

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО

УКРАЇНИ

ISSN 1026-9932



СУДОВА ВЛАДА В УКРАЇНІ:
ПИТАННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ



3

2018

ЗМІСТ

Актуальна тема номера: “СУДОВА ВЛАДА В УКРАЇНІ: ПИТАННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ”

I. Судова влада: інституціональні питання

Лідія Москвич	
Довіра до суду: стан та інструменти впливу	9
Сергій Прилуцький	
Суд як першооснова предмета судового права України	26
Валентин Сердюк	
Проблеми створення Вищого антикорупційного суду: первинний аналіз	52

II. Принципи судочинства: проблеми правозастосування

Віктор Городовенко	
Реалізація принципу верховенства права у цивільному судочинстві в умовах реформування правосуддя	65
Ольга Шило	
Компетенція слідчого судді в кримінальному провадженні: теорія, нормативна модель і тенденції розвитку законодавства	79

III. Судова реформа: кадрова політика

Оксана Щербанюк	
Конкурсний добір суддів: проблеми конституційної реалізації	92
Оксана Хотинська-Нор	
Дисциплінарна відповідальність vs незалежність судді: у пошуках балансу	110
Висновки та рекомендації з актуальної теми	123

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА І ДЕРЖАВИ

Руслана Гаврилюк	
Правова природа медіації як вислід буттєвих властивостей людини ...	128

ЦИВІЛЬНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

Анатолій Коструба	
Преюдиціальний запит як інститут похідної юрисдикції у процесуальному праві Франції: питання національної рецепції.	144

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

Роман Мельник	
Предмет адміністративного права	159

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА І ДЕРЖАВИ



Руслана Гаврилюк

доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри публічного права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(Чернівці, Україна)
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0001-6750-4340>
ResearcherID: <http://www.researcherid.com/rid/D-5380-2016>
r.havrylyuk@chnu.edu.ua

УДК 340.1

ПРАВОВА ПРИРОДА МЕДІАЦІЇ ЯК ВИСЛІД БУТТЄВИХ ВЛАСТИВОСТЕЙ ЛЮДИНИ

Анотація. У періоди глибоких якісних трансформацій – а саме такий етап розвитку переживає нині Україна – особливо зростає запит суспільства на традиційні та нові інструменти врегулювання життєвих конфліктів і замирення соціального середовища. Одним із таких найефективніших інструментів у розвинутих державах світу, передусім у країнах Європейського Союзу, Сполучених Штатах Америки та Канаді, є медіація. З метою імплементації досвіду вказаних держав у вітчизняну практику в 2017 р. було внесено необхідні зміни у процесуальне законодавство України, в результаті чого значну частину прогресивних світових практик медіації визнано обов'язковою й для відповідних вітчизняних суб'єктів. Це одразу ж породило низку світоглядних і теоретико-методологічних проблем для професіоналів і широкого загалу українців. Однією з них постала необхідність з'ясування правової природи медіації, без чого неможливо адекватно визначитись із суб'єктами, спроможними здійснювати її ефективно, й оптимальними процедурами медіації.

Метою статті є обґрунтування найфундаментальніших – іманентних людині правових детермінант медіації, що конкретизується у таких її завданнях: перекласти з цієї точки зору основні буттєві властивості людини і їх функціональну роль у людському бутті, розкрити відмінність спонтанного (безумовного) й умовного обмінів між людьми благами та показати, як останній призводить до необхідності медіації.

Предмет, мета і завдання дослідження визначили методологію статті, а саме: практичну філософію та матеріальну феноменологію, які є найефективнішими інструментами пізнання такого “незримого”, за свідченням М. Анрі, “як сфера інтерсуб'єктивності”.

Доповнено загальноприйнятий перелік буттєвих властивостей людини положенням про атрибутивну приналежність до них людських потреб у благах. Доведено, що безумовний обмін між людьми благами з неминучістю трансформує надлишок людської автономії із потенційного у реальний стан. Ця нова якість надлишку

людської автономії, реалізуючись у комунікативній солідарності людей, породжує внутрішньоособистісні та міжособистісні суперечності й конфлікти. Умовний обмін між людьми благами, зі свого боку, робить такі конфлікти тотальними та вкрай небезпечними для буття індивідів.

Обґрунтовано висновок, що саме останні й являють собою найголовнішу – атрибутивну людині групу детермінант, які зумовлюють необхідність медіації як одного з ефективних засобів вирішення життєвих конфліктів зусиллями самих же індивідів. Доведено, що медіація має подвійну правову природу, оскільки вона, по-перше, є породженням основоположного (потребового) способу співбуття індивідів у соціумі, а по-друге, – системою взаємопов'язаних правових зобов'язань між ними, за допомогою яких утворюється замирене суспільне середовище. Медіацію можна визначити як взаємний правовий самозахист індивідів.

Ключові слова: медіація; правова природа медіації; надлишок автономії людини; людські потреби у благах; обмін благами між людьми.

У періоди глибоких якісних трансформацій – а саме такий етап розвитку переживає нині Україна – особливо зростає запит суспільства на традиційні та нові інструменти врегулювання життєвих конфліктів і замирення соціального середовища. Одним із таких найефективніших інструментів у розвинутих державах світу, передусім у країнах Європейського Союзу (далі – ЄС), Сполучених Штатах Америки та Канаді, є медіація. Зокрема, Європейська Рада ще у 1999 р. закликала держави – члени ЄС до активного запровадження медіації. У 2008 р. було прийнято Директиву 2008/52/ЄС Європейського Парламенту та Ради ЄС з окремих аспектів медіації у цивільних і комерційних справах, а також низку рекомендацій та керівних принципів до неї. І хоча Директива 2008/52/ЄС де-юре поширюється на міжнародні спори, відповідно до п. 8 її Преамбули «ніщо не повинно заважати застосовувати ці положення також у внутрішніх медіаційних процесах»¹.

