будь-якого ризику двозначності. Нечітке формулювання призводить до невизначеності та затримки і може перешкодити або навіть поставити під загрозу процес вирішення спору.³⁶⁶

Очевидно, що вітчизняна практика практично відсутня і важко оцінити якість та повноцінність запропонованих вище формулювань медіаційних застережень, тому доцільним буде звернутися до зарубіжної практики. Зокрема, є достатньо багато обґрунтованих рішень судів Англії, США, Австралії, Сінгапуру та Гонконгу щодо юридичної сили та вимог до медіаційних застережень.

Зарубіжні науковці вважають чітке медіаційне застереження запорукою дотримання сторонами своїх зобов'язань вдатися до медіації. Англійський суд у справі Вальфорд проти Майлз зауважив: «зобов'язання провести переговори, як і зобов'язання домовитися, не має юридичної сили, адже йому бракує необхідної визначеності». При цьому під «необхідною визначеністю» щодо медіаційних застережень слід вважати передбачення конкретних кроків сторін щодо вирішення спору, а не зобов'язання вирішити спір шляхом переговорів та медіації.³⁶⁷

У рішенні Високого суду Англії та Уельсу у справі Вах проти Торнтон Інтернешнл Лтд міститься таке твердження: «Угоди дійти згоди та угоди проводити переговори на основі доброї волі без додаткових деталей мають вважатися

³⁶⁵ Типові документи. URL:<http://www.namu.com.ua/ua/info/mediators/typical-documents/>.

³⁶⁶ Арбітражний регламент. Медіаційний регламент. Міжнародна торгова палата. URL:<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-ukrainian-version.pdf>

³⁶⁷ Walford and Others v. Miles and Others 1992. URL:<http://www.diprist.unimi.it/fonti/921.pdf>

недійсними. Добра воля – надто широкий термін чи критерій для того, щоб зрозуміти зміст домовленостей». Це ж рішення містить і перелік аспектів, які мають бути передбачені медіаційним застереженням:

чітке та незаперечне зобов'язання розпочати процес переговорів чи медіації;

дії, які має здійснити кожна сторона спору для проведення процесу медіації чи переговорів;

визначені мінімальні межі участі сторін у процесі переговорів чи медіації;

порядок та підстави припинення процесу переговорів чи медіації без порушення взятих на себе зобов'язань.³⁶⁸

Науковці до вказаного переліку рекомендацій зі складання медійного застереження додають такі складові медіаційного застереження:

обсяг застосування медіаційного застереження (які саме спори будуть вирішуватися у порядку медіації);

порядок вибору та призначення медіатора;

дотримання конфіденційності проведення медіації;

часові обмеження проведення медіації та порядок їх зміни;

форма угоди, що укладатиметься за результатами медіації.³⁶⁹

Подібної точки зору дотримується І. Бут, стверджуючи, що неконкретизовані формулювання щодо проведення обов'язкової доарбітражної стадії (без зазначення граничних строків її проведення, місця, наслідків затягування чи ухилення однієї зі сторін від її проведення та інших умов застосування способів АВС) хоч і сприяють більш гнучкому її проведенню у разі наміру сторін на співпрацю, у випадку виникнення спору можуть бути фактично невиконуваними через небажання сторін співпрацювати. Так, сторона, не зацікавлена в АВС, може надмірно затягувати ініціювання процедури; майбутній відповідач в свою чергу може ухи-

³⁶⁸ Wah (Aka Alan Tang) & Anor v Grant Thornton International Ltd & Ors 2012. URL:<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/3198.html>

³⁶⁹ Spencer D. Mediation law and practice / D. Spencer, M. Brogan, 2006. 519 с.

лятися від участі чи затягувати розгляд спору, користуючись тим, що тривалість стадії заздалегідь не була визначена, а уточнювати зміст застереження сторона відмовляється.³⁷⁰

Включення медіаційного застереження до господарських, цивільних, трудових і шлюбних договорів може стати одним із кроків до популяризації медіації та готовності громадян вирішувати спори у позасудовому порядку. Навіть маючи факультативний характер, медіаційне застереження може відігравати свою роль у схиленні сторін до мирного вирішення спору, оскільки означає готовність та обізнаність сторін у потенційних можливостях медіації, а пропозиція звернутися до медіатора не буде означати слабких позицій сторони спору у потенційному судовому провадженні. Багатий міжнародний досвід щодо формулювань та правового статусу медіаційного застереження створює передумови для подальших досліджень у цій сфері.

4.3 Договір про проведення медіації

Медіація як альтернативний метод вирішення спорів є за своєю суттю договірною процедурою, адже без згоди сторін спору її не буде розпочато. Таку згоду сторони висловлюють у відповідному документі – договорі про проведення медіації, в якому мають міститися всі істотні та важливі умови для сторін спору та медіатора (медіаторів), що проводитиме процедуру медіації. У проекті Закону України «Про медіацію» (від 17.12.2015 № 3665) не міститься положень, які б регулювали такий вид договору, а лише зазначається у статті 12, що «медіатор самостійно обирає засоби і методи проведення медіації та узгоджує порядок проведення медіації зі сторонами медіації».³⁷¹ Таке формулювання не виключає того, що зазначені умови будуть узгоджені зі сторонами спору у

³⁷⁰ Бут І. О. Розгляд цивільно-правових спорів третейськими судами в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2016. 226 с.

³⁷¹ Проект Закону України «Про медіацію», реєстрац. № 3665 від 17.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463

формі письмового договору, водночас воно не охоплює всього спектра правовідносин, які виникають під час проведення процедури медіації.

Можна припустити, що договір про проведення медіації не потребує законодавчого регулювання, адже за своєю правовою природою він є цивільно-правовим правочином і порядок його укладання, виконання та припинення регулюється загальними нормами цивільного права. Більше того, добровільність та самовизначеність сторін є наріжними принципами медіації, тому запроваджувати надмірно детальне нормативно-правове регулювання договорів про проведення медіації є недоцільним. Проте такі договори є новелою для українського законодавства, мають свої особливості, обумовлені метою укладання, правовим статусом медіатора тощо. Враховуючи наведені вище умови, актуальним є вивчення правової природи цих договорів, формування вираженого підходу до структури та юридичної сили таких договорів, створення передумов для захисту прав та інтересів як сторін спору, так і медіаторів.

Медіаційне застереження, включене до основного договору чи викладене у формі додатка до основного договору, передбачає наміри сторін звернутися до процедури медіації у разі виникнення спорів у межах виконання основного договору. Навіть у державах з усталеною практикою позасудового вирішення спорів таке застереження часто відіграє факультативну роль і не має юридичної сили, хоча у правових системах Великої Британії, Сінгапуру, США спостерігається тенденція до реалізації судами негативного процесуального ефекту медіаційного застереження, що полягає у відмові у розгляді позову, поданого щодо спірних правовідносин, урегульованих договором із медіаційним застереженням, якщо медіацію проведено не було.

Безпосередньо свою згоду на участь у медіації сторони спору висловлюють у договорі про проведення медіації, який укладається між сторонами спору та визначеним ними медіатором чи медіаторською організацією. Такий договір може укладатися як результат дотримання сторонами медіа-

ційного застереження, так і ситуаційно у разі виникнення спору, до чи після подання судового позову.

Призначенням договору про проведення медіації є узгодження сторонами спору та медіатором практичних аспектів процедури медіації, зокрема порядку дотримання конфіденційності, нерозголошення даних, що стали відомими у процесі медіації, строків проведення медіації, порядку припинення процедури медіації, юридичної сили майбутньої угоди про результати медіації, порядку оплати послуг медіатора, відповідальності медіатора чи медіаторської організації тощо. Крім того, аналіз шаблонів договорів про проведення медіації на інтернет-сайтах різних медіаторських організацій свідчить, що сторони також узгоджують, які правила медіації будуть застосовуватися. Зокрема, зарубіжні медіаторські організації мають власні правила медіації, що закріплюють вимоги до процесу медіації, граничного строку медіації (з метою недопущення штучного затягування вирішення спору). Крім суто практичного значення, договір про проведення медіації відіграє і психологічну роль, налаштовуючи сторони на відповідальне ставлення до процедури медіації. Щодо останнього твердження можна деякою мірою провести аналогію з договором про наміри, який не створює зобов'язань, а лише стимулює сторони договору до подальшої взаємодії.

З огляду на викладене вище, предметом договору про проведення медіації є зобов'язання сторін та медіатора (медіаторів) провести необхідні етапи медіаційного процесу з метою вирішення спору, а також утримуватися від звернення до суду впродовж процедури медіації. Слід наголосити на словосполученні «впродовж процедури медіації», адже згідно зі ст. 4 Цивільного процесуального кодексу України відмова від права на звернення до суду за захистом є недійсною.³⁷²

Договір про проведення медіації по суті містить дві складові:

1) виявлення згоди сторін щодо зобов'язань брати участь у процедурі медіації, надавати необхідні документи, дотриму-

³⁷² Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV.
URL:<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>

ватися вимог конфіденційності, діяти добросовісно (хоч останнє є суб'єктивною категорією);

2) погодження умов надання послуг медіації із медіатором. На підставі цього за своєю правовою природою договір про проведення медіації є цивільно-правовим правочином, водночас, з огляду на те, що діяльність медіатора передбачає надання послуг, до цього договору можуть застосовуватися і загальні норми щодо договорів про послуги (глава 63 Цивільного кодексу України).

Форма договору про проведення медіації може бути письмовою чи усною, хоча законодавство деяких держав вимагає виключно письмової форми (наприклад, Російської Федерації, Білорусі). Вважаємо, що закріплення вимог щодо форми договору про проведення медіації у законодавстві є недоцільним. Зрозуміло, що проведення медіації у значних спорах (наприклад, комерційних, державно-інвесторських тощо), безумовно, потребує грамотно складеного договору, однак учасники сімейних спорів можуть бути чутливими до формалізованих вимог та документообігу. Про можливість усної форми договору про проведення медіації висловлюються зарубіжні дослідники медіації Г. Браун та А. Марріот,³⁷³ с. 126, а також медіаторська спільнота України (п 3.4 Кодексу етики медіатора Національної асоціації медіаторів України).³⁷⁴

Згідно з вимогами до цивільно-правових правочинів сторонами договору про проведення медіації можуть бути фізичні особи, які мають повну дієздатність (або їх представники відповідно до глави 17 Цивільного кодексу України), юридичні особи та медіатор чи медіаторська організація.

Достатньо поширеною є практика, коли сторони спору укладають договір на проведення медіації не з визначеним медіатором, а з організацією медіаторів. При цьому в такому

³⁷³ Brown, H., & Marriott, A. (1993). ADR principles and practice. London: Sweet Maxwell.

³⁷⁴ Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України, затв. рішенням Загальних зборів ГО «Національна асоціація медіаторів України» від 07.12.2017, протокол №1. URL:<http://namu.com.ua/ua/info/mediators/ethical-code>

договорі може бути передбачено порядок призначення конкретного медіатора (медіаторів) – безпосередньо організацією медіаторів, сторонами із реєстру медіаторів цієї організації або організація пропонує сторонам кількох медіаторів на вибір.³⁷⁵ Строк на вибір сторонами медіатора зазвичай обмежується правилами медіаторської організації (пункт 4.2 Правил медіації Сінгапурського міжнародного медіаційного центру).³⁷⁶

Одним із моментів щодо правового статусу договору про проведення медіації, який має бути врегульований законодавчо, вважаємо норму про призупинення строків позовної давності на період проведення медіаційної процедури. Адже у такому разі популярність медіації зростатиме. Подібне регулювання передбачено зокрема статтею 8 Директиви Європейського Союзу про деякі аспекти посередництва (медіації) у цивільних та комерційних справах: «Держави-члени повинні забезпечити, щоб сторони, які обирають медіацію у спробі врегулювати спір, не будуть згодом обмежені у поданні позову до суду чи арбітражу щодо цього спору у зв'язку із впливом позовної давності впродовж процесу медіації».³⁷⁷ Цивільний кодекс Бельгії передбачає, що за умови проведення добровільної медіації вплив строків позовної давності призупиняється з моменту початку процедури медіації на календарний місяць, якщо сторони не погодять інше. Цивільний процесуальний кодекс Італії та Закон Австрії «Про медіацію» містять норми про призупинення строку позовної давності на період проведення медіації за умови, що вона проводиться «зареєстрованим медіатором».³⁷⁸ Такий законодавчий підхід не створює передумов для затягування медіації та строків позовної давності.

³⁷⁵ CEDR: Mediation Services. URL:<https://www.cedr.com/solve/mediation-services>

³⁷⁶ SIMC Mediation Rules. URL:<http://simc.com.sg/mediation-rules/>

³⁷⁷ Директива № 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах від 21.05.2008. URL:http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a95

³⁷⁸ Alternative dispute resolution: mediation and conciliation: Law Reform Commission report. URL:www.lawreform.ie/_fileupload/reports/r98adr.pdf

Однак слід врегулювати також момент завершення медіаційної процедури. Вважаємо цілком слушними положення п. 4 статті 12 проекту Закону України «Про медіацію» (від 17.12.2015 № 3665): «Медіація припиняється:

1) укладанням сторонами медіації договору за результатами медіації в будь-якій формі – з дня укладення такого договору;

2) заявою сторін або однієї зі сторін, адресованою медіатору, про припинення медіації – з дня отримання медіатором такої заяви;

3) заявою медіатора після консультацій зі сторонами про те, що подальші зусилля на досягнення згоди в межах процедури медіації більше себе не виправдовують, або про неможливість залучення третіх осіб, якщо спір стосується прав та законних інтересів цих осіб – з дня отримання сторонами такої заяви».³⁷⁹ Зазначені положення і визначають порядок та момент припинення договору про проведення медіації.

Слід зауважити, що хибним є ототожнення початку процедури медіації з моментом укладення договору про медіацію. Адже медіація, яка є багатоетапною процедурою, починається з моменту звернення сторін спору чи однією зі сторін до медіатора (медіаторської організації), а укладення договору означає можливість переходу безпосередньо до медіаційних сесій.

Іншим цікавим аспектом договірних відносин у сфері медіації є порядок та юридичні наслідки відмови однієї зі сторін від договору про проведення медіації. З одного боку, наріжними принципами медіації є добровільність та самовизначеність сторін, а примус та добровільність є несумісними речами. З іншого, відмова від виконання зобов'язання та належного виконання договору, навіть на основі твердження про необхідність захисту прав у судовому порядку, суперечить одному з основних принципів зобов'язального права –

³⁷⁹Проект Закону України «Про медіацію», реєстрац. № 3665 від 17.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463

pacata sum servanda. Зокрема, стаття 629 Цивільного кодексу України передбачає, що «договір є обов'язковим для виконання сторонами».³⁸⁰ Тому вважаємо, що у договорі про проведення медіації слід передбачати відповідальність сторони за односторонню немотивовану відмову від договору, зокрема компенсацію витрат іншої сторони на організацію процедури медіації (до цих витрат слід відносити не тільки безпосередньо оплату послуг медіатора, а й оплату послуг фахівців, які готували документи для процесу медіації, оплату оренди приміщення для проведення медіації тощо).

Відшкодування шкоди, завданої сторонам внаслідок неякісного надання послуг з медіації, повинно здійснюватися у порядку, передбаченому Цивільним законодавством України. Визначення підстав цивільно-правової відповідальності медіатора у договорі вважаємо недоцільним, адже це може обмежити права та інтереси сторін спору.

Аналіз судової та медіаційної практики іноземних держав свідчить, що до необхідних елементів договору про медіацію також можна відносити положення про правову природу угоди про результати медіації, за умови, що правова система держави передбачає спрощений порядок приведення медіаційних угод до виконання.

Договір про проведення медіації є тристоронньою угодою про зобов'язання сторін провести процедуру медіації щодо певних спірних правовідносин із визначенням процедурних прав та обов'язків сторін. Внесення змін до цивільного законодавства України щодо призупинення перебігу строків позовної давності на період проведення медіації з передбаченням граничного строку проведення медіації може стати запорукою популяризації медіації як альтернативного методу вирішення спорів в Україні.

