



НАЦІОНАЛЬНА АСОЦІАЦІЯ АДВОКАТІВ УКРАЇНИ

АДВОКАТ ТА МЕДІАЦІЯ

ПОСІБНИК

2022

УДК УДК 347.965:340.13](02)

A28

Колектив авторів:

- Г. Гаро** (підрозділи 3.3.1, 3.3.2)
А. Зернова (підрозділи 3.1, 3.1.1)
Г. Єременко (підрозділ 1.2)
Р. Коваль (підрозділи 3.3.4, 3.4)
С. Погоріла (підрозділи 3.3.3, 3.3.4)
В. Поліщук (підрозділи 1.4, 1.5, 3.2, 3.2.1)
О. Помазановська (підрозділи 3.3.4, 3.4)
Л. Романадзе (підрозділи 1.3, 1.6)
М. Саєнко (підрозділи 2.1, 2.2, 2.3)
В. Ситюк (вступне слово, підрозділ 1.1)

Упорядники посібника:

- М. Саєнко**
В. Ситюк
Л. Романадзе

A28 Адвокат та медіація / Г. Гаро, А. Зернова, Г. Єременко, Р. Коваль, С. Погоріла, В. Поліщук, О. Помазановська, Л. Романадзе, М. Саєнко, В. Ситюк. Х.: ФАКТОР-МЕДІА, 2022. 112 с.

ISBN 978-966-180-745-6

Посібник має допомогти адвокатам у розумінні медіації та її потенціалу для адвокатської діяльності. Знання основ медіації має сприяти більш ефективному вирішенню конфліктних ситуацій та спорів у професійній діяльності адвокатів.

Публікація підготовлена за фінансової підтримки Європейського Союзу в рамках Проекту ЄС «CONSENT», що реалізується Українською академією медіації. Її зміст є виключною відповідальністю колективу авторів і не обов'язково відображає позицію Європейського Союзу.

УДК 347.965:340.13](02)

ISBN 978-966-180-745-6

© ТОВ «Фактор-Медіа», 2022

ЗМІСТ

Вступне слово	5
---------------------	---

РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО МЕДІАЦІЮ

1.1. Поняття, особливості та учасники медіації.....	7
1.2. Робота з інтересами під час медіації.....	14
1.3. Юридичне оформлення домовленостей за результатами медіації.....	21
1.4. Конфіденційність медіації.....	26
1.5. Відповідальність медіатора	29
1.6. Правове регулювання медіації в Україні	30

РОЗДІЛ 2. МЕДІАЦІЯ В АДВОКАТСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

2.1. Медіація — розширення професійних можливостей адвоката	37
2.2. Роль адвоката в медіації.....	38
2.3. Медіаційні навички для підвищення ефективності роботи адвоката.....	42

РОЗДІЛ 3. ОСОБЛИВОСТІ МЕДІАЦІЇ В ОКРЕМИХ ВИДАХ СПОРІВ

3.1. Медіація в комерційних спорах (бізнес-медіація)	49
3.1.1. Приклади застосування адвокатом медіаційних навичок у комерційних спорах	63
3.2. Медіація в трудових спорах.....	67
3.2.1. Приклади застосування адвокатом медіаційних навичок у трудових спорах.....	71
3.3. Медіація в сімейних спорах	74
3.3.1. Загальні положення про сімейну медіацію	74

3.3.2. Приклади застосування адвокатом медіаційних навичок у сімейних спорах.....	82
3.3.3. Медіація за участю неповнолітніх у сімейних спорах	85
3.3.4. Приклади застосування адвокатом медіаційних навичок у сімейних спорах за участю неповнолітніх	91
3.4. Медіація в кримінальному провадженні.....	94
3.4.1. Приклади застосування адвокатом медіаційних навичок у кримінальних провадженнях.....	108

ШАНОВНІ КОЛЕГИ!

У цей непростий і доленосний для нашої держави час маємо за честь представити вам цей практичний посібник, який, сподіваємося, відкриє медіацію як мистецтво, допоможе адвокату ще більш ефективно вирішувати конфліктні ситуації та спори у своїй професійній діяльності, захищати демократичні цінності великої європейської родини, частиною якої є Україна.

На сьогодні в умовах повномасштабної війни, збройної агресії росії проти України, що поставила в непросте становище українське суспільство, державу й адвокатуру у тому числі, як ніколи постає питання актуальності медіації, що дасть змогу кожному з нас поіншому подивитися на світ і краще бути готовим до ефективного вирішення проблем у нових складних умовах сьогодні, з якими стикається адвокат у своїй професійній діяльності.

В умовах війни, де Україна бореться за свою свободу і демократичні цінності, на яких тримається українське суспільство, важливо, щоб не зупинявся розвиток демократичного інституту адвокатури, який завжди потребував високопрофесійних адвокатів, здатних ефективно захистити права громадян, використовуючи при цьому такий сучасний інструмент, як медіація.

Адвокат, який опанує навички медіатора, зможе бути ефективнішим у вирішенні спорів за участю його клієнта.

У сучасному світі медіація є дієвим інструментом вирішення конфліктних ситуацій майже в усіх сферах праввідносин.

Медіація як процедура альтернативного вирішення спорів поширена в багатьох розвинених країнах світу, зокрема Сполучених Штатах Америки, Великій Британії, Німеччині, Франції та інших.

Ефективність медіаційної процедури визнана Європейським Співтовариством, яке рекомендує її впровадження як основний метод альтернативного вирішення спорів на досудовому етапі та під час судового розгляду.

Країни Європейського Союзу дали згоду на те, що забезпечення верховенства права та кращого доступу до правосуддя повинно включати доступ як до судових, так і до позасудових методів врегулювання спорів.

Вважаємо, що сучасним адвокатам необхідно змінювати стереотип мислення під час надання клієнтам послуг з урегулювання спорів.

Їм необхідно концентрувати увагу не тільки на правових позиціях клієнта, але й на його інтересах, які сховані за цими позиціями. Адвокат має бути спроможним вміти перейти від звичайної для нього стратегії змагальності до вміння застосовувати в інтересах клієнта стратегію консенсусу і компромісу у взаємовідносинах з іншою стороною спору для досягнення позитивного результату для клієнта.

Відмінність медіації від судового процесу полягає у тому, що сторони самостійно приймають рішення у спірній ситуації. Рішення задовольняє обидві сторони спору і виконується ними добровільно. Медіатор лише допомагає сторонам налагодити ефективну комунікацію та знімає напруження між ними за допомогою спеціальних навичок і комунікативних технік.

Медіатор — як скло, яке знаходиться посередині і розділяє сторони конфлікту. Він відображає їх як дзеркало, що допомагає сторонам конфлікту по-іншому подивитися на спірну ситуацію й ефективно вирішити спір.

Медіація навчає нас, як правильно поводитися з людьми, як відчувати їхні настрої і правильно з ними взаємодіяти для досягнення позитивного результату у спірних питаннях.

Необхідно пам'ятати, що будь-яка медіація — це перемовини, але не будь-які перемовини є медіацією, що здатна допомогти сторонам ефективно вирішити спір.

