

Олена Можайкіна, к. психол. н.

Київський національний торговельно-економічний університет, Україна

МЕДІАЦІЯ У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Olena Mozhaikina, PhD in Psychology

Kyiv University of Trade and Economics, Ukraine

MEDIATION IN EXECUTIVE PROCEEDINGS

In the article it is analyzed the legal regulation of mediation in Ukraine and the possibilities for its implementation at the stage of executive proceedings. The concept of mediation is defined on the basis of groundbreaking scientific and theoretical research, as well as the concept of executive proceedings is defined.

The article states that, in spite of the resolution of the dispute in court, the parties retain the right and opportunity within the framework of the enforcement proceedings to appeal to the mediation procedure in order to reach an agreement, taking into account the interests of both parties and the adoption of a mutually beneficial solution. It is substantiated that mediation in the enforcement proceedings is not limited to finding an agreement in executing a court decision, but may also go beyond its limits.

The author pays attention to the differentiation of concepts mediation and peace agreement, which not only have different procedure for their adoption, but also have different legal consequences of their failure. The range of persons who can conduct a mediation procedure at the stage of executive proceedings is also defined.

Keywords: enforcement proceedings, mediation, mediation agreement, peace agreement, out-of-court settlement of a dispute.

«Правові спори та конфлікти є невід’ємною частиною життя суспільства. І завдання держави – створення умов для вирішення спорів та захист охоронюваних законом прав та інтересів громадян», – до такого висновку приходять Н.А. Мазаракі, досліджуючи напрями правового регулювання процедури медіації в Україні¹.

Відтак можна з упевненістю стверджувати, що держава, шляхом прийняття відповідного законодавства, створює умови для підвищення культури врегулювання спорів (конфліктів). В одному з наших досліджень було зазначено, що медіація є структурованою добровільною та конфіденційною процедурою позасудового врегулювання спору (конфлікту), в якій медіатор (посередник) допомагає сторонам у розумінні їхніх інтересів та пошуку ефективних шляхів досягнення взаємоприйняттого рішення².

Звертаємо увагу на те, що в ч.3 ст.3 проекту Закону України «Про медіацію» від 17.12.2015 р. №3665 зазначено, що медіація може бути проведена у разі виникнення конфлікту (спору) як до звернення до суду (третейського суду), так і під час або після судового чи третейського провадження, у тому числі під час виконавчого провадження³.

І тут варто погодитися з О.В. Белінською, яка спираючись на дослідження Франса ван Арема (медіатор, тренер, суддя районного суду м.Зволе-Лелістад в Нідерландах) зазначає, що Європейське законодавство, зокрема Європейська Конвенція з прав людини гарантує кожному право доступу до суду. І це право, за словами автора, не може бути змінене передачею справи на медіацію. О.В. Белінська наголошує, що медіація не є якоюсь панацеєю. Вона може стати допоміжним засобом лише тоді, коли сторони будуть готові й спроможні взяти участь у медіації. У більшості

¹ Мазаракі, Н. (2016). Медіація в Україні: проблеми теорії та практики. Київ: *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*, 1, 92.

² Можайкіна, О.С. (2017). Поняття та зміст основних принципів медіації в цивільно-правових відносинах. Дніпро: *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*, 5, 55.

³ *Проект Закону про медіацію 2015* (Верховна Рада України). *Офіційний сайт Верховної Ради України*. <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463> (2018, січень, 03).

випадків і надалі врегульовувати конфлікти і виносити рішення будуть суди. Однак суддя, як правило, дивиться у минуле й вирішує, що саме в ньому відбулося неправильно; медіатор, навпаки, спонукає учасників зосередитися на реальному майбутньому¹. Поділяючи думку автора, можемо зауважити, що звернутися до медіації сторони конфлікту можуть на будь-якій стадії, навіть після винесення рішення судом – на стадії виконавчого провадження. І таке право має забезпечити і гарантувати держава шляхом прийняття відповідних нормативно-правових актів.