³⁸⁰ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV ВР.
URL:<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15/>

4.4. Правова природа та зміст угоди про результати медіації

Поступове становлення медіації як альтернативного методу вирішення спорів в Україні зумовлює появу нових правових явищ, які потребують концептуальних теоретичних досліджень щодо їх правової природи, місця та ролі у правовій системі тощо. Зазначене безпосередньо стосується договорів, що укладаються у процесі застосування процедури медіації, – медіаційного застереження, договору про проведення медіації, угоди про результати медіації. Практично недослідженими залишаються, зокрема, такі аспекти, як особливості укладання, виконання, внесення змін та припинення таких договорів і угод, роль медіатора у їх розробленні та укладанні, особливості істотних і факультативних умов, можливості застосування засобів забезпечення виконання зобов'язань, юридична сила таких договірних конструкцій та ін. Водночас забезпечення правильного праворозуміння і правозастосування цих договірних конструкцій, уникнення змішування з подібними правовими явищами, ефективне виконання таких договорів є запорукою розвитку медіації в Україні.

У наукових, прикладних та нормативно-правових джерелах застосовуються різні терміни, що описують правочин, який укладається сторонами спору у випадку результативного завершення процедури медіації. Зазначене призводить до змішування понять, а на етапі становлення медіації в Україні грамотне застосування термінології є запорукою розуміння громадськістю особливостей медіації та формування довіри до цього методу вирішення спорів.

Проект Закону України «Про медіацію» (від 17.12.2015 № 3665) в частині регулювання договірних відносин у сфері медіації оперує терміном «договір за результатом медіації»,³⁸¹ альтернативний законопроект (від 29.12.2015 № 3665-1) –

³⁸¹ Проект Закону України «Про медіацію», реєстрац. № 3665 від 17.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463

терміном «угода за результатами медіації»,³⁸² Державний стандарт соціальної послуги посередництва (медіації) паралельно використовує термін «медіаційна угода (угода про примирення)»;³⁸³ у наукових джерелах найчастіше йдеться про медіаційні угоди, угоди про врегулювання спору, угоди про результати медіації тощо, що скоріше за все є варіантами перекладу англійських термінів mediation agreement, mediated settlement agreement.

Як вже зазначалося у попередніх підрозділах, співвідношення понять «договір» та «угода» залишається предметом дискусій у наукових колах. У рамках нашого дослідження ми виходимо з того, що поняття договору є переважно цивілістичним терміном та у сфері медіації його доцільно використовувати для опосередкування організаційних відносин (договір про проведення медіації), а з огляду на це, завдяки досягнутому сторонами спору компромісу, можна врегулювати широкий спектр відносин, тому такий правочин доцільно називати «угодою».

Вважаємо найбільш прийнятними термінами щодо правочину, який укладається сторонами спору за результатами процедури медіації, «медіаційна угода» та «угода про результати медіації». При цьому останній термін, з огляду на його описовий характер, на етапі становлення медіації вбачається більш доцільним.

Правова природа. Правова природа угоди про результати медіації залежить від певних чинників: характеру спірних правовідносин, моменту укладення угоди (до чи після передачі спору на розгляд суду), обраної сторонами моделі медіації. Дослідники виділяють також такі види медіаційних угод:

1) повні та часткові медіаційні угоди (коли сторони не можуть дійти згоди щодо врегулювання абсолютно всіх аспектів їх спору);

³⁸² Проект Закону України «Про медіацію», реєстрац. № 3665-1 від 29.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57620

³⁸³ Державний стандарт соціальної послуги посередництва (медіації): Наказ М-ва соціальної політики України від 17.08.2016 № 892. URL:<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1243-16>

2) попередні та умовні угоди (призначення попередньої угоди полягає в ознайомленні з нею всіх заінтересованих осіб, обговорення, зокрема, з адвокатами до підписання основної угоди; попередня угода може підписуватися, коли у процедурі медіації бере участь особа, не уповноважена приймати рішення щодо спору (під умовною угодою розуміють проект основної угоди);

3) проміжні угоди (укладаються для прийняття негайних рішень щодо окремих аспектів спору, наприклад, призупинення звернення стягнення на заставлене майно, зобов'язання не звертатися до офіційних органів для вирішення спору).³⁸⁴

У цьому контексті спірною вважаємо думку, що у ролі медіаційної угоди може бути сукупність угод, метою укладення яких є вирішення певного спору,³⁸⁵ адже мета медіації досягається саме шляхом укладення кінцевої угоди, якою змінюються чи припиняються спірні правовідносини.

Сфера застосування медіації є достатньо широкою, про що свідчить світова практика і положення проекту Закону України «Про медіацію» (від 17.12.2015 № 3665): «медіація може застосовуватися у будь-яких конфліктах (спорах), у тому числі цивільних, сімейних, трудових, господарських, адміністративних, а також в кримінальних провадженнях та справах щодо адміністративних правопорушень в конфліктах (спорах) між резидентами України, так і у конфліктах (спорах) за участю нерезидентів, якщо сторони медіації погодились, що процедура медіації буде проведена на території України».³⁸⁶

Також у законопроекті зазначається, що «якщо медіація проводилася у межах кримінального провадження, судового або третейського розгляду справи або виконавчого провадження, її результати, що стосуються безпосередньо

³⁸⁴ Mediation in a nutshell. Kimberlee Kovach. West Academic Publishing; 3 edition, 2014. 438 p.

³⁸⁵ Владимирова М. О. Медиативное соглашение в системе гражданско-правового регулирования: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Самара, 2015. 199 с.

³⁸⁶ Проект Закону України «Про медіацію», реєстрац. № 3665 від 17.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463

предмета позову або кримінального провадження, оформлюються мировою угодою, угодою про примирення або іншим документом відповідно до вимог чинного законодавства. Якщо при цьому сторони досягли згоди з питань, що не можуть бути предметом мирової угоди (угоди про примирення), сторони можуть укласти щодо цих питань окремі договори».³⁸⁷

Визначати правову природу, характерні риси та особливості кожного виду медіаційних угод у рамках цього дослідження є недоцільним, тому візьмемо за основу «класичну» угоду про результати медіації – таку, що виникла зі спірних цивільно-правових відносин, була укладена сторонами спору без передачі спору на судовий розгляд та являє собою цивільно-правовий правочин, спрямований на встановлення, зміну чи припинення прав та обов'язків сторін. Такий вид медіаційної угоди може врегульовуватися нормами цивільного законодавства щодо зобов'язального права (наприклад, про припинення зобов'язання, про передання відступного, про зарахування зустрічних вимог, про прощення боргу тощо). У випадку недотримання сторонами взятих на себе зобов'язань захист прав сторін буде здійснюватися у порядку, передбаченому цивільним законодавством.

Угода про результати медіації має консенсуальний характер, але деякими науковцями висловлюються думки, що можуть бути випадки набуття нею реального характеру (наприклад, угода набуває чинності після передання майна, а при включенні умови про надання відступного права, чи залежить від розпорядчого правочину).³⁸⁸

Для того, щоб зрозуміти сутність угоди за результатами медіації, необхідно дослідити її основні елементи:

1. Мета – зміна чи припинення спірних правовідносин, охорона та захист інтересів сторін угоди, завершення чи продовження подальшої співпраці сторін.

³⁸⁷ Проект Закону України «Про медіацію», реєстрац. № 3665 від 17.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463

³⁸⁸ Владимирова М. О. Медиативное соглашение в системе гражданско-правового регулирования: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Самара, 2015. 199 с.

2. Угода за результатами медіації відрізняється за змістом від будь-яких інших цивільно-правових правочинів, адже вона відображає характер, особливості процедури та принципи медіації. Можна стверджувати, що зміст угоди про результати медіації складають взаємні права та обов'язки, які:

- 1) узгоджені сторонами;
- 2) спрямовані на вирішення спору;
- 3) не суперечать законам України, інтересам держави і суспільства, його моральним засадам.

3. У визначенні предмета угоди про результати медіації слід погодитися з такою позицією: «Предмет угод, укладених в результаті застосування альтернативних методів вирішення спорів, може варіюватися від дуже вузького (визнання невідповідності якості товару, підтвердженої висновком експерта, і поставка товару відповідної якості у визначений сторонами термін або відшкодування сплаченої за неякісний товар ціни) до дуже широкого (наприклад, припинення чинного зобов'язання новацією)».³⁸⁹ Також предметом медіаційної угоди можуть бути питання не тільки правового характеру, наприклад вибачення однієї зі сторін.

4. Проект Закону України «Про медіацію» (від 17.12.2015 № 3665)³⁹⁰ на відміну від альтернативних законопроектів не визначає істотних умов угоди про результати медіації. Проте аналіз шаблонів таких угод на інтернет-сайтах медіаторських організацій, теоретичних досліджень та зарубіжної судової практики щодо примусового виконання медіаційних угод дає змогу припустити, що до істотних умов такої угоди слід відносити:

- 1) узгоджені обов'язки сторін, умови та строк їх виконання;
- 2) істотні умови, специфічні для використаних в угоді договірних конструкцій.

³⁸⁹ Гайдаенко-Шер Н. Альтернативные механизмы разрешения споров как инструмент формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности. 2016. 248 с.

³⁹⁰ Проект Закону України «Про медіацію», реєстрац. № 3665 від 17.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463

5. Форма угоди про результати медіації має бути письмовою, що забезпечить її дійсність. У разі використання у медіаційній угоді договірних конструкцій чи врегулювання правовідносин, які за українським законодавством вимагають нотаріального посвідчення або державної реєстрації, зазначене має бути відображено у відповідній кваліфікованій письмовій формі медіаційної угоди.

Підпис медіатора на медіаційній угоді є її невід'ємним елементом, який засвідчує додержання сторонами встановлених вимог медіації, розуміння ними сутності та значення угоди, відповідність угоди законам України, інтересам держави і суспільства, його моральним засадам. Вважаємо, що доцільно закріпити на законодавчому рівні необхідність засвідчення медіатором угоди за результатами медіації.

Дискусійним питанням залишаються обсяги та ступінь контролю медіатором змісту та умов угоди за результатами медіації, зважаючи на те, що сторони можуть не мати достатніх юридичних знань та досвіду в укладанні таких угод. Ст. 8 проекту Закону України «Про медіацію» (від 17.12.2015 № 3665) передбачає, що «медіатор має право надавати сторонам медіації консультації виключно щодо порядку проведення медіації та фіксування її результатів».³⁹¹ Згідно з принципом самовизначення сторін медіації остаточні рішення приймаються виключно сторонами медіації.

За Правилами медіації Київської торгово-промислової палати правова перевірка домовленості сторін не входить до обов'язків медіатора та здійснюється сторонами самостійно.³⁹²

6. Правом підписання медіаційної угоди наділяються сторони спору – фізичні особи, що мають правоздатність, та юридичні особи (право на підпис доцільно підтверджувати

³⁹¹ Проект Закону України «Про медіацію», реєстрац. № 3665 від 17.12.2015.
URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463

³⁹² Правила медіації Київської торгово-промислової палати.
URL:<http://kiev-chamber.org.ua/uk/100/207.html>

відповідною довіреністю). Також при підписанні медіаційної угоди справедливим буде застосування положень Цивільного кодексу України про представництво, але це стосується виключно сторін спору, медіатора можна замінити іншим медіатором (порядок зазвичай установлюється правилами медіаторської організації або договором про проведення медіації).

7. До медіаційної угоди застосовуються норми цивільного законодавства щодо недійсності правочинів (недотримання письмової форми, вада волі, порушення інтересів третіх осіб, суперечність нормам права тощо).

8. З огляду на правову природу медіаційної угоди як цивільно-правового правочину, захист прав, порушених у результаті невиконання або неналежного виконання медіаційної угоди, здійснюється способами, передбаченими цивільним законодавством. Медіаційна угода має виконуватися на основі принципу добровільності та добросовісності сторін, принципу *pacta sunt servanda*, а при недотриманні однією зі сторін медіаційної угоди її положень інша сторона має застосувати засоби захисту прав та інтересів, передбачених главою 3 Цивільного кодексу України, у тому числі звернутися до суду. Водночас останнє по суті перекреслює практично всі переваги медіації як альтернативного, позасудового методу вирішення спорів. Відсутність законодавчих засобів гарантування виконання медіаційної угоди, спрощеного порядку приведення її у виконання значно знижує потребу та попит на медіацію. Юридична сила медіаційної угоди по-різному врегульовується законодавствами іноземних держав.

Угода за результатами медіації є новелою українського законодавства, а за умови прийняття Закону України «Про медіацію» – інституалізації медіації в Україні – має стати самостійним цивільно-правовим явищем. Проект Закону України «Про медіацію» на час підготовки даного дослідження розглянуто лише у першому читанні і механізму виконання

медіаційної угоди іншого, ніж за загальними нормами цивільного права, не передбачено. Це свідчить про потенційне зниження популярності у громадськості медіації як альтернативного методу вирішення спорів, водночас забезпечує дотримання принципів добровільності медіації та самовизначеності сторін медіації. Тому подальші наукові дискусії, розроблення теоретичних концептуальних підходів до правової природи медіаційної угоди є дуже важливими, а виважене законодавче регулювання такого виду цивільно-правових угод стане запорукою досягнення цілей запровадження медіації в Україні.

Процес запровадження та інституалізації в Україні медіації як альтернативного судовому методу вирішення спорів справедливо супроводжується науковими дискусіями щодо концептуальних підходів до правового регулювання цієї процедури, її принципів, правового статусу медіатора, правової природи договорів та угод у сфері медіації тощо. Медіація виправдано вважається ефективним, конфіденційним, доступним, швидким, позасудовим методом вирішення спорів, чинником розвантаження судової системи і формування в суспільстві культури та традицій мирного вирішення спорів. Переваги медіації порівняно з судовим розглядом полягають і у можливості сторін самостійно визначати умови вирішення спору, які влаштовують обидві сторони спору, а також зберігати у подальшому дружні відносини.

Вважається, що частка добровільного та добросовісного виконання медіаційних угод має бути досить значною, адже сторони самостійно формулюють взаємні права та зобов'язання на основі власних інтересів і потенційних можливостей. Проте справедливим є бажання сторони мати правові гарантії дотримання іншою стороною спору взятих на себе зобов'язань, особливо у випадку, коли передбачається поетапне виконання медіаційної угоди. Однією з таких гарантій може бути спеціальний правовий статус медіаційної угоди, відмітний від правового статусу звичайного цивільно-правового правочину,

наприклад, прискорений порядок приведення угоди у виконання шляхом видання судового наказу. Водночас такий варіант суперечить загально визнаним принципам добровільності та добросовісності учасників медіації. Наведене вище актуалізує необхідність концептуальних теоретичних досліджень юридичної сили угод, які укладаються за результатами медіації, доцільності надання їм особливого правового статусу як чиннику підвищення популярності та затребуваності медіації – альтернативного методу вирішення спорів.

З огляду на широку сферу застосування медіації, можливість проводити медіацію як до подання судового позову, так і в рамках судового розгляду, а також зважаючи на інші чинники, правова природа угод, які укладаються за результатами медіації, може різнитися від цивільно-правового правочину до мирової угоди, угоди про примирення. У рамках цього дослідження ми будемо розглядати угоду за результатами медіації як цивільно-правовий правочин, спрямований на зміну або припинення спірних правовідносин, в якому сторони узгоджують взаємні права та обов'язки. Такий правочин регулюється загальними нормами цивільного і договірного права щодо порядку укладання, виконання, зміни та припинення.

