

засобами і досягнутими цілями. Таким чином, рішення ЄСПЛ, будучи джерелом права України, цілеспрямовано орієнтують національні суди на європейські стандарти законодавства.

Практика ЄСПЛ у справах щодо гарантій реалізації права власності має безпосередній вплив на правозастосовчу практику національних судів у сфері відчуження земельних ділянок, інших об'єктів, що на них розміщені, з

мотивів суспільної необхідності, яку ще треба приводити у відповідність з європейськими стандартами. Хоча створена Конвенцією система захисту права власності покладає на національні органи обов'язок визначення суспільної ваги інтересу та надає легітимності обмеженню прав і свобод, аж до позбавлення прав приватного власника, однак все ж суди повинні брати до уваги межі і порядок обмеження прав, визначений принципами європейського права.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності : Закон України від 17 листопада 2009 року // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 1. – Ст. 2.
2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1948 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994\\_535](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_535).
3. Котляр О. І. Регулювання права власності за міжнародним правом / О. І. Котляр // Форум права. – 2012. – № 4. – С. 514–520.
4. Постанова Івано-Франківського міського суду Івано-Франківської області від 12 лютого 2015 року у справі № 344/15294/14-а [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/42793849>
5. Постанова Львівського адміністративного апеляційного суду від 10 жовтня 2017 року у справі № 876/7/17-а [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67847976>
6. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Рисовський проти України» від 20 жовтня 2011 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974\\_854](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_854).
7. Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 16 квітня 2004 року № 7 // Вісник Верховного суду України. – 2004. – № 6. – Ст. 22.
8. Рішення Конституційного Суду України від 16 квітня 2009 року № 7-рп/2009 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-09>.
9. Ухвала Вищого адміністративного суду України від 29 жовтня 2013 року у справі № К/9991/55735/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/35193727>.
10. Постанова Львівського апеляційного адміністративного суду від 14 квітня 2016 року у справі № СК-876/1/14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57258520>.
11. Гомьен Д. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия : право и практика / Д. Гомьен, Д. Харрис, Л. Зваак. – М. : Изд-во МНИИП, 1998. – 600 с.
12. Фулей Т. І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя : Науково-методичний посібник для суддів / Т. І. Фулей. – 2-ге вид., випр. і доп. – К., 2015. – 208 с.
13. Постанова Березівського районного суду Одеської області від 09 листопада 2016 року у справі № 494/791/16-а [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/37258547>.

УДК 349.41

## РОЗМЕЖУВАННЯ МЕДІАЦІЇ ТА ІНШИХ АЛЬТЕРНАТИВНИХ СПОСОБІВ ВИРІШЕННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ СПОРІВ ЗА УЧАСТЮ ТРЕТЬОЇ НЕЙТРАЛЬНОЇ СТОРОНИ

### DISTINCTION BETWEEN MEDIATION AND OTHER ALTERNATIVE METHODS OF LAND DISPUTE RESOLUTION WITH PARTICIPATION OF A THIRD NEUTRAL PARTY

Кучерова М.П.,

аспірант кафедри земельного та аграрного права

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Стаття присвячена дослідженню питання розмежування медіації з консолідацією, третейським судочинством і арбітражем. Автор аналізує різні види альтернативних способів вирішення спорів на предмет можливості застосування для вирішення земельних конфліктів. Обґрунтовується ефективність та доцільність використання саме медіації як неюрисдикційної форми захисту прав суб'єктів земельних правовідносин.

**Ключові слова:** альтернативні способи вирішення спорів, медіація, третейське судочинство, консолідація, арбітраж, земельні спори, третя сторона.

Статья посвящена исследованию вопроса разграничения медиации с консилиацией, третейским судопроизводством и арбитражем. Автор анализирует различные виды альтернативных способов разрешения споров на предмет возможности применения для решения земельных конфликтов. Обосновывается эффективность и целесообразность использования именно медиации как неюрисдикционной формы защиты прав субъектов земельных правоотношений.

**Ключевые слова:** альтернативные способы разрешения споров, медиация, третейское судопроизводство, консилиация, арбитраж, земельные споры, третья сторона.

This article is dedicated to the research of differentiating mediation with consiliation and arbitration. The author analyzes various types of the Alternative Dispute Resolution in terms of the possibility of application for resolving land conflicts. The effectiveness and expediency of using mediation as a non-jurisdictional form to defend rights of subjects of land legal relations has been substantiated.

In contemporary legal science, considerable attention on the research of alternative dispute resolution mechanisms. But, unfortunately, there is no basic characteristic of their varieties and the effectiveness of using it in land relations.

