



## ВІД СУДОВОГО ЗАХИСТУ ДО АЛЬТЕРНАТИВНИХ МЕТОДІВ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ\*

**Оксана Гойко,**  
адвокат, здобувач НДІ інтелектуальної власності  
НАПрН України

З попередньої статті, присвяченої альтернативним методам вирішення конфліктів, ми отримали загальне уявлення про деякі з них, а саме інституту досудового врегулювання спорів, третейського судочинства, медіацію. Зупинимося більш детально на медіації, її стадіях, техніці, методах, проведемо порівняльний аналіз медіації з іншими альтернативними методами розв'язання спорів і судовим процесом.

Заслуговує на увагу техніка медіації, запропонована теорією гарвардської школи, та яка широко застосовується медіаторами Нідерландів. Вона передбачає чотири стадії.

**1. Вступ і розвідка.** Учасники отримують інформацію про можливість та межі медіації, підписують договір про медіацію. На стадії розвідки медіатор встановлює суть спірних моментів, складає план перебігу медіації.

Важливою умовою договору про медіацію є *конфіденційність* інформації, отриманої в процесі медіації. Це означає, що учасники зобов'язуються не розголошувати інформацію, отриману в процесі медіації, що є взагалі недоступною для судді. Це має значення, адже в майбутньому може виникнути необхідність розгляду їхнього актуального конфлікту, коли медіація не матиме успіху. З іншого боку дотримання конфіденційності дає можливість учасникам вільно висловлюватися в

умовах повної довіри та полегшує для сторін можливість розкрити та показати свої справжні наміри й інтереси, а не приховувати їх. У Нідерландах відсутні законодавчі норми, що регулюють медіацію, а тому дотримання конфіденційності базується виключно на домовленості сторін.

Дуже важливо з'ясувати, хто має право сидіти за столом медіації, наявність *мандату*. Це повинні бути учасники конфлікту, котрі мають достатній авторитет і від яких справді залежить вирішення конфлікту. Наприклад, у трудових спорах це має бути безпосередній роботодавець, глава корпорації, директор фірми, з однієї сторони, та працівник — з іншої.

У такому разі має значення так званий «багамський момент». Він полягає в такому: медіатор обирає місце, рівновіддалене від сторін. Жодна зі сторін не має переваг одна перед одною. Вони в однаковому положенні. Погляд медіатора спрямований прямо перед собою. Він не дивиться на жодну зі сторін, його корпус не повернутий до жодної з них. Таким чином, сторони рівноправні, не відчувають нерівності положення. В очікуванні відповіді на поставлене запитання, погляд медіатора спрямований уперед, а не на учасників. Медіатор надає час для того, щоб сторони поміркували та визначилися. Сторони конфлікту

\* Закінчення, початок статті у № 6'2010.



## ЗАХИСТ ПРАВ

мають можливість самі зважитися на рішення. Зосередження погляду на одному з учасників спору створює враження очікування відповіді, спонукання до дії, що є небажаним для техніки медіації.

**2. Зміна перспективи: перехід від особистої думки учасників до реальних інтересів і розподіл цих інтересів.** Медіатор фокусується на інтересах та на майбутньому.

Наприклад, у ситуації виникнення трудового спору, коли один з учасників — працівник корпорації, якого хочуть звільнити, вимагає значної грошової компенсації. Роботодавець не готовий йому її сплатити. Виникає конфлікт. У такому разі позиція працівника — отримати грошову винагороду. Але це не справжній інтерес. Інтерес працівника, прихований за позицією, — страх невиконання кредиту, утворення заборгованості, неможливість її погашення в зв'язку з браком грошових коштів через відсутність роботи, неможливість оплачувати орендну плату. Справжній інтерес — забезпечення майбутнього, гарантія стабільності фінансового становища. Можливе оптимальне вирішення проблеми, коли роботодавець пропонує звільненому робітнику соціально-економічний план виходу, що допоможе останньому подолати перехідний період, поки він не знайде нове робоче місце. Якщо зосередитися лише на позиціях, то вирішення конфлікту було б неможливим.

Для виявлення справжніх інтересів, прихованих за позиціями, пропонується використовувати запитання за «моделлю цибулини». Це так званий метод «очищення від лушпиння».