Медіація, на відміну від перемовин, є гнучкою процедурою, яка базується на ефективній структурі етапів процедури медіації за участю незалежного посередника.

26-й президент США, лауреат Нобелівської премії миру Теодор Рузвельт сказав: «Найголовніша формула успіху — знання, як поводитися з людьми».

Колеги, вдосконалюйтеся професійно, опануйте нові навички і впевнено крокуйте до нових звершень і перемог за наші демократичні цінності, залізу Волю і Свободу, за шлях до захисту Верховенства права, який свого часу обрала Україна, отримавши свою незалежність.

*З повагою,
Владислав Ситюк,
адвокат, сертифікований бізнес-медіатор ТПП Мюнхена та Верхньої
Баварії, Голова Комітету з питань правової політики Громадської
ради Міністерства юстиції України*

РОЗДІЛ 1.

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО МЕДІАЦІЮ

1.1. ПОНЯТТЯ, ОСОБЛИВОСТІ ТА УЧАСНИКИ МЕДІАЦІЇ

Відповідно до Закону України «Про медіацію», що набрав чинності 15 грудня 2021 року, **медіація** — позасудова добровільна, конфіденційна, структурована процедура, під час якої сторони за допомогою медіатора (медіаторів) намагаються запобігти виникненню або врегулювати конфлікт (спір) шляхом переговорів.

Медіація є неформальною процедурою, що робить комунікацію між сторонами більш зручною, а процедуру врегулювання спору ще більш ефективною. Треба пам'ятати, що процедура медіації є структурованою і слідує поступовими етапами, кожен з яких допомагає сторонам медіації ефективно вирішити спір.

Учасниками процедури медіації є сторони медіації, медіатор (медіатори), особи, які за домовленістю сторін медіації залучені до медіації, зокрема законні представники, адвокати, захисники, перекладачі, експерти та інші особи.

Перед початком процедури медіації медіатор здійснює формальні процедури, а саме:

1) вступ до медіації:

- медіатор представляється сторонам;
- надає можливість представитися сторонам;
- підписує зі сторонами договір на проведення медіації, в якому зазначається гонорар медіатора, згода сторін на участь у процедурі медіації та інші передбачені законом та домовленістю сторін умови;
- перевіряє обсяг повноважень сторін, необхідних для прийняття рішень за результатами медіації;
- вчиняє інші необхідні підготовчі дії;

2) вступне слово медіатора.

На цьому етапі медіатор розповідає сторонам про суть медіації та процедуру її проведення, свою роль у вирішенні спору. Медіатор допомагає сторонам знайти прийнятне для обох сторін рішення шляхом налагодження між сторонами ефективної комунікації і зняття емоційного напруження під час медіації.

Медіатор повинен пояснити сторонам, що він не експерт, не консультант і не надає порад щодо шляхів вирішення спорів, а лише забезпечує між сторонами ефективну комунікацію, що сприяє сторонам у прийнятті ними самостійно взаємовигідного рішення.

Формат, правила проведення процедури медіації, її строки та інші організаційні питання медіатор має погодити зі сторонами.

Медіатор обов'язково перед початком проведення процедури медіації повинен розповісти сторонам про принципи її проведення, яких повинні дотримуватися сторони і медіатор, зокрема:

— **добровільності** — ніхто не може бути примушений до медіації, сторони та медіатор у будь-який момент мають право відмовитися від участі в медіації. Процедура медіації є гнучкою і неформальною та такою, що сприятиме досягненню найбільш ефективних результатів медіації;

— **конфіденційності** — конфіденційною є вся інформація, що стосується медіації, зокрема про пропозицію та готовність учасників конфлікту (спору) до участі у медіації, факти та обставини, що стали відомі під час медіації, висловлені судження та пропозиції сторін медіації щодо врегулювання конфлікту (спору), зміст угоди за результатами медіації.

Жодна зі сторін медіації, медіатор, інші учасники медіації, а також організація, що забезпечує проведення медіації, не мають права розголошувати інформацію, що стосується медіації, без письмової згоди сторін медіації.

У разі коли медіатор отримав від однієї зі сторін інформацію, що стосується медіації, він може розкрити таку інформацію іншій стороні тільки за згодою сторони, яка надала таку інформацію. За розголошення інформації, що стосується медіації, без письмової

згоди сторін медіації настає відповідальність, передбачена законом або договором про проведення медіації;

— **незалежності, нейтральності та неупередженості медіатора** — під час медіації медіатор як нейтральна третя особа повинен бути незалежним від сторін медіації, органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших фізичних і юридичних осіб.

Медіатор не може:

- 1) суміщати функцію медіатора з функцією іншого учасника медіації в одному конфлікті (спорі);
- 2) надавати сторонам медіації консультації та рекомендації щодо прийняття рішення по суті конфлікту (спору);
- 3) приймати рішення по суті конфлікту (спору) між сторонами медіації;
- 4) бути представником або захисником будь-якої зі сторін у судовому розслідуванні, судовому, третейському чи арбітражному провадженні у конфлікті (спорі), в якому він є чи був медіатором.

Тобто з огляду на це медіатор не представляє інтереси жодної зі сторін медіації.

Медіатор повинен бути неупередженою особою, яка допомагає сторонам конфлікту (спору) здійснити комунікацію, досягти розуміння та проводити переговори.

Медіатор має право надавати сторонам консультації та рекомендації щодо порядку проведення медіації та фіксування її результатів.

Медіатор не має права вирішувати конфлікт (спір) між сторонами медіації або спонукати сторони до прийняття конкретного рішення по суті конфлікту (спору);

— **самовизначення та рівності прав сторін медіації** — сторони медіації самостійно обирають медіатора (медіаторів) або організацію, що забезпечує проведення медіації.

Сторони медіації самостійно визначають перелік питань, що обговорюються, варіанти врегулювання конфлікту (спору), зміст угоди за результатами медіації, строки та способи її виконання, інші питання щодо конфлікту (спору) та проведення медіації. Інші

учасники медіації можуть надавати консультації та рекомендації сторонам медіації, але рішення приймається виключно сторонами медіації.

Якщо стороною медіації є неповнолітня особа або особа, цивільна дієздатність якої обмежена, вона приймає рішення з дотриманням вимог законодавства з урахуванням обсягу її дієздатності.

Медіація здійснюється на засадах рівності сторін. До сторін медіації повинне бути рівне ставлення, кожній з них повинні бути надані рівні можливості для висловлення своєї позиції. Зобов'язання медіатора повинні бути однаковими стосовно всіх сторін медіації.

Адвокати та інші представники сторін можуть брати участь у медіації на всіх етапах її проведення та консультиувати сторони з усіх питань, пов'язаних з предметом спору.

Відмінною особливістю медіації є структурованість процедури проведення переговорів. Тобто існує чітка послідовність кроків, якими медіатор має провести сторони. У різних країнах, різних школах по-різному називають ці кроки — стадії, фази, етапи, однак незалежно від назви та кількості кроків алгоритм проведення переговорів завжди є однаковим.

Досить поширеним є такий підхід до визначення структури медіації.