The purpose of the article is to analyze the theoretical definitions of the terms «consiliation», «mediation» and «arbitration» and to distinguish procedural peculiarities. The main task of the study is to formulate the feasibility of using the mediation procedure to resolve land disputes and protect the rights of subjects of land relations. In the article the author investigates the possibility of using different types of alternative methods

of resolving conflicts to resolve specific land disputes. The author comes to the conclusion that in a comparative analysis with other alternative methods of resolving disputes, mediation is the most effective procedure for the protection rights of subjects of land legal relations in Ukraine and we need the legislative consolidation at the national level.

This article will be of interest for scientists who study the protection of rights of land relations subjects and Alternative Dispute Resolution; for public servants who are engaged in legislative work; and for law students.

**Key words:** Alternative Dispute Resolution, mediation, arbitration, conciliation, land disputes, third party.

Світова практика та успішний досвід провідних країн пояснює популярність медіації серед альтернативних способів вирішення правових конфліктів. Натомість такі переваги, як доступність, бюджетність, гнучкість, конфіденційність та прозорість цієї процедури, на фоні переважаності судів, затягування та дорожчечі судового процесу, високого рівня корумпованості судової системи спонукають суб'єктів земельних правовідносин вирішувати земельні суперечки саме з допомогою професійних медіаторів.

Разом з тим, досліджуючи медіацію як правове явище, Огречук Г.О. зазначає, що «незважаючи на чисельні недоліки функціонування судової системи, саме судова форма залишається пріоритетною і найпоширенішою формою захисту прав та законних інтересів. Саме незалежна судова влада є обов'язковим атрибутом правової держави, що забезпечує захист і поновлення прав та свобод людини і громадянина» [1, с. 32]. Погоджуючись із думкою науковця, варто зазначити, що з урахуванням всіх позитивних рис та результатів процедури медіації, на нашу думку, вона не є правовою панацеєю. Її перевагу перед судовим розглядом не можна вважати безумовною, а саму процедуру – універсальною для вирішення земельних спорів. Це зумовлено тим, що не кожен спір між суб'єктами земельних правовідносин підпадає під ознаки медіабельності, тобто може бути вирішений за допомогою процедури медіації. Тобто ми можемо говорити про можливість існування альтернативної процедури вирішення земельних спорів поряд із судовою системою для розвантаження судів, уникнення створення штучних спорів та стимулювання системи в цілому до розвитку і вдосконалення внутрішніх механізмів.

Враховуючи вищезазначене, для кращого розуміння доцільності запровадження та правової регламентації в Україні саме медіації як неюрисдикційної форми захисту прав суб'єктів земельних правовідносин великої актуальності набуває необхідність порівняльного аналізу медіації з іншими способами альтернативного вирішення спорів за участю незалежної особи.

Питання щодо альтернативних способів вирішення земельних спорів є доволі актуальним на сьогоднішній день та широко досліджується фахівцями як у галузі цивільного, цивільно-процесуального, так і земельного права. Насамперед слід назвати роботи Г.О. Огречук, О.М. Спектор, С.Т. Йосипенко, С.І. Калашнікової, Ж.В. Мішиної, М.Я. Поліщук, Л. Боуль, М. Пель та ін. Проте ґрунтовного порівняльного аналізу альтернативних способів вирішення земельних спорів на даний час у науці немає, тому в межах даного дослідження буде проведено чітке розмежування та виокремлення пріоритетних переваг медіації поряд із консіліацією (узгоджувальне примирення), третейським судочинством та арбітражем. Варто підкреслити, що, крім виокремлення процедурних особливостей та визначення ролі посередника при вирішенні спорів, також ставиться питання можливості, доцільності, раціональності та ефективності застосування кожного зі способів саме для захисту прав суб'єктів земельних правовідносин в Україні.

Одним із перших міжнародно-правових документів, у якому міститься положення про врегулювання спорів через досягнення компромісу, є Вашингтонська конвенція 1965 року. Зазначена конвенція передбачає дві процедури, в яких бере участь третя сторона. Однією з них є медіація, іншою – «conciliation» (консіліація), сутність якої полягає

в тому, що особливим чином формується комісія примирення, яка визначає предмет спору між сторонами та прагне досягнути угоди між ними на взаємовигідних умовах [2, с. 75].

В Україні консіліація є процедурою мало відомою, більшість даних про неї міститься в іноземних джерелах, хоча і в них немає однозначних поглядів на розмежування даної процедури з медіацією. Як слушно зазначає Даулінг Хуссей, «...конфлікуючі та суперечливі визначення, які використовуються в цих двох різних галузях, мають тенденцію створювати певний ступінь невизначеності щодо того, що саме означає термін. Як учасники спорів, так і практикуючі юристи з меншою ймовірністю використовують або рекомендують те, чого вони не розуміють, виключно через брак інформації» [3].