Виявляти справжні інтереси як очищати цибулину від лушпиння:

- перша лушпайка: позиція;
- друга лушпайка: переконання, норми, почуття правоти, принципи, погляди, мотиви;

- третя лушпайка: інтереси, яка від цього користь (інтереси, сформульовані взагалі);
  - четверта лушпайка: особисті інтереси (страхи й інтереси);
  - п'ята лушпайка: (можливо) серцевина: образи та визнання (те, що справді важливо для сторони).
- Запитання за «моделлю цибулини» (викривальні запитання) зводяться до таких:

- запитання щодо *позиції*: Як ви дійшли до такої позиції? На чому ґрунтується ваша позиція?
- запитання щодо *основних інтересів*: Припустимо, що ви отримали те, що бажаєте? Що це для вас буде означати?
- запитання щодо *страхів*: Припустимо, ви не отримали те, чого бажаєте? Що тоді може статися такого, чого ви не бажаєте?
- запитання щодо *потреб*: Чому це для вас так важливо?

Цікаво, що коли учасники конфлікту відверто формулюють свої справжні інтереси, більшість з них виявляються спільними для всіх сторін конфлікту та лише незначна частка інтересів — справді протилежними. Це спонукає сторони не боротися, а співпрацювати в одному напрямі для вироблення спільного рішення наявної проблеми. Відбувається зміна перспективи «Я» (егоцентрична поведінка) на «Ми» (співпраця).

**3. Пошук варіантів рішень; переговори.**

**4. Досягнення остаточної угоди.**

Не існує жодних приписів щодо обов'язкової форми медіаційної угоди. У кожному конкретному випадку сторони мають обговорити цей час медіації. Однак варто зважати на те, що в деяких сферах права для чинності угоди необхідно дотримуватися певної юридичної форми (наприклад, для чинності правочину щодо земельних ділянок, іншого нерухомого майна



обов'язкове нотаріальне посвідчення та подальша державна реєстрація).

Отже, можливі форми угоди:

- усна домовленість учасників медіації;
- протоколи засідань або заключений протокол;
- медіаційна (остаточна) угода у формі приватного договору без правових титулів і залежно від сфери медіації у формі угоди, за-протокольованої в суді; (наприклад, угода про наслідки розлучення, мирова угода, укладена адвокатами сторін);
- роль укладача можуть відігравати: сторони, медіатор (якщо він на це уповноважений), співмедіатори — юристи, які брали участь в медіації, адвокати-консультанти, адвокати ззовні (приміром, адвокат фірми), нотаріус [9].

За методом Гарвардської концепції, основні принципи ведення переговорів зводяться до перерахованих нижче:

- *Відокремлення людей від їхніх проблем [9].*

Залежно від того, як співвідносять проблему та людину, розрізняють деструктивне та конструктивне вирішення конфлікту.

*Деструктивний процес розв'язання спору зводиться до такого.*

Часто суперечки між людьми перетворюються на особистий конфлікт. Різні погляди на вирішення проблеми перетворюються на дорікання іншим людям і судження про їхні характер, поведінку, мотиви, наміри. Замість того, щоб зосередитися на спільній проблемі, розглядають іншу людину як проблему.

У результаті маємо такі наслідки:

- розмова про проблеми стає менш специфічною, більш загальною; зростає кількість проблем; з'являються нові, додаткові проблеми;
- виникає відчуття невіршеності та заплутаності конфліктної ситуації;

- сторони конфлікту все менше контактують одна з одною та більш прихильні до людей, які з ними погоджуються;
- зростає емоційна напруга та зменшується здатність сторін слухати і спілкуватися одна з одною;
- у таких ситуаціях досить низький відсоток досягнення ефективних результатів.

*Конструктивне вирішення конфлікту має такі ознаки:*

- пошук, вирішення проблеми, не торкаючись особистості протилежної сторони;
- усі учасники конфлікту спільно беруть на себе відповідальність за проблему та спільно шукають її вирішення;
- у процесі переговорів до проблеми ставлення критичне жорстке, до людини — прояв поваги, розуміння, намагання зрозуміти погляди співбесідника;
- розділення, відокремлення проблеми та людей.