I. ПОШУК ТЕМ ДЛЯ ОБГОВОРЕННЯ

Кожна зі сторін за пропозицією медіатора починає висвітлювати конфлікт (спірну ситуацію) зі свого погляду. Після короткого резюмування доповідей сторін медіатор разом зі сторонами формує перелік тем, які сторони хочуть обговорити, а також визначає блок спірних і беззаперечних питань. Тобто на цьому етапі сторони за допомогою медіатора здійснюють пошук тем для обговорення і надають їм ваги. Після цього медіатор резюмує основні теми (питання) обговорення та запитує у сторін, чи є їм що додати до зазначеного. Також на цьому етапі медіатор пропонує кожній зі сторін пріоритетизувати теми (питання) для обговорення, з якої теми (питання) вони хочуть почати та залежно від обстановки, яка існує в процедурі медіації, вибирає за погодженням зі сторонами

формат обговорення — індивідуальних чи спільних зустрічей зі сторонами. Погляди сторін на конфліктну ситуацію стають предметом обговорення в процедурі медіації.

II. РОБОТА З ІНТЕРЕСАМИ

Теми для обговорення є основою для з'ясування інтересів сторін. Після їх пошуку медіатор починає ставити запитання, які направлені на виявлення і дослідження інтересів кожної зі сторін медіації. Питання, які допомагають медіатору виявляти інтереси сторін, зазвичай є такими: «Що для вас є важливим?», «Чому це для вас важливо?», «Яке рішення зі спірного питання є бажаним для вас?», «Що ви хочете отримати в результаті вирішення спору (питання) на свою користь?».

Також на цьому етапі медіатор разом зі сторонами починає обговорення виявлених інтересів. Під час обговорення медіатор перевіряє усвідомлення сторонами наслідків бажаного ними рішення. Для цього медіатор ставить питання кожній зі сторін, на кшталт, якими, на Вашу думку, можуть бути наслідки від бажаного для вас рішення? Сторони можуть активно користуватися консультаціями адвокатів, які в змозі професійно пояснити сторонам правові наслідки від бажаних ними рішень.

III. ПОШУК ВАРІАНТІВ РІШЕНЬ

За допомогою ефективної комунікації медіатора та розширення переговорного поля сторони завдяки виявленим інтересам спільно шукають рішення щодо спірної ситуації та здійснюють їх оцінку, тобто починають працювати над вирішенням спору. Сторони за допомогою медіатора напрацьовують якомога більше варіантів для задоволення інтересів сторін. Під час пошуку рішення у сторін з'являється більше свободи дій для прийняття гнучких і нестандартних рішень, позаяк вони мають певну свободу та не зв'язані правовими позиціями, на відміну від судового процесу. У будь-якому разі не треба забувати, що рішення, які напрацьовуються сторонами, мають бути в першу чергу законними,

а також справедливими, ефективними, розумними та виконуваними для сторін. На цьому етапі адвокати сторін можуть давати їм поради, юридичні консультації щодо практичної реалізації рішень сторонами медіації.

IV. ОФОРМЛЕННЯ СПІЛЬНИХ РІШЕНЬ СТОРІН І ВИЗНАЧЕННЯ ШЛЯХІВ ЇХ РЕАЛІЗАЦІЇ

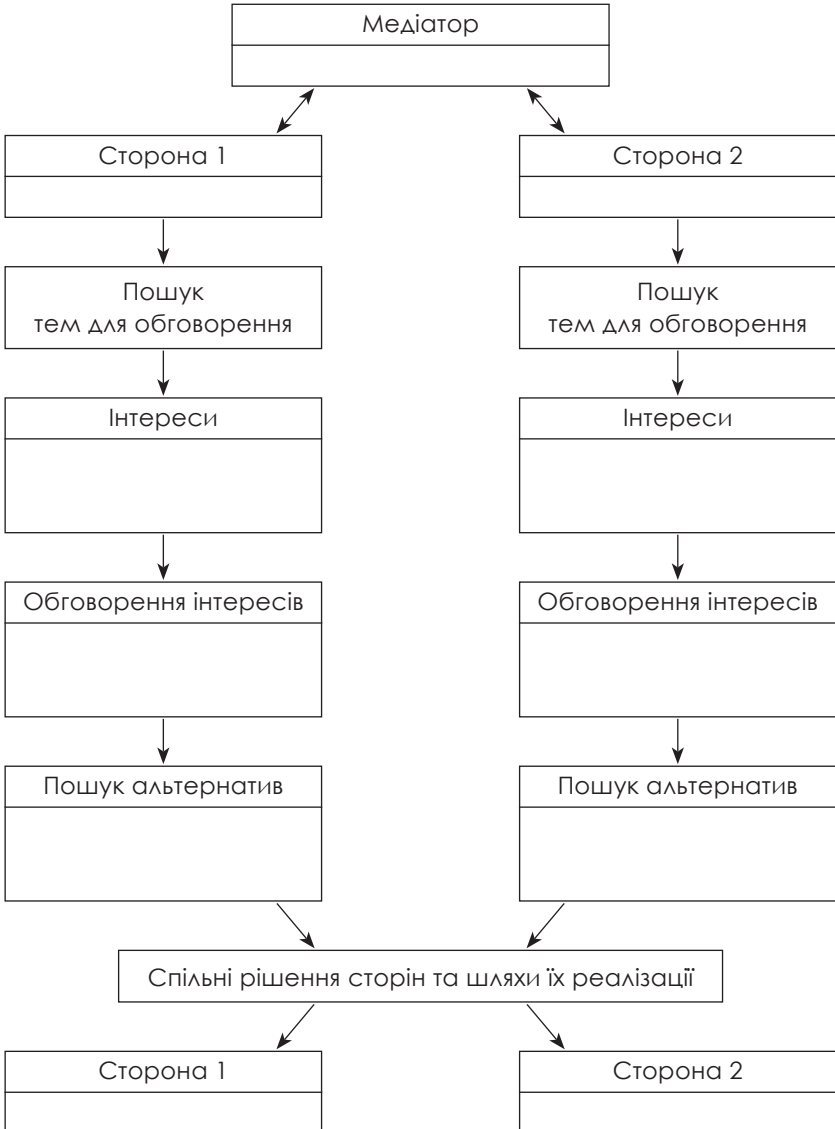
За допомогою медіатора сторони формують спільні рішення за результатами процедури медіації. Сторони можуть залучати адвокатів та інших фахівців для правильного оформлення рішення за результатами домовленостей. Слід зазначити, що спільні рішення сторін за результатами медіації, як правило, виконуються добровільно і можуть знаходити своє відображення:

- у діях сторін, направлених на виконання рішення одразу після медіації;
- в угоді за результатами медіації;
- в іншому договорі (договорах), передбаченому(их) законодавством.

Під час проведення процедури медіації медіатор дотримується наведеної вище структури процедури медіації, що необхідно для більш ефективної та зручної роботи з учасниками (сторонами) процедури медіації та більш ефективної комунікації між сторонами, що є запорукою успішної медіації.

Розроблений та наведений нижче план може використовуватися медіаторами для більш ефективної комунікації між сторонами та зручності проведення процедури медіації.