Таким чином, стає зрозумілим, що необхідно провести ґрунтовні наукові та практичні дослідження особливостей застосування медіації у виконавчому провадженні. Нажаль на даний час, не дивлячись на численні публікації в наукових журналах, дисертаційні дослідження тощо, даному питанню не приділялося належної уваги. То ж спробуємо розібратися в особливостях застосування медіаційних процедур на стадії виконавчого провадження.

Вважаємо за необхідне згадати і визначення самого виконавчого провадження, яке закріплене у ст.1 Закону України «Про виконавче провадження» і яке передбачає собою певну сукупність дій, що спрямовані на примусове виконання рішень суду². На думку М.Г. Марченко та Є.В. Шматко виконавче провадження виступає процесуальною формою, яка гарантує примусову реалізацію рішень суду й інших юрисдикційних органів, реалізацію підтвердження ними прав та обов'язків суб'єктів матеріальних правовідносин. Автори акцентують увагу на тому, що якість примусового виконання рішень висвітлює рівень дієвості механізму правового регулювання в країні, оскільки від неї безпосередньо залежить виховання громадян у дусі поваги до закону та юридична цінність самих державних рішень³.

В той же час, зазначений вище Закон України «Про виконавче провадження» не регламентує можливості проведення медіації на стадії виконавчого провадження. Однак, ч.2 ст.19 Закону визначає, що сторони у процесі виконання рішення відповідно до процесуального законодавства мають право укласти мирову угоду, що затверджується (визнається) судом, який видав виконавчий документ⁴. І тут варто звернути увагу, що мирова угода не є тотожною медіаційній угоді. Так, ст.207 Цивільного процесуального кодексу України визначає, що мирова угода укладається сторонами з метою врегулювання спору на підставі взаємних поступок і має стосуватися лише прав та обов'язків сторін. У мировій угоді сторони можуть вийти за межі предмета спору за умови, що мирова угода не порушує прав чи охоронюваних законом інтересів третіх осіб⁵. І особливу увагу привертає ч.4 ст.207 зазначеного Кодексу, яка регламентує, що укладена сторонами мирова угода затверджується ухвалою суду, в резолютивній частині якої зазначаються умови угоди⁶.

Спираючись на дослідження В.В. Яркова, О. Братель зазначає, що мирова угода являє собою одночасно юридичний факт матеріального і процесуального права, викликаючи різні правові наслідки. За словами автора мирова угода як юридичний факт матеріального права є цивільно-правовою угодою, яка на певних умовах припиняє попередні права та обов'язки сторін та регулює взаємовідносини сторін на майбутнє шляхом встановлення їхніх нових прав та обов'язків⁷. В той же час О. Братель доводить, що процесовзаємодіючі норми матеріального права за своїм спрямуванням урегульовують порядок укладання мирової угоди та відповідним чином обумовлюють подальшу поведінку учасників цивільного процесу (позивача та відповідача), призводячи до першого етапу реалізації процесуального юридичного факту у вигляді подання до суду спільної заяви сторонами

¹ Белінська, О.В. (2011). Медіація – альтернативне вирішення спорів. Київ: *Вісник Вищої ради юстиції*, 1 (5), 159.

² Закон про виконавче провадження 2016 (Верховна Рада України). *Офіційний сайт Верховної Ради України*. <<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>> (2018, січень, 04).

³ Марченко, М.Г., Шматко, Є.В. (2016). Новації виконавчого провадження в Україні. Херсон: *Молодий вчений*, 4 (31), 627.

⁴ Закон про виконавче провадження 2016 (Верховна Рада України). *Офіційний сайт Верховної Ради України*. <<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>> (2018, січень, 04).

⁵ Цивільний процесуальний кодекс України 2004 (Верховна Рада України). *Офіційний сайт Верховної Ради України*. <<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>> (2018, січень, 04).

