

МЕДІАЦІЯ: ПЕРСПЕКТИВИ ВПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ

Бондаренко-Зелінська Н. Л.,

*кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України**Розкрито перспективи впровадження в Україні медіації, окреслено окремі проблеми, які гальмують цей процес, та сформульовано пропозиції щодо їх усунення.***Ключові слова:** альтернативне вирішення правових спорів, європейські стандарти, медіація.

Відповідно до ст. 1 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Із змісту вказаної норми вбачається, що для забезпечення ефективної охорони прав особи має бути створено таку процесуальну процедуру провадження у справах, яка б не лише здійснювалась на вказаних засадах, а й надавала можливість досягти вирішення правового питання (спору про право, спору про факт), яке стало предметом судового розгляду.

Натомість в сучасній правозастосовній практиці непоодинокими є випадки, коли через довготривалість судового процесу питання, з яких подавалися судові позови, втрачають свою актуальність, а сторони несуть суттєві матеріальні та моральні збитки і величезні втрати часу. Навіть у випадку прийняття довгоочікуваного сторонами судового рішення, його виконання теж затягується на роки, а в більшості випадків не виконується [13].

Наразі показник виконання судових рішень в Україні становить лише близько 30 % [7]. За таких умов судовий захист, як і діяльність суду, не може вважатися ефективним, особливо якщо судові рішення не виконуються або виконуються неналежним чином [8].

На цьому наголошує і Європейський суд з прав людини: у рішеннях проти України ним найчастіше констатується порушення права на справедливий суд саме внаслідок невиконання рішень національних судів [3, п. 8]. Зокрема, 15 жовтня 2009 року Європейський суд з прав людини (далі – Європейський суд) виніс «пілотне» рішення у справі «Юрій Миколайович Іванов проти України», у якому визнав порушення Україною її зобов'язань за Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) (п. 1 статті 6 «Право на справедливий суд» та стаття 1 «Захист права власності» Першого протоколу до Конвенції) у зв'язку з систематичним невиконанням державою рішень національних судів. Крім того, було визнано порушення статті 13 «Право на ефективний засіб юридичного захисту» Конвенції у зв'язку з відсутністю у національному законодавстві ефективних засобів юридичного захисту від такого невиконання. З огляду на суть порушення Європейський суд зобов'язав Україну запровадити ефективний засіб юридичного захисту (або комплекс таких засобів), який би забезпечив адекватний та достатній захист від невиконання або затримки у виконанні рішення національного суду, за виконання якого вона несе відповідальність відповідно до принципів, встановлених практикою Європейського суду [5].

З огляду на це в умовах сьогодення особливо гостро постає питання про забезпечення виконання судових рішень як необхідної умови ефективного судового захи-

сту прав особи, адже мета правосуддя не може вважатися досягнутою, якщо є лише акт суду по справі без його фактичного виконання.

В юридичній літературі висловлюється багато різних пропозицій щодо шляхів вирішення цієї проблеми. Пропонується вдосконалити процедури, пов'язані з примусовим виконанням судових рішень, упорядкувати повноваження державних виконавців і кодифікувати норми, які регулюють виконання судових рішень, але містяться в окремих нормативно-правових актах, запровадити інститут приватних виконавців [4; 6].

Водночас слід визнати, що можливість виконання судового рішення залежить не тільки від дій (бездіяльності) державного виконавця, а й від змісту відповідного акта.

В умовах змагального процесу, коли суд звільнений від обов'язку з'ясувати об'єктивну істину у справі і зважає тільки на ті докази, що їх надали сторони, дедалі частіше виникають ситуації, коли виграє справу не той, хто правий, а той, хто має більше можливостей (отримати якісну правову допомогу, оплатити послуги спеціаліста чи проведення позасудової експертизи тощо). За таких обставин небажання сторони, яка програла справу, виконувати рішення і чинення перешкод виконавцям є цілком закономірними (хоча і незаконними).

Більше того, часто, по суті, законні рішення не можна виконати в силу об'єктивних причин. Так, уявімо ситуацію, коли у боржника немає майна у власності, за рахунок реалізації якого можна було б виконати грошове зобов'язання, і крім пенсії по інвалідності більше немає жодних доходів. Суд, вирішуючи справу за обґрунтованим позовом про стягнення грошової заборгованості, по суті, не може вийти за межі позовних вимог і змушений постановляти рішення про стягнення такої заборгованості відповідно до вимог закону, хоча вже на момент його постановлення очевидно, що його буде дуже складно виконати.