ПЛАН ПРОВЕДЕННЯ ПРОЦЕДУРИ МЕДІАЦІЇ



1.2. РОБОТА З ІНТЕРЕСАМИ ПІД ЧАС МЕДІАЦІЇ

Найбільша складність, з якою медіатори стикаються в процесі медіації, це те, що люди часто плутають процеси медіації і посередництва. Однією з головних відмінностей між посередництвом і тим, що роблять у процесі медіації фахівці, є те, що посередники не завжди працюють з інтересами сторін. Це призводить до того, що переговори зводяться до позиційного торгу відразу ж після озвучення позицій сторін. Позиції — це те, чого сторони вимагають, а інтереси — це те, що сторонам дійсно потрібно.

Наприклад, люди створюють бізнес для того, щоб він приносив гроші. Але потім, якщо не побачити це вчасно, виявляється, що одні партнери хочуть вкласти гроші в бізнес і реінвестувати прибутки, щоб бізнес ширився і в перспективі заробляв більше. Інші партнери можуть мріяти про маленький бізнес, який приносить гроші одразу, а отже, не йдеться про реінвестування. Таким чином, підґрунтя для майбутнього конфлікту готове. Причина — непорозуміння через погано проговорені інтереси кожної зі сторін.

Інший приклад з нашої практики. Один із партнерів мріє про бізнес, який спрямований на розвиток культури, формування нових цінностей, громадянської позиції тощо. Тобто для нього — це промрія, для втілення якої ціна питання не має значення. Відповідно, на думку його партнера, не кожен бізнес-юніт у компанії повинен генерувати прибуток і може потребувати дотацій від прибуткових бізнес-юнітів. Його роль у такому разі більше бути проектом престижу для бізнесу в цілому. Отже, заплановані збитки для такої ситуації — це цілком нормально. Інший партнер може з цим не погоджуватися і вважати, що бізнес завжди повинен генерувати гроші. Коли різниця в поглядах на ціль бізнесу і співпраці двох партнерів з'ясовується занадто пізно, ми маємо конфлікт не на «переправі», а коли бізнес запущений і «коні мчаться» на повній швидкості і зупинити їх вже неможливо без втрат у грошах і стосунках.

Під час гасіння пожежі конфлікту, якщо на перше місце входять потреби збереження репутації для бізнесу і партнерів, стиснувши зуби, всі намагаються зберегти бізнес за будь-яку ціну. Бізнес перестає приносити не тільки гроші, а й задоволення. Чи можна цього уникнути? Так. Справжній генератор конфлікту був запущений тоді, коли майбутні партнери по-чесному і прозоро,

усвідомлено не проговорили, що ж було насправді мотивацією і глибинним інтересом кожного з них, коли спільний бізнес тільки народжувався.

Як видно з наведених прикладів, медіація може бути корисною не тільки у випадках вирішення конфліктів, а в першу чергу для їх профілактики. Медіація може допомагати сторонам зрозуміти, що саме вони збираються створювати і чому вони це хочуть робити разом. «Дякуємо Вам за те, що Ви поставили нам питання, які б ми ніколи не поставили один одному», — давали зворотний зв'язок на одній із партнерських медіацій сторони. Чому? Тому що люди часто не люблять ставити питання один одному про ризики, тому що бояться створити думку, що вони не довіряють один одному або не вірять в успіх спільної справи. А медіатор може це зробити, тому що ставити складні питання — це його робота.

Це стосується не тільки бізнесових відносин. Якось довелося допомагати молодій парі, яка збиралася укласти шлюб, вирішувати питання щодо необхідності укладення шлюбного контракту. Наречена заперечувала саму можливість шлюбного контракту, бо для неї — це було «не про кохання», а наречений наполягав на укладенні контракту, але не зміг пояснити, чому для нього це було важливо. Лише після години розмови в медіації з'ясувалося, що чоловік хотів зберегти свої дошлюбні накопичення. Адже будь-яке майно, придбане у шлюбі на дошлюбні гроші, за законом могло би в майбутньому вважатися спільним майном подружжя. Чоловік не відчував, що його дошлюбні гроші у безпеці. Згодом молода жінка зрозуміла і відчула переваги того, що шлюбний контракт може захистити і її власні інтереси, визначивши режим коштовних подарунків, які вона отримала від нареченого, а також майна, яке вона придбаватиме у шлюбі. Єдина проблема полягала в тому, що вона не уявляла, як пояснити необхідність контракту близьким і знайомим, адже «це не про кохання» і не про довіру. Тобто питання конфіденційності і збереження обличчя вийшло на перший план, і пара обговорила, яким чином, кому подавати інформацію про укладення шлюбного контракту, а яка інформація залишиться назавжди їхнім спільним секретом.

Важко уявити, як би вирішилося питання, якби воно вирішувалося на «верхівці айсбергу» (на рівні позицій сторін), де завжди

спершу звучать вимоги «я хочу шлюбний контракт» проти «я не хочу шлюбний контракт». Здавалося б, рішення знайти неможливо. Переможцем був би тільки хтось один, що призводило б до недовіри у стосунках, саботажу рішень, а, можливо, і взагалі поставило б питання шлюбу під сумнів.

«Боже, дай мені не те, що я хочу, а те, що мені треба», — молитва ченців Гошівського монастиря, що біля Моршина. «Справжня медіаторська молитва», — подумала я, адже ми часто навіть не замислюємося, що наші вимоги й інтереси, які стоять за ними, — це різні речі. Отже, давайте розрізняти інтереси і позиції не тільки в медіації, а й у реальному житті. Це допоможе знаходити рішення там, де інші вважають це неможливим.

Робота з інтересами сторін проводиться на фазі дослідження інтересів, відразу після визначення тем для обговорення. На етапі обговорення тем, у той час як сторони обмінюються своїм баченням ситуації, медіаторам важливо «упакувати» їхні «хочу» й «очікую від іншого» у нейтральні теми для обговорення. Сформульовані широко і нейтрально теми дозволяють легко перейти на рівень пошуку інтересів простим питанням: «Чому для вас важливо обговорювати сьогодні цю тему?».

Чи ми знаємо, що медіатори працюють із питаннями? Цьому навчають всі і всюди. І вивчити запитання неважко. Важко почути відповіді, адже всі знають, що «чути» і «слухати» — це різні речі.

Наприклад, на просте запитання, що для вас репутація, ми можемо почути різні відповіді: «Це те, як я виглядаю в очах важливих для мене людей», «Репутація — це мій капітал, який дозволяє множити мої статки» тощо. Почувши таке, медіатори розуміють, що в першому випадку йдеться перш за все про психологічні потреби учасників, а в другому — людина захищає свій ресурс, який дозволяє навіть при скороченні маркетингових бюджетів отримувати свого клієнта, тому що довіра до бренду компанії буде основним стимулом для клієнта до покупки послуги. Тобто репутація у цьому разі буде не психологічним інтересом людини, а ресурсом, який вона хотіла б захистити. Не дарма так багато зараз йдеться про чорний PR, під прицілом якого саме ресурс бізнесу конкурента — його репутаційний капітал.