⁶ Цивільний процесуальний кодекс України 2004 (Верховна Рада України). *Офіційний сайт Верховної Ради України*. <<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>> (2018, січень, 04).

⁷ Братель, О. (2017). Процесовзаємодіючі норми матеріального права в контексті реалізації процесуальних юридичних фактів при здійсненні цивільного судочинства. Київ: *Підприємництво, господарство і право*, 1, 12.

у справі про намір укласти мирову угоду¹. Відтак, можемо констатувати, що однією з основних особливостей мирової угоди є її затвердження судом, який розглядав відповідний спір між сторонами.

Що ж до поняття медіаційної угоди, то в проекті Закону України «Про медіацію» від 17.12.2015 р. №3665 зазначено, що домовленості, досягнуті сторонами за результатами медіації, можуть бути викладені письмово в договорі. Договір за результатами медіації не повинен містити положень, які суперечать законам України, інтересам держави і суспільства, його моральним засадам². Досліджуючи правову природу медіаційної угоди Л.І.Бурова розуміє під нею письмовий документ, в якому виражається воля сторін щодо виходу з конфлікту, та в якому передбачаються умови задоволення вимог сторін³.

З викладеного стає зрозумілим, що однією із основних відмінностей між медіаційною та мировою угодами є затвердження останньої судом. Медіаційна ж угода не потребує відповідного затвердження, а також передбачає лише просту письмову форму її укладення. До такої ж думки приходять і Л.І. Бурова, яка зазначає, що мирова угода набуває юридичної сили тільки після затвердження її судом, а медіаційна угода має самостійний характер та не вимагає такого затвердження⁴. В той же час вважаємо, що у разі проведення медіації на стадії виконавчого провадження медіаційна угода може стати підставою для укладення мирової угоди. Зазначене дає можливість стверджувати, що проект Закону України «Про медіацію» потребує доопрацювання і уточнення, а саме: закріплення норми, яка б визначала, що медіаційна угода, укладена на стадії виконавчого провадження повинна бути підставою для укладення мирової угоди та затвердження останньої ухвалою суду, який розглядав даний спір по суті.

Очевидним є той факт, що під час судового розгляду суд не вирішує конфлікт між сторонами і приймає рішення, яке, в переважній більшості, задовольняє лише одну сторону. Але в межах виконавчого провадження у сторін спору залишається право і можливість звернутися до медіаційної процедури. Тобто, вони можуть врегулювати і задовольнити свої інтереси на умовах взаєморозуміння, що дозволить їм самостійно прийняти обопільне взаємовигідне рішення. І позитивним результатом медіаційної процедури може слугувати укладення мирової угоди. Таким чином процедура медіації в межах виконавчого провадження не є заміною діяльності виконавців, а виступає додатковою можливістю для врегулювання розбіжностей, не застосовуючи примусові заходи. Вважаємо за необхідне прийняти зміни і доповнення до Закону України «Про виконавче провадження», які б регламентували обов'язок виконавця роз'яснити сторонам виконавчого провадження їх право звернутися з метою врегулювання спору за допомогою до медіатора, а також наслідки таких дій. Вважаємо за необхідне також передбачити у законодавстві можливість виконавцем відкласти виконавчі дії за клопотанням обох сторін у випадку їх звернення до медіатора з метою мирного врегулювання спору та укладення угоди про медіацію. У такому разі сторони повинні будуть надати виконавцю угоду про медіацію, укладену у письмовій формі. Вважаємо, що такі доповнення до законодавства будуть лише сприяти захисту прав та законних інтересів стягувача та боржника, як сторін виконавчого провадження.

Влучною, на наш погляд, є твердження Г.О. Огречук, що власне звернення до медіації свідчить про прагнення сторін до вирішення конфліктної ситуації мирним шляхом, що створює високу ймовірність добровільного виконання сторонами такого рішення навіть за відсутності відповідного державного механізму⁵.