Конструктивне вирішення конфлікту є більш ефективним і дієвим, допомагає сторонам спору знайти спільну мову; до проблеми формується жорстке ставлення, однак воно не трансформується на людину [8].

- *Зосередження на інтересах, а не на позиціях.*

Слід розмежовувати позицію та інтерес.

Позиція — стійке уявлення про те, як повинна бути вирішена проблема. Часто позиції не збігаються, не сумісні. Спільне вирішення проблеми здається неможливим. Однак, що дійсно має значення, це приховані за позиціями справжні інтереси сторін.

*Приклад з апельсином.*

Дві сестри сперечаються за апельсин. Кожна хоче отримати його. В результаті вони вирішують поділити його навпіл. Одна сестра споживає м'якоть та викидає шкірку. Інша ви-



## ЗАХИСТ ПРАВ

кидає м'якоть, використовуючи шкірку для випічки торта.

У цьому випадку позиція сторін — «Я хочу апельсин». Інтереси — «Я хочу з'їсти м'якоть», «Я хочу використати шкірку для випічки». Коли виявлені справжні інтереси, неважко знайти рішення проблеми, при якому задоволеними залишаються обидві сестри.

- *Вироблення варіантів вирішення конфлікту, що задовольнили б обидві сторони.*
- *Застосування об'єктивних критеріїв.*

Наприклад, у справах про визначення можливих варіантів поділу будинку, користування земельною ділянкою доречно провести експертизу на предмет вироблення можливих варіантів вирішення спору; у справах про поділ майна доцільно скористатися послугами експерта для отримання професійної оцінки спірного майна [9].

Спільним для медіації та судового процесу є участь у вирішенні конфлікту третьої інстанції.

Однак вказані способи вирішення спорів мають певні відмінності, що полягають у такому:

- у центрі уваги судочинства — минуле, пошук причин конфлікту, оцінка, хто правий, а хто ні. У процесі медіації мова йде про теперішнє та майбутнє. Медіатор спрямовує думки сторін конфлікту на пошуки можливого найбільш оптимального його вирішення. Ключовим питанням є врегулювання спору, а не пошук винних;
- судовому процесу притаманні елементи імперативності, обов'язковості судових процедур. Участь у медіації добровільна. Сторони в будь-який момент можуть відмовитися від медіації та використати інший метод вирішення конфлікту;
- медіація звертає увагу як на предметний так і на емоційний бік спору, на відміну від одно-

ронньо орієнтованих методів, таких як судовий процес (предметно орієнтований) або терапія (емоційно орієнтований). Медіація використовує методи психології, дослідження конфліктів. Почуття, емоції, позиції, взаємини беруться до уваги медіатором як суттєві фактори конфлікту. Медіатор не абстрагується від емоцій, навпаки, він з ними працює та залучає до процесу пошуку оптимального рішення;

- рішення приймається суддею, що керується нормами права. У медіації угода досягається в результаті знаходження рішення конфлікту особисто сторонами;
- суддя орієнтується на правові норми, медіатор — на інтереси сторін;
- у результаті винесення судового рішення завжди є переможець і переможений, та в більшості випадків — це «піррова перемога». А в сімейних справах, взагалі, жодна зі сторін не перемагає, страждають подружня пара, що пережила емоційно тяжке розлучення, діти — від браку батьківської уваги та піклування. В результаті успішно проведеної медіації обидві сторони залишаються задоволеними, виграють усі;
- результати вирішення судової справи невідомі, хоча суд і дотримується норм законів. Однак, залежно від судді, що вирішує справу, й адвокатів, які беруть участь в судовому процесі, результати можуть бути різноманітними. Є сторона, що виграла, та сторона, яка програла. Результат медіації залежить від сторін. Вони наділені свободою дій і можуть прийняти нетрадиційні рішення, тож не зобов'язані слідувати приписам закону. Ціллю є рішення, при якому виграють всі сторони.



Отже, підсумовуючи, слід сказати, що правове вирішення проблеми спрямоване на з'ясування вини; йому притаманні орієнтація на норми; оскарження до вищої інстанції; зовнішній контроль; узагальнене рішення; вирішення конфлікту через винесення судового рішення; обмеження проблем; переконання.