Природно, що залежно від того, який інтерес важливий, варіанти рішень, які генеруються в процесі медіації, будуть різними.

Пасткою для медіатора тут можуть, як не дивно, стати його власні інтереси. Медіатор може непомітно для себе оцінювати, що важливо або неважливо для сторони, пропускаючи питання пріоритетності інтересів клієнтів через свої власні сприйняття щодо того, що для сторони є добром, а що — злом. Особливо це стосується психологічних потреб клієнтів щодо статусу, поваги, безпеки тощо, тобто інтересів, які важко виміряти і «помацати». Наріжним каменем проблеми може стати питання «справедливості» в процесі медіації. Одна з наших випускниць, до речі, юристка за фахом, ділилася труднощами, з якими їй прийшлося стикнутися в процесі медіації. Найважчим для неї виявилось не закрити сторони: «Але ж по закону Ви маєте право на більше!», коли вона побачила, що одна зі сторін діє всупереч своїм законним правам. Медіаторка перепитала сторону, чи потрібна їй консультація юристів, і, як виявилось, людина свідомо відмовлялася від частини своїх прав, бо розраховувала отримати взамін щось більш цінне.

Розрізняють інтереси за видами:

- а) за змістом: ресурсні, психологічні, процедурні. Наприклад, гроші можуть бути і ресурсним інтересом, коли йдеться про їхню кількість, і психологічним, коли йдеться про справедливість, і процедурним, коли йдеться про правову фіксацію взятих на себе фінансових зобов'язань;
- б) за критерієм спільності: протилежні, взаємні, спільні. Спільні інтереси — це те, що тримає всі сторони за столом переговорів. Наприклад, мотивуючим спільним інтересом може бути конфіденційність і бажання unikнути репутційних ризиків. Взаємні інтереси — це коли один інтерес «вимінюється» на інший. Протилежний — це коли предмет інтересу сторін є бажаним однаковою мірою для кожної зі сторін.

У медіації ми працюємо з тим, що важливо для сторін, а не для медіатора. Прикладом взаємного інтересу може бути випадок, коли сторона готова відмовитися від свого майна (ресурсний інтерес) і обміняти його на згоду про розлучення («процедурний інтерес»). Медіатору таке бажання може видатися несправедливим, адже «порушуються права сторони». Але слід утримувати себе від того, щоб «вчиняти правосуддя». Сторона сама знає, як для неї краще. У протилежному випадку є ризик перетворитися

на людину, яка «заподіює добро» або, інакше кажучи, шкодить своєму клієнту.

Отже, багато хто знає запитання, які з легкої руки Українського центру медіації назвали золотими питаннями в медіації: «Що для Вас важливо?», «Чому для Вас це важливо?», «Що це для Вас означає?». Але мало хто згадує про четверте запитання, яке є, очевидно, важливим, але саме тому, що це дуже очевидно, мало хто з ним працює. Четверте питання звучить так: «Що для Вас найбільш важливо?». Це стосується ключових для учасників інтересів, тому що конфлікт — це не завжди про гроші. Наприклад, якщо сторона прагне справедливості або хоче змусити іншого поважати себе, люди можуть витратити багато ресурсів, щоб покарати іншого. Саме з цим іноді пов'язана причина, чому конфліктуючі сторони йдуть до суду. Вони можуть іти туди не для того, щоб зберегти або збільшити свої статки, а для того, щоб перемогти, затягнути час, зруйнувати репутацію іншого тощо. Чому? Тому що в бажаннях людини царює суцільна плутанина між позицією (наприклад, «я хочу, щоб він страждав»), та інтересом, який за цим стоїть, а саме потребою поваги, справедливості, безпеки тощо.

Коли сторони не розуміють до кінця сутність свого «хочу» і неполягають на тому, що би йти до суду, вони забувають, що рішення суду часто не є гарантією задоволення інтересу сторони. Позивач частіше за все у разі виграшу справи може отримати судовий документ, який, фактично, означає одне «ти маєш рацію». Та частогусто після безперспективних намагань швидко виконати судове рішення сторона може зрозуміти, що амбіції («Ура, перемога!») задоволені, а інтерес — ні.

Ще однією особливою ознакою медіації є те, що медіатори працюють не тільки з інтересами сторін, які сидять за столом переговорів, а й беруть до уваги інтереси всіх важливих для сторін медіації осіб. Якщо знову звернутися до прикладу зі шлюбним контрактом, мені пригадується розмова з моїм т'ютором з англійської мови, американкою за походженням. Вона була дуже здивована тим, що в Україні не популярні шлюбні контракти. «Це взагалі не про інтереси жінки», — схвильовано зазначила вона, і пояснила, що, на її думку, контракт дозволяє у першу чергу захистити права майбутніх дітей.

Таким чином, діти, інші члени родини, а також люди, які мають владу і повноваження і зрештою сам бізнес, можуть мати окремі

інтереси в медіації і впливати на рішення, яке приймається. Інакше ми можемо отримати, як наслідок, саботаж при виконанні рішення або ж прийняте рішення буде нежиттєздатним і нереалістичним для виконання. Наприклад, наша випускниця розповідала випадок, коли при підписанні корпоративної угоди один із партнерів начебто не заперечував умови угоди, але водночас зволікав висловити остаточну думку і не казав твердого «так», знаходив відмовки щодо готовності підписати угоду. Коли медіатор під час кави-паузи між іншим запитав тет-а-тет у цього партнера, чи все добре, отримав відповідь: «З дружиною порадитися треба».

Тобто чоловік не хотів озвучувати цю потребу при інших партнерах, але для нього це було важливо. І медіація не мала потрібної динаміки, тому що в учасника не було можливості погодити своє рішення з важливою для нього людиною, врахувати її думку й інтереси.

Окремо хотілося б зупинитися на інтересах адвокатів, які представляють сторони медіації. Очевидно, що є виклик, з яким стикаються майже всі, до кого звертаються клієнти за допомогою. Дилема «запропонувати клієнту переговори/медіацію чи все ж таки переконати йти в судовий процес» не є оригінальною й автентичною тільки для українських адвокатів.

Анекдот про те, як син відомого адвоката вирішив справу, з якою його батько не міг впоратися багато років, є добре відомим у США, й у Великій Британії, і в Німеччині. Адже юристи — також люди (пробачте за такий оригінальний висновок) і для них також важливі питання фінансової безпеки. Але, як колись з нами поділився думками відомий іноземний юрист з багаторічним стажем роботи, до суду завжди тягнуть клієнтів тільки незрілі юристи. Професіонали знають, що на переговорах можна заробити більше, швидше, підвищити рівень задоволеності клієнта, зробити його лояльним і таким, що буде рекомендувати вас іншим клієнтам. А отже, гарні переговори або медіація можуть збільшити репутаційний капітал, створити точки диференціації на складному конкурентному ринку юридичних послуг, залучати більше клієнтів. Від адвокатів вже доводиться чути, що все частіше приходять клієнти із запитом на вирішення проблеми і при цьому роблять застереження, що «це не про суд». Невміння або небажання адвоката відповідати на такі виклики — прямий шлях до втрати клієнта.