Стаття 13 проекту Закону України «Про медіацію» (від 17.12.2015 № 3665) наводить лише письмову форму медіаційної угоди; містить вимогу до відповідності умов домовленостей законам України, інтересам держави і суспільства, його моральним засадам; передбачає, що «договір, досягнутий за результатами медіації, є обов'язковим для виконання сторонами у визначені ним строки та спосіб. У разі невиконання стороною узятих на себе зобов'язань за таким договором інша сторона має право звернутися до суду у встановленому законом порядку для захисту порушених прав і законних інтересів».³⁹³

³⁹³ Проект Закону України «Про медіацію», реєстрац. № 3665 від 17.12.2015. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463

І саме останнє речення є тим каменем спотикання, який знижує популярність медіації, адже можна припустити, що суспільство більш схильне до імперативного врегулювання правового статусу медіаційної угоди та умов вирішення спору, а не до віри у вірогідність уникнення довгого судового розгляду через добросовісність іншої сторони спору.

Водночас медіаційна угода може залишитися невиконаною через об'єктивні (істотні зміни у матеріальному становищі, інші економічні чинники, зміна керівництва чи власників юридичної особи, зміни у законодавстві, неякісне визначення умов та порядку виконання зобов'язань у медіаційній угоді тощо) та суб'єктивні чинники (зміна своєї позиції щодо вирішення спору). За таких умов звернення до суду є невідворотним, а медіація – марнуванням часу, фінансових та інших ресурсів.

Про важливість та доцільність передбачення у національному законодавстві спеціального механізму виконання угод, укладених за результатами медіації, свідчить міжнародне та наднаціональне законодавство. Так, починаючи з 2014 р., Комісія ООН з права міжнародної торгівлі проводить роботу з підготовки Конвенції щодо приведення у виконання мирових угод, укладених в рамках міжнародної комерційної примирної процедури (слід зауважити, що робочою групою було замінено термін «conciliation» (примирна процедура) на «mediation» («посередничество» у російськомовній версії, хоча вважаємо більш адекватним переклад «медіація»). Зауважимо, що Конвенція не буде охоплювати мирові угоди з урегулювання спорів, що виникли з правочинів, укладених в особистих, сімейних цілях та таких, що стосуються спадкового чи трудового законодавства. До проекту Конвенції внесено положення щодо приведення у виконання мирових угод та щодо можливості сторони посилатися на мирову угоду для заперечення позову.³⁹⁴

³⁹⁴ Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. Рабочая группа II (Урегулирование споров). Международное

Стаття 14 Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародну комерційну примирну процедуру «Приведення у виконання мирової угоди» передбачає: «якщо сторони укладають угоду про врегулювання спору, ця мирова угода має обов'язкову силу і може бути приведена у виконання ... держава, яка приймає Типовий закон, включає опис порядку приведення у виконання мирових угод або вказує положення, що регулюють таке приведення у виконання.

Коментарі до наведеної статті вказують на те, що привабливість примирної процедури зростатиме за умови передбачення у законодавстві режиму прискореного приведення у виконання мирових угод, при цьому останні мають розглядатися як арбітражні чи аналогічні рішення. Методи забезпечення такого прискореного режиму не є однаковими у різних правових системах та залежать від технічних особливостей національних процесуальних норм.³⁹⁵

У свою чергу, у Директиві Європейського Союзу про деякі аспекти посередництва (медіації) у цивільних та комерційних справах також наголошується на наявності правового механізму приведення у виконання медіаційних угод як чинника підвищення привабливості медіації.³⁹⁶

Водночас, якщо обов'язкове приведення у виконання медіаційних угод було б ідеальним варіантом для правової та судової систем держави, то, ймовірно, відповідні норми вже б містилися у національних законодавствах. Але цей механізм все ж таки нівелює деякою мірою такі переваги медіації, як добровільність, добросовісність та самовизначеність сторін, а

коммерческое посредничество: подготовка документов о приведении в исполнение международных коммерческих мировых соглашений, достигнутых в рамках посредничества. Записка Секретариата. URL:<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/083/18/PDF/V1708318.pdf?OpenElement>

³⁹⁵ ЮНСИТРАЛ Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и Руководство по принятию и применению, 2002 г. URL:http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955_Ebook.pdf

³⁹⁶ Директива №2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах від 21.05.2008. URL:http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a95

також конфіденційність медіаційного процесу та угоди. Крім того, задекларовані принципи процедури медіації можуть бути недотримані (наприклад, примус однієї зі сторін спору), і тоді механізм безумовного приведення медіаційної угоди до виконання позбавить їх права захистити свої права та інтереси.

З метою формування виваженої концепції щодо юридичної сили та можливості приведення у виконання угод, укладених у результаті медіації, ми проаналізуємо позиції англійських дослідників Г. Брауна та А. Марріота. Вони вважають, що слід врахувати такі чинники:

не всі медіації обов'язково мають на меті укладання юридично значимої угоди (наприклад, медіації сімейних чи особистих спорів), але й можуть тяжіти до з'ясування розбіжностей, встановлення загальних правил тощо. При цьому практика медіацій все ж таки свідчить про залежність ефективності медіації від юридичної значимості укладеної угоди;

можливість визначення сторонами моменту набуття угодою про результати медіації обов'язкової сили. Сторонам спору у договорі про проведення медіації доцільно вказувати форму та порядок набуття чинності угоди за результатами медіації. Зокрема, типова угода про результати медіації, розміщена на інтернет-сайті одного з найбільш відомих медіаторських організацій – «Центру ефективного вирішення спорів», – містить таке положення: «Умовою дійсності та обов'язковості Угоди є письмова форма та наявність підписів сторін». Також сторони можуть зазначити у договорі про проведення медіації, що умови вирішення спору набувають обов'язкового характеру після обговорення їх стороною з адвокатом чи експертом.³⁹⁷

Закон Ірландії «Про медіацію» втілює саме такий підхід щодо балансу принципу самовизначеності сторін медіації та

³⁹⁷ Brown, H., & Marriot, A. (2011). ADR: principles and practice (Third ed.). London: Thomson Reuters.

можливості примусового виконання медіаційної угоди: безпосередньо сторони спору визначають можливість примусового виконання майбутньої медіаційної угоди чи її юридичної сили як правочину.³⁹⁸

Світовий досвід доводить, що можливі такі варіанти виконання та приведення у виконання угод, укладених за результатами медіації:

1. Застосування загальних норм цивільного права і надання медіаційній угоді статусу цивільно-правового правочину (США, Англія та ін.). При цьому у США суди практично завжди підтримують медіаційну угоду, якщо в її змісті розкрито та однозначно сформульовано зобов'язання сторін.

Судова практика США свідчить, що з метою розірвання медіаційної угоди та недопущення приведення її виконання сторони часто намагаються довести факти погроз чи примусу у процесі медіації (процедура медіації проводилася дуже довго та без перерви; укладення угоди у незвичному місці; вимоги завершити процедуру медіації в одну медіаційну сесію; неможливість проконсультуватися з адвокатом; порушення норм професійної етики медіатором). Водночас суди рідко погоджуються з такими доводами, як і з доводами, що сторона медіаційної угоди хоче її розірвати з огляду на те, що не керувала своїми діями при її укладанні, не розуміла змісту та наслідків своїх дій (під впливом медикаментів, надмірних переживань тощо).³⁹⁹

У свою чергу, К. Ковач, дослідивши практику судів США щодо визнання дійсності та приведення у виконання медіаційних угод, підкреслює, що для встановлення перерахованих вище чинників, суд має дослідити події, що відбувалися впродовж медіації. Водночас таке дослідження протирічить принципу конфіденційності процедури медіації, більше

³⁹⁸ Mediation Act 2017. URL:<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2017/act/27/section/11/enacted/en/html#sec11>

³⁹⁹ Speech delivered by Edna Sussman entitled. The Final Step: Issues in Enforcing Mediation Settlement Agreement, Fordham Law School, New York, 2008.

того, якщо сторони спору погодяться давати свідчення, то у зв'язку зі змагальністю судового процесу їх показання не будуть збігатися, і це спричинить необхідність виклику медіатора як свідка. Останнє не тільки порушує принцип конфіденційності, але й принцип нейтральності медіатора.⁴⁰⁰

2. Надання медіаційній угоді статусу судового рішення. Звісно, за умови присудової медіації медіаційна угода затверджується судовим рішенням, що не спричиняє особливих проблем щодо її виконання, водночас за умови позасудової медіації можливим є і прискорений порядок приведення медіаційної угоди у виконання рішенням суду. Наприклад, закон штату Колорадо (США) передбачає, що письмова медіаційна угода може бути подана в суд будь-якою зі сторін, затверджена судом та приведена у виконання як судове рішення.⁴⁰¹

Подібну процедуру Цивільний процесуальний кодекс кантону Женева (Швейцарія) називає «омологацією медіаційної угоди», згідно з якою суддя надає медіаційній угоді статус судового рішення, якщо вона не суперечить публічному порядку та нормам права, а медіація проводилася зареєстрованим медіатором. При цьому надання статусу судового рішення передбачає, що на основі змісту медіаційної угоди суддя складає текст офіційного протоколу, який підписують безпосередньо суддя, секретар суду, сторони угоди та їх адвокати. Після цього протокол реєструється у канцелярії суду і набуває статусу судового рішення.⁴⁰²

3. Надання медіаційній угоді статусу арбітражного рішення передбачено законодавством Англії, Кореї, окремих штатів США, правилами медіації Стокгольмської торгово-

⁴⁰⁰ Mediation in a nutshell. Kimberlee Kovach. West Academic Publishing; 3 edition, 2014. 438 p.

⁴⁰¹ Act concerning alternative dispute resolution, and, in connection therewith, authorizing the resolution of international disputes within the state of Colorado. URL:https://leg.colorado.gov/sites/default/files/images/olls/1993a_sl_104.pdf

⁴⁰² Loi de procédure civile. URL:http://www.lexfind.ch/dtah/74190/3/rsg_E3_05.html.1.html

промислової палати. Стаття 14 останніх передбачає, що за умови згоди медіатора сторони наділяють медіатора статусом арбітражного судді і просять його затвердити медіаційну угоду як арбітражне рішення. У такому випадку, з теоретичної точки зору, процедура медіації перетворюється на варіант медіація-арбітраж.⁴⁰³

Українські дослідники пропонують такий варіант надання обов'язковості медіаційній угоді, як визнання нормами цивільного процесуального законодавства наявності медіаційної угоди підставою для закриття провадження у справі.⁴⁰⁴

Медіація, як і будь який метод вирішення спорів, має свої переваги та недоліки. Завдання законодавця полягає у створенні найбільш адекватного механізму застосування тих чи інших методів спорів для того, щоб вони були якнайкорисніші для суспільства, забезпечували належний захист прав та інтересів фізичних і юридичних осіб. Одним із дискусійних аспектів запровадження медіації в Україні є правова природа угоди, що укладається за результатами медіації. При цьому аналіз зарубіжного досвіду свідчить, що дуже важко знайти баланс між дотриманням принципу добровільності медіації, самовизначенням сторін медіації та конституційним правом особи на захист своїх прав та інтересів у суді. Вважаємо, що на етапі становлення медіації в Україні, формування широкого вітчизняного практичного досвіду проведення медіації, дотримання сторонами укладених медіаційних угод остання повинна мати природу цивільно-правового правочину.

⁴⁰³ The mediation rules of the Arbitration institute of the Stockholm chamber of commerce. URL:http://www.sccinstitute.com/media/49819/medlingsregler_eng_web.pdf

⁴⁰⁴ Примусове виконання договору за результатами медіації. URL:<https://sites.google.com/site/mediationlabourrelations/mediacia-ak-realnij-ta-efektivnij-sposib-virisenna-trudovih-sporiv/primusove-vikonanna-dogovoru-za-rezultatami-mediacie>

4.5. Приведення у виконання міжнародних медіаційних угод у рамках Сінгапурської конвенції

Пошук ефективних та справедливих механізмів вирішення спорів залишається невід'ємною частиною розвитку міжнародної комерційної діяльності, про що свідчить прийняття та удосконалення міжнародних правових актів та національного законодавства провідних країн світу. Поряд з Нью-Йоркською Конвенцією про визнання та виконання арбітражних рішень 1958 року (далі – Нью-Йоркська конвенція 1958 р.) міжнародною спільнотою, насамперед в рамках ООН, невпинно розробляються та приймаються нові правові норми щодо порядку вирішення спорів, наприклад, Правила ефективної організації процесу у міжнародному арбітражі (Паризькі правила).

Одночасно розробляється міжнародно-правова база, спрямована на розвиток та більш широке застосування позасудових видів вирішення міжнародних комерційних спорів, зокрема, процедури медіації. У 2018 р. Комісією ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) були схвалені зміни і доповнення до Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру, який став тепер називатися Типовим законом ЮНСІТРАЛ про міжнародну комерційну медіацію та міжнародні мирові угоди, укладені в результаті медіації.⁴⁰⁵ Крім цього, у серпні 2019 р. у Сінгапурі заплановане підписання Конвенції ООН про міжнародні мирові угоди, що були укладені в результаті медіації⁴⁰⁶ (далі – Сінгапурська конвенція), розробленої Робочою групою II ЮНСІТРАЛ. Необхідність такого документа видається безсумнівною, адже спрощене виконання медіаційних угод

⁴⁰⁵ ЮНСІТРАЛ Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и Руководство по принятию и применению 2002 год. URL:http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955_Ebook.pdf

⁴⁰⁶ United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation. URL:http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionsessions/51st-session/Annex_I.pdf

дасть поштовх популяризації мирних методів вирішення міжнародних комерційних спорів та позитивно відобразиться на обсягах та швидкості міжнародної торгівлі, сприятиме стійкому розвитку економіки тощо.

У свою чергу, запровадження позасудових методів вирішення спорів у правову та судову систему України позитивно відобразиться на її інвестиційній привабливості та репутації у світі. Однак проект Закону України «Про медіацію» вже близько двох років очікує на друге читання у Верховній Раді України, водночас текст законопроекту може бути удосконалено з урахуванням положень вищенаведених міжнародно-правових актів.

Міжнародна комерційна діяльність, як і будь-яка діяльність, неможлива без виникнення спорів, зокрема щодо виконання міжнародних економічних угод, дотримання зобов'язань. Спори у міжнародній комерційній діяльності можуть вирішуватися у порядку арбітражу чи шляхом застосування процедур мирного вирішення спорів, насамперед переговорів, примирення, медіації. Одним з ініціаторів розробки Сінгапурської конвенції був уряд США, зауваживши, що використання примирних процедур «призводить до значних переваг, таких як скорочення випадків, коли спір призводить до припинення комерційних відносин, полегшення управління міжнародними транзакціями сторонами комерційних відносин та отримання економії у забезпеченні правосуддя державами».⁴⁰⁷

Переваги медіації порівняно з судовим чи арбітражним розглядом є загальновідомими: економія фінансових та часових витрат, конфіденційність, збереження дружніх відносин між сторонами спору тощо. Водночас юридична сила медіаційної угоди – угоди, що укладається в результаті медіації – є одним із визначальних чинників у прийнятті рішення сторонами щодо звернення до процедури медіації чи до судового розгляду.

⁴⁰⁷ Proposal by the Government of the United States of America: future work for Working Group II', A/CN.9/822 (Jun. 2, 2014).

Медіаційна угода може залишитися невиконаною через об'єктивні (істотні зміни у матеріальному становищі, інші економічні чинники, зміна керівництва чи власників юридичної особи, зміни у законодавстві, неякісне визначення умов та порядку виконання зобов'язань у медіаційній угоді тощо) та суб'єктивні чинники (зміна своєї позиції щодо вирішення спору). За таких умов звернення до суду є невідворотним, а медіація уявляється марнуванням часу, фінансових та інших ресурсів.⁴⁰⁸ Виконання медіаційних угод з міжнародним елементом ускладнюється знаходженням сторін та/чи об'єкта спору у різних юрисдикціях. Більше того, у певних державах медіація не має законодавчого урегулювання, що практично унеможлиблює приведення у виконання медіаційних угод.