Із метою імплементації цих підходів у вітчизняну практику в 2017 р. було внесено необхідні зміни у процесуальне законодавство України, в результаті чого значну частину прогресивних світових практик медіації визнано обов'язковою й для відповідних суб'єктів в Україні. У Верховній Раді України перше читання пройшов проект спеціального Закону України «Про медіацію». Це одразу ж породило низку світоглядних і теоретико-методологічних проблем для широкого загалу та низку запитань у правокористувачів щодо цього. Однією з найзлюбоденніших таких проблем постала необхідність з'ясування правової природи медіації, щоби чіткіше визначитись як із суб'єктами, спроможними здійснювати її якнайефективніше, так і з процедурами медіації.

¹ On certain aspects of mediation in civil and commercial matters: Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of The Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters [2008] OJ L 136/3.

Актуальність окресленої проблематики посилюється також тим, що вітчизняні науковці питання правової природи медіації спеціально поки що не досліджували, хоча окремі намагання й було зроблено². Не приділили належної уваги вказаній проблемі і зарубіжні вчені – вони переважно аналізують техніки та технології медіації, практичний досвід її проведення³.

Метою дослідження є обґрунтування найфундаментальніших – іманентних людині правових детермінант медіації, що конкретизується у таких її завданнях: переосмислити з цієї точки зору основні буттєві властивості людини і їх функціональну роль у людському бутті, розкрити відмінність спонтанного (безумовного) й умовного обмінів між людьми благами та показати, як останній призводить до необхідності медіації. Предмет, мета і завдання дослідження визначили *методологію статті*, а саме: *практичну філософію та матеріальну феноменологію*, які є найефективнішими інструментами пізнання такого “незримого”, за свідченням М. Анрі, ‘як сфера інтерсуб’єктивності’⁴.

Детермінантами, що зумовлюють необхідність медіації, є основні властивості самої людини. Вони і породжують вічні протиріччя умов її буття. Ще основоположники антропосоціокультурного підходу до пізнання, зокрема й пізнання природи власне людини та людського світу загалом, давньогрецькі філософи-софісти устами одного зі своїх найяскравіших представників – Протагора сформулювали максиму: “Людина – міра всіх речей”⁵. Ця істина до сьогодні залишається одним із головних здобутків у сфері людинознавства.

Відтоді лише окремі пізнавальні традиції оминали тему людини та її природи, більше того, не зробили власного внеску у їх пізнання. Загалом же здобутки наукового людинознавства вагомі та динамічно примножуються. Проте чи не найголовніших результатів від часу софістів у пізнанні вказаної проблеми досягли представники практичної філосо-

² Див.: наприклад: Лариса Бурова, ‘Правова природа медіаційної угоди’ (2015) 18 Часопис цивілістики 56; Соломія Йосипенко, ‘Поняття та особливості правової природи медіації’ (2015) 3 Порівняльно-аналітичне право 89; Надія Вознюк, ‘Принципи альтернативних способів вирішення господарсько-правових спорів’ (2013) 11 Право України 373; Тетяна Кисельова, ‘Правове регулювання відносин із надання послуг медіації у зарубіжних країнах’ (2011) 11-12 Право України 225.

³ Nadja Alexander, ‘The mediation metamodel: Understanding practice’ [2008] 26(1) Conflict Resolution Quarterly 97; Robert A Baruch Bush and Joseph P Folger, *The promise of mediation: The transformative approach to conflict* (John Wiley & Sons 2004); Lon L Fuller, ‘Mediation – its forms and functions’ [1970] 44(2) Southern California Law Review 305; Carrie J Menkel-Meadow and Lela Porter-Love, *Mediation: Practice, policy, and ethics* (2nd edn, Wolters Kluwer Law & Business 2014); Carrie J Menkel-Meadow, ‘The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms, and Practices’ (1995) 11 Negotiation Journal 217; Carrie J Menkel-Meadow, ‘The trouble with the adversary system in a postmodern, multicultural world’ (1996) 38 William & Mary Law Review 5; Neal Milner, ‘Mediation and political theory: A critique of Bush and Folger’ [1996] 21(3) Law & Social Inquiry 737; John Van Winkle, *Mediation: A Path Back for the Lost Lawyer* (American Bar Association 2004).

⁴ Michel Henry, *Phenomenologie materielle* (1ere ed, Epimethee, Presses Universitaires de France 1990).

⁵ Андрей Лебедев, ‘Протагор’ в *Новая философская энциклопедия*, том 3 (Мысль 2010) 374.

фії. Ця наука становить світоглядне та методологічне ядро антропосоціокультурного підходу до пізнання. Основна мета практичної філософії згідно з її самовизнанням полягає у пошуку відповідей на фундаментальне питання людинознавства: як можливий людський світ?⁶.

Один із фундаторів другої хвилі відродження німецької практичної філософії Т. Ренч щодо викладеного зазначав, що *'автономія і комунікативна солідарність'* уможлиблюють людський образ смислу життя; вони так конституують призначення людини, адже називають *смислові умови її життя*⁷.

Перша з цих умов – автономія, згідно з баченням її практичною філософією є конституентом смислу людського буття. Вона наповнюється сенсом не із зовні, не стороннім стосовно конкретного індивіда суб'єктом, а ним самим із буттєвої людської фактичності, стверджуючи цим самим людину не як чийсь проект, а як продукт власного спонтанного саморозвитку⁸.

Зі свого боку, другу смислову умову буття людини практична філософія вбачає в *'покладанні людини на ближніх і їхню допомогу'*⁹, тобто на Іншого. *'Я називаю його (покладання на Іншого. – Р. Г.), – резюмує Т. Ренч, – практичним горизонтом комунікативної солідарності'*¹⁰. Реалізація цих обидвох атрибутивних смислових умов буття людини відповідно до пізнавальної традиції практичної філософії і породжує її невід'ємні права. Проте як співвідносяться між собою обидві смислові умови буття людини та яке значення це має для її буття? Чи є такі умови достатніми для людського буття?

Практична філософія надає позитивну відповідь на перше запитання уже самим фактом розрізнення статусів зазначених смислових умов людського буття – вона називає автономію *конституентом смислу* його буття. За мовчазним їх розрізненням у Т. Ренча йде і їхнє словесне розмежування:

Автономне життя не ширяє як ідеальний стан над людською дійсністю, натомість саме є перспективою, в якій ми завжди живемо у первинному світі і чію дійсність оцінюємо. *Горизонт автономії є першою вирішальною формою пов'язаного з життям надлишку у реальності людського світу*¹¹.