У своїй консультативній доповіді Комісія по реформуванню права Ірландії рекомендує при законодавчому закріпленні та використанні терміна «медіація» визначати і розуміти її як «сприятливий, консенсуальний та конфіденційний процес, в якому сторони в суперечці обирають нейтральну та незалежну третю сторону, яка допомагає їм у досягненні взаємоприйнятної узгодженої угоди» [4]. Разом з тим, для законодавчого визначення терміна «консіліація» Комісія рекомендувала розуміти її як «консультативний, консенсуальний та конфіденційний процес, в якому сторони у спорі вибирають нейтральну та незалежну третю сторону, яка допомагає їм у досягненні взаємоприйнятної узгодженої угоди» [5].

З вищезазначених рекомендацій Комісії видно, що принципова різниця між медіацією та консіліацією полягає в ролі та ступені залучення нейтральної та незалежної третьої сторони до відповідних процедур. Хоча обидві процедури базуються на принципах добровільності та конфіденційності та є достатньо гнучкими, консіліація дозволяє третій стороні (посереднику) консультувати з правових та матеріальних питань, враховуючи також і економічні, фінансові та/або приватні інтереси сторін, шляхом надання офіційних рекомендацій та пропозицій щодо врегулювання спору. Натомість процедура медіації, навпаки, вимагає, щоб третя сторона (посередник) займалася виключно процедурними питаннями та сприяла досягненню взаємно прийнятної узгодженої угоди без надання власних рекомендацій та варіантів вирішення правового спору.

Стаття 3 (а) Директиви ЄС про медіацію 2008 року визначає посередництво як «...структурний процес, як би він не називався, в ході якого дві або більше сторони спору намагаються самостійно, на добровільній основі, досягти угоди про врегулювання їх суперечки за допомогою посередника» [6]. Розуміння медіації в такому широкому значенні з першого погляду дозволяє припустити, що консіліація також належить до сфери поширення цього визначення. Проте у пункті 11 Директиви ЄС 2008 року зазначається, що положення Директиви не повинні застосовуватися до процедур, якими керують особи або органи, що виносять офіційну рекомендацію, незалежно від того, чи це є юридично обов'язковим для вирішення спору [7]. Консіліатор виконує консультативну роль у вирішенні суперечок і може видавати офіційні рекомендації сторонам, тому очевидно, що Директива 2008 року також визнає існування відмінностей між цими двома процедурами на основі ролі третьої сторони в кожній із них.

Вважаємо: така чітка різниця повинна бути відображена в законодавчих положеннях, що визначають дані процедури, з двох причин. По-перше, це забезпечить сто-

роном спору можливість всебічно розуміти роль третьої сторони в процесі. По-друге, така відмінність має велике значення при встановленні обов'язків та меж ролі третьої сторони в рамках цих процедур.

Іншу важливу відмінну рису медіації в порівнянні з консіліацією можна окреслити при аналізі прав та інтересів, із урахуванням яких вирішуються спори. Загально-визнаним є те, що саме медіація спрямована на вирішення конфліктів на основі інтересів сторін. Така процедура вирішення спорів розширює процес обговорення, виходячи за рамки права, що дозволяє сторонам розглядати дійсні інтереси сторін спору, обговорювати емоції та шукати творчі рішення для вирішення спору. Основна увага медіації спрямована на з'ясування реальних мотивів або основних інтересів сторін у суперечці з метою досягнення взаємоприйняттого компромісу, який відповідає реальним інтересам обох сторін. Натомість у консіліації акцентується увага на юридичних правах сторін, але не всі домовленості, досягнуті шляхом застосування даної процедури, базуються виключно на законних правах сторін і під час винесення рекомендації консіліатором спочатку можуть враховуватися також й інтереси.

Очевидно, що існує принципова процедурна різниця між роллю медіатора та консіліатора. Консіліатор є більш активним учасником і відіграє консультативну роль у змісті та результатах суперечки. Він може робити пропозиції, давати експертні поради та використовувати методи втручання, які не тільки активно впливають на ймовірні умови кінцевої угоди, але також заохочують усі сторони врегулювати ситуацію. З іншого боку, медіатор загалом допомагає сторонам спілкуватися один із одним, щоб вони могли ідентифікувати, уточнити та дослідити суперечливі питання, перш ніж розглянути варіанти для досягнення взаємно прийнятної узгодженої угоди. Ця важлива відмінність між медіацією та консіліацією повинна бути чітко і послідовно відображена в будь-якому положенні про посередництво та примирення у законодавчій формі.