Важко заперечити і аргументам окремих науковців, які вказують, що проблеми, пов'язані з виконанням судових рішень, поряд з вищевказаними факторами часто обумовлені неналежною поінформованістю самих стягувачів про нюанси процедури примусового виконання судових рішень [10].

Зважаючи на комплексний характер цієї проблематики, очевидно, що узгодження та реформування потребує як законодавство про виконавче провадження, так і положення чинного ЦПК України. Водночас практичне впровадження відповідних змін – процес складний і довготривалий, а невиконані судові рішення і невдоволення населення як сніжний клубок тільки збільшуються в обсязі, загрожуючи на якомусь етапі стати лавиною, яка повністю знищить національний механізм судового захисту прав людини.

З огляду на це вбачається доцільним звернути увагу на способи альтернативного вирішення правових спорів, використання яких може надати змогу вже на даному етапі якщо не виконати всі судові рішення, то хоча б зупинити їх нагромадження.

Серед усіх способів альтернативного вирішення правових спорів привертає увагу медіація (від лат. *mediatio*) – переговорний процес, що здійснюється за допомогою незалежного нейтрального кваліфікованого посередника – медіатора, який допомагає сторонам спору проаналізувати конфліктну ситуацію так, щоб вони змогли самостійно обрати той спосіб вирішення спору, що відповідатиме інтересам обох сторін.

При проведенні цієї процедури медіатор не приймає рішення за сторін конфлікту, а лише сприяє останнім у пошуку взаємовигідного рішення та оформленні його документально (медіаційною угодою). Основними принципами медіації є: добровільність (сторони спору повинні дати згоду на застосування альтернативного вирішення правового спору добровільно і усвідомлено), конфіденційність (отримані у процесі медіації відомості не підлягають розголошенню, за винятком певних ситуацій), нейтральність медіатора (медіатор повинен професійно і неупереджено виконувати свої обов'язки) тощо.

Як правильно зазначають деякі науковці, основною відмінністю медіації від інших способів вирішення конфліктів є те, що вона не зосереджується на пошуку та доведенні правоти тієї чи іншої сторони. Метою медіації є досягнення консенсусу, спільного рішення, що буде прийнятним і бажаним для обох сторін, а обставини, за яких сторони виконавчого провадження можуть знайти спільні інтереси, невичерпні [7].

Така специфіка медіації робить її не тільки гідною альтернативою судовому врегулюванню спорів [13], а й дуже привабливим способом їх вирішення, особливо на етапі виконання судових рішень. Адже, з одного боку, на етапі виконання судового рішення в однієї зі сторін спору вже є акт суду на її користь, який надає їй перевагу з точки зору аргументованості правової вимоги, а з іншого – така перевага не може відновити права останньої, попри застосування механізму державного примусу. Логічним в такій ситуації є пошук інших шляхів ліквідації спору, і саме це надає змогу застосовувати медіацію.

Невипадково 6 вересня 2011 року до порядку денного Верховної Ради України було в черговий раз включено проект Закону України «Про медіацію» (реєстр. № 8137) [12]. І попри зауваження, висловлені в адресу цього законопроекту, в своїх висновках і Комітет з питань правосуддя (25.05.2011 року), і Головне науково-експертне управління (15.06.2011 року) рекомендували Верховній Раді України прийняти його за основу [12]. Водночас 23 вересня 2011 року законодавче оформлення досліджуваного способу альтернативного вирішення спорів вкотре зазнало фіаско і проект акта, покликаного забезпечити впровадження медіації в національний механізм захисту прав людини, прийнято не було.

Виникає запитання, чому? Чому нашим сусідам – Республіці Білорусь [20] і Російській Федерації [21] вистачило кількох років для того, щоб розгледіти позитивний потенціал цього способу альтернативного вирішення спорів і надати йому законодавчого оформлення, в Україні, країні, в якій медіаторні групи функціонують понад 17 років [22], досі не прийнято відповідного закону?

