

УДК 347.9

ПРИМИРЕННЯ СТОРІН У ВИКОНАВЧОМУ ПРОЦЕСІ ТА ПОСЕРЕДНИЦТВО: СПІРНІ ПИТАННЯ

У статті проведено аналіз родових понять «примирення сторін», «примирювальної процедури» у виконавчому процесі, виділено види примирювальних процедур залежно від суб'єктів їх здійснення, визначено співвідношення примирювальних процедур та медіації. Визначено основні ознаки посередництва та розглянуто медіативні техніки та технології, що використовуються при проведенні медіації, окреслено перспективи застосування медіації під час виконання судових актів та рішень інших органів (посадових осіб).

Ключові слова: примирення сторін, примирювальні процедури, примиритель, посередництво, медіатор, медіація, виконавчий процес.

Постановка проблеми. Вибір найбільш прийняттого варіанту врегулювання конфлікту, виходячи з конкретної ситуації, виступає гарантією ефективного захисту прав суб'єктів виконавчого процесу, що зумовлюється посиленою увагою до розвитку та вдосконалення вже давно відомих процедур, спрямованих на поновлення мирних відносин між стягувачем та боржником з ініціативи сторін конфлікту, так і використанням іноваційних технологій посередництва (медіації).

Порівняно з процедурою мирової угоди, яка відома у цивілістичному процесі ще з дореволюційного періоду, медіація в Україні є справою майбутнього. Не зважаючи на відсутність спеціального Закону України «Про медіацію», який би визначав засади, принципи та порядок проведення медіації, статус медіатора тощо, ґрунтовні наукові дослідження у сфері медіації активно ведуться у різних напрямках, що надає можливість з'ясувати її роль та специфіку застосування в певній сфері.

У контексті з'ясування можливості та доцільності застосування медіації при виконанні рішень судів та інших органів (посадових осіб), варто зазначити, що для застосування медіації у виконавчому процесі відсутні будь-які перешкоди. Більше того, потенціал медіації (посередництва) є недооціненим для цілей виконавчого процесу, а тому запровадження правових засад медіації в Україні дозволить не лише удосконалити існуючі способи та методи, спрямовані на гарантування реального виконання судових актів та рішень інших органів (посадових осіб), але й спрогнозувати перспективи застосування нових процедур, які здатні розширити процесуальні можливості сторін виконавчого процесу шляхом врахування інтересів як стягувача, так і боржника.

Вагомість медіації при здійсненні виконавчого процесу уявляється у заповненні законодавчих прогалин шляхом сприяння вирішенню питань, які не охоплюються наявними виконавчими процедурами, зокрема процедурою

мирової угоди в разі виходу сторонами за межі умов мирової угоди тощо.

Аналіз останніх досліджень. Проблема тиці примирювальних процедур у цивілістичному процесі присвячені праці І. Захарьянцевой, О. Здрок, С. Лазарева, М. Рожкової, Т. Сахнової, різні аспекти медіації вивчалися Д. Єлисеєвим, С. Калашніковою, В. Лисициним, О. Носиревою.

Не зважаючи на те, що в радянський та пострадянський період мирова угода була предметом дослідження вчених-процесуалістів, однак переважно вивчалися такі її аспекти, як природа мирової угоди, умови її укладання сторонами, порядок виконання, залишаючи поза увагою контекст примирення сторін, що є вагомим чинником окреслення зв'язку мирової угоди та примирювальних процедур, а також є одним з критеріїв віднесення певних засобів вирішення конфлікту до категорії «примирювальних процедур».

Виклад основного матеріалу. Саме з категорією «примирювальних процедур» пов'язується подальший розвиток процедури мирової угоди у цивілістичному процесі, що викликає необхідність визначення її змісту та значення у понятійному апараті з метою стійкого та однозначного розуміння об'єкта, що вивчається.

Дійсно, мирова угода відповідає всім системним ознакам процедури: їй властива правова самостійність: за змістом, об'єктом, формою. Як правовий феномен, процедура завжди характеризується умовною відокремленістю та закінченістю правового регулювання, спрямовується на досягнення очікуваного результату. Будучи реалізованою у виконавчому процесі, мирова угода, укладена у процесі виконання, характеризується ознаками виконавчої процедури [1]. Це означає, що процедура укладення мирової угоди між стягувачем та боржником відбувається за правилами, визначеними чинним процесуальним законодавством та законодавством про виконавче провадження, визнання мирової угоди

здійснюється в судовому засіданні з викликом сторін виконавчого процесу, при цьому суд перевіряє законність умов укладеної угоди та відповідність її вимогам закону, та постановляє ухвалу про визнання (затвердження) мирової угоди, процесуальними наслідками якої є закінчення виконавчого провадження. Суб'єкти виконавчого процесу при цьому відчують, що вони не вирішують конфлікт, а погоджуються на поступки під дією сили, що не надає можливості гнучкого регулювання. Нерідкі випадки, коли на практиці суди відмовляють у визнанні мирової угоди, укладеної у процесі виконання, що одночасно позбавляє сторін досягнути примирення.

