



Оксана МЕЛЕНКО,
кандидат юридичних наук, доцентка кафедри публічного права Чернівецького національного університету ім. Ю. Федьковича

Лідія НЕСТЕРЕНКО,
асистентка кафедри публічного права, керівниця навчально-наукової лабораторії медіації, переговорів та арбітражу Чернівецького національного університету ім. Ю. Федьковича



МЕДІАЦІЯ В ДІЯЛЬНОСТІ НОТАРІУСА: МОЖЛИВОСТІ ТА ПЕРЕВАГИ ЗАСТОСУВАННЯ

У статті проаналізовано визначення таких структуруючих понять ADR (альтернативні способи вирішення спорів), як переговори, медіація, судові примирення, арбітраж. Виявлено сильні та слабкі сторони інститутів ADR на основі розробленої системи індикаторів, за якими можна оцінити ефективність інститутів ADR. Визначено можливості використання медіації в діяльності нотаріусів.

Значна частина правозахисників, адвокатів, нотаріусів у випадку наявності чи зародження спорів радять своїм клієнтам звертатись за захистом саме до суду. Так може відбутися «втягування» сторін у довготривалі та витратні судові процеси, які, на жаль, не завжди гарантують позитивного результату для учасників спору, навіть за наявності судового рішення, що набрало законної сили. Адже, не дивлячись на низку переваг (регулювання судової діяльності виключно нормами права, положеннями закону, чітка регламентація процедури встановлення та перевірки всіх обставин і фактів, обов'язковість рішення до виконання сторонами конфлікту та іншими

фізичними та юридичними особами, незалежність органу), судовий процес має значні недоліки (тривалість процедури, розголос справи, значні фінансові витрати, невичерпаність конфлікту після винесення судового рішення, недостатня кваліфікація чи низька довіра до судді тощо). Більше того, законне судові рішення не завжди тотожне справедливості такого рішення, адже перевага у суді на боці тієї сторони, в якій більше доказів. Тому запровадження та популяризація культури медіації як позасудового, альтернативного судовому, можливо дієвішого способу вирішення правових проблем, поширення можливості надавати послугу медіації нотаріусам, є відповіддю на вимоги сьогодення.

Ураховуючи великий інтерес до способів та процедур альтернативного вирішення спорів, широку практику їх застосування, зокрема і в сфері нотаріату, виникає потреба у порівнянні переваг та недоліків кожного з цих способів, пошуку можливостей їх удосконалення, в тому числі за рахунок розробки відповідних інституційних інновацій в цій сфері.

Багато праць зарубіжних та вітчизняних вчених присвячено інститутам переговорів, судового примирення, медіації, арбітражу. Серед них вагомий внесок у згадану проблематику зробили такі науковці, як: І. Балюк, І. Б'єрі, А. Біцай, Н. Бондаренко-Зелінська, М. Бондарєва, С. Домбровський, Т. Гарбі, М. Заїка, О. Здрок, П. Кайзер, О. Кармаза, Ю. Крисюк, Н. Мазаракі, Ж. Мірімановф, Ж.-К. Магенді, І. Петрова, І. Побірченко, Д. Притика, О. Спектор, М. Франк, Р. Ханік-Посполітак та ін. [1–4].

Більшість дослідників альтернативних способів врегулювання спорів сконцентрували свої дослідження у площині понятійних співвідношень, вивченні зарубіжного досвіду, виявленню проблем використання того чи іншого альтернативного способу врегулювання спорів. Перед тим як розпочати аналіз спільних та відмінних рис альтернативних способів врегулювання спорів, доцільно, перш за все, охарактеризувати такі дефініції, як переговори, судове примирення, арбітраж та медіація [3].

На думку американських дослідників переговорного процесу (Jangbo Dang, Michael Nuhns), переговори — це процес, за допомогою якого автономні суб'єкти спілкуються і досягають компромісу для досягнення згоди з питань, що становлять взаємний інтерес, при максимальному використанні своїх індивідуальних можливостей [14, с. 42].