Стаття 14 Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародну комерційну примирну процедуру «Приведення у виконання мирової угоди» передбачала: «якщо сторони укладають угоду про врегулювання спору, ця мирова угода має обов'язкову силу і може бути приведена у виконання ... держава, яка приймає Типовий закон, включає опис порядку приведення у виконання мирових угод або вказує положення, що регулюють таке приведення у виконання.

Коментарі до наведеної статті вказують на те, що привабливість примирної процедури зростатиме за умови передбачення у законодавстві режиму прискореного приведення у виконання мирових угод, при цьому останні мають розглядатися як арбітражні чи аналогічні рішення. Методи забезпечення такого прискореного режиму не є однаковими у різних правових системах та залежать від технічних особливостей національних процесуальних норм.⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ Мазаракі Н. А. Виконання угоди, укладеної за результатами медіації. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. URL:http://apnl.dnu.in.ua/1_2018/6.pdf.

⁴⁰⁹ ЮНСІТРАЛ Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и Руководство по принятию и применению 2002 год. URL:http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955_Ebook.pdf.

При цьому фахівці здебільшого вважають формулювання наведеної статті значним недоліком Типового закону,⁴¹⁰ який не забезпечував достатньої привабливості примирних процедур для учасників міжнародної комерційної діяльності.

Директива ЄС про деякі аспекти посередництва (медіації) у цивільних та комерційних справах також наголошує на необхідності правового механізму приведення у виконання медіаційних угод як чинника підвищення привабливості медіації.⁴¹¹

Світовий досвід показує, що існує кілька можливих варіантів виконання та приведення у виконання угод, укладених за результатами медіації.

По-перше, можливе застосування загальних норм цивільного права і надання медіаційній угоді статусу цивільно-правового правочину (США, Англія та ін.). При цьому у США суди практично завжди підтримують медіаційну угоду, якщо в її змісті розкрито та однозначно сформульовано зобов'язання сторін.

По-друге, можливе надання медіаційній угоді статусу судового рішення. Звісно, за умови присудової медіації медіаційна угода затверджується судовим рішенням, що не викликає особливих проблем щодо її виконання, водночас за умови позасудової медіації можливим є і прискорений порядок приведення медіаційної угоди у виконання рішенням суду. Швейцарське законодавство передбачає «омологацію медіаційної угоди», згідно з якою суддя надає медіаційній угоді статус судового рішення, якщо вона не суперечить публічному порядку та нормам права, а медіація проводилась зареєстрованим медіатором. При цьому надання статусу судового рішення передбачає, що на основі змісту медіаційної угоди

⁴¹⁰ Sussman E. (2018) The Singapore Convention. Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements. ICC Dispute Resolution Bulletin, 2018. №3.

⁴¹¹ Директива №2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах від 21.05.2008. URL:http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a95.

суддя складає текст офіційного протоколу, який підписується безпосередньо суддею, секретарем суду, сторонами угоди та їх адвокатами. Після цього протокол реєструється в канцелярії суду і набуває статусу судового рішення.⁴¹²

По-третє, можливе надання медіаційній угоді статусу арбітражного рішення передбачено законодавством Англії, Кореї, окремих штатів США, правилами медіації Стокгольмської торгово-промислової палати. Стаття 14 останніх передбачає, що за умови згоди медіатора сторони наділяють медіатора статусом арбітражного судді і просять його затвердити медіаційну угоду як арбітражне рішення. У такому випадку, з теоретичної точки зору, процедура медіації перетворюється на варіант медіація-арбітраж.⁴¹³ Водночас щодо спорів з міжнародним елементом виникають певні сумніви стосовно можливості застосування Нью-Йоркської конвенції 1958 р.

З огляду на різні підходи до визнання юридичної сили медіаційної угоди та різні механізми приведення у виконання медіаційних угод, чи взагалі невизнання медіаційних угод національними правовими системами певних країн, представники США в ООН наголосили на доцільності розробки багатосторонньої Конвенції щодо порядку приведення у виконання медіаційних угод. Також така робота мала й кумулятивний ефект щодо звернення уваги стейкхолдерів міжнародної комерційної діяльності на медіацію.

Протягом трьох років тривали дискусії у рамках засідань Робочої групи ЮНСІТРАЛ (8 засідань, в яких брали участь представники 85 держав та 35 неурядових організацій) та в наукових колах, у результаті чого 25 червня 2018 року на 51 засіданні ЮНСІТРАЛ було погоджено текст Конвенції ООН про міжнародні мирові угоди, що були укладені в результаті медіації, яка матиме назву Сінгапурської конвенції, адже її

⁴¹² Loi de procédure civile URL:http://www.lexfind.ch/dtah/74190/3/rsg_E3_05.html.1.html.

⁴¹³ The mediation rules of the Arbitration institute of the Stockholm chamber of commerce. URL:http://www.sccinstitute.com/media/49819/medlingsregler_eng_web.pdf.

ратифікація запланована на серпень 2019 року у Сінгапурі. Аналіз опублікованого тексту міжнародно-правового документа дозволяє нам виділити такі ключові аспекти:

Вид міжнародного нормативно-правового акта. З огляду на різноматність національних підходів до приведення у виконання та юридичної сили медіаційних угод доцільним видавалося прийняття типового закону, водночас формат конвенції потенційно забезпечував більший ефект у популяризації та гармонізації вирішення спорів у порядку медіації, а з огляду на транскордонну складову – підвищував рівень правової визначеності щодо юридичної сили медіаційної угоди. Позитивний досвід Нью-Йоркської конвенції 1958 року був взятий за приклад, тим більше можливість застосування механізмів застережень підвищувала вірогідність ратифікації більшою кількістю держав.

Тим не менш, враховуючи необхідність гармонізації медіаційного законодавства та затвердження модельних правових норм, Робочою групою було прийнято рішення щодо одночасного затвердження Типового Закону ЮНСІТРАЛ про міжнародну комерційну медіацію та міжнародні мирові угоди, укладені в результаті медіації.

У процесі обговорення тексту майбутньої Конвенції також порушували питання про те, чи має Конвенція застосовуватися сторонами медіації за замовчуванням або сторони повинні самі передбачити можливість її застосування у медіаційній угоді. Робочою групою було обрано перший варіант, з огляду на те, що він дає змогу реалізувати принцип самовизначення сторін медіації, а також такий варіант виправдав свою доцільність у практиці застосування Нью-Йоркської конвенції 1958 року.

Сфера застосування. Згідно зі статтею 3 тексту Сінгапурської конвенції вона застосовується до угоди, що є результатом медіації та укладена у письмовій формі сторонами для вирішення комерційного спору («медіаційна

угода»), який на момент його укладення є міжнародним, оскільки:

(а) щонайменш, дві сторони у медіаційної угоди здійснюють комерційну діяльність у різних державах; або

(b) Держава, в якій сторони медіаційної угоди здійснюють комерційну діяльність, є відмінною від:

(i) Держави, в якій виконується істотна частина зобов'язань згідно з медіаційною угодою;

або (ii) Держави, з якою найбільш тісно пов'язаний предмет медіаційної угоди.

Критерій «міжнародності» набув детального тлумачення у тексті Конвенції і лише частково нагадує трактування у Типовому законі про міжнародну примирну процедуру: замість словосполучення «предмет спору» в Конвенції йдеться про «предмет медіаційної угоди», при цьому останній потенційно може відрізнитися від предмета спору.

Також доречним буде провести паралелі з Нью-Йоркською конвенцією, яка передбачає, що «Ця Конвенція застосовується для визнання та приведення у виконання арбітражних рішень, винесених на території держави іншої, ніж держава, де порушене клопотання про визнання і приведення у виконання таких рішень, у спорах, сторонами в яких можуть бути як фізичні, так і юридичні особи». Очевидно, що наріжним каменем визначення «міжнародності» арбітражної угоди є місцезнаходження арбітражу, однак, текст Сінгапурської конвенції навмисно оминає визначення місця проведення медіації. Ми вважаємо це абсолютно виправданим, адже процес медіації є достатньо гнучким, обсяги та характер правового регулювання інституту медіації можуть суттєво відрізнитися, до того ж такий підхід Сінгапурської конвенції наголошує на важливості забезпечення принципу самовизначення сторін медіації, які самостійно визначають зміст медіаційної угоди, керуючись власним розумінням справедливості та верховенства права. Крім того, медіація може проводитися в онлайн-режимі, з використанням спеціалізованих онлайн-

платформ, що не дає можливості визначити місце її проведення.

Поняття «комерційного спору» в Конвенції напряду не розкривається, однак перераховані виключення щодо медіаційних угод, укладених у спорах стосовно приватних, сімейних та домашніх відносин, чи у спорах у сфері сімейного, спадкового та трудового права. У такий спосіб текст Конвенції не спричинятиме можливі конфлікти з національним правом держав-сторін Конвенції, а також не буде накладатися на сферу застосування документів Гаазької конференції з міжнародного приватного права. Тлумачення терміна «комерційний» подано у примітці 2 до ст. 1 Типового закону про міжнародну примирну процедуру.

Текст Сінгапурської конвенції містить ще одне обмеження сфери застосування. Згідно з п. 3 ст. 1 під дію Конвенції не підпадатимуть:

- (а) медіаційні угоди,
 - (і) які були затверджені судом чи укладені у процесі судового розгляду;
 - (ii) які можуть бути приведені у виконання як судові рішення у державі, де суд розташований;
- (б) які мають статус арбітражного рішення. Зазначені виключення обумовлені дією Конвенцій про угоди щодо вибору суду 2005 р. та Нью-Йоркської конвенції 1958 р.

Тлумачення терміна «медіація». Згідно п. 3 ст. 2 Сінгапурської конвенції медіація визначається як процес, незалежно від назви та базису проведення процесу, у якому сторони намагаються досягти мирного вирішення їх спору за допомогою третьої особи чи осіб (медіатора), який (які) не має повноважень приписувати сторонам вирішення спору. Таке загальне та нейтральне тлумачення терміна «медіація» має врахувати всі можливі техніки та види медіації, різноманітні визначення медіації у національних законодавствах. Характерним є також те, що автори тексту уникали зазначення принципів медіації (конфіденційності, неупе-

редженості та нейтральності медіатора; принципи добровільності чи самовизначення сторін медіації лише впливають із самого визначення).

Загальні принципи. Конвенція передбачає обов'язок держав-сторін Конвенції приводити у виконання медіаційні угоди згідно з національним процесуальним правом та відповідно до умов, передбачених Конвенцією. Розробники тексту Сінгапурської конвенції свідомо не передбачали певний метод приведення у виконання медіаційних угод та взяли за основу механізм Нью-Йоркської конвенції 1958 року, згідно з яким арбітражні угоди приводяться у виконання відповідно до національних процедур. По-перше, такий підхід вже виправданий часом та практикою, а по-друге, не створює передумов для утримання держав до приєднання до Сінгапурської конвенції, адже враховує різноманітність національних процесуальних правових норм.

Частина 2 ст. 3 Конвенції передбачає: «Якщо виникає спір з суперечностей, які вже були розв'язані шляхом медіаційної процедури, держава-учасниця Конвенції дозволить стороні спору посилатися на медіаційну угоду відповідно до власних процесуальних норм та на умовах, викладених у цій Конвенції, щоб довести, що спір вже вирішено». Можна припустити, що наведений пункт Конвенції дозволяє сторонам спору використовувати медіаційну угоду як відзив на позов. Для того, щоб надати можливість втілювати зазначену частину Конвенції, держави-учасниці мають внести зміни до національного законодавства та визначити порядок визнання медіаційних угод у таких випадках та їх процесуального значення (як доказ, основа для ухвали суду про залишення позову без розгляду тощо). Також необхідним буде визначити порядок засвідчення достовірності та дійсності медіаційної угоди, що безпосередньо аналізується далі у нашому дослідженні.

Підтвердження факту проведення медіації. Аналіз ст. 4 Сінгапурської конвенції дозволяє виділити ключові вимоги

до медіаційної угоди, адже для приведення у виконання останньої сторона повинна подати до суду:

- медіаційну угоду, підписану сторонами;
- підтвердження того, що угода укладена в результаті медіації – підпис медіатора на угоді;
- документ, підписаний медіатором, про факт проведення медіації;
- засвідчення установи, яка адмініструвала процес медіації, чи інші докази проведення медіації.

Останнє формулювання надає можливість державам-учасникам Конвенції втілити у національне законодавство власні вимоги до підтвердження дійсності медіаційних угод.

З урахуванням того, що мирові угоди можуть бути укладені не виключно у процесі медіації, а й інших мирних методів вирішення спорів (переговорів, примирення), автори тексту очевидно наголосили на тому, що дія Конвенції буде розповсюджуватися виключно на угоди, укладені в результаті медіації. Наведене пов'язане з тим, що саме медіація є таким альтернативним методом вирішення спорів, який забезпечує справедливе рішення.

Водночас медіатори висловлюють думку, що вимога підпису медіатора на медіаційній угоді є спірною, адже багато медіаторів свідомо відмовляються підписувати медіаційну угоду. Більшість американських медіаторів дотримуються практики, що відповідно до умов медіаційної угоди, вони не можуть бути викликані до суду як свідки; медіатори не роблять письмових виписок із медіаційної угоди, що може тлумачитися як свідчення укладання медіаційної угоди, або, що ще гірше, включення медіатора до сторін медіаційної угоди.⁴¹⁴ При цьому розголошення факту проведення медіації, персональної інформації сторін медіації та змісту медіаційної угоди може розцінюватися як недотримання принципу конфіденційності медіації.

⁴¹⁴ F. Peter Philips. Concerns on the New Singapore Convention
URL:<https://www.mediate.com/articles/philips-concerns-singapore.cfm>

Підстави для відмови у приведенні до виконання медіаційної угоди. Формулювання таких підстав було здебільшого запозичено з Нью-Йоркської конвенції 1958 року з незначними змінами, обумовленими сферою дії Сінгапурської конвенції. Наприклад, підпункт «d» п. 1 ст. 5 передбачає, що «медіаційна угода не може бути виконана, якщо це суперечить її змісту (наприклад, якщо сторони домовилися не звертатися чи обмежили можливість примусового виконання медіаційної угоди)».⁴¹⁵

Підпункт «e» передбачає таку підставу як «серйозне порушення медіатором вимог до медіатора чи процедури медіації, якщо за відсутності такого порушення сторона спору не уклала б медіаційну угоду», підпункт «f» – «неповідомлення медіатором умов, які спричиняють аргументовані сумніви щодо неупередженості чи незалежності медіатора, чи у разі, коли таке неповідомлення мало істотний вплив чи неналежний вплив на сторони, за відсутності якого сторона спору не уклала би медіаційну угоду».

Медіатори висловлюють слушні зауваження щодо реалізації положень підпункту «e» п.1 ст. 5 Сінгапурської конвенції, адже потрібно визначити, які саме стандарти слід застосовувати до медіатора та процедури медіації, які дії становлять порушення медіатором вимог, хто може бути свідком вірогідного порушення вимог, чи можна викликати медіатора для пояснень стосовно дотримання вимог та стандартів медіації.⁴¹⁶

Незважаючи на вищенаведені зауваження, можна стверджувати, що погодження Робочою групою тексту Конвенції ООН про міжнародні мирові угоди, що були укладені в результаті медіації, а також її майбутнє підписання уособлює собою підкріплення тенденції до мирного вирішення спорів у між-

⁴¹⁵ Chua E. (2019) The Singapore Convention on Mediation—A Brighter Future for Asian Dispute Resolution. *Asian Journal of International Law*, 1–11 doi:10.1017/s2044251318000309

⁴¹⁶ F. Peter Philips. Concerns on the New Singapore Convention. URL:<https://www.mediate.com/articles/phillips-concerns-singapore.cfm>

народній комерційній діяльності. Очевидно, що різноманітні національні механізми визнання та приведення у виконання медіаційних угод (чи взагалі відсутність таких механізмів) суттєво стримують застосування медіації у міжнародних комерційних спорах та обумовлюють превалювання арбітражного порядку вирішення спорів. Сінгапурська конвенція може стати чинником популяризації медіаційних процедур, інституалізації медіації у національних законодавствах та внесень відповідних змін до цивільних та господарських процесуальних норм.