Цей надлишок автономії індивіда у реальності людського світу згідно з концепцією Т. Ренча покликаний забезпечувати функцію пусково-

⁶ Томас Ренч, *Конституція моральності Трансцендентальна антропологія і практична філософія* (В Приходько пер, Дух і літера 2010) 99, 104.

⁷ Там само 226.

⁸ Там само.

⁹ Там само.

¹⁰ Там само 227.

¹¹ Там само 226.

го механізму у кожному індивідуальному людському проекті. Проте на практиці його ідеальна теоретична конструкція щодо смислових умов людського буття виявилась нежиттєдайною. Вона подібна до автомобіля без двигуна. Щоб цю конструкцію оживити, не вистачає, як мінімум, ще одного елемента – *perpetum mobile* людського буття. Надлишок автономії індивіда неспроможний ним стати, оскільки від початку існує лише потенційно, на що вказує і Т. Ренч. Потрібні додаткові чинники для приведення в дію самого надлишку автономії.

Низка пізнавальних традицій роль такого двигуна відводять людським потребам, або, якщо говорити іншою термінологією, – потребам індивідів у благах¹². До речі, саме процес задоволення потреб індивіда у благах трансформує надлишок його автономії зусиллями все того ж індивіда із потенційного у дійсний. 'Дай мені те, що потрібно мені, і ти одержиш те, що потрібно тобі, – такий сенс життя'¹³, – писав свого часу А. Сміт. Не підозрюючи цього, він у зазначеній формулі виклав квінтесенцію спонтанного обміну благами між людьми. Індивід 'у цьому випадку, як і в багатьох інших, – резюмував А. Сміт, – невидимою рукою (курсив мій. – Р. Г.) спрямовується до мети, яка зовсім не входила у його наміри'¹⁴. При цьому із потенційного трансформується у реальний надлишок його автономії та набуває буттєвого наповнення комунікативна солідарність.

Значний внесок у подальший розвиток вказаної концепції реалізації індивідами власного потенціалу в ХХ ст. зробили А. Алчян¹⁵, Дж. Б'юкенен¹⁶, К. Бруннер¹⁷, В. Меклінг¹⁸, С. Лінденберг¹⁹, Д. Бараш²⁰, Ф. Гайек²¹ та ін. Вони, зокрема, показали, що спроби пояснення задоволення людських потреб поза взаємодією індивідів засвідчують, врешті-решт, свою принципову неспроможність, і наголошували на спонтанності їх взаємодії та обміну між ними благами.

¹² Абрахам Маслоу, *Мотивация и личность* (А Татлыбаев пер, Евразия 1999) 79, 81, 99, 155 та ін.; Николай Березной, *Человек и его потребности* (Форум 2000) 30; Алексей Самсин, *Социально-философские проблемы исследования потребностей* (Высшая Школа 1987) 58 та ін.

¹³ Адам Сміт, *Исследование о природе и причинах богатства народов* (В Афанасьев пер, Эксмо 2007) 77.

¹⁴ Там само 443.

¹⁵ Armen A Alchian, 'Uncertainty, Evolution and Economic Theory' (1950) 58 *Journal of Political Economy* 211.

¹⁶ James M Buchanan, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan* (University of Chicago Press 1975).

¹⁷ Karl Brunner, 'The Perception of Man and the Conception of Society: Two Approaches to Understanding Society' (1987) 25 *Economic Inquiry* 372; Karl Brunner and William H Meckling, 'The Perception of Man and the Conception of Government' [1977] 9(1) *Journal of Money, Credit, and Banking* 70; Karl Brunner and Allan H Meltzer, 'The Uses of Money: Money in the Theory of an Exchange' [1971] 61(5) *American Economic Review* 784.

¹⁸ William H Meckling, 'Values and the Choice of the Model of the Individual in the Social Sciences (REMM)' (1976) 4 *Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik* 545.

¹⁹ Siegwart Lindenber, 'An Assessment of the New Political Economy: Its Potential for the Social Sciences and for Sociology in Particular' [1985] 3(1) *Sociological Theory* 102.

²⁰ David Barrash, *The Whisperings Within* (Harper and Row 1979) 42.

²¹ Фридрих А Хайек, *Пагубная самонадеянность: ошибки социализма* (У Бартли III ред, Новости 1992).

Що ж це за феномен – спонтанний обмін між людьми благами? Чим він є насправді – умовною чи безумовною взаємодією людей? Очевидно, враховуючи, що це поняття є категорією практичної філософії, необхідно з'ясувати його природу та призначення з її пізнавальних підходів. У практичній філософії поняття “спонтанний” і “трансцендентальний” використовуються як синоніми, що означають укорінений у співбутті людей соціальний конструкт, у якому самі по собі, без зовнішньої детермінації, переплавляються людська автономія та її ж комунікативна солідарність у нову якість – в соціальну особистість, а орієнтація особистісної ідентичності на благо виявляє цілі життєдіяльності людини.

Відомий німецький філософ права середини ХХ ст. Й. Меснер називав цей феномен ‘екзистенційними цілями людського буття’²², а вітчизняний філософ права початку ХХІ ст. А. Баумейстер резюмував, що ‘орієнтуючись на певні цінності, вибираючи певне благо, людина обирає саму себе, вирішує бути певним чином’²³.

І. Кант у праці “Основоположення метафізики моралі” пояснював це таким чином:

Людина – створіння з власними потребами, й оскільки вона належить до чуттєвого світу, не може відхилити тих вимог, які її чуттєвість ставить людському розуму (курсив мій. – Р. Г.), а саме: турбуватись про її (чуттєвості) інтереси та створювати практичні максими, орієнтовані на щастя цього, а по можливості й майбутнього життя²⁴.

При цьому, як обґрунтував Р. Фербер, людина стоїть перед неминучістю безпосереднього чи опосередкованого ‘врахування також життєвих потреб інших людей’²⁵.

