

УДК 346.52

DOI <https://doi.org/10.32840/1813-338X-2020.3.9>**В. В. Поліщук**аспірант юридичного факультету
Університету економіки та права «КРОК»

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ЗАСТОСУВАННЯ МОДЕЛЕЙ МЕДІАЦІЇ В ГОСПОДАРСЬКИХ СПОРАХ

Стаття присвячена визначенню моделей медіації, які існують у світі та обґрунтуванню найбільш відповідної моделі медіації для спорів, які виникають у бізнес-середовищі.

Автором зроблено висновок, що модель медіації залежить від суб'єктного складу, рівня довіри та виду конфлікту. Медіація є гнучким, але структурованим процесом, який оперативно адаптується під потреби конкретного конфлікту. Вибір моделі медіації багато в чому залежить від виду конфлікту, який наразі буде вирішуватися, а також від самих сторін, які конфліктують. Зазначено, що серед наукової спільноти немає одностайної відповіді щодо кількості та видів моделей медіації. Однак наукові дослідження показують, що для господарських спорів найчастіше застосовуються фасилітативна, оціночна та трансформативна моделі медіації.

Зроблено висновок, що фасилітативна модель медіації пропонує вести перемовини на основі інтересів конфліктуючих сторін замість посилань на права цих сторін, що передбачені законом. Фасилітативна модель медіації в господарських спорах є ефективнішою, якщо справа ще не знаходиться в суді і сторони прагнуть позасудовим методом врегулювати свій конфлікт. Також автор надає висновок, що медіатор у фасилітативній моделі медіації також не позбавлений можливості робити попередню юридичну оцінку конфлікту сторін.

Здійснено дослідження, що оціночна модель також є ефективною для господарських спорів, які вже розглядаються судом, адже йдеться про оцінку їхніх позицій. Автором зроблено висновок, що медіатор, який працює в оціночній моделі медіації, звертає свою увагу на основні позиції сторін та визначає за допомогою питань причини суперечки. Окрім того, оціночна медіація ставить значно більше вимог до медіатора, адже медіатор має бути фахівцем в конкретній галузі, аби вміло керувати процесом, ставити питання, надавати рекомендації, вказувати на сильні та слабкі сторони осіб, а також прогнозувати результати судового рішення і оцінювати складові частини конкретної справи.

Автором спростовано доцільність використання трансформативної моделі медіації в господарських спорах, оскільки ця модель є важливою більше за цивільних спорів, де сторонами конфлікту виступають фізичні особи, а не представники бізнес-спільноти. Більше того, в господарських конфліктах йдеться більше про конфлікти організацій, які зосереджуються на відстоюванні власних позицій і рідше інтересів.

Дослідження моделі медіації в господарських спорах надало пояснення, що в разі, коли справа знаходиться вже на етапі розгляду в суді, то доцільним є застосування оціночної моделі медіації, а медіатор, у свою чергу, має володіти юридичними знаннями щодо порядку розгляду справи в суді. Якщо сторони вступають у медіацію на етапі позасудового і досудового розгляду та мають за мету з'ясувати власні інтереси в конфліктній ситуації, то в такому випадку медіатору потрібно використовувати фасилітативну модель медіації.

Ключові слова: медіація, модель, медіатор, господарський процес, господарські спори.

Постановка проблеми. Медіація є одним із найбільш динамічних правових явищ, яке розвивається в різних правових системах. Цінність медіації в тому, що вона дозволяє сторонам швидко і ефективно вирішувати спори. При цьому поняття ефективності вирішення спорів є достатньо відносним, адже в кожній сто-

рони є позиції, інтереси та потреби. Для фізичних осіб важливим є задоволенням власних потреб у наявних конфліктних ситуації. Однак для конфліктів, які виникають у бізнес-середовищі, частіше важливим є захист власної позиції. Суб'єктний склад, рівень довіри та вид конфлікту визначає конкретну модель меді-

ації, яка є необхідною в певному виді спору та в певній галузі. Окрім того, модель медіації впливає і на критерії вибору медіатора та на його професійні навички

Аналіз останніх досліджень і публікацій.

Дослідженням проблеми визначення моделей комерційної медіації займаються Кероль Джі. Браун, Маргарет Дреус, Шарлі Ірвін, Зена Зумета, Грег Руні, Кеннет М. Роберт, Гуохонд (Хелен) Хан, Пітер Д. Хармс, Петра Хіетан-Кунвальд, Кеті Шонк, С. Штраус-Вальс.

Метою статті є аналіз та подальша теоретична розробка сутності медіації, визначення моделей та принципів медіації в господарських спорах, особливостей функціонування медіації в господарських спорах.