Медіація спрямована на пошук рішень; їй характерні орієнтація на предмет; довіра до мудрості учасників; саморегуляція; рішення для конкретного випадку; вирішення через досягнення консенсусу; розширення проблем; співпереживання, слухання [8].

Зіставивши медіацію з досудовим урегулюванням спору варто зазначити, що вони різняться за своєю правовою природою. Основою претензійного порядку є питання обґрунтованості заявленої претензії. Якщо претензія подана, обґрунтування її вимог має бути підтверджене відповідними документами. За відсутності документального підтвердження, вимоги вважатимуться необґрунтованими та правомірно будуть відхилені іншою стороною. Своєю чергою для обґрунтування відповіді на претензію та в разі повного або часткового її невизнання інша сторона теж має надати відповідні документи. Медіація не має на меті дослідження обґрунтованості заявлених вимог і заперечень. Її завданням є виявлення справжніх інтересів учасників конфлікту та сприяння у винайденні ними спільного рішення, яке було б прийнятним для обох сторін спору.

Порівнюючи медіацію з третейським судочинством, можна виокремити спільні та відмінні риси, притаманні саме цим альтернативним способам вирішення конфліктів.

Спільним для них є те, що їх застосування є можливим лише за умови добровільної згоди на це обох сторін спору, оформленої у формі письмової третейської угоди (третей-

ського застереження в договорі, контракті чи окремої письмової угоди), якщо це третейське судочинство, або у формі медіаційної угоди в межах процедури медіації.

Обидва способи вирішення конфліктів мають спільну мету: мирне врегулювання спору, досягнення компромісу та збереження дружніх (партнерських) стосунків між учасниками спору, та, як наслідок, використовують у своїй діяльності схожі методи. Так, в основу третейського судочинства покладено принцип арбітрування, спрямований не на розгляд спору по суті, а на максимальне сприяння сторонам конфлікту в досягненні ними компромісу й укладення мирової угоди.

Конфіденційність процедури є обов'язковою умовою як у процесі медіації, так і в третейському судочинстві.

Рішення конфлікту, знайдене сторонами спору в процесі медіаційної бесіди, та рішення, постановлене третейським судом, є обов'язковими лише для учасників конфлікту.

Відмінності медіації та третейського судочинства виявляються, насамперед, у ролі та завданнях медіатора й арбітра. Медіатор не приймає рішення та не виносить вироку, а лише допомагає сторонам знайти власне рішення, від якого виграли б обидві сторони. У третейському судочинстві сторони конфлікту довіряють прийняти рішення третій стороні та погоджуються його виконати навіть у випадку негативних наслідків для однієї зі сторін.

У системі третейського судочинства не передбачено апеляційної та касаційної інстанції. Рішення є остаточним і оскарженню не підлягає. Скасувати рішення третейського суду можна тільки у випадках, коли третейський суд, в принципі, не мав права розглядати справу. Рішення третейського суду не переглядається щодо його законності, обґрунтовано-





## ЗАХИСТ ПРАВ

сті, відповідності фактичним обставинам справи, дотримання норм матеріального права.

Правова природа рішення третейського суду інша, ніж угоди, досягнутої в результаті медіації — воно є обов'язковим. В той час як медіація має на меті визначити пріоритети й інтереси сторін конфлікту. Коли пріоритети визначені та виявлені, справжні інтереси сторін, медіація допомагає знайти шляхи узгодження інтересів та прийти до спільного вирішення конфлікту. Досягнута угода матиме рекомендаційний характер. Отож медіація взагалі не знає апеляційного та касаційного оскарження, адже у випадку, коли сторони з чимось не згодні, медіація вважається невдалою. Учасники спору мають право передати свій спір на вирішення третейського або державного суду чи застосувати процедуру повторної медіації.

У зв'язку з обов'язковим рівнем рішення третейського суду для учасників спору існує інститут його примусового виконання. Відповідно до ст. 57 Закону України «Про третейські суди», рішення третейського суду, яке не виконано добровільно, підлягає примусовому виконанню в порядку, встановленому Законом України «Про виконавче провадження», на підставі виконавчого документа (виконавчого листа місцевого загального суду чи наказу місцевого господарського суду за місцем розгляду справи третейським судом).