Із усієї сукупності найрізноманітніших людських потреб О. Гьоффе виділяв три їх спонтанні групи: потреби людини як тілесної живої істоти; потреби людини як істоти, наділеної мовою та здатністю мислити; потреби людини як соціальної істоти, здатної до співпраці. Таке його спостереження супроводжується двома наступними його ж застереженнями: по-перше, ‘без відповідних відносин співпраці людина не може стати людиною; по-друге, тут наявний трансцендентальний обмін’²⁶ благами.

Хоча людина, як продовжував розмірковувати О. Гьоффе, потенційно суспільна істота “від природи”, вона, утім, повинна сама *створити себе*

²² Johannes Messner, *Das Naturrecht* (Tirolia 1958) 39.

²³ Андрій Баумейстер, *Буття і благо* (О Хома ред, Т П Барановська 2014) 377.

²⁴ Immanuel Kant, *Grundlegung Zur Metaphysik der Sitten* (Meiner 1999) 30.

²⁵ Rafael Ferber, *Philosophische Grundbegriffe 1: Eine Einführung* [Basic Philosophical Ideas 1: Introduction] (Beck 2008) 198.

²⁶ Отфрид Гьоффе, ‘Трансцендентальний обмін – фігура легітимації прав людини?’ в Ш Госепат та Г Ломанн (ред), О Юдін та Л Доронічева (пер), *Філософія прав людини* (2-е вид, Ніка-Центр 2008) 41.

як таку, активувати приховані в собі потенційні суспільні якості, тому що суспільство виникає тільки із взаємного визнання людини людиною. У цьому завданні, як він зазначав, 'неможливо оминати прошарок природжених інтересів'²⁷ (поняття "інтереси" у О. Гьоффе використовується як синонім поняття "потреби". – Р. Г.). Він резюмував: 'Перш ніж потурбуватись про можливість самоствердження потрібно подумати про засадничі умови людського буття'²⁸. 'Те обурення та характерна пристрасть, якими позначений протест проти порушення прав людини, є справедливими саме тому, – продовжував О. Гьоффе, – що, по-перше, йдеться про природжені інтереси, визнання яких, по-друге, має характер вимоги'²⁹. 'На якій підставі я можу вимагати від інших визнання за собою безперечних інтересів?', – завершує він. І тут же сам відповідає:

Очевидною є кореляція між правами та обов'язками <...>. Накладає на себе людський *обов'язок* той, хто приймає від інших певні послуги, виконані лише за умови послуг у відповідь; і навпаки, він володіє людським правом, оскільки надає послугу, що надається лише за умови послуги у відповідь. Ця ситуація наявна там, де певний незаперечний інтерес може бути реалізований лише через взаємність. Отже, людина у своєму виборі обмежена там, де трансцендентальний момент пов'язаний із певним соціальним моментом, тобто там, де має місце вроджена взаємність або внутрішньо їй властива соціальність. Там, де інтереси стають такими, що ними не можна поступитися, і при цьому вони пов'язані із взаємністю, неможливість поступитися переходить і на взаємність: свобода вибору тут закінчується і не можна уникнути обміну³⁰.

У такому разі між ними має місце безумовний обмін благами. Він з мимучістю трансформує надлишок людської автономії із потенційного у реальний стан і надає цій автономії буттєвості. Якщо навіть припустити, що у такому обміні благами між усіма його учасниками досягається консенсус щодо оцінки ними його результатів як справедливих чи принаймні прийнятних для кожного, то за його межами залишається, як убагається із наведеної класифікації людських потреб О. Гьоффе, ще значна частина таких потреб, які мають задовольнятися в умовний спосіб. У процесі умовного задоволення людей у благах уже нова якість надлишку людської автономії, реалізуючись у комунікативній їх солідарності, проявляється зовні – згідно з концепцією задоволення людських потреб А. Сміта – у людському егоїзмі, який із усіх сил прагне до самореалізації.

²⁷ Гьоффе (н 26).

²⁸ Там само 38.

²⁹ Там само 38.

³⁰ Там само 38-9.

Як та рушниця, що висить на стіні у першому акті театральної вистави і мусить вистрілити в одному з наступних її актів, так і надлишок людської автономії не може не проявитися у співбутті людини з Іншим. Такий надлишок дає відчутно знати про себе людині та Іншому на кожному кроці їх співбуття, матеріалізується передусім у вічному прагненні індивіда самореалізовуватись, самостверджуватись у своїй гідності, зокрема й завдяки таким самим прагненням і життєвим устремленням Іншого. Це породжує нездоланні у межах людської природи перманентні конфлікти між людьми, які достатньо часто переростають у відкриті протистояння та антогонізми між ними. Чисельні міфи, легенди, інші джерела людської історії переповнені свідченнями про наявність і неминучість цих агональних відносин між індивідами у соціумі, їх спірний характер. Такий конфлікт генетично вмонтований і в кожен людську особистість. Він спонтанно спричинений неможливістю буття людини поза співвіднесенням її з Іншим.

Отже, людина постійно перебуває як у зовнішньому конфлікті з Іншим, так і в особистісному конфлікті з собою. І від того, яким чином вирішуватимуться особистісні конфлікти, залежать передусім особисті долі людей, а від вирішення міжособистісних конфліктів – долі цілих людських спільнот, соціумів і навіть людства. Успішно вирішені конфлікти фахівці з конфліктології називають 'результативними конфліктами' та оцінюють їх як 'силу, що працює на Вас'³¹. Невирішені у природний спосіб конфлікти неодмінно переростають у насильство, яке, як відомо, має тотальне поширення у людських спільнотах і належить до основних чинників, які вплинули на хід історії³².

Незважаючи на те, що й особистісні, й міжособистісні конфлікти породжуються, врешті-решт, одним і тим же феноменом – надлишком людської автономії стосовно самої себе чи щодо такої ж автономії Іншого – уся людська історія переконує, що основним засобом успішного вирішення особистісних конфліктів є людська мораль, а таким же засобом вирішення міжособистісних конфліктів проявило себе право³³. Зазвичай цей надлишок як у першому, так і в другому випадках настільки непомітний на перший погляд, що здебільшого ним нехтують чи недооцінюють його небезпеку. У такому разі від тріумфу надлишку людської автономії до його катастрофи один крок.