Інший приклад, корпоративні юристи. Якщо йдеться *про конфлікти в компанії*, конфлікти між учасниками бізнес-об'єднання, кластера, партнерами в бізнесі, суд тут не тільки не допоможе, а й може зашкодити. Чому? У таких ситуаціях всі учасники ситуації, метафорично висловлюючись, плывуть в одному човні, а отже, зберегти його цілим і неушкодженим для них життєво важливо. Як важливим є і збереження стосунків, адже співробітники залишаються працювати в одній компанії і їх ефективність, як працівників, залежить від продуктивної взаємодії.

Суб'єкти господарювання — різні юридичні особи часто є ланцюгами одного бізнес-процесу. Від призупинення діяльності внаслідок конфлікту між двома господарюючими суб'єктами, які є ланцюжками цього бізнес-процесу, втрачають усі.

Важлива також і конфіденційність, наприклад при розділі компанії між партнерами, тому що суд — це часто репутаційні ризики, які можуть впливати на зниження вартості бізнесу на ринку, що означає шалені втрати для всіх.

Є ще одна причина, яка робить знання інтересів важливим для медіатора. Коли вмієш працювати з інтересами, легко будувати гіпотези про те, де саме медіація може бути затребуваною у першу чергу, тобто в якій ніші ринку медіація буде розвиватися перш за все.

Медіація — це про конфіденційність. Отже, сфери бізнесу, де конфіденційність важлива, є дуже перспективними. Наприклад, розвиток медіації у сфері медичних послуг. Сурогатне материнство, косметологічні операції, донорство, штучне запліднення тощо. Навряд чи клієнти хотіли б гучних справ у суді з обговоренням всіх «смачних» деталей справи. І якщо переговори у таких справах ведуться юристами, які не можуть вийти за коло методології проведення «жорстких переговорів» і «чорної риторики», це може закінчуватися вкрай погано для клієнта.

Медіація — це про час і швидке вирішення спорів. Шукайте, де клієнти не можуть чекати з вирішенням спорів, тому що постраждає не тільки їхній бізнес, а й бізнеси, які від нього залежні. Наприклад, якщо спір між генпідрядником і генеральним замовником не вирішується довгий час, можуть страждати інтереси постачальників, інвесторів та інших зацікавлених осіб.

Медіація — це про збереження стосунків. Україй важливо у переговорах, де люди змушені жити на одній території, бути впевненими в безпеці — своїй і своєї родини, мати комфортне проживання тощо. Тому комунікації між представниками органів місцевого самоврядування і мешканцями цієї території дуже важливі. Для одних це про якість життя, а для інших — про перспективу бути переобраними на наступний термін.

Зразковим є досвід Німеччини, коли між бізнесом і місцевою владою є абсолютно нормальним обговорення варіантів того, як зробити територію привабливою для туристів. Адже тільки за умови розуміння власних інтересів і бачення того, що інтереси влади і бізнесу в цьому випадку збігаються, можна рухатися разом і вигравати. Бізнес отримує клієнтів, місцева влада — додаткові податки до бюджету.

Отже, у медіації при роботі з інтересами, важливо пам'ятати таке.

1. Питання на дослідження інтересів: «Що важливо?», «Чому важливо?», «Що це означає?».
2. Питання на пріоритетизацію інтересів: «Що найбільш важливо?».
3. Беріть до уваги інтереси не тільки сторін процесу, але й за можливості всіх «агентів впливу».
4. Розрізняйте різні види інтересів (ресурсні, психологічні, процедурні), намагайтеся працювати із суттю проблеми і шукайте, що стоїть за образливими словами і вимогами сторін.

1.3. ЮРИДИЧНЕ ОФОРМЛЕННЯ ДОМОВЛЕНОСТЕЙ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ МЕДІАЦІЇ

Домовленості, досягнуті сторонами конфлікту за результатами медіації, як правило, виконуються ними добровільно, адже це — результат кропіткої праці сторін із пошуку взаємоприйняттого рішення під час процедури медіації. Однак є чимало питань у контексті коректного оформлення таких домовленостей і правової природи угоди за результатами медіації.

Існує певна плутанина через хибне ототожнення угоди за результатами медіації (іноді навіть самої процедури медіації) з мировою угодою. Важливо розуміти, що мирова угода — це документ, а медіація — це шлях, яким сторони можуть досягти порозуміння та дійти до мирової або якоїсь іншої угоди.

Мирова угода та угода за результатами медіації не є тотожними поняттями. *Принципова різниця* полягає в тому, що **мирова угода**:

- може бути укладена в рамках відкритого судового провадження;
- має стосуватися лише прав та обов'язків сторін судового процесу;
- може бути оформлена за результатами вирішення правового спору;
- вихід за межі предмета судового спору допускається лише за певних умов;
- затверджується ухвалою суду, яка є виконавчим документом;
- суд має право відмовити в затвердженні мирової угоди.

У разі невиконання затвердженої судом мирової угоди ухвала суду про її затвердження може бути подана для її примусового виконання в порядку, передбаченому законодавством для виконання судових рішень.

Що ж стосується правової природи угоди за результатами медіації — вона є кардинально іншою.

Угода за результатами медіації:

- є різновидом цивільно-правової угоди, що фіксує результат домовленостей сторін медіації;
- може бути укладена в будь-який час — до звернення до суду, під час судового процесу, на стадії виконання судового рішення;
- сторонами угоди за результатами медіації є сторони медіації. Якщо, наприклад, медіація проводиться у спорі, що перебуває на розгляді у суді, то сторонами медіації можуть бути не лише сторони цього судового процесу, а й інші особи, які є сторонами конфлікту (спору);
- може бути оформлена за результатами вирішення будь-якого конфлікту, а не лише правового спору;

- у разі невиконання однією зі сторін угоди за результатами медіації інша сторона має звертатися за захистом своїх прав до суду з відповідним позовом.

Стаття 21 Закону України «Про медіацію» визначає зміст угоди за результатами медіації. Так, в угоді за результатами медіації зазначаються:

- 1) дата і місце укладення угоди;
- 2) відомості про сторін медіації та їхніх представників;
- 3) медіатор (медіатори), суб'єкт, що забезпечує проведення медіації (за наявності), реквізити договору про проведення медіації та/або правил проведення медіації;
- 4) узгоджені сторонами медіації зобов'язання, способи та строки їх виконання, а також наслідки їх невиконання або неналежного виконання;
- 5) інші умови, визначені сторонами медіації.

При цьому угода за результатами медіації не повинна містити положень, що порушують права та інтереси інших осіб, інтереси держави або суспільні інтереси.

В угоді за результатами медіації сторони медіації можуть вийти за межі предмета конфлікту (спору), зазначеного в договорі про проведення медіації, або за межі предмета позову (заяви), якщо медіація проводиться під час досудового розслідування, судового, третейського, арбітражного провадження або під час виконання рішення суду, третейського суду чи міжнародного комерційного арбітражу.

Угода за результатами медіації укладається сторонами медіації в погодженій ними усній (винятком є надання соціальної послуги медіації) чи письмовій формі. Медіатор не є стороною такої угоди, адже вона не містить зобов'язань з його боку.