Виважений текст Сінгапурської конвенції пропонує достатньо чіткий механізм та орієнтири для впровадження в національне законодавство процедур визнання та приведення у виконання медіаційних угод. Більше того, деякі положення Конвенції можуть стати корисними і для українського законодавця у рамках роботи над проектом Закону України «Про медіацію», наприклад, щодо форми медіаційної угоди, принципів неупередженості та незалежності медіатора, самовизначення сторін медіації тощо.

Водночас, деякі формулювання Сінгапурської конвенції є надто загальними, зокрема щодо підстав для відмови у приведення у виконання медіаційної угоди, що потребуватиме певного обсягу судової практики для більш чіткого розуміння положень Конвенції.

Висновки до розділу 4

Одним із напрямів розвитку правової системи нашої держави є запровадження альтернативних методів вирішення спорів, серед яких медіації нині приділяється особлива увага. У зв'язку з цим виникає заінтересованість теоретичними та практичними основами застосування медіації, зокрема щодо угод, які укладаються до початку та за результатами медіації, адже медіація має договірну основу. Відсутність теоретичної

основи особливостей укладання, виконання, зміни та припинення угод та договорів у сфері медіації може спричиняти проблеми щодо належного оформлення договірних відносин як у сфері медіації, так і стосовно спору, який підлягав вирішенню. Чітка регламентація медіаційних договорів, розроблення юридичної конструкції законного та дійсного медіаційного договору має стати запорукою популярності та довіри населення до медіації. Основними дискусійними моментами є сутність, форма та юридична сила таких угод і договорів. Слід зазначити про відсутність єдиної термінології, що певною мірою ускладнює сприйняття громадськістю процедури медіації та її юридичних наслідків.

Договірні відносини у сфері медіації можуть виникати до та після виникнення спору, з метою початку процедури медіації або для закріплення досягнутого компромісу, у рамках приватної чи присудової медіації тощо. Тому договори у сфері медіації мають різні юридичні конструкції, мету, предмет, форму тощо.

Медіаційне застереження, включене до основного договору чи викладене у формі додатка до основного договору, передбачає наміри сторін звернутися до процедури медіації у разі виникнення спорів у межах виконання основного договору. Включення медіаційного застереження до господарських, цивільних, трудових і шлюбних договорів може стати одним із кроків до популяризації медіації та готовності громадян вирішувати спори у позасудовому порядку. Навіть маючи факультативний характер, медіаційне застереження може відігравати свою роль у схиленні сторін до мирного вирішення спору, оскільки означає готовність та обізнаність сторін у потенційних можливостях медіації, а пропозиція звернутися до медіатора не буде означати слабких позицій сторони спору у потенційному судовому провадженні.

Безпосередньо свою згоду на участь у медіації сторони спору висловлюють у договорі про проведення медіації, який укладається між сторонами спору та визначеним ними

медіатором чи медіаторською організацією. Такий договір може укладатися як результат дотримання сторонами медіаційного застереження, так і ситуаційно у разі виникнення спору, до чи після подання судового позову.

Призначенням договору про проведення медіації є узгодження сторонами спору та медіатором практичних аспектів процедури медіації, зокрема порядку дотримання конфіденційності, нерозголошення даних, що стали відомими у процесі медіації, строків проведення медіації, порядку припинення процедури медіації, юридичної сили майбутньої угоди про результати медіації, порядку оплати послуг медіатора, відповідальності медіатора чи медіаторської організації тощо.

Аналіз судової та медіаційної практики іноземних держав свідчить, що до необхідних елементів договору про медіацію також можна відносити положення про правову природу угоди про результати медіації, за умови, що правова система держави передбачає спрощений порядок приведення медіаційних угод до виконання.

Договір про проведення медіації є тристоронньою угодою про зобов'язання сторін провести процедуру медіації щодо певних спірних правовідносин із визначенням процедурних прав та обов'язків сторін. Внесення змін до цивільного законодавства України щодо призупинення перебігу строків позовної давності на період проведення медіації з передбаченням граничного строку проведення медіації може стати запорукою популяризації медіації як альтернативного методу вирішення спорів в Україні.

Правова природа угоди про результати медіації залежить від певних чинників: характеру спірних правовідносин, моменту укладення угоди (до чи після передачі спору на розгляд суду), обраної сторонами моделі медіації.

З огляду на правову природу медіаційної угоди як цивільно-правового правочину, захист прав, порушених у результаті невиконання або неналежного виконання медіацій-

ної угоди, здійснюється способами, передбаченими цивільним законодавством. Медіаційна угода має виконуватися на основі принципу добровільності та добросовісності сторін, принципу *pacta sunt servanda*, а при недотриманні однією зі сторін медіаційної угоди її положень інша сторона має застосувати засоби захисту прав та інтересів, передбачених главою 3 Цивільного кодексу України, у тому числі звернутися до суду. Водночас останнє по суті перекреслює практично всі переваги медіації як альтернативного, поза-судового методу вирішення спорів. Відсутність законодавчих засобів гарантування виконання медіаційної угоди, спрощеного порядку приведення її у виконання значно знижує затребуваність та попит на медіацію.

Погодження Робочою групою тексту Конвенції ООН про міжнародні мирові угоди, що були укладені в результаті медіації, а також її майбутнє підписання уособлює собою підкріплення тенденції до мирного вирішення спорів у міжнародній комерційній діяльності. Очевидно, що різноманітні національні механізми визнання та приведення у виконання медіаційних угод (чи взагалі відсутність таких механізмів) суттєво стримують застосування медіації у міжнародних комерційних спорах та обумовлюють превалювання арбітражного порядку вирішення спорів. Сінгапурська конвенція може стати чинником популяризації медіаційних процедур, інституалізації медіації у національних законодавствах та внесень відповідних змін до цивільних та господарських процесуальних норм.

Виважений текст Сінгапурської конвенції пропонує достатньо чіткий механізм та орієнтири для впровадження у національне законодавство процедур визнання та приведення у виконання медіаційних угод.

Медіація має договірний характер, адже процес медіації можна розглядати як послідовність договірних правовідносин – від організаційних до правовстановлюючих.

З огляду на широку сферу застосування, медіаційні договори та угоди мають бути універсальним інструментом, придатним для врегулювання різноманітних відносин, з приводу яких виник спір, тому прив'язка правової природи медіаційного договору угоди до тієї чи іншої галузі права є недоречною. Здебільшого медіаційні угоди є цивільно-правовими, хоча правова природа та дія медіаційних угод та договорів зазвичай виходять за межі правовідносин, які вони врегульовують, адже медіаційні угоди та договори не обмежені лише нормами права, а й застосовують категорії моралі, добросовісності, етики, справедливості тощо.

ПІСЛЯМОВА

Захист прав громадян є однією з основних функцій сучасної правової держави. Право фізичних та юридичних осіб на захист своїх прав від неправомірних посягань є визначальним та закріплюється у законодавстві кожної демократичної держави.

При цьому право на захист передбачає не тільки право на звернення за захистом порушеного права до державних органів, але й право на самостійні дії із захисту та відновлення порушеного права.

Порушення права є складовою правового конфлікту та спору, водночас подолання конфліктів та вирішення спорів в умовах високої правової культури суспільства повинно здійснюватися на основі моральних імперативів, з метою реалізації особистого щирого бажання загладити вину, компенсувати збитки тощо. Діяльна участь у врегулюванні проблеми, справедливість і добросусідські відносини, милосердя і мудрість, великодушність є визначальними моральними цінностями, на основі яких повинні вирішуватися спори та конфлікти.

У сучасних умовах потенціал компромісу і медіації знаходить своє нове вираження і значимість як фундаментальних принципів, заснованих на загальнолюдських цінностях, – категоріях довіри, справедливості, розумності, моральності, рівноправності. Із застосуванням медіації соціальні та правові конфлікти і спори можуть вирішуватися на основі суспільно значущих і визнаних соціальних норм, суспільних цінностей і інтересів.

Нормативному закріпленні медіації та її широкому застосуванню передувала тривала історія розвитку соціально-культурних норм, в яких формувалися та кристалізувалися різні методи регулювання людських відносин. Вся історія людства, розвиваючи та вдосконалюючи культуру взаємодії, пов'язана з пошуком нових форм регулювання відносин між людьми, спільнотами, державами.

В Україні на даний час вирішення правових спорів по суті монополізовано державними судами і від цього не виграє ані держава (завантаження судів, гальмування цивільного обороту, торговельно-економічних процесів внаслідок тривалого розгляду спорів тощо), ані суспільство (відсутність альтернативи дорогому, повільному та такому, що втратив довіру, державному судочинству). Тому держава, реагуючи на попит суспільства та виконуючи свої функції із забезпечення конституційних прав громадян, має не тільки сприяти розвитку альтернативних способів вирішення спорів, але й вживати кроків для формування довіри суспільства до цього інституту. Явною тенденцією останніх десятиріч у сфері вирішення спорів можна вважати поступовий розвиток позасудових методів, насамперед медіації, що визначається не тільки бажанням держави розвантажити, а і громадян, відповідно, уникнути громіздкої судової системи, але із розумінням важливості мирного врегулювання спору, збереження дружніх відносин між його сторонами.

Серед багатьох альтернативних способів вирішення спорів чільне місце заслужено посідає медіація, адже широка практика її застосування в іноземних державах довела, що медіація має певні переваги: універсальність, конфіденційність, відносну дешевизну, швидкість вирішення спору, високу ймовірність досягнення взаємовигідного рішення і збереження дружніх відносин між сторонами спору тощо.

Водночас такі позитивні аспекти медіації будуть безцільними, якщо медіація не здатна забезпечити реалізацію принципу верховенства права, покращувати доступ до правосуддя та не допускати прийняття несправедливих рішень сторонами спору (особливо в умовах дисбалансу сил сторін спору).

Забезпечення панування верховенства права та досягнення справедливості при вирішенні правових спорів ми розглядали у нашому дослідженні як наріжний камінь механізму запровадження медіації у правову систему держави.

Медіація потенційно може розглядатися як доступ людини до справедливості у разі порушення її прав. Справедливість є базисною категорією медіації, адже такий метод вирішення спорів життєздатний виключно у разі забезпечення справедливого рішення спору, а завданням медіаторської спільноти, законодавця та суспільства у цілому є запровадження та практичне застосування таких правил, норм медіаційної процедури, які унеможливають несправедливість процедури та результату медіації. Хоча поняття справедливості завжди індивідуально для сторін спору, відкидати моральні устої та традиції суспільства неможливо, і тільки тоді може йтися про утвердження справедливості та верховенства права завдяки медіації, коли ідеї соціальної справедливості, свободи, рівності, норми моралі, традиції та звичаї, легітимовані суспільством, будуть відображені у медіаційних угодах.

У дослідженні набули подальшого розвитку ідеї взаємопов'язаності процедурної справедливості у медіації, яка забезпечує справедливість медіаційної угоди та верховенства права. Люди цінують чесність процесу вирішення спору, хочуть досягти саме тієї справедливості, яка є безумовною складовою верховенства права, тому процедурна справедливість у медіації дає можливість стверджувати про забезпечення принципів верховенства права у такому позасудовому способі вирішення спорів. Категорії справедливості та верховенства права нерозривно пов'язані у медіації, будучи їх базисом та ціллю одночасно. Судова система була та буде центральним ланкою у системі вирішення спорів, водночас забезпечення свободи людини на вибір методу вирішення спорів є проявом дії принципу верховенства права та ознакою правової, демократичної держави.

Медіація нами розглядалася як явище, як принцип, як процедура, все це обумовлює необхідність визначення допустимості та обґрунтування застосування медіаційної процедури для вирішення правових спорів. Основою цього має бути правильна оцінка медіабельності спору, яка є суттєвим

чинником ефективності медіації та дозволяє сторонам спору прийняти виважене рішення щодо застосування певної процедури вирішення спору. Ми виходили з того, що під медіабельністю слід розуміти сукупність ознак, які потенційно дають можливість розпочати медіаційну процедуру та досягти мирного і взаємовигідного вирішення правового спору. На підставі цього нами було розроблено критерії медіабельності правових спорів.

Аналіз поточної ситуації в Україні дає змогу зробити припущення про формування соціального інституту медіації, а саме:

1) соціальний запит на альтернативні методи вирішення спорів обумовлений статистичними даними ефективності роботи судів, результатами опитувань щодо рівня довіри населення судовій гілці влади;

2) наявна медіаторська спільнота (зокрема, до реєстру Національної асоціації медіаторів України внесено понад 120 осіб, хоча й сам факт існування такого громадського об'єднання підтверджує тезу про наявність медіаторської спільноти в державі. Також створено Асоціацію сімейних медіаторів України);

3) активно функціонують центри медіації та центри навчання медіаторів, які розташовані по всій території України;

4) затверджено Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України;

5) активно розвивається сімейна та шкільна медіації при службах у справах дітей та закладах освіти.

Водночас попит на медіацію в Україні вкрай низький, що вимагає від держави реалізувати стратегію запровадження медіації у правову та судову систему. Вважаємо, що така стратегія має бути спрямована на:

1) забезпечення якості медіаційних послуг, прав та інтересів третіх осіб;

2) підвищення обізнаності населення про особливості та переваги медіації;

3) заохочення сторін спору до застосовування медіації.

Безумовно, досягнення таких цілей неможливо без правового урегулювання медіації, що насамперед підтверджуватиме визнання державою медіації як методу вирішення спорів, а по-друге, створить засади забезпечення якості медіаційних послуг, формування довіри до медіації, до професіоналізму медіаторів тощо.

Для того, щоб медіація в Україні набула статусу правового інституту, необхідною є наявність сукупності взаємопов'язаних між собою правових норм, що регулюють відносини у сфері медіаційної діяльності зокрема, та у сфері вирішення правових спорів взагалі. При цьому така система норм повинна забезпечити баланс інтересів всіх суб'єктів медіаційної діяльності: фізичних та юридичних осіб (сторін спору), держави в особі її органів, медіаторської спільноти (медіаційних організацій та медіаторів).

Вважаємо, що у вітчизняних умовах правовий інститут медіації має включати норми щодо:

1) регулювання медіації як методу вирішення спорів – її місце та співвідношення з судовим розглядом, порядок звернення до процедури медіації (законодавство може передбачати добровільну чи обов'язкову медіацію певних видів спорів, порядок відвідування медіаційних інформаційних сесій), юридичну силу медіаційного застереження у договорах, перебіг строків позовної давності у разі звернення сторін спору до медіації тощо);

2) регулювання самої процедури медіації: принципи медіації, правовий статус та юридичну силу договору про проведення медіації, медіаційної угоди, правовий статус, права та обов'язки сторін тощо;

3) вимог до медіатора: порядок навчання, акредитації, сертифікації, реєстрації, відповідальності.

Регулювання медіації стосується інтересів широкого кола суб'єктів: громадян та юридичних осіб – «споживачів послуги», тобто сторін спору, державних органів та держави в цілому, медіаторів тощо. Тому законодавцю необхідно знайти баланс у правовому регулюванні щодо інтересів не тільки суб'єктів правового регулювання, але й медіації – як явища, феномена, процедури та професійної діяльності.

Окрему увагу у монографічному дослідженні приділено теоретико-прикладному аналізу принципів медіації: самовизначення, конфіденційності, добровільності медіації, нейтральності медіатора. Зміст та особливості реалізації цих принципів було досліджено на основі іноземних нормативно-правових актів, судових рішень та матеріалів медіаторської практики. Аргументовано, що укладення справедливої медіаційної угоди можливо лише за умови дотримання принципів медіації, що у багатьох випадках потребує відповідного законодавчого регулювання.

