

М. М. ДЯКОВИЧ

Мирослава Михайлівна Дякович, кандидат юридичних наук, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка

**ПРОПОЗИЦІЇ ЩОДО РОЗВИТКУ МЕДІАЦІЇ В НОТАРІАЛЬНІЙ ПРАКТИЦІ
НОТАРІУСІВ УКРАЇНИ**

Пропозиції щодо перспектив розвитку медіації у нотаріальній практиці українських нотаріусів засновано на дослідженні та аналізі міжнародного законодавства й нотаріальної практики німецьких та російських нотаріусів і мають характер наукової концепції та окреслення шляхів у напрямі подальшої роботи вчених і законодавця із впровадженні процедур медіації у нотаріаті.

Процедури медіації є доволі новим явищем у вітчизняній правовій науці, і головне завдання їх впровадження у правове регулювання вирішення спорів – це уникнення складних і довготривалих судових процесів завдяки заміні на досудовий або позасудовий порядок їх вирішення.

Зарубіжна юриспруденція має вже досить тривалу практику застосування процедури медіації як одного із способів вирішення правових конфліктів. Сьогодні йде пошук залучення інших правових інститутів, зокрема нотаріату, та використання традиційних органів (державного і третейського судів) для позасудового вирішення правових конфліктів шляхом медіації.

Слово «медіація» походить від латинського *medius* – займати середину між двома точками зору або сторонами, пропонувати середній шлях, триматися нейтрально, незалежно¹.

Медіація у цьому сенсі вже давно застосовується для вирішення конфліктів з допомогою третьої особи².

Суть медіації полягає у поєднанні двох, як видається, протилежних елементів – високого ступеня автономії сторін і значних гарантій з вироблення спільної позиції і досягнення взаємовигідного результату³.

Це означає, що посередник при медіації не набуває виключних повноважень з ведення процесу та прийняття рішення. Він також не має права імперативно визначати і напрям дискусії, сторони правового конфлікту при цьому повинні самостійно ліквідувати конфлікт у межах їх позицій.

Таким чином, як зазначає І.Г. Черемних, медіація – це переговори між сторонами, які сперечаються, за участю і під керівництвом нейтральної третьої особи – посередника, який не має права виносити обов'язкове для сторін рішення⁴.

Як зазначає А. Селіванова, медіатор підтримує партнерів по конфлікту, щоб вони самі могли почати розв'язання своїх проблем, не чекаючи вироку, підказки, впливу «згори» або «від авторитету», як це спостерігаємо в судовому підході. Метою опрацювання конфлікту в медіації є не перемога, а спільний рух у майбутнє. Учасники медіації погоджуються працювати на результат і спільно до нього приходити шляхом переговорів⁵.

Основні принципи медіації:

- добровільність, добросовісність і неупередженість посередника;
- повний контроль сторін за результатами процедури;
- неконфронтаційний характер процедури;
- конфіденційність;
- широке коло можливих взаємоузгоджених рішень спору.

Всі характерні для медіації та медіатора якості (дотримання абсолютного нейтралітету і неупередженості, незалежність, майнова відповідальність тощо) органічно властиві нотаріальній діяльності. Роль у медіації нотаріуса підтверджується рішенням XXIII конгресу Міжнародного союзу латинського нотаріату (Афіни, 2001 р.), у якому підкреслювалося, що нотаріус, який унаслідок своїх професійних обов'язків повинен зводити зазвичай різні погляди та інтереси сторін до спільного знаменника, найбільше серед представників інших юридичних професій покликаний виступати у ролі медіатора⁶.

У законі Німеччини про нотаріат (частини 4, 5 § 20) закріплено спеціальні повноваження нотаріуса із здійснення офіційної процедури позасудового врегулювання спорів. Посередництво нотаріуса передбачено також законом Німеччини про вирішення спорів, пов'язаних із речовими правами. Відповідно до розпоряджень земель Німеччини, які прийняті на підставі ч. 5 § 20 закону Німеччини про нотаріат, нотаріуси зобов'язані проводити процедуру посередництва при виникненні спорів між спадкоємцями або власниками майна⁷.

Ідеї щодо розвитку ролі нотаріуса як медіатора в Україні обговорюються вже не лише на теоретичному рівні. Указом Президента України «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів» від 10 травня 2006 р. № 361/2006 окрема увага звертається на необхідність розвитку суміжних інститутів, тобто таких, які безпосередньо пов'язані з реалізацією права на судовий захист. Зокрема, зазначається, що з метою розвантаження судів потрібно розвивати

альтернативні (позасудові) способи врегулювання спорів, а також створювати умови для стимулювання дешевших і менш формалізованих способів їх врегулювання⁸.