Істотною особливістю медіації є її гнучкість. Такою ж гнучкістю характеризується й закріплення домовленостей за результатами медіації. Сторони обирають ту форму, що найбільше «пасує» до ситуації та відповідає їх інтересам.

Найчастіше спосіб закріплення домовленостей залежить від таких факторів:

- законодавчі вимоги;

- інтереси сторін медіації (що є для них важливим у контексті оформлення домовленостей);
- ступінь довіри сторін одна до одної.

Залежно від обставин за результатами медіації може укладатися одна угода чи декілька різних угод. Наприклад, якщо домовленості передбачають передання нерухомого майна, то додатково до угоди за результатами медіації сторони мають укласти відповідний нотаріально посвідчений договір (дарування, купівлі-продажу тощо).

Часто угода за результатами медіації є певним дороговказом для сторін — у ньому можуть бути зафіксовані наступні кроки, що мають вчинити сторони. Наприклад, з'явитися до нотаріуса для переоформлення нерухомого майна або підготувати якийсь процесуальний документ (заява, клопотання тощо). Медіатор допомагає сторонам визначити всі необхідні деталі таких кроків (хто, коли, куди, на яких умовах) задля виключення можливості виникнення непорозуміння. Як зазначалося вище, сторони можуть врегулювати спір за допомогою медіації як у досудовому порядку, так і на будь-якій стадії судового процесу, що також впливає на оформлення домовленостей.

Якщо сторони звертаються до медіації *в досудовому порядку*, то одним з результатів домовленостей, що відображається в угоді за результатами медіації, може бути зобов'язання сторін про звернення до суду надалі з відповідним позовом. Необхідність звернення до суду може бути обумовлена законодавчою вимогою щодо вирішення питання виключно в судовому порядку. Наприклад, коли мова йде про розлучення та поділ бізнесу подружжям, що має дітей.

Доволі часто сторони звертаються до медіації *за наявності відкритого судового провадження* (іноді їх може бути декілька одночасно). У такому випадку під час медіації сторонам потрібно визначитися, що далі відбуватиметься із судовим провадженням. Існують різні варіанти. Результатами домовленостей можуть бути:

- укладення сторонами мирової угоди (в адміністративному судочинстві — заяви про примирення) та подання її на затвердження до суду;

- звернення позивача до суду із заявою про залишення позову без розгляду;
- звернення позивача до суду із заявою про відмову від позову;
- звернення відповідача до суду із заявою про визнання позову.

Сторони мають розуміти наслідки кожного з обраних варіантів.

Існують особливості оформлення домовленостей за результатами медіації як соціальної послуги, а також медіації між потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим.

У Державному стандарті соціальної послуги посередництва (медіації), затвердженому наказом Міністерства соціальної політики України від 17.08.2016 № 892 (далі — Стандарт), використовується термін «угода про примирення», що означає угоду про розв'язання конфлікту/спору та/або усунення/відшкодування спричиненої шкоди. Угода про примирення: містить спільне рішення сторін щодо врегулювання конфлікту/спору між отримувачами соціальної послуги, які перебувають у конфлікті/спорі; складається відповідно до вимог цивільного та господарського кодексів; не може містити положень, що порушують чинне законодавство. Сторони медіації мають право за власним бажанням відмовитися від укладення угоди про примирення.

Стандарт встановлює вимогу щодо обов'язкової письмової форми угоди про примирення та необхідності її підписання медіатором. У разі невиконання стороною узятих на себе зобов'язань за угодою про примирення інша сторона має право звернутися до суду в установленому законом порядку для захисту порушених прав і законних інтересів.

Якщо медіація проводилася між потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим у провадженні щодо кримінальних проступків, нетяжких злочинів чи у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення, домовленості можуть бути оформлені у формі угоди про примирення.

Відповідно до статті 471 Кримінального процесуального кодексу України в угоді про примирення зазначаються: її сторони, формулювання підозри чи обвинувачення та його правова кваліфікація із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність, істотні для відповідного кримінального провадження обставини, розмір шкоди, завданої кримінальним

правопорушенням, строк її відшкодування чи перелік дій, не пов'язаних з відшкодуванням шкоди, які підозрюваний чи обвинувачений зобов'язані вчинити на користь потерпілого, строк їх вчинення, узгоджене покарання та згода сторін на його призначення або на призначення покарання та звільнення від його відбування з випробуванням, наслідки укладення та затвердження угоди, наслідки невиконання угоди. В угоді зазначається дата її укладення та вона скріплюється підписами сторін.

Резюмуючи, можна зробити висновок, що медіація є гнучкою процедурою, орієнтованою на потреби та інтереси сторін. Тому залежно від суті домовленостей, досягнутих за результатами медіації, сфери та інших чинників існує безліч варіантів їх оформлення. У зв'язку із цим велике значення мають кваліфікований юридичний супровід сторін під час оцінки та оформлення результатів медіації, що є окремим напрямом діяльності сучасного адвоката.

1.4. КОНФІДЕНЦІЙНІСТЬ МЕДІАЦІЇ

Одним з основоположних принципів медіації є принцип конфіденційності. Питання конфіденційності завжди є досить неоднозначним, тож зупинимося на ньому детальніше.

В Україні правове регулювання конфіденційності здійснюється на підставі Закону України «Про інформацію», Кримінального кодексу України, Цивільного кодексу України, а також з урахуванням вимог Європейського кодексу поведінки медіаторів, Директиви № 2008/52/ЄС Європейського Парламенту та Ради, а також Модельного закону ЮНСІТРАЛ 2002 року у редакції від 2018 року.

Зокрема, у статті 9 Модельного закону ЮНСІТРАЛ передбачено, що у разі, коли медіатор отримує від однієї зі сторін інформацію, що стосується спору, він може розкрити зміст цієї інформації іншій стороні медіації. Однак якщо сторона повідомляє медіатору будь-яку інформацію під прямою умовою про збереження її конфіденційності, то ця інформація не розкривається іншій стороні медіації. Статтею 10 Модельного закону ЮНСІТРАЛ передбачено, якщо сторони не домовилися про інше, то зберігається

конфіденційність всієї інформації, що належить до процедури медіації, за винятком тих випадків, коли її розкриття потрібне за законом або для цілей виконання або приведення у виконання мирової угоди.

Тож Модельний закон ЮНСІТРАЛ визначає не лише важливість принципу конфіденційності медіації, але й окреслює випадки, коли інформації може надаватися статус конфіденційної, а також передбачаються дії медіатора під час роботи з інформацією і окремі можливості для розкриття конфіденційності процесу медіації.

Однією з умов принципу конфіденційності, окрім того, що зазначено у статті 9 Модельного закону ЮНСІТРАЛ, є обов'язок медіатора роз'яснювати сторонам медіації принцип конфіденційності інформації. При цьому медіатор зобов'язаний інформувати сторони про будь-які відповідні обмеження конфіденційності (наприклад, інформація про жорстоке поводження з дітьми або вчинення злочину).