На відміну від ЦПК України та ГПК України, які регламентують процедуру укладення мирової угоди, в тому числі й у виконавчому процесі, у КАС України вживається термін не «мирова угода», а «примирення сторін», значення якого є більш ширшим, хоча зі змісту статті 262 цього Кодексу вбачається, що фактично йдеться про мирову угоду у процесі виконання.

Як зазначає А.І. Кузбагаров [2, С. 12], метою моделі примирення сторін у конфліктах приватно-правового характеру є поновлення мирних та партнерських відносин між сторонами конфлікту шляхом використання заходів та способів, як правило, з ініціативи сторін конфлікту.

Що ж собою представляє поняття «примирювальної процедури» у цивілістичному процесі?

Примирювальні процедури представляють собою законну та добровільну діяльність суб'єктів конфлікту, а у необхідних випадках – й третьої особи, що сприяє примиренню, спрямовану на мирне врегулювання конфлікту [3, С. 42].

Виходячи з наведеного визначення примирювальних процедур, залежно від суб'єктного складу можливо виділити два основні види примирювальних процедур:

- 1) примирювальні процедури, які проводяться виключно суб'єктами конфлікту (тобто сторонами виконавчого процесу);
- 2) примирювальні процедури, які здійснюються за участі третьої особи (примирителя).

Роль примирителя в даному випадку полягає в тому, щоб допомогти сторонам порозумітися, налагодити комунікацію, досягнути компромісу, запропонувати умови, за яких може бути врегульовано спір (конфлікт). Третя особа, виступаючи примирителем, не досліджує докази, не встановлює факти, а його завданням є забезпечення взаєморозуміння між сторонами та виявлення можливостей вирішення конфлікту на прийнятних для сторін умовах.

Предмет примирювальних процедур складають правовідносини координаційного, диспозитивного типу, що допускають саморегуляцію за волевиявленням сторін..., та завжди пов'язані з остаточним (у матеріально-правовому сенсі) врегулюванням правового конфлікту [4].

Примирювальні процедури з участю примирителя не є характерними для вітчизняного правозастосування, адже на сучасному етапі їх можливо розглядати лише у теоретичному плані.

Водночас примирення сторін слід розглядати в якості самостійного засобу вирішення конфлікту сторонами та відділяти від інших родових понять, зокрема посередництва. Сутність посередництва, в свою чергу, відображується в тому, що:

1) Активна роль в посередництві належить сторонам, що ведуть переговори та за їх результатами приходять до взаємовигідної угоди;

2) Посередник не прирівнюється до сторін, він займає особливе становище, лише допомагаючи сторонам самим вести переговори та досягати угоди;

3) Посередник не має повноважень примусити сторони до досягнення угоди та виносити своє рішення по спору [5, С. 74, 75].

В науковій літературі поняття медіації та посередництва синонімічні. Перше з них частіше вживається в іноземній літературі та є транскрипцією англійського слова «mediation», а друге є українським перекладом цього терміну та вживається вітчизняними авторами.

Термін медіація («посередництво») у мирній практиці застосовується для позначення процедури, спрямованої на сприяння учасникам правового конфлікту у його самостійному врегулюванні, сутність якої полягає у проведенні переговорів за підтримки третьої сторони.

Традиційно медіація розглядається як один із способів альтернативного вирішення цивільно-правових спорів, тобто тих соціальних засобів, що є альтернативою домінуючому в сучасному суспільстві судовому способу захисту прав.

Разом з тим, нині поширюється думка про суттєву зміну поняття «альтернативні способи вирішення спорів» зі спливом часу, прихильники якої вважають, що медіація існує не лише паралельно із судовою системою, але й всередині її самої як альтернатива повноцінному процесу [6, С. 29]. З іншого боку, природа терміну «альтернативність» означає вибір можливих варіантів серед позасудових засобів... (такі можуть бути застосовані як кожен окремо, що і в різних комбінаціях, наприклад, переговори – посередництво), а не вибір між цими засобами та судовим розглядом [7, С. 4].