Медіацію у практиці російського нотаріуса, як зазначає І. Г. Черемних, необхідно розглядати як різновид кваліфікованої юридичної допомоги, яка надається ним і спрямована на забезпечення й захист прав громадян та юридичних осіб⁹.

Доволі часто у практиці нотаріуса трапляються випадки, коли сторони, які звертаються за посвідченням правочину, не можуть досягнути згоди з окремих умов правочину, наприклад, під час обговорення проекту договору купівлі-продажу нерухомого майна, при укладенні договору про участь у вихованні дитини, сплаті аліментів, шлюбного договору, оформленні спадкових прав тощо. У такій ситуації сторонам необхідно домовлятися безпосередньо в кабінеті нотаріуса з його допомогою.

Як свідчить нотаріальний досвід і законодавство Німеччини, перед посвідченням договору нотаріус (§ 9 закону Німеччини про посвідчення актів, BeurkG, далі – ЗУА), який діє як медіатор – особа, яка надає юридичну допомогу (п. 1 ч. 1 § 24 Закону Німеччини про нотаріат, далі – ЗДН), зобов'язаний описати в документі свої функції і вказати учасникам на те, що договір не є пропозицією з боку нотаріуса, а результатом знайденого безпосередньо самими учасниками договору компромісу, який посвідчується нотаріусом за дорученням учасників згідно з їх інтересами.

Якщо у нотаріуса, незважаючи на знайдене рішення, залишаються сумніви щодо його повноти, доцільності та юридичної дійсності, то він повинен вказати на це при укладенні договору (п. 2 ч. 1 § 14 ЗДН) і обов'язково перед його посвідченням (§ 17 ЗУА). У цьому разі рекомендується робити відмітку про виконану нотаріусом роботу¹⁰.

Такий підхід до участі нотаріуса в якості медіатора дає можливість:

1) визначити роль і місце нотаріуса як суб'єкта нотаріальних правовідносин, що виникають при здійсненні нотаріальної дії між ними і сторонами правочину та тим самим спростувати хибну думку про те, що нотаріус також є суб'єктом (учасником) правочину;

2) посилити гарантії з боку держави щодо можливості здійснення захисту самого нотаріуса від недобросовісних сторін (учасників) правочину;

3) зменшити вірогідність повної відповідальності нотаріуса, при вчиненні нотаріальної дії, оскільки учасники (сторони) договору підтверджують своїми підписами на ньому, що договір, який вони підписали, є результатом їх домовленостей стосовно умов договору і дією вольового характеру та посвідчується нотаріусом з урахуванням їх пропозицій та інтересів.

Ідеї щодо розвитку ролі нотаріуса як медіатора в Україні обговорюються вже не лише на теоретичному рівні. Указом Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006 «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів» окрема увага звертається на необхідність розвитку суміжних інститутів, тобто таких, які безпосередньо пов'язані з реалізацією права на судовий захист. Зокрема, зазначається, що 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 самостійно самими учасниками. Необхідно інформувати громадськість про переваги цих способів захисту прав порівняно з судовим механізмом. Звернення до суду бажано використовувати як винятковий спосіб врегулювання юридичного спору. Суттєвого розвантаження судової системи можна досягти, посиливши потенціал нотаріату¹¹.

У статті 5 Закону України «Про нотаріат» законодавець серед обов'язків нотаріуса виокремив його обов'язок бути юридичним радником, консультантом для громадян, підприємств, установ та організацій у здійсненні їх прав та захисті законних інтересів. Важливим з точки зору учасників процедури медіації є та обставина, що участь у медіації нотаріуса означає надання їм кваліфікованої юридичної допомоги. Тому, якщо для багатьох категорій юристів медіація може стати додатковою роботою, то для нотаріуса медіація є невід'ємною частиною його роботи, яку він виконує в силу закону.

Нотаріус жодним чином не має права «тиснути» на сторони або спонукати їх до прийняття рішення і внаслідок навіть свого правового статусу, який закріплений у Законі України «Про нотаріат», зокрема у ст.ст. 5, 8¹. Він не має права надавати перевагу жодній із сторін і зобов'язаний підтримувати та забезпечувати баланс інтересів сторін, у тому числі й третіх осіб, яких стосується спір.

Наприклад, дотримуючись принципу законності, нотаріус забезпечує дотримання прав дітей у разі участі у нотаріальних процедурах батьків, контролює дотримання прав осіб на проживання у житловому приміщенні при посвідченні договору про перехід права власності (ч. 2 ст. 59 Сімейного кодексу України).

Конфіденційність як принцип медіації гарантується основоположним принципом нотаріальної діяльності – таємницею вчинення нотаріальних дій (ст. 8 Закону України «Про нотаріат»).

Процедура медіації за участю нотаріуса є добровільним процесом. Сторони самостійно приймають рішення про можливість обговорення спору і його припинення у будь-який момент на їх розсуд.