Виклад основного матеріалу. На думку ірландського дослідника С. Штраус-Вальс, медіація – один із найбільш перспективних, але недооцінених напрямків альтернативного вирішення спорів. Переваги медіації великі, але відносно невідомі для широкого кола осіб [3]. Фінська дослідниця Петра Хітенен-Кунвальд стверджує, що медіація – це спосіб вирішення суперечок поза законом, але при цьому такий спосіб має власну доктрину, процес та установки. Медіація є соціальною практикою поза правовою системою держави і відповіддю на недоліки правової системи [8, с. 9].

Медіація як структурований процес може здійснюватися за різними моделями. Американські дослідники Гуо Хонг (Хелен) Хан та Пітера Д. Хармс висловлюють думку, що модель медіації залежить від суб'єктного складу, рівня довіри та виду конфлікту [1]. Із цією думкою варто погодитися, адже за своєю правовою природою медіація є гнучким, але структурованим процесом, який оперативно адаптується під потреби конкретного конфлікту. Вибір моделі медіації багато в чому залежить від виду конфлікту, який наразі буде вирішуватися, а також від самих сторін, які конфліктують. Не менш важливим для визначення моделі медіації є і стадія вирішення конфлікту: чи сторони звернулися вже до суду, чи це є наміром сторін вирішити поза-судовим способом свій спір?

Серед наукової спільноти немає одностайної відповіді щодо кількості та видів моделей медіації. Австралійська дослідниця Маргарет Дреус стверджує, що існує чотири моделі медіації: фасилітативна, компромісна, оціночна, трансформативна [6]. На думку іншого австралійського дослідника Грег Руні, потрібно виділяти п'ять моделей медіації: фасилітативна,

модель, яка містить собі елементи терапії, трансформативна, оціночна та компромісна [10]. Англійський дослідник Кеті Шонк виділяє сім моделей медіації: фасилітативна, обов'язкова судова, оціночна, трансформативна, медіація-арбітраж, арбітраж-медіація, електронна медіація. Кеті Шонк стверджує, що електронна медіація швидше нагадує традиційну медіацію, але завдяки відеоконференціям учасники тепер можуть легко спілкуватися між собою в режимі реального часу. Ранні результати досліджень свідчать про те, що посиленна технологією медіація може бути таким же ефективним способом вирішення спорів, як і традиційні методи [9].

У світі постійно виникають нові гібридні моделі медіації, які комбінують в собі різні способи взаємодії медіатора з конфліктуючими сторонами. Разом із тим наукові дослідження показують, що для комерційних спорів найчастіше застосовуються фасилітативна, оціночна та трансформативна моделі медіації.

Фасилітативна модель медіації пропонує вести перемовини на основі інтересів конфліктуючих сторін замість посилянь на права цих сторін, що передбачені законом. Американський дослідник Зена Зумета стверджує, що у 1960–1970-х роках фасилітативна модель медіації була єдиною моделлю посередництва. Цінність цієї моделі медіації полягає в тому, що медіатор відповідає за процес, а сторони – за результат [7, с. 1]. Фасилітативна модель медіації активно розвивалася до моменту появи оціночної моделі. Оціночна медіація бере початок свого розвитку при судах, оскільки вона стала тим механізмом, який дозволяв сторонам на момент звернення до суду оцінити перспективи розгляду своєї справи в суді за допомогою аналізу слабких та сильних сторін. Відповідальність за аналіз слабких та сильних сторін беруть на себе медіатори.

Американський дослідник Кеннет М. Робертс зазначає, що в 1994 та 1996 роках Леонард Ріскін опублікував дві статті, в якій проаналізував переваги оціночної та фасилітативної моделей медіації [5], які на той момент почали активно розвиватися в США. Поява цих двох статей спровокувало дискусію щодо двох моделей медіації. Деякі з дослідників висловлюють припущення, що оціночна модель медіації не має на меті допомагати сторонам знайти рішення, яке їх би задовольняло за результатами наявного конфлікту. Інші ж дослідники стверджують, що навіть для фасилітативної моделі медіації важливим є попередня оцінка конфлікту. При-

хильники оціночної моделі медіації стверджують, що ця модель є найбільш ефективною для комерційних спорів, які вже розглядаються судом, адже мова йде про оцінку їхніх позицій. Також значний інтерес оціночної моделі медіації в комерційних спорах зумовлений і специфікою самої галуззі, адже в комерційній медіації беруть участь юридичні особи, для яких важливим є відстоювання власної правової позиції задля отримання прибутку у майбутньому. Для бізнесу важливим є забезпечення правильності свого позиціонування на ринку, адже від цього залежать їхні фінансові надходження.