³¹ Peter T Coleman and Robert Ferguson, *Making Conflict Work: Harnessing the Power of Disagreement* (Houghton Mifflin Harcourt 2014) 9.

³² Douglass C North and John Joseph Wallis and Barry R Weingast, *Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History* (Cambridge University Press 2009).

³³ Адольф Райнах, 'Априорные основания гражданского права' в *Собрание сочинений* (В Куренной пер, Дом интеллектуальной книги 2001) 153; Лон Фуллер, *Мораль права* (Л Логвиненко ред, Н Комарова пер, Сфера 1999); Фридрих А Хайек, *Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики* (Б Пинскер и А Кустарев пер, ИРИСЭН 2006).

Відомий український філософ В. Малахов це промовисто унаочнив таким епізодом із оповіді священника Анатолія Жураковського про Юду Іскаріотського:

Якось Юді наснився сон: разом із іншими учнями Христа він летить у запаморочливій височині. Аж раптом десь далеко внизу його увагу привернула *крихітна чорна цяточка*: то був маленький виноградник, родовий спадок батьків, котрий він залишив, коли пішов за Вчителем. І ось – на мить, тільки на мить, начебто жаль за отим виноградником, за споминами, пов'язаними з ним, штрикнув йому у серце; саме цієї миті і трапилася “катастрофа”, розпочалося його жакливе падіння, що визначило подальший перебіг подій³⁴.

Юда зрадив себе, свого вчителя і його величну місію, у безмежній вірності яким добровільно заприсягся, тому що він вчасно не впорався із миттєвим впливом на нього мізерного надлишку – як “крихітна чорна цяточка” завбільшки – його людської автономії, якої Христос не позбавив нікого з людей.

Катастрофічніші у багато разів наслідки може мати та досить часто, як показує історичний досвід, має надлишок людської автономії у буттєвому втіленні людиною комунікативної солідарності як другої смислової умови її буття. Адже тут реалізує себе уже не одна людська автономія, а їх сукупність.

Вагомі фактичні підтвердження обґрунтованості цього припущення містять багаторічні дослідження питань соціальної антропології М. Мосса. Особливо цінною з позицій представленого дослідження є його праця “Досвід про дарунок. Форма і підстави обміну в архаїчних суспільствах”. У вступі до неї автор, зокрема, зазначає, що ‘цей тип правових та економічних відносин охоплює найрізноманітніші правила та ідеї; найважливіший серед таких духовних механізмів, очевидно, той, що зобов’язує компенсувати одержаний дарунок’³⁵. Під дарунком (подарунком) М. Мосс розуміє благо, одержане індивідом чи групою індивідів на заміну уже наданого Іншому блага чи для одержання від нього блага. Цей інститут взаємного обміну благами, який мав тотальне поширення у більшості традиційних суспільств, увійшов до людської історії під назвою “*потлач*”. У працях науковців можна знайти не одну класифікацію потлача на підставі різних критеріїв. Однак варто погодитись із М. Моссом, що, зважаючи на природу потлача як блага-зобов’язання, найбільш

³⁴ Віктор Малахов, ‘Свобода як не вимушеність’ в *Право бути собою* (Дух і Літера 2008) 289.

³⁵ Марсель Мосс, *Общества Обмен Личность: труды по социальной антропологии* (А Гофман пер, Книжный дом-Университет 2011) 144.

адекватною є його класифікація за суб'єктним складом дарувальників й обдарованих.

Аналізуючи відносини потлача, М. Мосс виділяє чотири його форми: потлач, учасниками якого є винятково або майже винятково фратрії та сім'ї вождів (тлінкити); потлач, у якому фратрії, клани, вожді і сім'ї відіграють майже однакову роль; потлач між вождями, що виступають один проти одного кланами (цімшіани); потлач вождів і братств (квак'ютлі). Проте з точки зору дотримання, як пише він, 'обов'язку давати, обов'язку брати і обов'язку компенсувати' дарунки 'усі чотири форми потлача відносно однакові'³⁶. 'У всьому цьому, – резюмує М. Мосс, – міститься сукупність прав і обов'язків споживати та компенсувати відповідним правам і обов'язкам дарувати та приймати'³⁷. Відмовитись дати дарунок, так само, як і взяти його, як підсумовує М. Мосс, 'тотожне оголошенню війни'³⁸. Така ж заборона відмовлятися від одержання дарунків та від їх компенсації під загрозою згубних втрат тими, хто так вчинив, поширювалась у традиційних суспільствах і на міжособистісні, і на групові стосунки³⁹.

Аналогічних висновків, досліджуючи відносини обміну благами в інших традиційних суспільствах, дійшов і Б. Малиновський – не менш відомий сучасник М. Мосса. На цій основі він сформулював *концепцію права як системи зобов'язань взаємопов'язаних індивідів*, за допомогою яких утворюється замирене суспільне середовище. Відповідно до такої концепції такі зобов'язання учасників обміну благами в соціумі він розглядає, з одного боку, як правовідношення, що являє собою праводомагання індивіда до Іншого, а з другого – правовідношення визнавалось як атрибутивне зобов'язання Іншого. Проте в обидвох випадках вважалося за неможливе відмовитись від взаємності обміну благами під загрозою жорстких санкцій⁴⁰, інакше кажучи, внутрішнього і зовнішнього примусів.

Продовжив традицію вивчення поведінки індивідів та їх груп під час задоволення ними своїх потреб у благах, що забезпечуються поза безумовним обміном, Ф. Гайек. Він сфокусував увагу на зовсім недослідженій до нього проблемі виявлення та пізнання процесів появи абстрактних, об'єктивних у розумінні соціального конструкту, *правил поведінки індивідів* як неодмінної умови появи й існування життєздатних "розширених" суспільств, які виходять за межі окремих *емоційно пов'язаних* між собою груп людей. Ці правила і є "*право (law)*"⁴¹. Він з'ясував, що діяль-

³⁶ Мосс (н 33).

³⁷ Там само 154.

³⁸ Там само 153.

³⁹ Там само 145.

⁴⁰ Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society* (Routledge and Kegan Paul 1926) 58; Бронислав Малиновський, 'Магія і релігія' в *Релігія і общество: хрестоматія по соціальной релігії* (Наука 1994) 241.