Від процедури медіації можна відмовитися на будь-якому етапі її проведення, навіть після досягнення медіаційної угоди. Сторони можуть звернутися до повторної медіації чи передати спір на вирішення суду. Після досягнення сторонами угоди про передання спору на вирішення третейським судом, одностороння відмова від угоди є неможливою. Рішення третейського суду є остаточним і оскарженню

не підлягає. Місцеві загальні суди відмовляють у відкритті провадження у справі, а відкрите провадження підлягає закриттю, якщо є рішення третейського суду, прийняте в межах його компетенції, щодо спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав. Господарський суд припиняє провадження у справі, якщо сторони уклали угоду про передання цього ж спору на вирішення третейського суду [3].

Медіація не замінює інші форми розв'язання спорів, а доповнює їх. Її використання для вирішення конфліктів є доцільним за наявності таких передумов:

- за допомогою безпосередніх бесід або переговорів конфлікт неможливо вирішити;
- сторони зайшли в глухий кут у вирішенні спору;
- учасники зацікавлені в хороших відносинах один з одним у майбутньому;
- створюється враження, що конфлікт неможливо вирішити.

Медіація може використовуватися для вирішення особистих спорів, а також групових і політичних конфліктів.

Техніка медіації поширена при вирішенні спорів подружжя, пов'язаних з розлученням, аліментами на особисте утримання й утримання дитини, поділом спільного майна подружжя, питаннями виховання дітей, участю у вихованні дитини того з батьків, хто проживає окремо від неї. Використовується для врегулювання спорів між сусідами, орендарями й орендодавцями, у трудових спорах між роботодавцями та працівниками.

В юридичній сфері існують модельні експерименти, коли злочинець і жертва зустрічаються, щоб злочинець побачив й усвідомив допущену ним соціальну несправедливість та мав змогу замість відбування покарання,

відшкодувати завдані потерпілому збитки.

Існують приклади ефективного застосування медіації в політичній сфері, а саме в сфері охорони навколишнього середовища, між громадською ініціативою, економікою та управлінням, розміщення промислових підприємств, проектів дорожнього будівництва, утилізації відходів [8].

В Україні відсутнє законодавче регулювання використання методу медіації як альтернативного способу вирішення конфліктних ситуацій, однак наша держава робить перші кроки до впровадження цього методу та його застосування, передусім, в адміністративному судочинстві.

Це зумовлено тим, що впровадження судової медіації в адміністративних судах України як частини адміністративної діяльності суперечить Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАСУ), навпаки, низка норм створюють необхідні для цього передумови. Поряд із закінченням позовного провадження винесенням судового рішення, в КАСУ передбачені й інші підстави закриття провадження у справі. Серед них можна назвати відмову від адміністративного позову, визнання позовних вимог та примирення сторін. Принцип диспозитивності знаходить своє втілення на всіх стадіях адміністративного провадження: в межах підготовчого провадження (ст. 110 КАСУ) в ст. 112 КАСУ (відмова від позову, визнання позову) та ст. 113 КАСУ (примирення); під час судового розгляду (ст. 122 КАСУ) в ч. 1 ст. 136 КАСУ — відмова від позову та визнання позовних вимог та ч. 2 ст. 136 — примирення; в апеляційному (статті 193, 194 КАСУ) та касаційному (статті 218, 219 КАСУ) провадженнях.

Альтернативні методи розв'язання спорів поряд, з питаннями організації роботи суддів, добору та підготовки

суддів становлять один з п'яти напрямів спільної програми Ради Європи та Європейського Союзу, спрямованої на покращення та вдосконалення діяльності судової гілки влади в Україні, підвищення показників ефективності її роботи. В червні 2007 року відбувся перший круглий стіл з питань можливостей медіації в адміністративному судочинстві. Керівництво Вищого Адміністративного Суду України прийняло рішення про впровадження медіації в адміністративних судах України. Сьогодні деякі судді та наукові співробітники адміністративних судів пройшли навчальні курси з медіації.