Інакше кажучи, переговори являють собою врегулювання юридичного спору самими учасниками спору, без залучення кваліфікованої допомоги та на власний розсуд. Очевидно, що успіх переговорів залежатиме від якості сторін спору як переговорників, арсеналу їх комунікативних прийомів і методів. Відповідно результат переговорів спиратиметься не на об'єктивні факти та обставини, а на суб'єктивні

характеристики та властивості учасників переговорів. Досягнення максимальних переваг для учасників переговорів можливо лише за високої переговорної сили всіх учасників спору, що мало ймовірно для буденної практики. Водночас варто зазначити, що найбільш слабким місцем переговорів є недобросовісність одного, двох чи усіх учасників переговорів та післяпереговорні ризики невиконання домовленостей. На відміну від переговорів, де часто сторонами переговорного процесу не отримання перемоги розцінюється як поразка і перемога досягається за будь-яку ціну, результатом медіації є консенсус.

Процедура судового примирення є різновидом судової діяльності, відбувається виключно у суді та проваджується за ініціативою судді, можлива лише тільки після порушення справи в суді. Основним завданням судових (мирових) посередників є досягнення мирного врегулювання спору на умовах і згідно із процедурами, передбаченими Цивільним процесуальним кодексом. Інакше кажучи, мирова угода укладається в публічному просторі, яким є будь-яке судочинство, але завдяки добровільному волевиявленню сторін щодо її укладання, за характером є альтернативною традиційному судочинству [12].

Варто зазначити, що, на відміну від медіації, у механізмі судового примирення участь 3-ї особи (судового примирювача) не є обов'язковою, а радше факультативною, рекомендованою. Більше того законодавством багатьох європейських країн (Бельгія, Швейцарія, Франція, Україна та ін.) передбачена можливість проведення процедури примирення самим суддею. Зокрема, в Україні немає 3-ї особи в процесі судового примирення, а сторони за ініціативою судді чи за власною ініціативою укладають мирову угоду і повідомляють про це суд

зробивши спільну письмову заяву (ст. 206–208 Цивільного процесуального кодексу України) [13]. Після судового затвердження мирової угоди суд закриває провадження по справі. В окремих випадках, суд може відхилити мирову угоду і продовжити судове провадження по справі. В той час як договір про медіацію є кінцевим актом у процесі врегулювання спору.

Аналіз правової літератури європейських країн дозволяє дійти висновку, що судовий примирювач, на відміну від медіатора, має більше правових інструментів щодо спонукання сторін до вирішення правового спору, обмежуючи тим самим їх певні свободи. Нотаріус такими законодавчо визначеними інструментами не володіє, але в силу своїх професійних знань може давати сторонам медіації певну незалежну експертну консультацію, тим самим спрямовуючи до прийняття рішення.

Арбітраж (третейський розгляд, третейське судочинство) — це спосіб врегулювання правового спору за допомогою посередника (арбітра), який уповноважений винести обов'язкове для сторін кінцеве рішення [9]. Підставою для розгляду справи в арбітражі (третейському суді) є арбітражна (третейська) угода, подана на добровільній основі сторонами спору [10].

Так, на відміну від медіації, де посередник (медіатор) спрямовує усі зусилля на примирення сторін, арбітражний процес являє собою регламентовані процедури, спрямовані на встановлення системи доказових правил. Саме змагальність суттєво відрізняє арбітраж від інших інститутів альтернативного врегулювання спорів.

У Законі України «Про медіацію» зазначено, що процедура медіації це — позасудова добровільна, конфіденційна, структурована процедура, під час якої сторони за допомогою медіатора

(медіаторів) намагаються запобігти виникненню або врегулювати конфлікт (спір) шляхом переговорів [7].

Цінними перевагами медіації, на думку науковців та практиків, є: забезпечення конфіденційності та прозорості процесу; можливість застосування на будь-якій стадії конфліктних відносин; заощадження часу і коштів для вирішення конфлікту; самовизначення сторін конфлікту — вони самостійно обирають медіатора, сторони мають можливість посилатися на будь-які обставини, які, на їх погляд, мають значення для вирішення спору, немає необхідності змагальності для досягнення домовленості; сторони конфлікту можуть досягти консенсусу, найприйнятнішого варіанту вирішення спору, який задовольнить їх обох; результатом медіації може бути примирення сторін конфлікту та налагодження майбутніх відносин; процедура медіації дозволяє мінімізувати емоційну напругу між сторонами; існує висока ймовірність добровільного виконання угоди за результатами медіації, адже сторони, які самостійно досягли згоди і виробили рішення, більше мотивовані його виконувати.

Ці переваги відображають природу медіації та виходять із принципів медіації, які нормативно закріплені, зокрема, в ст. 4 Закону України «Про медіацію»: добровільності, конфіденційності, нейтральності, незалежності та неупередженості медіатора, самовизначення та рівності прав сторін медіації [7].