Цікавою, але досить дискусійною є думка С.В. Щербак, яка стверджує, що для застосування медіації у виконавчому процесі відсутні будь-які перешкоди. За переконанням автора потенціал медіації (посередництва) є недооціненим для цілей виконавчого процесу, а тому запровадження правових засад медіації в Україні дозволить не лише удосконалити існуючі способи та методи,

¹ Братель, О. (2017). Процесовзаємодіючі норми матеріального права в контексті реалізації процесуальних юридичних фактів при здійсненні цивільного судочинства. Київ: Підприємництво, господарство і право, 1, 13.

² Проект Закону про медіацію 2015 (Верховна Рада України). Офіційний сайт Верховної Ради України. <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463> (2018, січень, 03).

³ Бурова, Л. І. (2015). Правова природа медіаційної угоди. Одеса: Часопис цивілістики, вип. 18, 58.

⁴ Бурова, Л. І. (2015). Правова природа медіаційної угоди. Одеса: Часопис цивілістики, вип. 18, 58.

⁵ Огречук, Г.О. (2016). *Правове регулювання застосування медіації при вирішенні цивільно-правових спорів*. Дис... к.ю.н. Спеціальність 12.00.03 – цивільне право і процес; сімейне право; міжнародне приватне право. Київ, 160.

спрямовані на гарантування реального виконання судових актів та рішень інших органів (посадових осіб), але й спрогнозувати перспективи застосування нових процедур, які здатні розширити процесуальні можливості сторін виконавчого процесу шляхом врахування інтересів як стягувача, так і боржника¹. Із зазначеного С.В. Щербак можна припустити, що автор зводить можливості медіації у виконавчому провадженні до виконання вже прийнятого судового рішення. Однак, не можемо погодитися з таким твердженням, оскільки вважаємо, що медіація загалом і у виконавчому провадженні зокрема покликана здійснити пошук рішень, які б задовольнили інтереси обох сторін спору (конфлікту). А відтак, можна з упевненістю стверджувати, що це можуть бути як судові рішення, так і рішення, прийняті обома сторонами спору (конфлікту), які можуть істотно відрізнятися від рішення суду.

Досліджуючи доцільність та необхідність законодавчої регламентації процедури медіації в різних юрисдикційних процесах, С.Я. Фурса приходить до висновку, що за допомогою медіації на стадії виконання судових рішень можна вирішити цілу низку проблем, які пов'язані із великою кількістю виконавчих проваджень, порушенням строків примусового виконання, а також складністю та неможливістю примусового виконання певних рішень. На думку автора процедури медіації допомагають враховувати інтереси як боржника, так і кредитора, сторони самі можуть вирішити питання про добровільне виконання рішення шляхом взаємних уступок, вказівкою майна, на яке у першу чергу може бути звернено стягнення². З даного твердження також можна припустити, що автор обмежує можливості медіації рішенням суду і надає можливість сторонам спору знайти певні порозуміння лише в його межах. Однак, як було зазначено нами вище, вважаємо, що медіація має значно ширші можливості і не повинна обмежувати сторони спору (конфлікту) у прийнятті власного рішення.

Зрозуміло, що під час виконавчого провадження можуть виникнути об'єктивні умови для досягнення сторонами домовленостей. Наприклад, стягувач, як це частіше й буває, стикається з проблемою стягнення. Внаслідок відсутності результатів від спроб отримати належне за рішенням суду, стягувач може виявити готовність і бажання розглянути й інші варіанти задоволення своїх вимог (зміна способу виконання, відстрочка або розстрочка виконання тощо). В той же час, боржник, який розуміє реальну загрозу застосування до нього заходів примусового виконання (арешт та вилучення майна, примусова його реалізація тощо) також може піти на зустріч і бажати знайти такі рішення, які б його задовольнили.