Оціночна модель медіації, на думку Кеннет М. Робертс, зосереджує свою увагу на правах сторін та оцінює суть вимог кожної із сторін. При цьому оціночна медіація не використовує традиційні змагальні методи. Медіатор, який працює в оціночній моделі медіації, звертає свою увагу на основні позиції сторін та визначає за допомогою питань причини суперечки [5, с. 10]. Однак це зовсім не означає, що в оціночній медіації ігноруються інтереси сторін. Для оціночної медіації важливою є саме оцінка конфлікту і надання юридичного висновку по конкретному спору. Окрім того, оціночна медіація ставить значно більше вимог до медіатора, адже медіатор має бути фахівцем у конкретній галузі, аби вміло керувати процесом, ставити питання, надавати рекомендації, вказувати на сильні та слабкі сторони осіб, а також прогнозувати результати судового рішення і оцінювати складові частини конкретної справи.

Оцінка ситуації у процесі медіації дозволяє сторонам подивитися на справу об'єктивніше. Витрати та ризики від судових процесів сторони можуть оцінювати за допомогою своїх слабких і сильних сторін.

Кеннет М. Робертс стверджує, що фасилітативна модель медіації прагне розширити між сторонами розуміння конфлікту, досліджує їх інтереси, створює середовище для спільної роботи. Медіатор ставить питання, щоб зрозуміти ситуацію, і спрямовує сторони побачити потенційні результати свого конфлікту [5]. Фасилітативна модель орієнтована на процес. У разі якщо сторонам для подальшого вирішення спору необхідна додаткова інформація, медіатор рекомендує сторонам звертатися до професійних або юридичних консультацій. Фасилітативна модель медіації в комерційних спорах є ефективною, якщо справа ще не знаходиться в суді і сторони прагнуть позасудовим методом врегулювати свій конфлікт.

На думку американської дослідниці Кероль Дж. Браун, фасилітативна модель медіації є найбільш оптимальною моделлю для багатьох цивільних, в тому числі і комерційних спорів. Медіація на основі інтересів – це можливість творчо підійти до вирішення суперечки. Фасилітативна модель медіації допомагає віднайти результат вирішення спорів, який буде задовольняти обидві сторони, більше, ніж будь-яке рішення, що засноване на захисті прав і викладене суддею [4]. Окрім того, медіатор в фасилітативній моделі медіації також не позбавлений можливості робити попередню юридичну оцінку конфлікту сторін.

Трансформативна модель медіації є найновішою моделлю медіації. Як стверджує Зена Зумета, трансформативна медіація базується на розширенні прав і можливостей кожної із сторін та визначенні потреб, інтересів цінностей кожної із сторін в конфлікті [7]. Польський дослідник Шарлі Ірвін [2] стверджує, що трансформативна модель медіації є ефективною, коли спочатку необхідно допомогти розібратися людині в собі, а лише потім визнати свою провину. Трансформативна модель медіації є важливою більше за цивільних спорів, де сторонами конфлікту виступають фізичні особи, а не представники бізнес-спільноти. Більше того, в комерційних конфліктах йдеться більше про конфлікти організацій, які зосереджуються на відстоюванні власних потреб і рідше інтересів.

Висновки та пропозиції. Медіація є позасудовим способом врегулювання комерційних спорів. Принципами медіації є гнучкість, орієнтація на потреби та інтереси сторін, конфіденційність. Оскільки в основі медіації є принцип гнучкості, то медіація може здійснювати за різними моделями. Серед науковців відсутнє єдине бачення кількості моделей медіації. Більше того, з кожним роком виникає все більша кількість гібридних форм моделей медіації, які можуть поєднувати у собі арбітраж.

Разом із тим науковці висловлюють думки про те, що оціночна та фасилітативна моделі медіації є найбільш використовуваними моделями медіації в комерційних спорах. Оціночна модель медіації здійснює оцінку конфлікту з урахуванням слабких та сильних сторін. В оціночній медіації медіатор має бути фахівцем у тій галузі, де виник конфлікт, адже він має вміло керувати процесом, ставити питання, надавати рекомендації, а також прогнозувати результати судового рішення і оцінювати складові частини конкретної справи. Оцінка ситуації у процесі

медіації дозволяє сторонам подивитися на справу об'єктивніше. Усе це зумовлює і перелік вимог до медіатора, який має здійснювати оціночну модель медіації. Фасилітативна модель більше орієнтована на процес. Медіатор не надає жодних рекомендацій, а, навпаки, рекомендує сторонам звертатися до професійних або юридичних консультацій, якщо сторонам потрібна додаткова інформація або консультація. Фасилітативна модель медіації в комерційних спорах є ефективнішою, якщо справа ще не знаходиться в суді і сторони прагнуть позасудовим методом врегулювати свій конфлікт.

Перспективи подальших досліджень зможуть надати висновок щодо вимог до медіатора, який буде здійснювати медіацію в господарських спорах, та забезпечити правильний вектор розвитку медіації в господарських спорах.