Згадані засадничі принципи узгоджуються із базовими засадами здійснення нотаріальної діяльності, що передбачені Правилами професійної етики нотаріусів України. Останні передбачають, що професійна етика нотаріуса України ґрунтується на принципах: публічності; незалежності та неупередженості; законності; доступності; безпосередності; нотаріальної таємниці

та конфіденційності; чесності; сумлінності; поваги до професії [8].

Отже, альтернативні способи вирішення спорів являють собою системи процедур та правил, в межах яких учасниками конфлікту на добровільній основі досягається примирення. У цьому визначені, на відміну від існуючих, де зазначається про «позасудовий характер» [4] та «укладання взаємоприйнятної угоди» [3] є можливість включення інститутів судового примирення та третейського розгляду (арбітражу) до ADR. Хоча кінцеві рішення, які виносяться за процедурою мирової угоди чи арбітражу, є судовими за своєю суттю.

Розмежування ж між «офіційним правосуддям» та ADR варто проводити за принципами, якими керуються останні. На відміну від традиційної судової системи, інститути ADR керуються такими загальними для них усіх принципами: добровільності; конфіденційності; нейтральності та неупередженості; співробітництва; рівності сторін; взаємоповаги; прийняття; прозорості процедури.

У свою чергу, кожному з інститутів ADR, окрім загальних принципів, властиві окремі, спеціальні принципи.

На основі узагальнення усіх процедур і принципів, на яких ґрунтуються альтернативні способи врегулювання спорів, розроблено методичку порівняльно-правового аналізу ADR. Ця методика надає широке поле для аналізу ADR, виявлення порівняльних переваг кожного інституту ADR, з'ясування слабких місць інститутів ADR тощо.

В основі методички лежить система індикаторів, за якою оцінюються можливості того чи іншого інституту ADR (див. таблицю).

У цілому, як свідчить порівняльно-правовий аналіз системи індикаторів ADR (альтернативних способів врегулювання спорів), найбільше переваг серед інститутів ADR має інститут медіації.

Порівняльна система індикаторів ADR (альтернативних способів вирішення спорів)¹
(+) — так, (-) — ні, (н/п) — не передбачено

Характерні індикатори	Переговори	Судове примирення	Медіація	Арбітраж
Вільний вхід у процедуру ADR	+	+	+	+
Вільний вихід з процедури ADR	+	+	+	-
Місце проведення процедури поза судом (державним, приватним)	+	-	+	-
Приватний характер процедури	+	-	+	-
Примирливий характер процедури	-	+	+	-
Обов'язкова участь 3-ї особи між учасниками спору	н/п	-	+	+
Участь 3-ї особи між учасниками спору (посередника) спрямована на сприяння сторонам у вирішенні спору без винесення судового рішення	н/п	-	+	-

¹ Розроблено О. Меленко.

Посередник вільно обирається сторонами спору	н/п	-	+	+
Посередник не наділений повноваженнями приймати обов'язкове для сторін рішення	н/п	-	+	-
Кінцеве рішення по справі ґрунтується на формальних і неформальних нормах і правилах	+	-	+	-
Кінцеве рішення по справі приймається виключно двома сторонами, без участі 3-ї особи (судді, судового примирювача, медіатора, третейського судді)	+	-	+	-
Справа не передана до суду	+	-	+	-
Укладений сторонами договір (примирення, медіації, третейський) є кінцевим актом врегулювання спору	н/п	-	+	-
Посередник працює за винагороду від учасників спору	н/п	-	+	+
Обов'язкова наявність у посередника юридичної освіти	-	+	-	+
Обов'язковість виконання кінцевого рішення	-	+	-	+
Низькі часові витрати на процедуру врегулювання спору	+	-	+	-

Аналіз даних таблиці свідчить, що в кожного із розглянутих альтернативних способів вирішення спорів є певні переваги, і водночас є корисні опції, які просто не передбачено, не інституціоналізовано, і це потребує подальшого вдосконалення, в тому числі за рахунок внесення відповідних інституційних змін.

Як уже зазначалося раніше, медіація — це переговори за інтересами, адже вона спрямована на пошук рішень, які будуть оптимальними для обох сторін, саме шляхом проведення роботи з їхніми інтересами, а не з правовими позиціями, яка відбувається за участю професійного посередника на основі певних правил та за відповідною структурою.