На стадії виконавчого провадження необхідно розуміти, які взаємовідносини склалися у сторін після вирішення спору судом. Тобто, тоді, коли спір вирішено судом, сторони виходять не з тих інтересів (предметних, процедурних, психологічних), які були у них на початку, а з тих завдань, які виникають у них в нових умовах. Так, якщо до вирішення спору судом сторони ставили перед собою завдання захистити своє право та інтереси, в переважній більшості були налаштовані агресивно та рішуче, то після спроб втілення судового рішення в життя, первинні (початкові) цілі вже не є для сторін актуальними. Нові завдання, які постають перед сторонами на новому етапі, можуть змінити і позицію стягувача і позицію боржника. Однак, навіть у таких складних умовах, в яких можуть перебувати сторони виконавчого провадження, ми не відкидаємо можливості прийняття ними нового якісного рішення, яке б вони могли виконати добровільно і, яке б задовольнило потреби обох сторін.

Звертаємо увагу на те, що С.Я. Фурса у своєму дослідженні визначає, що слід внести зміни до Закону України «Про виконавче провадження», які б стосувалися можливості участі у виконавчому провадженні медіатора або виконанні медіаційної функції адвокатом сторін виконавчого провадження³. Дана теза є також спірною, оскільки світовий досвід у сфері медіації показує, що адвокати сторін не можуть виступати у якості медіатора, якщо вони взяли на себе

¹ Щербак, С.В. (2016). Примирення сторін у виконавчому процесі та посередництво: спірні питання. Київ: *Цивільстична процесуальна думка*, 3, 64.

² Фурса, С. (2014). Медіація в Україні: актуальні питання теорії і практики та необхідність законодавчої регламентації. Київ: *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*, вип.1, 7.

³ Фурса, С. (2014). Медіація в Україні: актуальні питання теорії і практики та необхідність законодавчої регламентації. Київ: *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*, вип.1, 8.

обов'язки здійснювати захист прав та інтересів цих сторін. Це ні в якій мірі не означає, що особа, яка має статус адвоката не може здійснювати функції медіатора. Однак, у випадку, коли адвокат однієї із сторін є і медіатором, він не має права надавати будь-які інші послуги, в тому числі і консультативні, будь-якій із сторін спору (конфлікту).

Вважаємо, що крім медіатора чи адвоката-медіатора, медіативні повноваження можуть бути покладені і на виконавця. Тут на увагу заслуговують норми Цивільного процесуального кодексу України, в якому передбачено проведення врегулювання спору за участю судді. Зі змісту зазначеного Кодексу стає зрозумілим, що мова йде про проведення медіації в межах судового процесу самим суддею. Однак, оскільки медіація під час судового процесу не є предметом даного дослідження, зупинимося лише на тих моментах, які є актуальними для медіації у виконавчому провадженні. Так, ст.204 ЦПК України передбачено, що у разі припинення врегулювання спору за участю судді у випадках: подання стороною заяви про припинення врегулювання спору за участю судді; закінчення строку врегулювання спору за участю судді; за ініціативою судді у разі затягування врегулювання спору будь-якою із сторін, – справа передається на розгляд іншому судді¹. Вважаємо, що норму схожого змісту необхідно закріпити і в Законі України «Про виконавче провадження», що, у свою чергу, зробить можливим проведення медіації у виконавчому провадженні виконавцями.

Дослідження медіації у виконавчому провадженні дає підстави зробити висновок, що на даний час медіація набуває широкого впровадження на різних стадіях розвитку конфлікту, у тому числі і після судового розгляду – під час виконавчого провадження. Винесення судового рішення і вступу його в законну силу ще не означає повного вирішення спору (конфлікту) між його сторонами, а також того, що сторони задоволені винесеним рішенням. Тому медіація у виконавчому провадженні може стати важливим елементом, який допоможе сторонам порозумітися та прийняти рішення, які будуть взаємоприйнятними для них.