⁴¹ Хайек (н 20).

ність індивідів в емоційно пов'язаних між собою групах первісних людей зазвичай спрямовувалась спільними для усіх них цілями, тоді як індивіди в умовах розширеного спонтанного порядку вже мали на меті різні індивідуальні цілі, але були змушені найсуворіше дотримуватися однакових правил поведінки (звичаїв)⁴².

Ф. Гайек дослідив, що при виникненні розширеного спонтанного порядку й досягненні верховенства одних традицій і звичаїв над іншими вирішальна роль належала непрямым, суттєво віддаленим у часі результатам діяльності далеких попередників. Ці результати позначались на таких віддалених у часі одна від одної групах, про які самі їх предки не могли мати жодного уявлення, але якби певним чином, гіпотетично, й дізналися про свій вплив, то, ймовірно, він здався б їм не таким уже й позитивним, яким він став для значно пізніших поколінь. Це зумовлено тим, що система потреб кожного покоління індивідів та умови їх задоволення децю подібні, проте в основному неповторні.

Ф. Гайек довів, що більшість із правил, які поступово формувалися та сприяли посиленню кооперації індивідів у розширеному порядку, найчастіше виявлялись відмінними від очікуваних. Для людей, які жили на ранніх чи пізніших стадіях еволюції цього порядку, вони могли б бути зовсім непридатними. У розширеному порядку до кола обставин, від яких залежить, що повинен робити кожен для досягнення своїх цілей, належать – і це впадає у вічі⁴³, як резюмував Ф. Гайек, невідомі нам рішення багатьох інших невідомих нам індивідів щодо засобів, які використовуються ними для досягнення їхніх власних цілей і задоволення їх потреб. Висновок Ф. Гайека незвично категоричний:

Звідси випливає, що в процесі еволюції не було таких моментів, коли індивіди могли б відповідно до своїх цілей свідомо спроектувати та поставити собі на службу правила, які поступово сформували розширений порядок; тільки пізніше ми змогли приступити до вкрай орієнтовного та ретроспективного пояснення у принципі цих утворень⁴⁴.

Однак, як М. Мосс і Б. Малиновський, Ф. Гайек був змушений визнати, що розширений порядок співіснування людей у суспільстві не запобігає суперечностям і конфліктам між індивідами в процесі задоволення ними власних потреб, навпаки, ці суперечності та конфлікти дедалі стають гострішими і для їх вирішення необхідне застосування нових дієвих інструментів, що мають стосовно індивідів зовнішній характер.

⁴² Хайек (н 20) 32.

⁴³ Там само 126.

⁴⁴ Там само 127.

Чи залишається загроза порушення взаємності обміну благами між людьми і їх групами у сучасних суспільствах? Ця проблема постійно турбує найобдарованіших інтелектуалів і багаторазово ставала предметом їх спеціальних наукових досліджень⁴⁵. Якщо висловлюватись узагальнено, то їхні результати підтверджують обґрунтованість висновків попередників щодо цього питання. Особливо цінними є результати багаторічних досліджень відомого американського професора М. Олсона, який ретельно проаналізував спонтанний обмін між людьми благами з методологічних підходів теорії групової дії та інтересів “людини економічної”. Ось його найвагоміші висновки:

<...> 1) індивіди в групі діють у власних інтересах; 2) поведінка, спрямована на досягнення власного інтересу, зазвичай є правилом; 3) допоки не застосовуватиметься примус чи інший спеціальний механізм, що змушував би індивідів діяти у спільних інтересах, раціональні, егоїстичні індивіди не діятимуть задля досягнення спільних або групових інтересів⁴⁶.

Одним із найдоступніших серед таких “інших спеціальних механізмів”, що ефективно сприяє вирішенню міжособистісних і групових конфліктів, у цивілізованих країнах світу є медіація. Вона не має альтернатив як масовий спосіб вирішення буттєвих конфліктів самими ж їх учасниками за сприяння професійних медіаторів. Цей спосіб за своєю правовою природою взаємний самозахист індивідів.

Парадигмальні правові межі самозахисту ще півтора століття тому чітко окреслив відомий англійський учений-філософ Дж. Мілль:

Єдина мета, котра надає людству право в індивідуальному або колективному порядку втручатися у вільні дії будь-кого зі своїх членів, – це самозахист. Єдина мета, з якою може бути правомірно використана влада над будь-яким членом цивілізованої громади проти його волі, – це запобігти шкоді для інших. Його власна користь – фізична чи моральна – не є для цього достатньою підставою. Він не може правомірно бути змушений діяти або утриматися від дії на тій підставі, що це краще для нього; що

⁴⁵ Jacob Marshak, ‘Elements for a Theory of Teams’ (1955) 1 Management Science 127; Jacob Marshak, ‘Towards an Economic Theory of Organization and Information’ in R M Thrall and C H Combs and R L Davis (eds), *Decision Processes* (John Wiley 1954) 187-220; Jacob Marshak, ‘Efficient and Viable Organization Forms’ in Mason Haire (ed), *Modern Organization Theory* (John Wiley 1959) 307-20; Roy Radner, ‘Application of Linear Programming to Team Decision Problems’ (1959) 5(2) Management Science 143; Roy Radner, ‘Team Decision Problems’ [1962] 33(9) Annals of Mathematical Statistics 857; John McGuire, ‘Some Team Models of a Sales Organization’ [1961] 7(1) Management Science 101; Oscar Morgenstern, *Prolegomena to a Theory of Organization* (RAND Research Memorandum 1951); James G March and Herbert A Simon, *The Organizations* (John Wiley 1958); Kenneth Boulding, *The Organizational Revolution* (Harper 1953).

⁴⁶ Олсон Менкур, *Логіка колективної дії: суспільні блага і теорія груп* (С Слухай пер, Лібра 2004) 11, 12.

він стане від цього щасливішим; що, на думку інших, такі дії є мудрими і навіть правильними⁴⁷.