Медіація є корисною в тих випадках, коли для сторін є важливими їхні відносини, коли вони бажають досягти оптимального для обох рішення. Адже

успішна медіація, окрім взаємовигідного вирішення спору, дозволяє сторонам зберегти обличчя, налагодити містки довіри та відносини на майбутнє.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про нотаріат» «...нотаріуси які працюють у державних нотаріальних конторах або займаються приватною нотаріальною діяльністю..., можуть проводити медіацію у порядку, визначеному законом, за умови проходження ними базової підготовки медіатора [6].

Отож, виходячи із законодавчого визначення медіації як позасудової добровільної, конфіденційної, структурованої процедури, під час якої сторони за допомогою медіатора (медіаторів) намагаються запобігти виникненню або врегулювати конфлікт (спір) шляхом переговорів та з урахуванням вимог спеціального законодавства — нотаріуси мають широке поле для її застосування.

Людиноцентризм в медіаційній діяльності зумовлює необхідність застосування високих вимог до медіатора, а саме в частині його компетенцій в таких областях знань, як психологія, релігієзнавство, соціологія, етика, філософія, культурологія тощо.

Проте, на нашу думку, без вищої юридичної освіти реалізувати якісне надання послуг медіації навряд чи можливо. Адже кваліфіковано роз'яснити сторонам усі вигоди і втрати, які вони понесуть, звертаючись із позовом до суду, та інші правові ризики може лише людина з вищою юридичною освітою. В інших випадках сторони залишаться із відчуттям недоотриманої вигоди від процедури медіації, вважаючи, що вирішення спору у традиційний (судовий) спосіб краще б задовольнило їх потреби. Саме тому законодавче закріплення можливості нотаріусам надавати послугу медіації є значною перевагою. Зокрема, за умови, якщо вони застосовуватимуть на практиці модель оціночної медіації.

Виходячи з викладеного вище поєднання професії нотаріуса та медіатора можливе в декількох варіантах:

- нотаріус як медіатор для осіб, які звернулися до нього за вчиненням нотаріальних дій;
- нотаріус як медіатор для осіб, які не зверталися до нього за вчиненням нотаріальних дій, при цьому предметом медіації є питання, що в подальшому потребуватиме нотаріального посвідчення;
- нотаріус як самозайнята особа, медіатор для осіб, які не зверталися до нього за вчиненням нотаріальних дій, при цьому предметом медіації є питання, що в подальшому НЕ потребуватиме нотаріального посвідчення;
- нотаріус який використовує техніки та інструменти медіатора

в межах окремого нотаріального провадження.

Комплексність нотаріальної процедури в межах кожного окремого нотаріального провадження означає правовий супровід усього масиву правовідносин на всіх етапах реалізації прав та інтересів їх суб'єктів: від правової консультації, збору документів, перевірки їх достовірності, правового консультування, вирішення (залагодження) правових ситуацій з ознаками конфліктності до оформлення прав та їх державної реєстрації. Ми можемо погодитися з тим, що варто вести мову про «органічне інтегрування посередницьких процедур у нотаріальну діяльність» [2]. А точніше, на нашу думку, для нотаріусів є важливим і корисним використання окремих навичок медіатора у своїй нотаріальній діяльності.

Повсякчас до нотаріуса звертаються з формальним проханням посвідчити права чи факти, що мають юридичне значення, вчинити інші нотаріальні дії, передбачені законом. А по суті, поряд із цими правовими аспектами, нотаріус постійно працює з людьми, їх станами та емоціями, часто конфліктними ситуаціями. І для того щоб найефективніше виконати ту місію, що покладена на нього державою, керуючись згаданими принципами, зокрема, принципом попередження судових спорів за допомогою нотаріальної процедури — нотаріус має використовувати всі, доступні йому законні засоби. У тому числі інструменти та техніки, які використовує в своїй діяльності медіатор.

Існує багато професійних технік медіатора, серед яких можна виділити такі: техніка встановлення рапорту; активне слухання: відображення, не-вербальне спілкування, створення умов для діалогу, відкриті та закриті питання, відлуння, перефразування, переформулювання, резюме

вання; мовчання; робота з емоціями; візуалізація.