References:

1. Mazaraki, N. (2016). *Mediatsiya v Ukraini: problemy teorii ta praktyky* [Mediation in Ukraine: problems of theory and practice]. Kyiv: Zovnishnya torhivlya: ekonomika, finansy, pravo [Foreign trade: economics, finance, law], no.1, 92 [in Ukrainian].
2. Mozhaykina, O. (2017). *Poniattia ta zmist osnovnykh pryntsyviv mediatsii v tsyvilno-pravovykh vidnosynakh* [Concept and content of basic principles of mediation in civil-law relationships]. Dnipro: Aktualni problemy vitchyznanoi yurysprudentsii [Actual problems of domestic jurisprudence], no. 5, 55 [in Ukrainian].
3. *Proekt Zakonu pro mediatsiyu 2015* [Draft Law on Mediation 2015] (The Verkhovna Rada of Ukraine). The official website of the Verkhovna Rada of Ukraine <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463>. [in Ukrainian].
4. Belinska, O. (2011). *Mediatsiia – alternatyvne vyrishennia sporiv* [Mediation – alternative settlement of disputes]. Kyiv: Visnyk Vyschoi rady yustytzii [Bulletin of the High Council of Justice], no. 1 (5), 159. [in Ukrainian].
5. *Zakon pro vykonavche provadzhennya 2016* [The Law on Enforcement Proceedings 2016] (The Verkhovna Rada of Ukraine). The official website of the Verkhovna Rada of Ukraine <<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>>. [in Ukrainian].
6. Marchenko, M., Shmatko, E. (2016). *Novatsii vykonavchoho provadzhennia v Ukraini* [Innovations of executive proceedings in Ukraine]. Kherson: Molodyi vchenyi [The Young Scientist], no. 4 (31), 627. [in Ukrainian].
7. *Tsyvil'nyy protsesual'nyy kodeks Ukrainy 2004* [The Civil Procedural Code of Ukraine 2004] (The Verkhovna Rada of Ukraine). The official website of the Verkhovna Rada of Ukraine <<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>>. [in Ukrainian].
8. Bratel, O. (2017). *Protsesovzaiemodiiuchi normy materialnoho prava v konteksti realizatsii protsesualnykh yurydychnykh faktiv pry zdiisnenni tsyvilnoho sudochynstva* [Process interacting norms of substantive law in the context of the implementation of procedural legal facts in the implementation of civil justice]. Kyiv: Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo [Entrepreneurship, economy and law], no. 1, 12. [in Ukrainian].
9. Burova, L. (2015). *Pravova pryroda mediatsiinoi uhody* [Legal nature of the mediation agreement]. Odesa: Chasopys tsyvilistyky [Journal of Civics], no. 18, 58. [in Ukrainian].
10. Ogrenchuk, G. (2016). *Pravove rehuliuвання zastosuvannya mediatsii pry vyrishenni tsyvilno-pravovykh sporiv* [Legal regulation of usage of mediation upon resolving civil disputes]. Thesis for PhD in law, specialization 12.00.03. National Academy of Internal Affairs. Kyiv. [in Ukrainian].

¹ Цивільний процесуальний кодекс України 2004 (Верховна Рада України). Офіційний сайт Верховної Ради України. <<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>> (2018, січень, 04).

11. Shcherbak, S. (2016). *Prymyrennia storin u vykonavchomu protsesi ta poserednytstvo: spirni pytannia* [Reconciliation of the parties in the executive process and mediation: disputable matters]. Kyiv: Tsyvilystychna protsesualna dumka [Civilised procedural thought], no. 3, 64. [in Ukrainian].
12. Fursa, S. (2014). *Mediatsiia v Ukraini: aktualni pytannia teorii i praktyky ta neobkhdnist zakonodavchoi rehlamentatsii* [Mediation in Ukraine: actual issues of theory and practice and necessity of legislative regulation]. Kyiv: Visnyk Kyivskoho natsionalnoho universytetu imeni Tarasa Shevchenka. Yurydychni nauky [Herald of Taras Shevchenko National University of Kiev. Law Sciences], no. 1, 7. [in Ukrainian].