У свою чергу, концептуальні засади виконавчого процесу, який виникає лише тоді, коли спір між сторонами вже вирішений судом, не зовсім узгоджуються із сутнісними характеристиками медіації, призначенням якої є вирішення цивільно-правових спорів. В цьому контексті заслуговує на увагу позиція О.І. Носирєвої [8] про те, що у виконавчому провадженні предметом врегулювання з участю медіатора є не розбіжності сторін по суті спору, а питання, спрямовані на забезпечення виконання рішення (розстрочка або відстрочка виконання, зміна порядку або способу

виконання), саму ж процедуру медіації автор формулює як допоміжну форму виконання судових рішень, підкреслюючи таким чином її відокремленість від процесу виконання.

Варто спеціально наголосити на тому, що серед наукових досліджень останніх років можливо виділити напрям, де вченими-процесуалістами піддається сумніву усталена ще з радянських часів концепція «вирішення судом спору по суті», та ставляться завдання щодо нової соціальної моделі правосуддя, прагненням якої є вирішення не спору про право, а юридичного конфлікту сторін.

Зокрема, А.Н. Кузбгаров [9, С.20], в контексті дослідження примирення сторін у конфліктах приватно-правового характеру, у докторській дисертації запропонував розглядати спір як одну з форм вираження конфлікту, через яку відбувається його визначення, дійшовши висновку про те, що генеза терміну спір цивільний йде від терміну «цивільний конфлікт», або точніше «конфлікт приватно-правового характеру». Ця думка була підтримана С.В. Лазаревим [10], який зазначає, що правовий спір є заміщенням конфлікту – переведенням його у правову площину..., у зв'язку з чим є нерідкими ситуації, коли вирішення правового спору не тягне за собою вирішення конфлікту.

Ідея наявності конфлікту при виконанні актів юрисдикційних органів як одного з різновидів соціального конфлікту дістала подальшого розвитку й у працях російського дослідника виконавчого провадження В.О. Гурєєва, який стверджує, що відсутність спору про право між сторонами зовсім не означає відсутність конфлікту, і в першу чергу, конфлікту інтересів стягувача та боржника [11, С.168].

Зауважуючи на доволі значній дискусійності даного питання, слід визнати, що зазначений підхід знайшов своє вираження й у останньому законопроекті про медіацію (реєстраційний номер № 3665-1 від 29.12.2015 року) через формулювання основних понять, в якому договір про проведення медіації визначено як письмову угоду про проведення медіації між сторонами конфлікту (спору), з одного боку, та медіатором, з іншого боку, а конфлікт (спір) як протистояння двох або більше осіб з приводу істотно значущих для них суб'єктивних прав, юридичних обов'язків, інтересів або цінностей.

Крім того, вся існуюча література, присвячена медіації, асоціюється виключно із застосуванням медіативних технологій, що має прямий зв'язок з теорією конфліктології.

Сама медіація, на відміну від примирювальних процедур, декларує такі принципи, як добровільна участь, рівність та активність сторін медіації, незалежність, нейтральність медіатора, конфіденційність інформації щодо медіації.

В теоретичному плані доволі цікавим є й питання співвідношення медіації та примирювальних процедур, зокрема, процедури мирової угоди у цивільному процесі. Так, Т.В. Сахновою [12] висловлена думка про

те, що примирювальні процедури не є різновидом медіації, яка виступає в ролі неформальної (альтернативної) процедури. Також порівнюючи примирювальні процедури та медіацію, в літературі відмічається: «Якщо примирення – це сама поверхова технологія роботи з конфліктом, яка не потребує базового змістовного розуміння спору..., то медіація – це більш глибока робота зі сторонами, якою у арбітражному процесі завершується 5–7 справ, а у ситуації примирення – лише одна справа» [13].

Заслужовує на увагу й позиція О.В. Трещевої [14, С.106-118], яка розмірковуючи про судові примирювальні процедури, приходять до висновку про те, що «крапками зіткнення медіативної процедури та судового процесу є лише те, що до послуг посередника сторони звертаються, будучи учасниками судового процесу, а також те, що угода сторін має бути затверджена судом як мирова угода. Разом з тим, сама процедура медіації випадає з рамок судового процесу... та не охоплюється поняттям цивільної процесуальної форми».

В практиці посередництва розрізняються дві основні юридичні моделі, в яких реалізується медіація: приватна та інтегрована. Приватна медіація розглядається як самостійний вид професійної діяльності щодо врегулювання правових спорів (конфліктів). Інтегрована медіація, в свою чергу, є формою діяльності юрисдикційних органів (судів, органів виконання судових рішень), що спрямовується на вирішення конфлікту в рамках юридичного процесу. З метою ефективності медіації, С.К. Загайновою [15] запропоновано комплексний підхід, що включає розвиток приватної та інтегрованої моделей медіації, а також медіативних технік в професійній юридичній діяльності.