Нотаріус як і медіатор розпочинає роботу з першої розмови з клієнтом. І якщо поєднати навички нотаріуса і медіатора, наприклад, у справі про спадкування, то це виглядатиме як прохання розповісти не лише про факти та надати відповідні документи, але й звучатимуть питання: «Як ви бачите ситуацію»; «Що для вас важливе в ній»; «Що передувало теперішньому стану»; «Як ви ставитеся до іншої сторони (інших спадкоємців, якщо такі є)»; «Які наслідки від дій однієї та іншої сторони»; «Чи бачите шкоду — яка саме та кому вона заподіяна»; «Який на вашу думку можливий вихід із ситуації»; «Чи готові ви обговорювати важливі питання з іншою стороною для спільного пошуку рішень»; «Яка альтернатива — якщо не вийде домовитися мирно» тощо.

У процесі попередньої зустрічі, зазвичай, відбувається трансформація первинних уявлень, людина починає по-новому, різносторонньо бачити ситуацію. Як правило, наприкінці цієї зустрічі сторона конфлікту, практично

завжди, сприймає мирний переговорний шлях як пріоритетний для себе та вирішення ситуації.

Таким чином, кожен конфлікт, спір може врегулюватися за допомогою різних альтернативних способів, які правозастосувач обирає і вважає саме їх ефективними в такій ситуації. Як свідчить практика, для нотаріусів важливі знання та навички з процедури всіх таких способів, проте найдієвішим, результативнішим і затребуванішим є медіація. І нотаріуси як висококваліфіковані фахівці, які володіють базовими навичками медіатора, можуть надавати послугу медіації як відокремлено від нотаріальної діяльності, так і в межах окремого нотаріального провадження, при цьому використовувати техніки та інструменти медіатора, ефективніше проводити переговори з клієнтами, що звернулися за нотаріальною послугою. Адже очевидно перевагою медіації в системі альтернативних способів врегулювання правових спорів є її гуманістична спрямованість, націленість на людину, в тому числі її людські особливості (психологічні, емоційні, фізичні, соціальні, культурні, релігійні тощо). ✖

Список використаних джерел

1. Біцай А.В. Участь адвоката в медіації у кримінальному провадженні у контексті реалізації права на справедливий суд. *Вісник кримінального судочинства*. 2018. № 2. С. 8–15.
2. Бондарева Марія. Медіативний аспект у нотаріальній діяльності з оформлення спадкових прав. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 1. С. 4–7. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2019/1/2.pdf>
3. Бондаренко-Зелінська Н.Л. Впровадження способів альтернативного вирішення правових спорів (ADR — Alternative Disput Resolution). *Міжнародне приватне право. Розвиток і гармонізація*. 2020. № 1. С. 165–168. URL: [http://univer.km.ua/statti/1.bondarenko-zelinska_n.l._vprovadzheniya_sposobiv_alternatyvnoho_vyrishennya_pravovykh_sporiv_\(adr___alternative_dispute_resolution\).pdf](http://univer.km.ua/statti/1.bondarenko-zelinska_n.l._vprovadzheniya_sposobiv_alternatyvnoho_vyrishennya_pravovykh_sporiv_(adr___alternative_dispute_resolution).pdf)
4. Кармаза О.О. Медіація та переговори як альтернативні способи вирішення спорів. *Цивільне право і процес*. 2020. № 5. С. 13–18.
5. Крицюк Ю.П. Медіація як позасудовий спосіб вирішення спорів: історія впровадження в зарубіжних країнах та перспективи для України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Сер. Право*. 2016. Вип. 38. Т. 2. С. 154–157.
6. Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 № 3425-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text>
7. Про медіацію: Закон України від 16.11.2021 № 1875-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1875-20#text>
8. Правила професійної етики нотаріусів України: наказ Міністерства юстиції України від 07.06.2021 № 2039/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0759-21#Text>
9. Про третейські суди: Закон України від 11.05.2004 № 1701-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1701-15#Text>
10. Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24.02.1994 № 4002-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12#Text>
11. Ханік-Посполітак Р., Посполітак В. «Досудове», «альтернативне», «позасудове» врегулювання / Вирішення приватно-правових спорів: співвідношення понять. *Цивільне право і процес*. 2019. № 1. С. 38–44.
12. Черняк Ю.В. Інститут мирової угоди із сімейно-правових спорів у міжнародному цивільному процесі: стан доктринальної розробки та нормативного регулювання. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Сер. Право*. 2016. Вип. 38. Т. 1. С. 100–103.
13. Цивільний процесуальний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/conv#n7612>
14. Dang J., Huhns M. Concurrent Multiple- Issue Negotiation for Internet-Based Services. *IEEE Internet Computing*. 2006. Vol. 10. P. 42–49.