Слід визнати, що запровадження та застосування в Україні нових способів альтернативного вирішення правових спорів, в тому числі медіації, мають відповідати євро-

пейським стандартам взагалі і взятим на себе Україною міжнародним зобов'язанням зокрема. Інакше кажучи, така процедура має узгоджуватись з Резолюцією № 57/18, якою затверджено типовий закон комісії ООН по праву міжнародної торгівлі щодо міжнародної комерційної примирної процедури від 19.11.2002 року [14], Дерективною 2008/52/ЄС щодо окремих аспектів медіації в цивільних та комерційних справах [15] та відповідати рекомендаціям Ради Європи щодо впровадження програм реформування правосуддя, зокрема Рекомендації № R(81)7 щодо полегшення доступу до правосуддя від 14 травня 1981 року [16], Rec(2002)10 щодо медіації в цивільних справах 18 вересня 2002 року [17]; № R(98)1 щодо медіації в сімейних питаннях від 2 січня 1998 року [18], Rec(2001)9 щодо альтернатив судовому розгляду між адміністративними органами влади і приватними сторонами від 5 вересня 2001 року [19], а також іншим актам, спрямованим на стимуляцію використання позасудових процедур вирішення спорів.

На жаль, проект Закону України «Про медіацію» (реєстр. № 8137), як і його попередники, не узгоджується із зазначеними актами.

Так, не відповідають вимогам Дерективи ЄС 2008/52, а вищевказаним рекомендаціям зокрема, такі положення проекту Закону, які визначають: терміни, що використовуються в законі (зокрема, поняття медіатора, медіаційного застереження, угоди про результати медіації), права та обов'язки учасників медіації (зокрема, право медіатора самостійно визначати процедуру медіації або припинити її), строки не тільки процедури медіації, а й вибору медіатора, відповідальність медіатора (її взагалі не конкретизовано) тощо.

Поза увагою залишено цілу низку надзвичайно важливих питань медіації, таких як: вплив медіації на процесуальні строки, строки виконавчого провадження (логічно було б якби медіація була підставою зупинення провадження) та строки позовної давності; гарантії конфіденційності як принципу медіації; оплата послуг медіатора, можливість використання інформації, отриманої сторонами та іншими особами під час медіації як докази в судовому процесі; можливість примусового виконання рішення, прийнятого в результаті медіації (наприклад, шляхом визнання такої угоди судом як мирової) тощо.

Крім того, автори законопроекту чомусь проігнорували той факт, що в рамках спільного проекту ЄС і Ради Європи «Прозорість та ефективність судової системи України» в Україні вже впроваджується саме судова медіація [23]. Крім того, і сусідні країни, такі як Білорусь і РФ, практикують саме судову медіацію. Незважаючи на це, в законопроекті нічого не сказано про можливість використання медіації для цілей судочинства та провадження щодо примусового виконання судових рішень.

Водночас навряд чи саме вказані недоліки призвели до неприйняття чергового законопроекту про медіацію, адже їх нескладно було б виправити після прийняття проекту за основу. На нашу думку, основною перешкодою на шляху законодавчого оформлення медіації в Україні є інформаційний вакуум навколо цього способу альтернативного вирішення спорів. Адже пори наявності великої кількості публікацій, більшість джерел з даної проблематики носить загальноінформативний характер без необхідної конкретики, тому юридична громадськість має

вельми туманне уявлення про сутність медіації, її процедуру та інструментарій, а найголовніше – про методіку застосування медіативних технологій.

На жаль, в Україні для того, щоб заінтересована особа отримала більш-менш повне уявлення про медіацію, їй потрібно оплатити недешеві курси. А безкоштовні семінари [10], що їх проводять в рамках проекту «Прозорість та ефективність судової системи України», доступні лише обмеженому колу фахівців.

З огляду на це логічно є реакція парламентарів, які не бажають приймати проект закону про явище, суть якого їм незрозуміла.