Важливим чинником процедури медіації є професіоналізм та компетенція медіаторів, а тому медіація має впровадитись професійними медіаторами, які за законопроектом віднесені до осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність (тобто є приватними особами) та для здійснення медіативної діяльності мають пройти професійну підготовку за програмою підготовки медіаторів та отримати про це відповідний документ.

Розглядаючи спеціально підготовлених працівників суду або державної виконавчої служби в якості медіаторів, слід зазначити, що в медіації роль медіатора є управлінською – сприяти переговорам, проте примирення сторін не узгоджується з принципами переговорного процесу та особливо із застосуванням медіативних технік та технологій. Скоріш це пов'язано з допомогою примирителя (судового примирителя або примирителя у виконавчому процесі), що виводить примирення за межі судового (або виконавчого) процесу.

Технологія медіації, не зважаючи на поширену у юридичній літературі думку щодо її універсальності, є ефективним способом вирішення лише певного типу конфлікту і далеко не на всіх етапах його розвитку.

Як зазначає М. Пель, конфлікт сторін проходить три стадії: етап, коли він стає актуальним для сторін, однак вони ще можуть спілкуватися одна з одною та націлені на співробітництво; етап загострення конфлікту, коли сторони розпочинають застосовувати «брудні» методи боротьби одна з однією (так званий етап «виграш»-програш»); етап ескалації конфлікту, коли для сторони стає неважливим відстоювання власних позицій, скільки завдання шкоди протилежній стороні (умовно іменується як етап «програш-програш»). На останньому етапі, виходячи з практичного досвіду медіації, даний спосіб врегулювання конфлікту не можливий, а слід звертатися виключно до юрисдикційних способів його вирішення [16].

Методи та техніки медіації включають в себе елементи конфліктного менеджменту, ефективного ведення переговорів, групової динаміки, комунікативного та поведінкового тренінгу, проблемно-орієнтованої системної терапії, клієнт-центрированої терапії, фасилітації, модерації та коучинга, спеціально адаптованих для процедури медіації [17]. Тобто навчання медіатора передбачає його уміння та навички у конфліктології, психології, теорії переговорного процесу, теорії комунікації.

З позиції управління комунікацією медіація образно визначається як «комунікація у квадраті», оскільки медіатор одночасно взаємодіє з обома сторонами та повинен допомогти їм почути один одного за допомогою таких комунікативних технік, як активне слухання, ехо-повтор, перефразування, резюме, відкриті та закриті запитання, ведення малої бесіди, аналіз вербальних, паравербальних та невербальних сигналів, встановлення рапорту (підстройки).

Останніми роками науковцями висловлені пропозиції щодо можливості розширення адвокатської діяльності за рахунок не лише участі адвоката у процедурі медіації як представника однієї зі сторін, але й надання адвокату статусу медіатора, що суттєво відрізняється від традиційної адвокатської діяльності.

Слід зазначити, що даний вид діяльності не є характерним для адвокатів, а тому є слушною позиція О.Яновської, А.Біцай [18], про те, що для здійснення медіативної діяльності адвокатам у певній мірі слід переглянути свої сформовані професійні підходи до ведення справ та спосіб мислення.