На нашу думку, консіліація не дозволяє сторонам конфлікту в достатній мірі зрозуміти та сприйняти справжні мотиви та інтереси один одного, а лише поверхнево аналізує позиції сторін. Через те, що консіліатор наділений повноваженнями надавати офіційні рекомендації та пропонувати вирішення конфлікту, значно виходячи за правові рамки, то такі дії можуть спонукати сторін обходити закон заради задоволення своїх потреб. Більше того, така модель надання фінансово вигідних сторонам пропозицій може призводити до викривленого розуміння норм права, поширення серед громадян механізмів обходження закону та зловживання ним.

Щодо земельних спорів, то тут гостро постає питання відсутності чітких процедурних вимог, надмірної гнучкості процедури та універсальності ролі посередника. Саме ці фактори говорять про високу ймовірність недобросовісного застосування даної процедури в процесі використання та розпорядження головним національним багатством України – землею. Беручи до уваги найбільш поширені межові спори, можемо зазначити, що поверхневості даної процедури порівняно з медіацією не зможе якісно вирішити конфлікт, а саме: його неправову складову, та її результат буде тотожним із приватною консультацією юриста, а не взаємовигідним вирішенням суперечки. Також, незважаючи на позитивний зарубіжний досвід, важко уявити можливість застосування консіліації саме в українському суспільстві, маючи досить негативний досвід зловживання третейським судочинством на національному рівні для легалізації самочинно споруджених будівель, перепланувань без урахування вимог, визнання, встановлення, зміни, припинення права власності на земельні ділянки.

Порівнюючи медіацію та третейський суд, багато авторів вказують на їх схожість. Так, спільною між цими процедурами є обов'язкова присутність третьої нейтральної

сторони, вони мають схожі сфери застосування, а також керуються деякими однаковими принципами. Проте, як влучно підкреслює Спектор О.М., істотною відмінністю третейського розгляду від медіації є те, що під час третейського розгляду третя незалежна особа приймає обов'язкове для сторін рішення з предмета спору, тоді як медіатор лише сприяє сторонам у вирішенні спору, не приймаючи жодних рішень [8, с. 126]. Тобто головна відмінність – саме в формі вираження результату цих процедур. Ще однією не менш важливою відмінністю є сам механізм проведення даних процедур альтернативного вирішення спорів. Так, для медіації не характерні диспозитивність, змагальність процесу та використання судових правил доказування (заввичай у третейському судочинстві вони менш формалізовані, але все-таки є обов'язковим елементом). Рішення третейського судді підлягають подальшому оскарженню, тоді як результат медіації можна оспорити в судді виключно як цивільно-правовий договір.

Історично склалося так, що в Україні серед альтернативних способів вирішення спорів саме третейський розгляд став найбільш традиційним і зрозумілим для суспільства. Спектор О.М., характеризуючи переваги третейського розгляду, відзначає оперативність розгляду справ, а також те, що до складу третейського суду можуть входити фахівці у певній галузі господарювання, що іноді має більше значення для правильного вирішення справи, ніж наявність вищої юридичної освіти [9, с. 132].

Реальний розвиток системи третейського судочинства в Україні почався з прийняттям Верховною Радою України 11 травня 2004 року відповідного закону. Однак вказаний закон передбачав досить слабкий механізм контролю за організацією та діяльністю третейських судів.

Після прийняття закону було зареєстровано велику кількість постійно діючих третейських судів. Така «популярність» у створенні цих судів була в першу чергу пов'язана з відсутністю обмежень їх компетенції. Третейські суди фактично «пропонували» себе як альтернативу державного судочинства майже у всіх сферах права. З цієї причини зловживання третейських судів мали масовий і системний характер. Перш за все це стосувалося сфери визнання, встановлення, зміни, припинення права власності на нерухомість (у тому числі для легалізації самочинно споруджених будівель, перепланувань без врахування вимог загального порядку реєстрації прав власності та без прийняття об'єктів в експлуатацію).

У зв'язку з цим Законом України від 05 березня 2009 року № 1076-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо діяльності третейських судів та виконання рішень третейських судів» законодавець обмежив компетенцію третейських судів, заборонивши розгляд справ у спорах щодо нерухомого майна, включаючи земельні ділянки.

Як результат такого «усунення недоліків» законодавчого регулювання третейських судів із 2009 року земельні спори перестали розглядатися за допомогою даного способу вирішення спорів.