Нотаріус по суті своїх професійних обов'язків, визначених Законом України «Про нотаріат», нормативно-правовими актами Міністерства юстиції України та психологічно-моральними якостями, які властиві представникам цієї професії, вже сьогодні здійснює функції медіатора при здійсненні нотаріальної діяльності. У контексті виконання своїх функцій як фахівця-нотаріуса, нотаріус у процесі ведення переговорів з

учасниками нотаріальних правовідносин повинен продемонструвати вміння слухати та переконувати, володіти ґрунтованими знаннями з права та інформацією про будь-які зміни до законодавства, вести переговори, керувати дискусією, оперативно реагувати на зміну настроїв та думок сторін, бути свого роду не тільки професійним юристом у галузі нотаріального права, але й висококваліфікованим та озброєним не тільки знаннями, а й життєвим досвідом, психологом.

Слід зазначити, що результатом медіації у нотаріальній практиці не обов'язково має стати нотаріальний акт, оскільки сторони можуть не досягнути порозуміння і нотаріальна дія не буде вчинена. Однак медіація має бути чітко пов'язана із здійсненням нотаріальної дії, яка потрібна сторонам у випадках, прямо зазначених у законі, або таких, які випливають із їх домовленості.

Отже, виходячи із вищеописаного, ми можемо сформулювати наступні пропозиції щодо розвитку та закріплення медіації як невід'ємної функції у нотаріальній практиці нотаріусів України при розробленні та вдосконаленні законодавчих основ діяльності нотаріату:

1) акцентувати увагу законодавця на ролі нотаріуса як незалежного радника сторін при визначенні статусу нотаріуса;

2) закріпити право нотаріуса надавати юридичну допомогу в питаннях врегулювання суперечностей сторін при вчиненні нотаріальних дій у якості медіатора;

3) визначити у Законі України «Про нотаріат» процедуру, стадії, медіації, оплату такого виду нотаріальної допомоги і відповідальності нотаріуса при виконанні нотаріусом функцій медіатора.

¹ Karl Ernst Georges. Ausführliches lateinisch-deutsches Hanswörterbuch, Bd. 2. – Darmstadt, 1983.

² Karl Ernst Georges. Ausführliches lateinisch-deutsches Hanswörterbuch, Bd. 2. – Darmstadt, 1983; Duss-von Werdt. Mediation der Fem Universitdt. Hagen, 1999.

³ Грефин фон Шлиффен К. Медиация в нотариальной практике (Альтернативные способы разрешения конфликтов) / Катарина Грефин фон Шлиффен. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – С. 4.

⁴ Черемных И. Г. Теоретические основы независимого нотариата России : моногр. / И. Г. Черемных. – М. : Буквовед, 2006. – С. 176.

⁵ Селіванова А. Медіація – професія майбутнього / А. Селіванова // Нотаріат України. – 2014. – № 3. – С. 39.

⁶ Медведев И. Г. Аналитический обзор по материалам работы последних конгрессов Международного союза латинского нотариата / И. Г. Медведев // Центр нотариальных исследований : материалы и статьи. – Екатеринбург, 2003. – Вып. 1. – С. 103.

⁷ Ритер Г. Нотариус в качестве медиатора / Г. Ритер // Медиация в нотариальной практике (Альтернативные способы разрешения конфликтов) ; пер. с нем. / отв. ред. К. Грефин фон Шлиффен, Б. Вегманн / Ригер Г., Мим К. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – С. 28.

⁸ Офіційний сайт Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=361%2F2006>

⁹ Черемных И. Г. Теоретические основы независимого нотариата России : моногр. / И. Г. Черемных. – М. : Буквовед, 2006. – С. 179.

¹⁰ Wagner. Dnotz. – Beilage, 1998. – S. 100.

¹¹ Указ Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006 «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів» [Електронний ресурс] // Верховна Рада України. – 2006. – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/361/2006>

Резюме

Дякович М. М. Пропозиції щодо розвитку медіації в нотаріальній практиці нотаріусів України.

Аналізуються роль і завдання медіації у процесі вирішення спорів. Зокрема, розглянуто процедури медіації, роль нотаріуса як посередника при мирному вирішенні конфліктів та вимоги до нього. Пропонуються конкретні зміни до Закону України «Про нотаріат» в аспекті закріплення медіації у нотаріальному процесі.

Ключові слова: медіація, функції медіатора, нотаріус як незалежний радник сторін, процедура медіації.

Резюме

Дякович М. М. Предложения по развитию медиации в нотариальной практике нотариусов в Украине.

Анализируются роль и задачи медиации в процессе решения споров. В частности, рассмотрены процедуры медиации, роль нотариуса в качестве посредника при мирном решении конфликтов и требования к нему. Предлагаются конкретные изменения в Законе Украины «О нотариате» в аспекте закрепления медиации в нотариальном процессе.