Висновки. Отже, будучи примирювальною процедурою, мирова угода безпосередньо реалізується у рамках виконавчого процесу. Процедура медіації може лише співіснувати поряд з виконавчим процесом, відбувається в певній послідовності з використанням комунікативних технік та технологій переговорного процесу та характеризується неформальністю. Крім того, як мета медіативної угоди, яка лише у окремих випадках набуде статусу мирової угоди, так і її умови, які не пов'язуються з імперативними приписами закону, свідчать про необхідність розмежування зазначених процедур.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Щербак С.В. Судові та виконавчі процедури у цивільному процесі // Часопис Київського університету права.– 2014.– № 1.– С.187-191.
2. Кузбагаров А.И. Примирение сторон по конфликтам частного правового характера / Автореф. дис...-дра юрид.наук: 12.00.15 / А.И. Кузбагаров; Санкт-Петербургский университет МВД России.– СПб, 2006 – 46 с.
3. Николукин С.В. Правовые технологии посредничества (медиации) в Российской Федерации: Научно-практическое пособие.–М. Юстицинформ, 2013. – 240 с.
4. Сахнова Т.В. Судебные процедуры (о будущем цивилистического процесса // Арбитражный и гражданский процесс.– 2009.– № 2.– С. 9-13; Там само № 3.– С.2-5.
5. Калашникова С.И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции / С.И. Калашникова.– М.: Инфотропик Медиа, 2011.– С.7.
6. Носырева Е.И. Альтернативное разрешение споров в США.– М.: ОАО «Издательский дом Городец», 2005.– 320 с.
7. Mackie K.A. Handbook of Dispute Resolution ADR in Action/ Routledge and Sweet and Maxwell. London\$ New York, 1991.
8. Носырева Е.И. Процедура медиации как вспомогательная форма исполнения судебных решений // Цивилистическая процессуальная мысль. Международный сборник научных статей. Выпуск 3 «Исполнительный процесс» / Под ред. д.ю.н., профессора, заслуженного юриста Украины С.Я. Фурсы.– К.: Издатель Фурса С.Я., 2014.– С.189-194.
9. Кузбагаров А.И. Примирение сторон по конфликтам частного правового характера / Автореф. дис...-дра юрид.наук: 12.00.15 / А.И. Кузбагаров; Санкт-Петербургский университет МВД России.– СПб, 2006 – 46 с.
10. Лазарев С.В. Основы судебного примирения / С.В. Лазарев.– М.: Инфотропик Медиа, 2011.– 151-155.
11. Гуреев В.А. Проблемы идентификации концептуальной модели развития Федеральной службы судебных приставов в Российской Федерации: монография.– М.: Статут, 2013.– 408 с.
12. Сахнова Т.В. Судебные процедуры (о будущем цивилистического процесса // Арбитражный и гражданский процесс.– 2009.– № 2.– С.9-13.
13. Карпенко А.Д. Примирительные процедуры и медиация в России // Медиация и третейское разбирательство. Практика применения и правовое регулирование. Материалы научно-практической конференции.– Самара, 2011. – С. 54-59.
14. Трещева Е.А. Судебные примирительные процедуры: право на существование / Е.А. Трещева // Развитие медиации в России: теория, практика, образование: сб. ст. / под ред. Е.И. Носыревой, Д.Г. Филатова.– Инфотропик Медиа; Берлин, 2012.
15. Загайнова С.К. О комплексном подходе к развитию медиации в России // С.К. Загайнова // Закон.– 2012.– № 3.– С. 51-56.
16. Пель М. Приглашение к медиации: практическое руководство о том, как эффективно

- предложить разрешение конфликта посредством медиации / М. Пель.– М.: Межрегиональный центр управленческого и политического консультирования, 2009.– С.35-40.
17. Базовый курс медиации: рефлексивные заметки // М.С. Бойко [и др.]; под общ. ред.

- С. В. Лабода.– Минск: Медисонт, 2011.– С. 32.
18. Яновська О., Біцай А. Особливості участі адвоката у процедурі медіації // Вісник Київського Національного університету імені Тараса Шевченка.– 2014.– № 1(99).– С.21-24.

Щербак Светлана Владимировна
ПРИМИРЕНИЕ СТОРОН В ИСПОЛНИТЕЛЬНОМ ПРОЦЕССЕ
И ПОСРЕДНИЧЕСТВО: СПОРНЫЕ ВОПРОСЫ

В статье проанализированы родовые понятия «примирение сторон», «примирительная процедура» в исполнительном процессе, выделены виды примирительных процедур в зависимости от субъектов их проведения, определено соотношение примирительных процедур и медиации. Определены основные черты посредничества и рассмотрены медиативные техники и технологии, применяемые при проведении медиации, очерчены перспективы применения медиации при исполнении судебных актов и решений иных органов (должностных лиц).

Ключевые слова: примирение сторон, примирительные процедуры, примиритель, посредничество, медиатор, медиация, исполнительный процесс.

Shcherbak Svitlana
RECONCILIATION OF THE SIDES IN THE EXECUTIVE PROCESS
AND MEDIATION: DISPUTABLE MATTERS

The article provides the analysis of the ancestral concept such as “reconciliation of the sides”, “settlement promotion” in the executive process, there were separated the kinds of reconciliation of the sides due to the subjects of their implementation, were determined the ratio of the enforcement processes and mediation. The main features of mediation were determined and examined the techniques of mediation and technology, which are used during the mediation, outlined the prospects of using the mediation during the using of judicial act and decisions of other authorities (public individuals).

Keywords: reconciliation of the sides, settlement promotions, reconciliatory, mediator, mediation, executive process.