Вважаємо принцип добровільності медіації основоположним і визначальним для цього методу вирішення спорів, забезпечує досягнення сторонами найбільш ефективного рішення і, як наслідок, виконання угоди, укладеної за результатами медіації. Незважаючи на поширену практику запровадження обов'язкової медіації у тих чи інших формах та обсягах в різних державах світу, таке рішення буде для України передчасним, хоча б тому, що медіаторська інфраструктура до цього, безумовно, не готова. Водночас обов'язковість медіації в чітко визначених спорах із відповідним забезпеченням кваліфікованими медіаторами можлива, наприклад, у трудових спорах в органах державної влади та органах місцевого самоврядування, у сімейних спорах у службах із захисту дітей.

У свою чергу, принцип конфіденційності є наріжним каменем медіації і має бути врегульованим, дотриманим та захищеним учасниками медіації та законодавством з метою забезпечення затребуваності та ефективності цього альтер-

нативного методу вирішення спорів. Адже чим більше інформації сторони розкривають у процесі медіації, тим вірогідніше віднайти компромісне рішення. Тому гарантії того, що оприлюднені у процесі медіації інформація та факти не стануть відомими поза колом учасників медіаційного процесу, є дуже важливими. Національні законодавства забезпечують різні обсяги конфіденційності медіації та знаходять власний баланс між публічним та приватним інтересом.

У нашому дослідженні ми аргументуємо, що в умовах становлення медіації в Україні норми проекту Закону України «Про медіацію» мають бути доповнені положеннями щодо кола суб'єктів, які не підлягають виклику як свідки з приводу інформації, що стала їм відома у медіаційному процесі, а також щодо кола об'єктів та інформації, яка не може бути розголошена.

Виходячи з твердження, що медіація має договірний характер, ми також розглядали процес медіації як послідовність договірних правовідносин – від організаційних до правовстановлюючих, що зумовило необхідність аналізу правової природи договірних конструкцій, притаманних медіації: медіаційного застереження, договору про проведення медіації, угоди про результати медіації. Особлива увага була приділена аналізу юридичної сили та приведення у виконання медіаційної угоди, у тому числі з огляду на перспективне міжнародне законодавство.

Резюмуючи основні результати монографічного дослідження, констатуємо, що медіація в Україні потребує активної залученості держави, суддівського корпусу та медіаторської спільноти до розробки якісної правової бази – формування правового інституту медіації.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Актуальні інтерв'ю. Медіація: крок уперед чи в нікуди? [Електронний ресурс] // Правовий тиждень. – 2010. – 27 лип. – № 30 (208). – Режим доступу : <http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&&newsid=122123>
2. Актуальні проблеми теорії держави та права. Ч. I. Актуальні проблеми теорії держави : навч. посіб. / [С.М. Тимченко, С.К. Бостан, С.М. Легуша та ін.]. – Київ : КНТ, 2007. – С. 45–46.
3. Алеш Загар. Кампанія з інформування громадськості про медіацію в Україні / Алеш Загар // Відновне правосуддя в Україні. – 2008. – № 4. – С. 49–92.
4. Арутюнян А. А. Медиация как способ урегулирования уголовно-правовых и предпринимательских споров: сравнительно-правовой анализ / А. А. Арутюнян, Е. А. Добролюбова // Законодательство. – 2012. – № 7. – С. 56–59.
5. Арутюнян А. А. Медиация в уголовном процессе : автореф. дис. на соиск. ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность» / МГУ им. М. В. Ломоносова / А. А. Арутюнян. – М., 2012. – 29 с.
6. Ахмач Г. М. Умови мирової угоди та практика їх застосування [Електронний ресурс] / Г. М. Ахмач // Актуальна юриспруденція. – Режим доступу : http://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=531%3A130513-14&catid=68%3A3-0513&Itemid=84&lang=ru.
7. Бакалінська О. О. Концептуальні підходи до визначення змісту поняття добросовісність в західній правовій доктрині / О. О. Бакалінська // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 2. – С. 150–154.
8. Бакалінська О. О. Правові проблеми розвитку саморегулювання в сфері добросовісної конкуренції /

- О. О. Бакалінська // Право і суспільство. – 2014. – № 2. – С. 63–68.
9. Бакалінська О. О. Добросовісність, розумність, справедливість судового розсуду / О. О. Бакалінська // Вісн. господарського судочинства. – 2012. – № 3. – С. 93–97.
10. Бедрій М. М. Основні ознаки українських копних судів (XIV–XVIII) / М. М. Бедрій // Часопис Київ. ун-ту права. – 2009. – № 1. – С. 30–35.
11. Безпальча Р. Центр відновного правосуддя в громаді / Р. Безпальча // Відновне правосуддя в Україні. – 2007. – № 1. – С. 14–26.
12. Белінська О.В. Медіація – альтернативне вирішення спорів / О. В. Белінська // Вісник Вищої ради юстиції. – 2011. – № 1 (5). – С. 158 – 173.
13. Беляневич В.Е. Господарський процесуальний кодекс України (зі змін. і допов. станом на 22 верес. 2005 р.) : наук.-практ. комент. / В. Е. Беляневич. – Київ : Юстініан, 2006. – 672 с.
14. Бережна І. Сумна доля альтернативних методів вирішення спорів в Україні [Електронний ресурс] / І. Бережна. – Режим доступу : <http://blog.liga.net/user/berezhnaya/article/2073.aspx>.
15. Бесемер Х. Медиация. Посредничество в конфликтах : пер. с нем. Н. В. Маловой. – Калуга, 2004. – 176 с.
16. Біцай А. В. Моделі медіації у світі та перспективи для України / А. В. Біцай // Право і суспільство. – 2013. – № 6. – С. 85–89.
17. Бобровник С.В. Компроміс і конфлікт у праві: теоретико-методологічне дослідження : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / С. В. Бобровник ; Київ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. – Київ, 2013. – 40 с.

Список використаної літератури

18. Бойков О. В. Юридический конфликт: процедуры разрешения / [О. В. Бойков, Н. В. Варламова, Ю. А. Веденев и др.] ; отв. ред. В. Н. Кудрявцев. – М., 1995. – 59 с.
19. Вольтова А.К. О примирительной процедуре с участием посредника / А. К. Вольтова // Журн. рос. права. – 2008. – № 5. – С. 98–103.
20. Впровадження медіації в адміністративному судочинстві: за і проти [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.uris-c.com.ua/2012/11/05/>
21. Гайденко Шер Н.И. Обязательная медиация: опыт Италии / Н. И. Гайденко Шер // Третейский суд. – 2011. – № 1. – С. 156–165.
22. Гайдук А.В. Проблеми законодавчого забезпечення медіації в Україні / А. В. Гайдук // Часопис Академії адвокатури України. – 2013. – № 19. – С. 1–3.
23. Галенская Л. Н. Альтернативные способы разрешения споров / Н. Л. Галенская // Журн. междунар. частного права. – 2001. – № 1. – С. 3–12.
24. Геселев О. Зміна пануючого праворозуміння як обов'язкова умова впровадження відновного правосуддя в Україні (філософсько-правовий аспект) / О. Геселев // Право України. – 2010. – № 3. – С. 106–114.
25. Головки Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве / Л. В. Головки. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2002. – 544 с.
26. Гусарев С. Д. Юридична діяльність: методологічні та теоретичні аспекти : дис. ... д-ра юрид. наук. – Київ, 2007. – 422 с.
27. Давыденко Д. Л. Из истории примирительных процедур в Западной Европе и США / Д. Л. Давыденко // Вест. Высшего арбитражного суда Российской Федерации. – М., 2004. – № 1. – С. 163–176.

28. Давыденко Д. Л. Примирительные процедуры и арбитраж в Древней Греции / Д. Л. Давыденко // Третейский суд. – СПб., 2010. – № 5. – С. 161–168.
29. Демендецки Т.Ю. Медиация как альтернативная форма рассмотрения гражданских дел в польском процессуальном праве: общая проблематика / Т. Ю. Демендецки // Актуальные проблемы российского права. – 2011 – № 1. – С. 321–326.
30. Добриніна Г. Чи можна вирішити спір, не звертаючись до суду? / Г. Добриніна // Справочник економіста. – 2008. – № 6. – С. 35–38.
31. Єрбоменко Г. Про проект закону «Про медіацію в Україні» / Г.Єрбоменко, А. Комбікова // Право України. – 2011. – № 11–12. – С. 217–220.
32. Жмудь В. Запровадження процедури медіації (примирення) у законодавстві України [Електронний ресурс] / В. Жмудь // Юстініан. – 2007. – № 11 . – Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/11347>.
33. Зазуляк Ю. Ремесло суперарбітра, шляхетські конфлікти та любовне замирення у Руському воєводстві початку ХХ ст. / Ю. Зазуляк // Соціум. Альманах соціальної історії. – 2007. – № 7. – С. 43–57.
34. Зайчук О. В. Сучасна правова енциклопедія / О. В. Зайчук, О. Л. Копиленко, Н. М. Оніщенко ; за заг. ред. ОВ Зайчука; Ін-т законодавства Верховної Ради України. – 2010.
35. Замніус В. Передумови впровадження процедури медіації в Україні / В. Замніус, Д. Ковриженко, В. Землянська // Бюл. нац. служби посередництва і примирення. – 2006. – № 11. – С. 46–54.
36. Запара С.І. Удосконалення процедури вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) примирними органами в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудове

- право; право соціального забезпечення» / С. І. Запара ; Київ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. – Київ, 2005. – 22 с.
37. Землянська В. Альтернатива судам – належить вам [Електронний режим] // Юридична газета. – 2007. – 26 квіт. – Режим доступу : http://bihun.in.ua/uploads/tx_upspubs/I_2007_Zemlyanska.pdf
38. Землянська В. Вивчення досвіду Польщі у сфері медіації / В. Землянська // Право України. – 2004. – № 3. – С. 137.
39. Зенькович Д.И. Согласительная процедура в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации и процедура медиации в Арбитражном суде при Польской хозяйственной палате: сравнительный анализ / Д. И. Зенькович // Труды молодых исследователей по сравнительному праву. – 2009. – № 4. – С. 18–25.
40. Зер Х. Восстановительное правосудие: новый взгляд на преступление и наказание : пер. с англ. / общ. ред. Л. М. Карнозовой ; коммент. Л. М. Карнозовой и С. А. Пашина. – М. : Судебно-правовая реформа, 1998. – 350 с.
41. Зубко Т.Л. Медіація як спосіб альтернативного врегулювання спорів в Європейському Просторі / Т. Л. Зубко // Право : зб. наук. пр. Харків. нац. пед. ун-ту ім. Г. С. Сковороди. – 2014. – Вип. 21. – С. 130–136.
42. Иванова Е. Н. Специфика медиации в суде (опыт петербургских медиаторов) / Е. Н. Иванова, О. И. Андреева // Третейский суд. – 2011. – № 4. – С. 176–185.
43. Иванова Е. Н. Медиация на поле брани [Електронний ресурс] / Е. Н. Иванова // Третейский суд. – 2000. – № 2. – Режим доступу : <http://arbitrage.spb.ru/jts/2000/2/art09.html>.
44. Калачева Е.Н. К вопросу об участии адвоката в процедуре медиации / Е. Н. Калачева // Адвокатская практика. – 2011. – № 2. – С. 2–5.

45. Калашникова С. И. Проблемы исполнения медиативного соглашения / С. И. Калашникова // Корпоративный юрист. – 2011. – № 9. – С. 55–58.
46. Канішева К. М. Розвиток примирливих процедур у врегулюванні спорів, які виникають із шлюбно-сімейних правовідносин [Електронний ресурс] / К. М. Канішева // Право і безпека. – 2009. – № 2. – Режим доступу : <http://pravoznaves.com.ua/period/article/3793/%CA>.
47. Катаєва Е. Національні особливості медіації в Україні: досвід та перспективи / Е. Катаєва // Слово Національної школи суддів України. – 2013. – № 3. – С. 156–161.
48. Кисельова Т. Роль міжнародних донорів та місцевих НУО в розвитку медіації в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ukrmediation.com.ua/ua/useful_information/articles/?pid=1134.
49. Кобернюк В. Інститут закриття кримінального провадження зі звільненням обвинуваченого від кримінальної відповідальності: сучасний стан і перспективи / В. Кобернюк // Вісн. прокуратури. – 2012. – № 10. – С. 64–70.
50. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 лип. 2005 р. № 2747-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.
51. Козюбра М.І. Принцип верховенства права і верховенства Конституції: співвідношення / М.І. Козюбра // Конституційне будівництво в Україні: теорія та практика : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (01–03 червня 2000 року). – Ужгород : Закарпаття, 2000. – С. 27–34.
52. Козюбра М.І. Принцип верховенства права у конституційному правосудді / М.І. Козюбра // Закон і Бізнес. – 2000. – № 17. – С. 10.
53. Колишний В. Медиация в налоговых спорах способна обеспечить достижение взаимовыгодного решения и способствовать наполнению бюджета» [Електронний

Список використаної літератури

- ресурс] // Закон і бізнес. – № 15 (1209) 11.04—17.04.2015. – Режим доступу : http://zib.com.ua/ru/115612-upravlyayuschiy_partner_yuk_prove_group_v_kochkarov_mediaciy.html
54. Колодій А.М. Принципи права України : монографія. – Київ : Юрінком Інтер, 1998. 208 с
55. Комарова Ю. А. История института медиации / Ю. А. Комарова // Ученые труды Рос. акад. адвокатуры и нотариата. – 2011. – № 1. – С. 14–19.
56. Конфліктологія : підруч. для студ. вищ. навч. закл. юрид. спец. / [Г. Ю. Васильєв, Л. М. Герасіна, Н. П. Осіпова та ін.] ; Нац. юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого. – Харків : Право, 2002. – 256 с.
57. Копиленко О. Ідея правової держави та її реалізація в законотворчому процесі / О. Копиленко // Віче. – 2010. – №16. – С.8–9.
58. Копиленко О. Л. Наукові засади розвитку законодавства. Правова держава. – 2006. – Вип. 17. – С. 515–520.
59. Кравчук М. В. Теорія держави і права (опорні конспекти) : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / М. В. Кравчук (авт.-упоряд). – [3-тє вид., змін. й допов.]. – Київ : Алерта, 2014. – 608 с.
60. Кримінальний кодекс України від 5 квіт. 2001 р. № 2341-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>
61. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квіт. 2012 р. № 4651- VI: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
62. Кримінально-процесуальний кодекс Бельгії [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_hti_crimi.pdf
63. Кузьмишин В. Перспективи впровадження процедури медіації в адміністративному судочинстві України [Електронний ресурс] / В. Кузьмишин // Офіц. сайт

- Вінниц. окружного адміністративного суду. Новини. – Режим доступу : <http://voas.gov.ua/>.
64. Куприянович Н.В. Медиаторы и мирные судьи: вероятность взаимодействия / Н. В. Куприянович // Третейский суд. – 2010. – № 5. – С. 133–136.
65. Ладиченко В. В. Організаційно-правові механізми взаємодії особистості, громадянського суспільства та державної влади [Текст] : монографія / В.В. Ладиченко ; Кабінет Міністрів України, Нац. ун-т біоресурсів і природокористування України. – Дніпропетровськ : ЛПРА, 2012. – 431 с
66. Ладиченко В.В. Історія вчень про державу і право [Текст] : навч. посіб. / В.В. Ладиченко, В.В. Орленко, В.І. Орленко ; Нац. ун-т біоресурсів і природокористування України. – Київ : Медінформ, 2014. – 462 с.
67. Ладиченко В.В. Конституційне закріплення свободи совісті в Україні / В.В. Ладиченко // Наук. вісн. Нац. ун-ту біоресурсів і природокористування України. Серія «Право» / ред кол.: Д.О. Мельничук (голова) та ін. – 2011. – Вип. 165. – С. 23–28
68. Ладиченко В.В. Конституційні основи єдності державної влади / В.В. Ладиченко // Юридична Україна. – 2011. – № 5. – С. 20–26.
69. Ладиченко В.В. Організаційно-правові механізми взаємодії особистості, громадянського суспільства та державної влади / В.В. Ладиченко – Дніпропетровськ : ЛПРА, 2012. – 432 с.
70. Ладиченко В.В. Системна єдність державної влади – гарантія конституційної стабільності / В.В. Ладиченко // Наук. пр. Нац. авіац. ун-ту. Серія: Юридичний вісник «Повітряне і космічне право» – 2011. – № 2 (19) – С. 62–67.
71. Лєко Б. А. Медіація : підручник / Б. А. Лєко, Г. В. Чуйко. – Чернівці : Книги – ХХІ, 2011. – 518 с.