Ключевые слова: медиация, функции медиатора, нотариус как независимый советник сторон, процедура медиации.

Summary

Dyakovych M. Proposals for the development of mediation in notary practice in Ukraine.

The role and tasks of the mediation process in dispute resolution is analyzed. In particular the mediation procedure, the role of the notary as a mediator in peaceful conflict resolution and demands to it are considered. Concrete changes in the aspect of mediation implementation in notarial process into the Law of Ukraine «On Notary» are proposed.

Key words: mediation, mediator's functions, the notary as an independent advisor to the parties, mediation procedure.

Д. О. МАРІЦ, І. В. КАРПЕНКО

Дарія Олександрівна Маріц, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Академії муніципального управління

Інна Вікторівна Карпенко, студентка IV курсу юридичного факультету Академії муніципального управління

ДОГОВІР ПРО ПАТРОНАТ

Дитинство – період розвитку людини до досягнення повноліття¹. Саме в цей час відбувається фізичний, інтелектуальний та культурний розвиток молодого покоління, а отже, для повноцінного розвитку дитині необхідна сім'я, тому держава здійснює систему заходів щодо охорони дитинства та намагається забезпечити кожну дитину сім'єю за допомогою визначених законодавством форм державної турботи, зокрема таких як: усиновлення, опіка, піклування, патронат, прийомна сім'я, прийомні батьки, влаштування дітей у дитячі будинки сімейного типу. Слово «патронат» є доволі багатозначним терміном і має загальне, історичне та спеціальне значення. Саме спеціальне значення цього терміна визначається у Сімейному кодексі України (далі – СК України), законодавець пропонує визначення договору про патронат, оминаючи безпосередньо визначення «патронату».

Актуальність теми дослідження полягає в тому, що така форма влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, як патронат, викликає на практиці безліч суперечностей, які зумовлені тим, що чинним законодавством не врегульовано наступні питання: не встановлено вимог щодо форми та змісту договору про патронат; не зазначено, з якого бюджету буде здійснюватись оплата патронатному вихователю. Ряд поставлених питань потребує вирішення на законодавчому рівні.

Незважаючи на те, що закон передбачає свободу договору і сторони можуть самостійно, на власний розсуд, визначити зміст договору, зокрема і договору про патронат, вважаємо, що законодавець має визначити певні рамки, в межах яких може бути укладено такий договір.

Теоретичним проблемам історії патронатного виховання та деяким законодавчим проблемам патронату було присвячено роботи С. Б. Булеци, В. Ю. Євко, Л. Коваль, Л. В. Лешанич, Л. А. Машкіної, В. Н. Приходько.

Однак вивчення наукової літератури дає підстави стверджувати, що питання правового регулювання договірних відносин у сфері патронатного виховання залишається не вивченим, що й зумовлює основну мету дослідження у даній статті. Серед головних завдань – дослідження основних понять, які використовуються у договірних відносинах у сфері патронатного виховання та формулювання у зв'язку з цим висновків та пропозицій щодо удосконалення національного законодавства.

Відповідно до ст. 252 СК України за договором про патронат орган опіки та піклування передає дитину-сироту або дитину, позбавлену батьківського піклування, на виховання у сім'ю іншої особи (патронатно-го вихователя) до досягнення дитиною повноліття, за плату.

Виходячи з наведеного визначення, можна надати таку правову характеристику даного договору:

- предметом договору про патронат є діяльність, пов'язана з вихованням, розвитком та утриманням дітей, що регулюється сферою сімейних правовідносин;
- патронат встановлюється щодо однієї дитини, яка має відповідний статус дитини-сироти або дитини, позбавленої батьківського піклування;
- надання згоди дитини, за умови, якщо вона досягла такого віку, що може її висловити;
- договір про патронат є строковим, за загальним правилом, він діє до досягнення дитиною повноліття і автоматично не продовжується;
- невизначеністю природи договору. У науці існують різні підходи до визначення природи договору про патронат. Одні вважають, що цей договір є цивільно-правовим, інші розглядають його як договір сімейно-правовий, а дехто вважає, що договір про патронат містить у собі ознаки як цивільно-правового, так і сімейно-правового договору².
- відсутністю типової форми і змісту договору;
- між договором про патронат та цивільно-правовим договором можна виділити деякі спільні риси, зокрема: оплатність, двосторонність, строковість, але даний договір не є зобов'язальним, адже за невиконання умов договору не встановлюється відповідальність у вигляді відшкодування збитків чи інших майнових санкцій;
- відсутністю у законодавстві вимог щодо особи патронатного вихователя порівняно з усиновленням чи опікою.