У зарубіжних країнах як синонім третейського розгляду часто використовують термін «арбітраж». У юридичній літературі арбітраж розглядають як приватний спосіб вирішення спорів, що ґрунтується на згоді сторін. Причому діє загальне правило: немає згоди на проведення арбітражу – немає й арбітражу. Заввичай сторони повинні попередньо узгодити в контракті звернення до арбітражу, а також детально визначити правила здійснення процедури (призначення арбітрів тощо) або ж звернутися до чинних правил проведення арбітражу під юрисдикцією визначеного арбітражного органу. На думку С.Т. Йосипенка, «Відмінність медіації та арбітражу зводиться до характеру повноважень особи, що керує процедурою вирішення спору, адже арбітр, на відміну від медіатора, самостійно приймає в справі рішення, що є обов'язковим для сторін. Іншою

відмінною ознакою арбітражу є те, що така процедура є більш формалізованою, процесуально-визначеною та нормативно-окресленою» [10, с. 87].

У практиці зарубіжних країн також існує змішаний спосіб вирішення спорів, коли арбітраж та медіація поєднуються в одній процедурі. За правилами процедури медіації-арбітражу сторони спочатку беруть участь у медіації і лише після неможливості досягнення розпочинається процедура арбітражного розгляду. Цікавим є те, що на обох етапах посередником між сторонами виступає одна і та ж особа, яка спочатку є медіатором, а потім арбітром. Це значно полегшує та спрощує розгляд справи, адже сторони не втрачають час на повторне висловлення своїх позицій. Існує також і зворотний порядок (процедура арбітражу-медіації), що також має право на існування і показує свою ефективність у вирішенні спорів. Окрім того, взаємозв'язок медіації та арбітражу виявляється й у тих випадках, коли сторони укладають угоду після процедури медіації, але звертаються до арбітра з наміром отримати арбітражне рішення на підтвердження такої угоди. Це пов'язано з тим, що, на відміну від угоди за результатами медіації, рішення арбітражного суду виконувати простіше з огляду на дію Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р.

На нашу думку, специфіка обрання певного виду опісаной процедури та подальша ефективність результату зумовлена ступенем загострення конфлікту, психологічними

особливостями суб'єктів правовідносин, а також специфічною характеру останніх у конкретній ситуації.

**Висновки.** Перевага медіації як форми захисту прав суб'єктів земельних правовідносин полягає в тому, що сторони самі знаходять власне взаємовигідне рішення. Надзвичайно важливою є згода у відносинах, які виникають під час землекористування та в інших пов'язаних із ним питаннях. Саме завдяки медіації замість боротьби за правоту відбувається конструктивна робота над вирішенням конфлікту, який дуже часто у земельних правовідносинах виникає між близькими родичами і сусідами. При цьому така процедура примирення не обмежується існуючим предметом спору, вона повинна виявити та врахувати також і приховані причини виникнення конфліктної ситуації. Дуже важливо, що до переговорного процесу можуть залучатися треті особи, адже специфіка судового процесу та недовіра до суду загалом у нашому суспільстві часто спричиняє небажання сторонніх осіб у сприянні вирішенню чужого конфлікту.

Також великою перевагою застосування медіації є самостійне прийняття рішення, адже це сприймається сторонами більш схвально та збільшує шанси на збереження міцних стосунків у майбутньому. Тому в порівняльному аналізі з іншими альтернативними способами вирішення спорів саме медіація видається найбільш результативною процедурою для здійснення захисту прав суб'єктів земельних правовідносин в Україні та потребує законодавчого закріплення на національному рівні.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Огречук Г.О. Правове регулювання застосування медіації при вирішенні цивільно-правових спорів : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / Г.О. Огречук. – К., 2016. – 213 с.
2. Ясеновець І.А. Засоби досудового вирішення цивільних спорів: досвід США / І.А. Ясеновець // Держава і право. – 1998. – № 6. – С. 74–76.
3. Arran Dowling-Hussey Conciliation: Coming out of the shadows / Arran Dowling-Hussey // Commercial Law Practitioner. – 2009. – 16(3).
4. ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION CP 50-2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.lawreform.ie/\\_fileupload/consultation%20papers/cp50.htm#\\_Toc204505396](http://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/cp50.htm#_Toc204505396).
5. Там же.
6. 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 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF>.
7. Там же.
8. Спектор О.М. Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О.М. Спектор; МОНМС України, Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2012. – 244 с.
9. Там же.
10. Йосипенко С.Т. Поняття та особливості правової природи медіації / С.Т. Йосипенко // Порівняльно-аналітичне право. – 2015. – № 3. – С. 86–88.