Висновки. До буттєвих властивостей людини належать людська автономія, комунікативна солідарність і потреби у благах. Останні задовольняються під час як безумовного (спонтанного), так і умовного обмінів індивідів ними. Спонтанний обмін між людьми благами з неминучістю трансформує надлишок людської автономії із потенційного у реальний стан. Ця нова якість надлишку людської автономії, реалізуючись у комунікативній солідарності людей, породжує внутрішньоособистісні та міжособистісні суперечності, чимало з яких переростають у протиріччя та конфлікти. Саме ці останні і являють собою найголовнішу, атрибутивну людині, групу детермінант, що зумовлюють необхідність медіації як одного з ефективних засобів вирішення таких конфліктів зусиллями самих індивідів. Медіація має подвійну правову природу, оскільки, по-перше, є породженням основоположного (потребового) способу співбуття індивідів у соціумі, а по-друге, – системою взаємопов'язаних правових зобов'язань, за допомогою яких утворюється замирене суспільне середовище. Її можна визначити як взаємний правовий самозахист індивідів.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of The Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters [2008] OJ L 136/3 (in English).

Bibliography

Authored books

2. Barrash D, *The Whisperings Within* (Harper and Row 1979) (in English).
3. Boulding K, *The Organizational Revolution* (Harper 1953) (in English).
4. Buchanan J, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan* (University of Chicago Press 1975) (in English).
5. Bush R and Folger J, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict* (John Wiley & Sons 2004) (in English).
6. Coleman P, Ferguson R, *Making Conflict Work: Harnessing the Power of Disagreement* (Houghton Mifflin Harcourt 2014) (in English).
7. Ferber R, *Philosophische Grundbegriffe 1 Eine Einführung [Basic Philosophical Ideas 1: Introduction]* (Beck 2008) (in German).
8. Henry M, *Phenomenologie materielle [Material Phenomenology]* (1ere ed, Epimethee, Presses Universitaires de France 1990) (in French).

⁴⁷ John Stuart Mill, 'On Liberty Reprint from the 1st edition (1859)' in David Bromwich and George Kateb (eds), *On Liberty John Stuart Mill* (Yale University Press 2006) 80.

9. Kant I, *Grundlegung Zur Metaphysik der Sitten [Groundwork of the Metaphysics of Morals]* (Meiner 1999) (in German).
10. Malinowski B, *Crime and Custom in Savage Society* (Routledge and Kegan Paul 1926) (in English).
11. March J and Simon H, *The Organizations* (John Wiley 1958) (in English).
12. Menkel-Meadow C and Porter-Love L, *Mediation: Practice, policy, and ethics* (2nd edn, Wolters Kluwer Law & Business 2014) (in English).
13. Messner J, *Naturrecht [Natural Law]* (Tirolia 1958) (in German).
14. Morgenstern O, *Prolegomena to a Theory of Organization* (RAND Research Memorandum 1951) (in English).
15. Nort D, Wallis JJ, Weingast DR, *Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History* (Cambridge University Press 2009) (in English).
16. Winkle J, *Mediation: A Path Back for the Lost Lawyer* (American Bar Association 2004) (in English).
17. Berezhnoy N, *Chelovek i ego potrebnosti [The Human Being and His Needs]* (Forum 2000) (in Russian).
18. Samsin A, *Sotsialno-filosofskie problemy issledovaniya potrebnostey [Socio-philosophical Problems in Needs Research]* (Vyssh Shkola 1987) (in Russian).

Edited and translated books

19. Marshak J, 'Towards an Economic Theory of Organization and Information' in Thrall R Combs C and Davis R (eds), *Decision Processes* (John Wiley 1954) (in English).
20. —, 'Efficient and Viable Organization Forms' in Haire M (ed), *Modern Organization Theory* (John Wiley 1959) (in English).
21. Mill J, 'On Liberty Reprint from the 1st edition (1859)' in Bromwich D and Kateb G (eds), *On Liberty John Stuart Mill* (Yale University Press 2006) (in English).
22. Baumeister A, *Buttia i blaho [Existence and Good]* (O Khoma red, T P Baranovska 2014) (in Ukrainian).
23. H'offe O, 'Transtsendental'nyy obmin – fihura lehitymatsiyi prav lyudyny?' ['Transcendental Exchange – A Figure of Legitimation of Human Rights?'] in Hosepat Sh and Lomann H (eds), Yudin O ta Doronicheva L (per), *Filosofia prav lyudyny [Philosophy of Human Rights]* (Nika-Centr 2008) (in Ukrainian).
24. Khayek F, *Pagubnaya samonadeyannost: oshibki sotsializma [The Fatal Conceit: The Errors of Socialism]* (Bartli III U red, Novosti 1992) (in Russian).
25. —, *Pravo, zakonodatelstvo i svoboda: sovremennoe ponimanie liberalnykh printsipov spravedlivosti i politiki [Law, Legislation and Liberty: a New Statement of the Liberal Principles of Justice and Policy]* (Pinsker B i Kustarev A per, IRISEN 2006) (in Russian).
26. Lebedev A, 'Protagor' ['Protagoras'] in *Novaya filosofskaya entsiklopediya, tom tretiy [New Philosophical Encyclopedia, vol three]* (Mysl 2010) (in Russian).
27. Malakhov V, 'Svoboda yak nevyumushenist' ['Freedom as Unconstraint'] in *Pravo buty soboju [The Right to be Yourself]* (Dukh i Litera 2008) (in Ukrainian).
28. Malinovskiy B, 'Magiya i religiya' ['Magic and Religion'] in *Religiya i obshchestvo: khrestomatiya po sotsialnoy religii [Religion and Society: Chrestomathy on Social Religion]* (Nauka 1994) (in Russian).
29. Maslou A, *Motivatsiya i lichnost [Motivation and Personality]* (Tatlybaev A per, Yevraziya 1999) (in Russian).
30. Moss M, *Obshchestva Obmen Lichnost: Trudy po sotsialnoy antropologii [Society Exchange Personality: Works on Social Anthropology]* (Gofman A per, Knizhnyj dom-Universitet 2011) (in Russian).