72. Леннуар Н. Н. Альтернативное разрешение споров: переговоры и медиация : учеб.-метод. пособие. – СПб. : Изд-во Санкт-Петербург. ин-та права имени Принца П. Г. Ольденбургского, 2004. – 100 с.
73. Лисенко О. М. Посередництво (медіація) як ефективна технологія розв'язання конфліктів за участю третьої сторони / О. М. Лисенко // Вісн. Одес. ін-ту внутрішніх справ. – 1998. – № 4. – С. 154–158.
74. Лисицын В. В. Медиация: примирительное урегулирование коммерческих споров в России (прошлое и настоящее, зарубежный опыт) / В. В. Лисицын. – М. : Радуница, 2010. – 224 с.
75. Литвинов А. В. Введение в медиацию [Электронный ресурс] / А. В. Литвинов // Самиздат. – 2011. – Режим доступа : http://samlib.ru/l/litwinow_aleksandr_walentinowich/med1.shtml
76. Львівська торгово-промислова палата: бізнес-медіація [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://lcci.com.ua/nimesko-ukrajinski-proekty-4/>
77. Мадіссон В. Правова конфліктологія та юридичний конфлікт у приватних правовідносинах / В. Мадіссон // Право України. – 2003. – № 9. – С. 39–44.
78. Максимова С. В. Медіація / С. В. Максимова // Юридична енциклопедія : Т. 3 : К–М / [ред. кол. : Ю. С. Шемшученко (голова) та ін.]. – Київ : Укр. енцикл., 2001. – Т. 3. – 792 с.
79. Маляренко В. Т. Відновлювальне правосуддя: можливості запровадження в Україні / В. Т. Маляренко, І. А. Войтюк // Відновне правосуддя в Україні. – 2005. – № 1–2. – С. 17–35.
80. Мандриченко Ж. В. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та

- кримінологія; кримінально-виконавче право» / Ж. В. Мандриченко ; Одес. нац. юрид. акад. – Одеса, 2007. – 17 с.
81. Медиация в мире [Електронний ресурс] / Центр медиации и права. – Режим доступа : <http://mediacia.com/medworld.htm>.
82. Медиация. Практическое руководство по применению Гаагской конвенции от 25 октября 1980 года о гражданско-правовых аспектах Международного похищения детей, – Hague : Scientific and Methodological Center for Mediation and Law, 2013. – 115 с.
83. Медіація в цивільних, сімейних та господарських спорах України: сьогоднішня та майбутня / ред. А. Залара, експерта Ради Європи. – Київ : [б. в.], 2007. – 167 с.
84. Міжнародні стандарти у сфері судочинства. – Київ : Істина, 2010. – 488 с.
85. Міхайліна Т. В. Правосвідомість та правова соціалізація особи / Т. В. Міхайліна // Право і суспільство. – 2015. – № 4 (4). – С. 27–30.
86. Міхайліна Т. Деформації правосвідомості: виклик якісним змінам правової реальності / Т. Міхайліна // Порівняльно-аналітичне право. – 2017. – № 2. – С. 19–22.
87. Міхайліна Т. Концептуалізація форм правової активності / Т. Міхайліна // Юрид. вісн. – 2017. – № 2. – С. 9–13
88. Міхайліна Т.В. Правова освіта та правове виховання: аспекти співвідношення у процесі формування правосвідомості / Т.В. Міхайліна // Наук. вісн. Херсон. держ. ун-ту. Серія: Юридичні науки. – 2017. – № 3. – С. 17–20.
89. Міхайліна Т.В. Правосвідомість як відносно незалежний елемент правової системи / Т.В. Міхайліна // Актуальні проблеми держави і права. – 2017. – № 79. – С. 15–19.
90. Міхайліна Т.В. Роль інтегративного потенціалу правосвідомості у реформуванні правової системи :

- монографія / Т.В. Міхайліна. – Вінниця : ДонНУ імені Василя Стуса, 2018. – 312 с.
91. Мовчан А. П. Мирные средства разрешения международных споров / А. П. Мовчан. – М., 1957. – 30 с.
92. Нельсон Р. Мировые достижения в области разрешения конфликтов [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://arbitrage.spb.ru/jts/2000/6/art07.html> .
93. Николаева Е. В. Международная конференция по международному арбитражу и медиации в странах СНГ и США/ Е. В. Николаева // Третейский суд. – 2011. – № 4. – С. 10–19.
94. Носырева Е. И. Альтернативное разрешение споров в США / Е. И. Носырева. – М. : Городец, 2005. – 320 с.
95. О медиации, или как быстро разрешить конфликт без обращения в суд. – Киев : Ника-Центр, 2010. – 23 с.
96. Омелінська М. Медіація при вирішенні колективних трудових спорів [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ukrmediation.com.ua/files/Медіація%20при%20вирішенні%20колективних%20трудоуих%20спорів.pdf>.
97. Оніщенко Н. М. Теоретико-методологічні засади формування та розвитку правової системи : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького ; НАН України. – Київ, 2002. – 426 с.
98. Оніщенко Н. М. Проблеми поняття, сутності та природи права / Н. М. Оніщенко // Юрист України. – 2011. – № 2. С. 5–10. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/UJRN/uy_2011_2\(15\)_1](http://nbuv.gov.ua/UJRN/uy_2011_2(15)_1).
99. Оніщенко Н. М. Громадянська вихованість: моральна та правова складові / Н. М. Оніщенко // Віче. – 2014. – № 23. – С. 17–21.
100. Особливості укладення мирової угоди в господарському процесі. Порівняльно-правовий аспект [Електронний

- ресурс]. – Режим доступу : <http://advocat-cons.info/index.php?newsid=3745#.VWGAqUARd6g>.
101. Отис Л. Медиация в стенах суда / Л. Отис, Э.Х. Райтер // Медиация и право. – 2011. – № 1. – С. 21–38.
102. Перепадя О.В. Кримінально-правові аспекти примирення між особою, яка вчинила злочин, та потерпілим (порівняльний аналіз законодавства України та ФРН) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О. В. Перепадя ; НАН України. Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – Київ, 2003. – 18 с.
103. Погорілко В. Ф. Конституційне право України. Академ. курс : підручник : у 2 т. Т. 1 / В. Ф. Погорілко, В. Л. Федоренко ; за ред. В. Ф. Погорілка. – Київ : Юридична думка, 2006. – 544 с.
104. Подковенко Т. О. Медіація як один з альтернативних способів розв'язання конфліктів / Т. О. Подковенко // Держава і право. Юридичні і політичні науки. – 2009. – Вип. 45. – С. 31–38.
105. Популярна юридична енциклопедія / [В. Г. Гіжевський, В. В. Головченко, В. С. Ковальський (кер.) та ін.]. – Київ : Юрінком Інтер, 2002. – 528 с.
106. Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики : монографія / У 2-х кн. / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка; [ред. кол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін.] / Книга перша: Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії / відп. ред. Н.М. Оніщенко. – Київ : Юридична думка, 2008. – 344 с.
107. Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики : монографія / у 2-х кн. / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка; [ред. кол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін.] / Книга перша: Верховенство права як

- принцип правової системи: проблеми теорії / відп. ред. Н.М. Оніщенко. – Київ: Юридична думка, 2008. – 344 с.
108. Про альтернативну процедуру врегулювання спорів за участю посередника (процедури медіації) : Закон Російської Федерації від 27 лип. 2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?searchres=&bpas=cd00000&intelsearch=%EF%F0%E E%F6%E5%E4%F3%F0%F3+%EC%E5%E4%E8%E0%F6 %E8%E8&sort=-1>
109. Про деякі питання практики застосування у вирішенні спорів окремих норм процесуального права : Інформ. лист Вищого господарського суду України від 9 квіт. 2009 р. № 01-08/204 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v_204600-09.
110. Про затвердження Програми діяльності Кабінету Міністрів України «Український прорив: для людей, а не політиків» : Постанова Кабінету Міністрів від 16 січ. 2008 р. № 14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0001120-08/print1434448394353973>.
111. Про медіацію : Закон Бельгії від 22 черв. 2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.suggnome.be/pdf/wetbemiddeling220605.pdf>
112. Про медіацію : Закон Республіки Білорусь від 12 лип. 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=H11300058&p1=1>
113. Про медіацію : Закон Республіки Казахстан від 28 січ. 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30927376.
114. Про медіацію : Закон Республіки Молдова від 14 лип. 2007 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=22397.

115. Про медіацію : Закон Республіки Молдова від 3 лип. 2015 р. № 137 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.parlament.md/ProcesulLegislativ/Proiectedeactelegislative/tabid/61/LegislativId/2689/language/en-US/Default.aspx>).
116. Про медіацію в цивільних справах : Федеральний закон Австрії від 2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zvr.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/inst_zvr/Frauenberger/Mediation/Zivilrechts-Mediations-Gesetz.pdf
117. Про міжнародний комерційний арбітраж : Закон України від 24 квіт. 1994 р. № 4002-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>
118. Про підсумки роботи судів цивільної і кримінальної юрисдикції у 2012 році та завдання на 2013 рік : Постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 берез. 2013 р. № 7 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0007740-13>.
119. Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) : Закон України від 3 берез. 1998 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 34. – Ст. 227.
120. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лют. 2008 р. № 311/2008 «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів» : Указ Президента України від 15 лют. 2008 р. № 311/2008 // Офіц. вісн. України. – 2008. – № 27. – Ст. 838.
121. Проект Державної програми впровадження відновного правосуддя в систему кримінальної юстиції України на період до 2015 року [Електронний ресурс]. – Режим

- доступу : http://www.commonground.org.ua/dld/RJU_bulletin/RJU.Vol.4%2812%29.pdf
122. Проект Закону України «Про медіацію» від 26 черв. 2013 р. № 2425а, внесений на розгляд Верховної Ради України народним депутатом Я. П. Федочуком [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47637
123. Проект Закону України «Про медіацію» від 27 берез. 2015 р. № 2480, внесений на розгляд Верховної Ради України народними депутатами А. І. Шкрум, О. І. Сироїд, В. Ю. Пташник, Б. Ю. Березою, І. В. Луценком, Н. В. Кацер-Бучковською, О. С. Сотник, Н. В. Агафоновною [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54558
124. Проект Закону України «Про медіацію» від 3 лип. 2013 р. № 2425а-1, внесений на розгляд Верховної Ради України народними депутатами С.В. Ківаловим, В.А. Бондиком [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47710
125. Проект Закону України «Про медіацію» від 9 квіт. 2015 р. № 2480-1, внесений на розгляд Верховної Ради України народними депутатами С. В. Ківаловим, В. Й. Развадовським [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47710
126. Проценко Д. В. Допустимість медіації в цивільних, господарських, адміністративних і трудових спорах / Д. В. Проценко // Юридичний журнал. – № 6–7 (132–133). – Київ : Юстиніан, 2013. – С. 102–107.
127. Проценко Д. В. Медіація в Україну зайшла, і це – факт. Тепер їй треба дати можливість проявитися [Електронний ресурс] / Д. В. Проценко // Юридична газета. – 2008. – № 6 (141). – С. 10–11. – Режим доступу : <http://www.yur-gazeta.com/article/1496/>

128. Рабінович П. Трансформація методології вітчизняного праводержавознавства: досягнення і проблеми / П. Рабінович // Юридична Україна. – 2003. – № 1. – С. 20–25.
129. Рабінович П. Верховенство права в інтерпретації Страсбурзького суду / П. Рабінович // Юридичний вісник України. – 2005. – № 48. – С. 12.
130. Рабінович П. Верховенство права: сучасні вітчизняні підходи до інтерпретації / П. Рабінович, О. Луців // Вісн. акад. правових наук України. – 2012. – № 2. – С. 3–16. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/vapnyu_2012_2_3
131. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. / П.М. Рабінович. – [5-те вид., зі змін.]. – Київ : Атіка, 2001. – 176 с.
132. Рекомендації парламентських слухань на тему: «Про стан правосуддя в Україні» : Постанова Верховної Ради України від 27 черв. 2007 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 47–48. – С. 526.
133. Ристин Г. Ещё не всё потеряно... Альтернативное разрешение споров на уровне апеллий / Г. Ристин // Медиация и права. 2010. – № 4. – С. 16–17.
134. Рожкова М. А. К вопросу о соотношении мирового и медиативного соглашений / М. А. Рожкова // Арбитражная практика. – 2011. – № 1. – С. 122–127.
135. Рожкова М. А. Об утверждении в арбитражных судах медиативных соглашений в качестве мировых / М. А. Рожкова // Хозяйство и право. – 2011. – № 2. – С. 3–9.
136. Санченко А. Медіація як демократичний й ефективний спосіб вирішення спорів: Європейські норми і досвід та українська перспектива / А. Санченко // Голос України. – 2010. – 30 жовт. – № 204. – С. 12–13.

137. Сачков А. Н. Восстановительное правосудие: региональные возможности, альтернативы и дополнения к судебному порядку урегулирования конфликтов мировыми судьями / А. Н. Сачков // Мировой судья. – 2007. – № 7. – С. 145–149.
138. Севастьянов Г.В. Специфика законотворчества в сфере альтернативного разрешения споров / Г. В. Севастьянов // Третейский суд. – 2010. – № 2. – С. 15–16.
139. Симоненко З. В. Угода про примирення сторін в кримінальному провадженні як елемент відновного правосуддя / З. В. Симоненко // Наук. вісн. міжнар. гуманітарного ун-ту. – 2014. – № 7. – С. 220–223.
140. Сімейний кодекс України від 10 січ. 2002 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21. – Ст. 135.
141. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник ; пер. з рос. / О.Ф. Скакун. – Харків : Консул, 2001. – 656 с.
142. Сокол М. В. Порядок вирішення колективних трудових спорів і конфліктів в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» / М. В. Сокол ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – Київ, 2010. – 20 с.
143. Соловьев А.А. Французский опыт применения процедур досудебного урегулирования споров с участием посредника в свете федеральных законов о медиации / А.А. Соловьев // Правосудие в Московской области. – 2011. – № 1 (9). – С. 120–127.
144. Соціологія права : навч. посіб. / [О. М. Джужа, І. Г. Кириченко, В. С. Ковальський, С. М. Корецький та ін.] ; за заг. ред. О. М. Джужи. – Київ : Юрінком Інтер, 2004. – 288 с.
145. Статут Ради Європи : Рада Європи; Статут, Міжнар. документ від 5 трав. 1949 р. // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 26. – С. 215. – Ст. 1733.