Список використаної літератури:

1. Guohong (Helen) Han, P.D. Harms. Team identification, trust, and conflict: a mediation model. URL: https://www.academia.edu/12168786/Team_identification_trust_and_conflict_a_mediation_model.
2. Charlie Irvine. "Transformative Mediation: A Critique" assignment for MSc in Conflict Resolution and Mediation Studies, Birkbeck College, University of London (2006). URL : https://www.academia.edu/1976807/_Transformative_Mediation_A_Critique_assignment_for_MSc_in_Conflict_Resolution_and_Mediation_Studies_Birkbeck_College_University_of_London_2006_.
3. S. Strauss-Walsh. Mediation and Therapeutic Jurisprudence. URL : https://www.academia.edu/29219281/Mediation_and_Therapeutic_Jurisprudence.odt.
4. Carole J. Brown. Facilitative Mediation: The Classic Approach Retains its Appeal. URL : <https://gevim.co.il/wp-content/uploads/2014/01/Facilitative-Mediation.pdf>.
5. Kenneth M. Robert. Mediating the Evaluative-Facilitative Debate: Why Both Parties Are Wrong and a Proposal for Settlement. URL : <https://pdfs.semanticscholar.org/8351/099aa009ca5c86eadd55435267b1bf0a582c.pdf>.
6. Margaret Drews. The Four Models of Mediation. URL : <http://www.diac.ae/idias/journal/volume3no1/issue1/eng4.pdf>.
7. Zena Zumeta. Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative, and Transformative Mediation. URL : https://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/law/1.%20Monthly%20Seminar%20Since%202008/Papers/2009/20090211/Chen-Chieh%20Ting_Styles%20of%20Mediation_%20Facilitative,%20Evaluative,%20and%20Transformative%20Mediation.pdf.
8. Petra Hietanen-Kunwald. Mediation and the legal system extracting the legal principles of civil and commercial mediation. URL : <https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/243949/mediatio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
9. Katie Shonk. Types of mediation: choose the type best suited to your conflict. URL : <https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/types-mediation-choose-type-best-suited-conflict/>.
10. Greg Rooney. The rise of commercial mediation in Australia-reflections and the challenges ahead. URL : https://www.maynoothuniversity.ie/sites/default/files/assets/document/5.Rooney%20FinDS_0.pdf.

Polishchuk V. V. Theoretical and legal analysis of mediation models application in economic disputes

The article is dedicated to identifying the mediation models that exist in the world and substantiating the most appropriate mediation model for disputes that arise in business environment.

The author has concluded that a mediation model depends on the parties involved, the level of trust, and the type of conflict. Mediation is a flexible, but structured process quickly adapting to the needs of a particular conflict. Choosing a mediation model largely depends on the type of conflict to be resolved at this point in time as well as on conflicting parties. It is noted that there is no unanimous answer in the academic community regarding the number and types of mediation models. However, the research shows that facilitative, evaluative, and transformative mediation models are most often used for economic disputes.

It is concluded that a facilitative mediation model proposes to negotiate on the basis of interests of conflicting parties instead of referring to the rights of those parties prescribed by law. A facilitative mediation model in economic disputes is more efficient if the case is not yet in court, and the parties seek to resolve their conflict through extrajudicial procedures. Furthermore, the author concludes that a mediator in the facilitative mediation model is not deprived of the opportunity to make a preliminary legal evaluation of the conflict between the parties.

It has been researched that an evaluative mediation model is also efficient for the economic disputes that are already considered in court, as it is referred to evaluation of their opinions. The author has concluded that a mediator working in the evaluative mediation model pays attention to the main

opinions of the parties and identifies the causes of the dispute through questions. In addition, evaluative mediation puts forward much more requirements to a mediator, as the mediator must be a professional in a particular field in order to be able to manage the process, to ask questions, to give recommendations, to point out the strengths and weaknesses of persons, as well as to predict the results of a court judgment and to evaluate the components of a particular case.

The author has refuted the expediency of using a transformative mediation model in economic disputes, as this model is more important for resolving civil disputes where the parties to the conflict are individuals rather than business community representatives. Moreover, economic conflicts are more referred to conflicts of the entities that focus on defending their opinions and less often — their interests.

Researching a mediation model in economic disputes has explained that if the case is already considered in court, it is expedient to use an evaluative mediation model, and therefore, a mediator must possess legal knowledge of the procedure for considering a case in court. If the parties enter into mediation at the stage of extrajudicial and pre-trial proceedings and aim to ascertain their own interests in a conflict situation, then the mediator should use a facilitative mediation model.

Key words: *mediation, model, mediator, economic proceedings, economic disputes.*