Звісно, медіація не є панацеєю від всіх проблем правосуддя, водночас вона є ефективним способом ліквідації правового спору для тих, хто цього прагне. А тому нагальною є необхідність подальшого дослідження перспектив застосування даного способу альтернативного вирішення правових спорів для потреб як цивільного судочинства, так і виконавчого провадження. З цією метою, на нашу думку, інформацію про медіацію слід зробити доступнішою: необхідно від загального висвітлення значення та переваг переходити до ґрунтовного аналізу процедури та методіки проведення медіації, що надасть можливість акумулювати максимум інтелектуального потенціалу юридичної громадськості навколо вироблення конкретних пропозицій щодо законодавчого закріплення медіації.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод* від 04.11.1950 р. // Офіційний вісник України. – 1998. – № 13. – Ст. 270.
2. *Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини*: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV // Офіційний вісник України. – 2006. – № 12. – Ст. 792.
3. *Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів*: Указ Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 19. – Ст. 1376.
4. *Про гарантії держави щодо виконання рішень суду*: Проект Закону України від 14.01.2011 р. № 7562 [Електронний ресурс] Верховна Рада України. Офіційний сайт. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=39454.
5. *Пояснювальна записка до Проекту Закону України «Про гарантії держави щодо виконання рішень суду»* від 14.01.2011 р. № 7562 [Електронний ресурс] Верховна Рада України. Офіційний сайт. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=39454.
6. *Виконання судових рішень реальність чи фантастика?* [Електронний ресурс] / Правовий тижень. – 2009. – № 47 (173). – Режим доступу: <http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=1532>.
7. *Кільдюшкіна О.* Медіація у виконавчому провадженні. Як її застосовувати? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://smi.liga.net/articles/2011-04-05/768445-med%D1%96ats%D1%96ya-u-vikonavchomu-provadjenn%D1%96-yak-ii-zastosovuvati.htm>.
8. *Кільдюшкіна О.* Медіація у виконавчому провадженні. Як її застосовувати? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://smi.liga.net/articles/2011-04-05/768445-med%D1%96ats%D1%96ya-u-vikonavchomu-provadjenn%D1%96-yak-ii-zastosovuvati.htm>.
9. *Курило Ю.* Виконання рішення суду: міф чи реальність? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://yust.kiev.ua/ua/publications/61>.
10. *Матеріали Семінару* з питань передання справ для проведення медіації для суддів пілотних судів України 8-9 квітня 2010 року. – К., 2010. – 36 с.
11. *Проблеми на стадії виконання судових рішень, або Як боротися з бездіяльністю держвиконавця* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lg-pravo.at.ua/blog/2009-01-06-7>.
12. Про медіацію: Проект Закону від 21.02.2011 р. № 8137 [Електронний ресурс] Верховна Рада України. Офіційний сайт. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=39276.
13. Пояснювальна записка до Проекту Закону України «Про медіацію» від 21.02.2011 р. № 8137 [Електронний ресурс] Верховна Рада України. Офіційний сайт. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=39276.
14. Типовий закон комісії ООН по праву міжнародної торгівлі о міжнародної комерційної угоди про процедуру, прийнятій Резолюцією 57/18 Генеральної Ассамблеї ООН от 19.11.2002 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/com_conciliation.shtml.
15. О некоторых аспектах посредничества (медиации) в гражданских и семейных делах по отдельным аспектам медиации в гражданских и коммерческих делах: Директива 2008/52/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС от 21.05.2008 г. // Третейский суд. – 2008. – № 5. – С. 138–148.
16. Рекомендация № R (81) 7 Комитета министров государствам-членам относительно путей облегчения доступа к правосудию от 14.05.1981 г. [Електронний ресурс] // Права человека. – Мн.: Белфранс, 1999. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_133.
17. Рекомендация Rec (2002) 10 Комитета Министров государствам-членам по медиации в гражданских делах от 18.09.2002 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.commonground.org.ua/lib_law.shtml.
18. Рекомендация № R (98) 1 Комитета министров государствам-членам касательно медиации в семейных вопросах от 02.01.1998 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.commonground.org.ua/lib_law.shtml.
19. Рекомендация Rec (2001) 9 Комитета министров государствам-членам об альтернативах судебному разбирательству между административными органами и частными сторонами от 5 сентября 2001 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.csr.ru/document/original_648.stm.
20. Медиация в Республике Беларусь [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://mediacia.by/about/default/3/>.
21. Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации): Федеральный закон от 27.07.2010 р. № 193-ФЗ [Електронний ресурс] Государственная Дума. Официальный сайт. – Режим доступу: <http://duma.consultant.ru/page.aspx?1292564>.
22. Резолюция Первой украинско-американской конференции судей и медиаторов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.commonground.org.ua/dld/doc/Resol_UaUSconf_rus.pdf.
23. Винницький окружний адміністративний суд. Офіційний сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://voas.gov.ua/?action=menu&id_menu=9&type=1&module=0.

The problems of law enforcement practice of trial are revealed. The ways of their solving are proposed, recommendations directed on the introduction of mediation on Ukraine are formulated.

Раскрыто перспективы внедрения медиации в национальный механизм защиты прав человека в Украине. Определены отдельные проблемы, мешающие этому процессу, и сформулированы предложения по их устранению.

ПОНЯТТЯ ТА УМОВИ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНИХ БАРТЕРНИХ КОНТРАКТІВ

Лисенко В.В.,

аспірант кафедри цивільного права та процесу Львівського національного університету ім. Івана Франка

Статтю присвячено обґрунтуванню необхідності розмежування понять «міна» та «бартер». Крім того, акцентується увага на питаннях визначення умов зовнішньоекономічних бартерних контрактів.