З 8 до 12 лютого 2010 року в низці українських міст відбулися практичні семінари з медіації для адвокатів з питань альтернативних методів розв'язання спорів. Для проведення тематичних семінарів були обрані міста: Донецьк, Біла Церква, Вінниця, Івано-Франківськ. Практичним досвідом застосування методу медіації поділилися експерти Ради Європи, медіатори й інструктори з Нідерландів: Ф. ван Арем — суддя окружного суду м. Зволле-Лелестад, та М. Аменде — адвокат.

У межах вищезгаданої спільної програми Ради Європи та Європейського Союзу сплановане проведення тижнів медіації в адміністративних судах України. Зокрема, в першу неділю липня 2010 року такі заходи відбулися в місцевому суді м. Білої Церкви. Для проведення медіації були відібрані справи, що тривалий час перебували в провадженні суду, конфлікт сторін по яких зайшов у глухий кут. Сторонам у таких справах було запропоновано залагодити спір методом медіації. Отримавши згоду, їхні справи були передані на вирішення медіації, що проводилася за всіма її правилами із застосуванням методів та способів, їй притаман-



них. До її проведення були залучені судді, наукові співробітники суду, адвокати, що прослухали навчальні курси з медіації та опанували базові знання із застосування цього методу вирішення конфліктів. Під час вирішення таких справ оочі змогли спостерігати за процесом проведення медіації.

Питанням упровадження цього методу вирішення спорів в Україні займаються також низка громадських організацій, діяльність яких у цій сфері зводиться до створення груп медіації для розвитку практики вирішення конфліктів, проведення освітніх програм з підготовки посередників у розв'язанні конфліктів та спорів, ініцію-

вання проекту медіації судових спорів у цивільному судочинстві, просвітницької діяльності у сфері впровадження медіації, видання навчальних посібників, проведення семінарів, тренінгів стосовно методики її використання [10].

Практика впровадження медіації в Україні базується на іноземному досвіді, що дає змогу проаналізувати його, вивчити та використати навички в медіації, адаптувавши їх до реалій нашої держави та умов українського законодавства. ♦

#### Список використаних джерел

1. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної ради України 28.06.1996 року // Відомості Верховної Ради (ВВР) — 1996. — № 30 — Ст. 141
2. Рішення Конституційного Суду України від 10.01.2008 року №1-рп/2008 у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців сьомого, одинадцятого статті 2, статті 3, пункту 9 статті 4 та розділу VIII «Третейське самоврядування» Закону України «Про третейські суди» (справа про завдання третейського суду).
3. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 1992. — № 6. — Ст. 56.
4. Господарський кодекс України від 16.01.2003 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР) — 2003. — № № 18, 19–20, 21–22. — Ст. 144.
5. Закон України «Про судоустрій України» № 3018-III від 07.12.2002 року.
6. Закон України «Про третейські суди» № 1701-IV від 11.05.2004 року.
7. Рекомендації Президії Вищого господарського суду України №04-5/639 від 11.04.2005 року «Про деякі питання практики застосування господарськими судами Закону України «Про третейські суди» (із змінами, внесеними згідно з Рекомендаціями Вищого господарського суду № 04-5/216 від 15.11.2007 року та № 04-06/57 від 30.04.2009 року).
8. Бесемер Христоф. Медиация. Посредничество в конфликтах / Перевод с нем. Н. В. Маловой. — Калуга : Духовное познание, 2004. — 176 с.
9. Матеріали семінару для адвокатів з питань альтернативних методів розв'язання спорів (суть медіації, відмінність процедурного характеру, роль адвоката в медіації), проведеного в рамках спільної програми Європейського Союзу та Ради Європи «Прозорість і ефективність судової системи України», (Донецьк, Біла Церква, Вінниця, Ів.-Франківськ), 8–12 лютого 2010 року.
10. Галай В. Медіація як один з альтернативних способів захисту прав пацієнтів // Право України. — 2007. — № 10. — С. 35–37.
11. Роберт А. Бэрк Буш. Что может медиация. Трансформативный подход к конфликту / А. Бэрк Роберт Буш, Джозеф П. Фолджер ; пер. с англ. — К. : Издатель Захаренко В. А., 2007. — 264 с.