31. Olson M, *Loghika kolektyvnoji diji: suspiljni blagha i teoriya ghrup* [*The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*] (Slukhai S per, Libra 2004) (in Ukrainian).
32. Raynakh A, 'Apriornye osnovaniya grazhdanskogo prava' ['The Apriori Foundations of Civil Law'] in *Sobranie sochineniy* [*Collected Works*] (Kurennoj V per, Dom intelektual'noj knigi 2001) (in Russian).
33. Rench T, *Konstytutsiia moral'nosti Transtsendental'na antropolohiia i praktychna filosofii* [*Constitution of Morality Transcendental Anthropology and Practical Philosophy*] (Prykhdoko V per, Dukh i litera 2010) (in Ukrainian).
34. Smit A, *Issledovanie o prirode i prichinakh bogatstva narodov* [*An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*] (Afanas'ev V per, Jeksmo 2007) (in Russian).

Journal articles

35. Alchian A, 'Uncertainty, Evolution and Economic Theory' (1950) 58 *Journal of Political Economy* 211 (in English).
36. Alexander N, 'The Mediation Metamodel: Understanding Practice' [2008] 26(1) *Conflict Resolution Quarterly* 97 (in English).
37. Brunner K, 'The Perception of Man and the Conception of Society: Two Approaches to Understanding Society' [1987] 25 *Economic Inquiry* 367 (in English).
38. Brunner K, Meckling W, 'The Perception of Man and the Conception of Government' [1977] 9(1) *Journal of Money, Credit, and Banking* 60 (in English).
39. Brunner K, Meltzer A, 'The Uses of Money: Money in the Theory of an Exchange Economy' [1971] 61(5) *American Economic Review* 784 (in English).
40. Fuller L, 'Mediation – Its Forms and Functions' [1970] 44(2) *Southern California Law Review* 305 (in English).
41. Lindenberg S, 'An Assessment of the New Political Economy: Its Potential for the Social Sciences and for Sociology in Particular' [1985] 3(1) *Sociological Theory* 99 (in English).
42. Marshak J, 'Elements for a Theory of Teams' [1955] 1 *Management Science* 127 (in English).
43. McGuire J, 'Some Team Models of a Sales Organization' [1961] 7(1) *Management Science* 101 (in English).
44. Meckling W, 'Values and the Choice of the Model of the Individual in the Social Sciences (REMM)' (1976) 4 *Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik* 545 (in English).
45. Menkel-Meadow C, 'The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms, and Practices' [1995] 11 *Negotiation Journal* 217 (in English).
46. —, 'The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World' [1996] 38 *William & Mary Law Review* 5 (in English).
47. Milner N, 'Mediation and Political Theory: A critique of Bush and Folger' [1996] 21(3) *Law & Social Inquiry* 737 (in English).
48. Radner R, 'Application of Linear Programming to Team Decision Problems' [1959] 5(1) *Management Science* 143 (in English).
49. —, 'Team Decision Problems' [1962] 33(9) *Annals of Mathematical Statistics* 857 (in English).
50. Burova L, 'Pravova pryroda mediatsiinoi uhody' ['Legal Nature of the Mediation Agreement'] (2015) 18 *Chasopys tsyvilistyky* 56 (in Ukrainian).
51. Kyselova T, 'Pravove rehulituvannia vidnosyn iz nadannia posluh mediatsii u zarubizhnykh krainakh' ['Legal Regulation of Relations of The Provision of Mediation Services in Foreign Countries'] (2011) 11-12 *Pravo Ukrainy* 225 (in Ukrainian).
52. Vozniuk N, 'Pryntsypy alternatyvnykh sposobiv vyrishennia hospodarsko-pravovykh sporiv' ['Principles of Alternative Ways of Resolving Economic-Legal Disputes'] (2013) 11 *Pravo Ukrainy* 373 (in Ukrainian).

Ruslana Havryliuk

LEGAL NATURE OF MEDIATION
AS A CONSEQUENCE OF EXISTENTIAL FEATURES OF MAN

ABSTRACT. In the periods of deep qualitative transformations – being the stage of development Ukraine is now experiencing – society has a particularly growing demand for traditional and new instruments to resolve life conflicts and reconcile social environment. In the well-developed world, particularly in the countries of the European Union, the United States and Canada, one of such efficient instruments is mediation. In 2017, with the aim of implementing the experience of these countries in the national practice, necessary changes were made to procedural legislation of Ukraine, and as a consequence, a significant array of progressive world mediation practices have been acknowledged binding upon relevant national actors. However, this immediately entailed a range of worldview-related and theoretical methodological issues for professionals as well as for the general public in Ukraine. One of them was the need to clarify the legal nature of mediation, this being the factor crucial for identifying adequately the entities able to effectively implement mediation and determining the optimal procedures for it.

The purpose of this article is to provide justification for the most fundamental – human-immanent legal determinants of mediation which are concretized in the following objectives of mediation: from this perspective, to reconsider the basic existential features of man and their functional role in human existence; to discover the distinction of spontaneous (unconditional) and conditional exchanges of goods and reaches between people and to demonstrate how the latter entails the need for mediation.

The subject matter, goal and objective of the study defined the methodology of this article, in particular: practical philosophy and material phenomenology which are the most efficient tools for cognition of such an “invisible” phenomenon, according to M. Henri, “as the scope of inter-subjectivity”.

The generally accepted list of existential features of man has been supplemented with the provision about the attribute pertinance to this list of human needs for goods and riches. The article proves that unconditional exchange of goods and riches between people inevitably transforms the excess of human autonomy from the potential to the factual state. This new quality of human autonomy excess, being realized in communicative solidarity of people, gives rise to intrapersonal and interpersonal tensions and conflicts. In turn, the conditional exchange of goods and riches between people makes such conflicts total and extremely dangerous for existence of individuals.

The author gives a well-grounded conclusion that it is the latter that constitute the principal -attribute to humans – group of determinants, which determine the need for mediation as one of the efficient means to solve life conflicts by own efforts of individuals. It is proved that mediation has a dual legal nature, since it is, firstly, a product of fundamental (consumption-oriented) way of co-existence of individuals in society, and secondly, a system of interrelated legal obligations between such individuals, with the help of which a reconciled social environment is formed. Mediation may be defined as mutual legal self-defense of individuals.

KEYWORDS: mediation; legal nature of mediation; human autonomy excess; human needs for goods and riches; exchange of goods and riches between people.