Ключові слова: зобов'язання, договір, міна, бартер, імпорт, експорт зовнішньоекономічний договір.

Нормативно-правове регулювання договору бартеру, яке існує на сьогодні в Україні, не можна назвати однозначним, тобто в чинному законодавстві не існує єдиного розуміння бартеру, що призводить до різного його розуміння сторонами і це, відповідно, негативно позначається на його виконанні.

Існування в чинному законодавстві України певних особливостей здійснення бартерних (товарообмінних) операцій у зовнішньоекономічній діяльності та деяких розбіжностей у розумінні міни та бартеру й викликає актуальність даного дослідження.

Метою статті є визначення умов зовнішньоекономічних бартерних контрактів на основі чинних нормативно-правових актів України.

Як і будь-який цивільно-правовий договір, зовнішньоекономічний контракт має відповідати низці загальних вимог (умов), додержання яких є необхідним для дійсності такого договору. Ці вимоги, як зазначає В. В. Луць, виводяться доктринальним шляхом із норми чинного законодавства [1] і сформульовані у ЦК України.

Крім загальних умов, зовнішньоекономічні контракти підпорядковуються й певним спеціальним умовам, які знайшли своє відображення у ГК України, Законі України «Про міжнародне приватне право», законах України «Про зовнішньоекономічну діяльність»; «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті»; «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності» тощо.

Чинне законодавство України передбачає певні особливості здійснення бартерних (товарообмінних) операцій у зовнішньоекономічній діяльності. Особливого поширення бартер, як різновид договору міни, набув на початку 90-х років минулого сторіччя. Разом з тим, як зазначають Ю. Г. Семенюк і О. Терлецький, в умовах становлення ринкових відносин бартерні угоди, враховуючи їх безгрошовий характер (повністю або ж частково), були одним з чинників створення дефіциту оборотних коштів у країні, а тому завжди перебували на особливому контролі з боку держави [2].

Бартерні операції з точки зору сучасного українського законодавства є водночас об'єктами господарського й цивільного права. ЦК і ГК України ототожнюють поняття «бартер» з поняттям «міна».

Як зазначалося вище, чинний ЦК України не дає окремого визначення договору міни і договору бартеру. У ч. 1 ст. 715 ЦК України термін «бартер» вживається як тотожний терміну «міна». Разом з тим в наступних частинах цієї самої статті йдеться виключно про договір міни.

Відповідно, при формальному тлумаченні положень, які містяться у цих частинах, можна розглядати як такі, що застосовуються тільки до договору міни.

Більш послідовно це питання врегульовано у ГК України, який використовує терміни «бартер» і «міна» як тотожні, і відповідно, передбачає можливість грошової доплати за товар більшої вартості, що обмінюється на товар меншої вартості (ч. 3 ст. 293 ГК).

Свої особливості мають визначення бартерних операцій, які містяться у законах України «Про оподаткування прибутку підприємств» та «Про податок на додану вартість». Згідно з п. 1.19 ст. 1 Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств» бартер (товарний обмін) – господарська операція, яка передбачає проведення розрахунків за товари (роботи, послуги) у будь-якій формі, іншій, ніж грошова, включаючи будь-які види заліку та погашення взаємної заборгованості, в результаті яких не передбачається зарахування коштів на рахунки продавця для компенсації вартості таких товарів (робіт, послуг). Тобто поняття бартеру з точки зору оподаткування суттєво відрізняється від поняття бартеру як цивільної чи господарської категорії.

Окремі аспекти визначення бартерних операцій містяться у Законі України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності». Згідно з п. 1 ст. 1 Закону України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності» товарообмінна (бартерна) операція у галузі зовнішньоекономічної діяльності – це один з видів експортно-імпортних операцій, оформлених бартерним договором або договором із змішаною формою оплати, яким часткова оплата експортних (імпортних) поставок передбачена в натуральній формі між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України та іноземними суб'єктами господарської діяльності, що передбачає збалансований за вартістю обмін товарами (роботами, послугами) у будь-якому поєднанні, не опосередкований рухом коштів у готівковій або безготівковій формі.

У реальному майновому обороті поняття «бартер», на відміну від поняття «міна», є більш вживаним. На нашу думку, поняття «бартерний договір» відмінне від поняття «міна». В юридичній літературі завжди виділяли окремо бартерні договори та договори міни та існувала думка, що бартер є різновидом міни, який укладається між суб'єктами господарювання.

Незважаючи на колізії чинного законодавства, які, насамперед, означають відсутність єдиного підходу до визначення