146. Сучасна правова енциклопедія / [О. В. Зайчук, О. Л. Копиленко, Н. М. Оніщенко та ін.] ; за заг. ред. О. В. Зайчука ; Ін-т законодавства Верховної Ради України. – Київ : Юрінком Інтер, 2010. – 384 с.
147. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / за заг. ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – Київ : ЮрінкомІнтер, 2006. – 685 с.
148. Теорія держави та права [Текст] : навч. посіб. для підготовки до атестації здобувачів вищої освіти / [Є. В. Білозьоров та ін.] ; за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. С. Д. Гусарева, д-ра юрид. наук, проф. О. Д. Тихомирова ; Нац. акад. внутр. справ, каф. теорії держави та права. – Київ : Освіта України, 2017. – 113 с.
149. Терлюк І. Я. Історія держави і права України (Доновітній час) : навч. посіб. / І. Я. Терлюк. – Київ : Атіка, 2006. – 400 с.
150. Ткач Г. Інститут примирення сторін в адміністративному судочинстві / Г.Ткач // Вісн. Львів. ун-ту. – Вип. 53. – С. 163–170.
151. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 27 черв. 2014 р. [Електронний режим]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/984_011
152. Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими співтовариствами та їх державами-членами від 14 черв. 1994 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/998_012
153. Український центр порозуміння [Електронний режим]. – Режим доступу : http://ukrmediation.com.ua/ua/education/other_courses/

154. Федоренко В. Л. Система конституційного права України: теоретико-методологічні аспекти : монографія / В. Л. Федоренко. – Київ : Ліра-К, 2009. – 578 с.
155. Цибуляк-Кустевич А.С. Перспективи впровадження інституту примирення в цивільному судочинстві України / А. С. Цибуляк-Кустевич // Вісн. Акад. адвокатури України. – 2010. – № 2 (18). – С. 187–189.
156. Цивільно-процесуальний кодекс Німеччини від 12 верес. 1950 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf>.
157. Циппеліус Р. Юридична методологія : пер., адаптація, приклади з права України і список термінів / Р. Корнута. – Київ : Реферат, 2004. – 232 с.
158. Чеканова А. Мiroва угода в цивільному процесі [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://intkonf.org/chekanova-a-mirova-ugoda-v-tsivilnomu-protsesi/>.
159. Чуча С.Ю. Проблемы применения процедуры медиации в арбитражном процессе / С. Ю. Чуча, К. В. Хромцов // Вест. Омского ун-та. – 2011. – № 1. – С. 9–11.
160. Шамликашвили Ц. А. Медиация как альтернативная процедура урегулирования споров. Что необходимо знать судье, чтобы компетентно предложить сторонам обращение к процедуре медиации / Ц. А. Шамликашвили. – М., 2010. – 160 с.
161. Шамликашвили Ц. А. Эффективность медиации во внешнеторговых спорах / Ц. А. Шамликашвили // Внешнеторговое право. – 2011. – № 1. – С. 7–13.
162. Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – Київ : Укр. енцикл., 1998. – Т. 2 : Д – Й. – 1999. – 744 с.
163. Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – Київ : Укр. енцикл., 1998. – Т. 5 : П – С. – 2003. – 736 с.

164. Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – Київ : Укр. енцикл., 2001 – Т. 3 : К – М. – 2001. – 792 с.
165. Юридичний словник / за ред. Б. М. Бабія, Ф. Г. Бурчака, В. М. Корецького, В. В. Цветкова. – [2-ге вид., переробл. та допов.]. – Київ : Голов. ред. Укр. радян. енцикл. – 1983. – 872 с.
166. Яворська О. Медіація в сімейних спорах / О. Яворська, А. Демчук // Історико-правовий часопис : [упоряд. Н. Вознюк та ін.] ; Східноєвроп. нац. ун-т імені Лесі Українки. – Луцьк, 2013. – № 2. – С. 79–83.
167. Яковлев В. Ф. Разрешение споров, как и сам деловой оборот, должно быть основано на переговорах / В. Ф. Яковлев // Арбитражная практика. – 2011. – № 2. – С. 10–13.
168. Ясиновский И.Г. Медиация как альтернативный способ разрешения конфликтов / И. Г. Ясиновский // Правовые реформы в Молдове, Украине и Грузии в контексте евроинтеграционных процессов : междунар. науч.-практ. конф. (Кишинев, 7–8 нояб. 2014 г.) / орг. ком. : В. Бужор [и др.]. – Кишинев : Б. и., 2014. – С. 72–74.
169. Ясиновський І. Г. Історичний аспект розвитку інституту медіації та сучасні тенденції розвитку / І.Г. Ясиновський // Наук. вісн. Міжнар. гуманітарного ун-ту. Серія : Юриспруденція. – 2014. – Т. 1. – № 10–2. – С. 31–33.
170. Ясиновський І. Г. Компетентнісні характеристики медіатора: теоретико-правовий аналіз / І. Г. Ясиновський // Право і суспільство. – 2015. – Ч. 2. – № 5. – С. 79–83.
171. Ясиновський І. Г. Медіація як спосіб реалізації права особи на вирішення правових конфліктів / І. Г. Ясиновський // Верховенство права у процесі державотворення та захисту прав людини в Україні : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 13–14 лют. 2015 р.). –

- Одеса : Причорноморська фундація права, 2015. – С. 6–9.
172. Ясиновський І. Г. Переваги і недоліки медіації при вирішенні правових конфліктів / І. Г. Ясиновський // Часопис Київ. ун-ту права. – 2014. – № 2. – С. 344–347.
173. Ясиновський І. Г. Порівняльно-правовий аналіз дефініції медіація / І. Г. Ясиновський // Сучасний вимір держави і права : матеріали наук.-практ. конф. : у 2 ч. (Львів, 22–23 трав. 2015 р.). – Львів : Західно-укр. орг. «Центр практичних ініціатив», 2015. – Ч. 1. – С. 13–15.
174. Ясиновський І. Г. Проблеми впровадження та проведення медіації в Україні / І. Г. Ясиновський // Актуальні проблеми політики. – 2015. – Вип. 55. – С. 260–267.
175. Ясиновський І. Г. Характеристика моделей медіації в розвинутих країнах / І. Г. Ясиновський // Наук. пр. Нац. авіац. ун-ту. Серія: Юридичний вісник. – 2014. – № 4. – С. 94–98.
176. Ясиновський І. Г. Шляхи запровадження процедури медіації в законодавство України / І. Г. Ясиновський // Соціально-гуманітарної науки, економіка, право: нові виклики, практика інновацій : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. : у 2 т. (Полтава, 21–22 квіт. 2016 р.). – Київ : Ун-т «Україна», 2016. – Т. 1. – С. 539–544.
177. Ясиновський І. Г. Законодательные предпосылки внедрения медиации в Украине / И. Г. Ясиновский // Закон и жизнь («Leges et Vita») : междунар. науч.-практ. журн. – 2015. – № 11. – С. 138–142. – Режим доступа : <https://lr.law.qut.edu.au/article/download/60/58>.
178. Alexander N. The Mediation Metamodel : Understanding Practice / N. Alexander // Conflict Resolution Quarterly. – 2008. – Vol. 26. – No 1. – P. 97–123. – P. 106–117.
179. Anita von Hertel Professionelle Konfliktösung – Führen mit Mediationskompetenz Sachbuch. – Campus Vergal GmbH;

- 2., überarbeitete und aktualisierte Auflage. Edition (October 1, 2008). – 319 p.
180. Aubrey-Johnson K. Making Mediation Work for You / Aubrey-Johnson K., Curtis H. – London : Legal Action Group, 2012. – 516 p. – P. 8.
181. Boulle L. Mediation: principles, process practice / Boulle L., Nesic M. – London ; Dublin ; Edinburgh, 2001. – 637 p.
182. Brown C. J. Facilitative Mediation: The Classic Approach Retains its Appeal [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.mediate.com/articles/brownc.cfm>
183. Carroll R. Trends in Mediation Legislation: «All for One and One for All» or «One at All»? / Carroll R. // Western Australian Law Review. – 2002. – Vol. 30. – P. 167–207. – P. 172–174 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://worldlii.austlii.edu.au/au/journals/AJWALawRw/2002/2.html>
184. Case Examples – What actually happens in a Mediation [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.intermediation.com/case-examples>
185. Davis G. Making amends. Mediation and reparation in criminal justice / Davis G., Messmer H., Umbreit M.S., Coates R.B. – New York : Routledge; Taylor & Francis e-Library, 2002. – 237 p.
186. Decreto Legislativo No 28 del 4 marzo 2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.disaconciliazioni.it/dlgs_28_2010_mediazione_civile.pdf
187. Dispute Resolution Centres Act 1990 of Queensland (Australia) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/CURRENT/D/DisputeResCeA90.pdf>
188. Faulkner R. Mediation Methods for Mediators and Client Representatives (5th Edition) / Faulkner R., Haselgrove-Spurin C., Thomas G.R. – Dallas : Nationwide Mediation Academy, 2006. – P. 10.

189. Field R. Confidentiality: An Ethical Dilemma for Marketing Mediation? / Field R., Wood N. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjs4-qTo8PLAhV14XIKHdHHDHAQFggbMAA&url=https%3A%2F%2Flr.law.qut.edu.au%2Farticle%2Fdownload%2F210%2F204&usg=AFQjCNFrLYSndvW62MGkQ2gXrCu6lObKoQ&cad=rjt>
190. Folder and Bush: The Promise of Mediation. – 1994 / пер. Укр. центра согласия // Буш Роберт А. Бэрк Что может медиация. Трансформативный поход к конфликту / пер. с англ. / Буш Роберт А. Бэрк, Фолджер Джозеф П. – Киев : Издатель Захаренко В. А. – 2007. – 264 с.
191. Gerami A. Bridging the Theory-and-Practice Gap: Mediator Power in Practice / A. Gerami // Conflict Resolution Quarterly. – 2009. – Vol. 26. – No 4. – P. 433–451.
192. Hansen T. The Narrative Approach to Mediation / T. Hansen [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.adr.gov/approach_mediation.pdf
193. Hoffman D. A. Ten principles of mediation ethics / D. A. Hoffman // Alternatives to the High Cost of Litigation. – 2000. – Vol. 18. – Issue 8. – P. 147–169.
194. Ley de la provincia de Río Negro No 3847 de mediación (Sancionada – 24.06.2004; Promulgada – 12.07.2004) // Boletín Oficial. – 15.07.2004. – No4219. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/mediacion/ley3847_mediacion.php
195. Ley de la Provincia de San Luis NoIV-0700-2009 de 2009 de mediation [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www2.legislaturachaco.gov.ar:8000/legisdev/PDF/Ley%204989.pdf>
196. Ley de la provincial de Rio Negro No3987 (Sancionada – 21.07.2005; Promulgada – 15.09.2005) // Boletin Oficial. –

- 22.09.2005. – No4344 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.fam.org.ar/FAM.asp?id=267>
197. Ley No 1/2006, de 6 de abril de 2007, de mediation Familiar de Castilla y Leon// Boletin Oficifl del Estado. – 03.05.2006/ – No 105/ – P. 17034–17041 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-7837>
198. Ley No 1/2007, de 21 de febrero de 2007, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid// Boletín Oficial del Estado. – 27.06.2007. – № 153. – P. 27653–27658 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-12563>
199. Ley No 15/2003, de 8 de abril de 2003, de la Mediación Familiar // Boletín Oficial del Estado. – 05.06.2003. – No134. – P. 21879–21883
200. Ley No 15/2009, de 22 de julio de 2009, de mediación en el ámbito del derecho privado //Boletín Oficial del Estado. – 17.08.2009. – No 198. – P. 70785– 70801 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-13567>
201. Ley No 26.589 establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales (Sancionada – 15.04.2010; Promulgada – 03.05.2010) // Boletín Oficial. – 06.05.10 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.jus.gob.ar/media/157534/Ley%2026589.pdf>
202. Ley No 3/2007, de 23 de marzo de 2007, de Madiation Familiar// Boletin Oficifl del Estado. – 17.06.2007/ – No170. – P. 30844–30850 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-13751>
203. Ley No 5/2012, de 6 de julio de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles // Boletín Oficial del Estado. – 07.07.2012. – № 162. – P. 49224–49242 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112

204. Ley No 7/2001, de 26 de novembre de 2001, reguladore de la Familiar? En el ambito de la Comunidad Valenciana// Boletin Oficial del Estado. – 19.12.2001. – No 303. – P. 48192–48198 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://noticias.juridicas.com/base_datos/ССАА/va-17-2001.html
205. Ley No15/2003, de 8 de abril de 2003, de la Mediacion Familiar // Boletin Oficial del Estado. – 05.06.2003. – No 134. – P. 21879-21883 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-12817>
206. Ley No5/2012, de 6 de julio de 2012, de mediacion en asuntos civiles y mercantiles// Boletin Oficial del Estado/ – 07.07.2012/ – No 162. – P. 49224–49242 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112
207. Loi No 95-125 du 8 fevrier 1995 relative a L'organization des juridictions et a la procedure civil, penale et administrative // Journal officiel de la Republique Francaise. – 09.02.1995. – № 34. – P. 2175 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350926>
208. Lovenheim P., Guerin L. Mediate, Don't Litigate. – Berkeley (CA, USA): Nolo, 2004. – 411 p.
209. Mediation Act of the Australian Capital Territory (Australia) No 61 of 1997// ACT Gazette. – 09.10.1997. – S 300 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.legislation.act.gov.au/a/1997-61/19980701-4053/pdf/1997-61.pdf>
210. Mediationsgesetz vom 21. Juli 2012 (BGBl. I S. 1577) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/mediationsgesamt.pdf>

211. Moor Ch. The Mediation Process: Practical Strategies for resolving Conflict [Text] / Сg. Moor. – San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.colorado.edu/conflict/peace/moor7538.htm>
212. Picard C. Exploring Threats-to-Cares in Insight Mediation // CCER Working Papers Series/ Carleton University. – Ottawa, 2011. – lip. – 11p. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://carleton.ca/ccer/wp-content/uploads/Exploring-threats-to-cares-final.pdf>
213. Picard C. The many meanings of médiation: a sociological study of médiation in Canada: Doctoral Dissertation. – 321 p. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://carleton.ca/law/wp-content/uploads/Cheryl-Picard-Dissertation-2000.pdf>
214. Ridley-Duff R.J., Bennett A.J. Mediation: developing a theoretical framework for understanding alternative dispute resolution: paper to British Academy of Management, University of Sheffield, 14–16 September [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://shura.shu.ac.uk/2617/1/28_-_Mediation_-_Development_a_Theoretical_Framework_%28BAM_Submission%29.pdf
215. Riskin L. Mediation orientation, strategies and techniques// 12 Alternatives to high cost litig.1994. – P. 111–114 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://online.library.wiley.com/doi/10.1002/alt.3810120904/abstract>.
216. Rules of civil procedure (Reg. 194) / Revised Regulations of Ontario. – 1990 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.ontario.ca/laws/regulation/900194>.
217. Shamir Y. Alternative dispute resolution approaches and their application / Israel Center for Negotiation and Mediation (ICNM). – 43 p. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.468.2176&rep=rep1&type=pdf>.

Список використаної літератури

218. Smith C.R. Mediation: The Process and the Issues. – Kingston: Industrial Relations Centre, 1998. – 14 p. – P. 5–6 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.researchgate.net/publication/5073769_Mediation_The_Process_and_the_Issues.
219. Steffek F. Mediation in the European Union: An Introduction / Steffek F. – 2012. – 22 p. – P.1.
220. Tate D. Mediation & conflict resolution styles / Tate D. – 2 p. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://davidtate.us/files/Mediation_Conflict_Resolution_Styles_Dave_Tate_CPA_Esq.pdf
221. Wilensky H. L. The professionalization of everyone? Amer.J. Sociol.70 / Wilensky H. L., 1964. – P. 137–58 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://garfield.library.upenn.edu/classics1980/A1980KU16200001.pdf>.
222. Xavier A. Mediation is here to stay! // Indian Yearbook of International Law and Policy. – 2009. – P. 363–378 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.arbitrationindia.org/pdf/mediation_tostay.pdf
223. Закон о posredovanju – medijaciji, 2005 11 Sl. glasnik RS. – 2005. – №18 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_posredovanju_medijaciji.html.

Наукове видання

МАЗАРАКІ Наталія Анатоліївна

**МЕДІАЦІЯ В УКРАЇНІ:
ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА**

Монографія

Редактор Т. І. Головеркіна
Комп'ютерне верстання І. І. Віннік
Дизайн обкладинки К. М. Заровної

Формат 60x84/16. Ум. друк. арк. 15,26. Тираж 300 пр. Зам. 1155.

Видавець і виготовлювач

Київський національний торговельно-економічний університет
вул. Кіото, 19, м. Київ-156, Україна, 02156

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи серія ДК № 4620 від 03.10.2013 р.