Конфіденційність медіації означає, що ніхто не буде завдавати шкоди особистим правам сторін, а також, що треті особи та самі сторони і медіатор не будуть втручатися в економічне та соціальне життя сторони під час і після медіації. Однак це може бути лише за умови, що сторони детально повідомлені про всі особливості принципу конфіденційності процесу медіації. Конфіденційність процесу медіації — це як привілей, оскільки жоден із позасудових способів врегулювання рішення не ставить за мету забезпечити конфіденційність процесу. Успішність же медіації залежить саме від захисту інформації, яка не може бути використана надалі в судових процесах чи арбітражі.

Стосовно договору про проведення медіації, який і визначає порядок роботи з конфіденційною інформацією, то умови такого договору визначають обов'язки медіатора та сторін дотримуватися певних правил щодо роботи з інформацією під час медіації. Окрім того, договір про проведення медіації зазвичай передбачає, що ані медіатор, ані сторони не будуть розголошувати жодній особі, крім осіб, яких вони погодили, інформацію, яку вони отримали під час медіації.

Договір про проведення медіації оформляється на підставі норм законодавства та не може суперечити йому. У таких договорах дозволяється робити застереження, що доступ до інформації

або розголошення інформації можливий за умови попередньої письмової згоди сторін.

Разом з тим сторони не позбавлені можливості укласти окрему угоду про конфіденційність інформації.

У договорі про проведення медіації або в угоді про конфіденційність медіації можна передбачити зобов'язання, що конфіденційність застосовується не лише до усних чи письмових повідомлень, а й до будь-яких дій, поведінки або мови тіла, сторони, почуттів, переконань або сприйняття інформації.

Однак варто пам'ятати, що договір про проведення медіації не заважає сторонам надавати докази, які підтверджують факт звернення до медіатора, якщо це потрібно для судового розгляду для підтвердження факту врегулювання спору позасудовим способом (за умови, наприклад, якщо у договорі була певна вимога про врегулювання спору за допомогою медіації і цей факт потрібно підтвердити для суду). Однак такі докази можна надавати лише в тому обсязі, наскільки це технічно та законодавчо можливо для підтвердження умов врегулювання. Це означає, що сторони можуть підтверджувати факт існування процесу медіації та надавати докази, які б підтверджували факт проведення медіації і прийняття рішення. Разом з тим сторони не можуть надавати до суду інформацію, що стала відомою їм у процесі медіації, та докази, які були використані у процесі медіації.

Отже, конфіденційність процесу медіації робить цей процес цілісним і створює певні переваги перед іншими позасудовими способами врегулювання спорів і не дозволяє судовим органам та арбітру досліджувати докази, які було отримано у рамках медіації, або оцінювати інформацію, що стала відомою під час медіації. При цьому конфіденційність медіації у комерційних справах створює гарантії, що ніхто не буде завдавати шкоди особистим правам сторін, а також, що треті особи та самі сторони і медіатор не будуть втручатися в економічне та соціальне життя сторони під час і після медіації. При цьому усі сторони та медіатори повідомлені та знають про обмеження щодо конфіденційності інформації, а всі деталі щодо конфіденційності закріплені в угоді про конфіденційність або в договорі про проведення медіації.

1.5. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ МЕДІАТОРА

Для медіації вкрай важливими є питання відповідальності третьої нейтральної сторони — медіатора.

Тема відповідальності медіатора є складною та суперечливою, яка активно обговорюється у кожній державі світу та у рамках кожної організації медіаторів. Загалом відповідальність медіатора можна поділити на такі групи: зобов'язання, які медіатор несе як будь-який інший суб'єкт господарювання; відповідальність, що стосується безпосередньо практики медіації.

У країнах ЄС та в асоційованих членів Європейського Союзу медіатори несуть дисциплінарну, цивільну та кримінальну відповідальність за дії або бездіяльність під час медіації. Медіатори можуть притягуватися до відповідальності за неправдиву рекламу, порушення договору, комерційної таємниці, шахрайство, втручання в ділові відносини та приватне життя, наклеп, нецензурну поведінку, порушення обов'язків у процесі медіації, порушення етики.

Законом України «Про медіацію» передбачено цивільно-правову, адміністративну, кримінальну та дисциплінарну відповідальність медіатора. Однак Законом не встановлено порядку притягнення медіаторів до відповідальності. Також в Україні відсутній спеціальний орган, який би розглядав скарги стосовно діяльності медіаторів. Ймовірно, питання дисциплінарної відповідальності чи порушення затвердженого такими організаціями кодексу етики вирішуватимуть саморегулівні об'єднання медіаторів.

У нашій країні немає єдиного етичного кодексу, затвердженого на державному рівні. Українські медіатори керуються етичними кодексами, які розроблені громадськими організаціями. Адже медіатор як член громадської організації зобов'язаний дотримуватися такого кодексу. У разі ж якщо він «працює сам на себе» і не входить до жодної громадської організації, то у своїй практиці він має визначитися, якими етичними нормами буде керуватися у власній діяльності та обов'язково повідомити про це сторін медіації до початку процедури. Тут існують різні опції — він може добровільно приєднатися до будь-якого відкритого для приєднання етичного кодексу однієї з громадських організацій шляхом публічного сповіщення про це або орієнтуватися на Європейський кодекс медіаторів. Якщо український медіатор є членом певної міжнародної організації,

наприклад Всесвітньої організації з інтелектуальної власності, то на нього поширюють свою дію Медіаційні правила цієї організації, у яких, зокрема, передбачено таке: якщо медіатор провів медіацію за правилами цієї організації, то він не може бути притягнутий до відповідальності. Разом з тим порушення цих же правил стає наслідком притягнення до дисциплінарної відповідальності.

Виникає цілком логічне питання, яку ж тоді відповідальність несе український медіатор?

- Медіатор як особа, яка надає послуги на комерційній основі, несе цивільну відповідальність на підставі укладеного договору. У цьому разі — це договір про надання послуг. Тож якщо медіатором порушуються умови та строки виконання зобов'язань, порядок проведення процедури медіації, порушення умов конфіденційності, завдано сторонам матеріальної або моральної шкоди чи, можливо, інше, що передбачено договором, то сторони можуть звернутися до суду з відповідним позовом про захист порушеного права.
- За окремі дії або бездіяльність, що містять ознаки складу кримінального правопорушення, медіатора може бути притягнуто до кримінальної відповідальності. Заявником є фізична або юридична особа, яка звертається з відповідною заявою або повідомленням до правоохоронного органу, уповноваженого розпочати досудове розслідування.
- У разі якщо медіатор є членом будь-якої з громадських організацій, то за вчинення проступку може нести дисциплінарну відповідальність, види якої визначені відповідним локальним регламентом. Підставою для розгляду питання про дисциплінарну відповідальність медіатора слугуватиме відповідне звернення (заява, скарга) особи.

1.6. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МЕДІАЦІЇ В УКРАЇНІ

Медіація в Україні існує майже 30 років, але правові засади та порядок її проведення були визначені лише 16 листопада 2021 року із прийняттям Закону України «Про медіацію» № 1875-IX. Попри те, що відсутність законодавчого закріплення

не була перепорою для проведення медіації як різновиду переговорів, прийняття Закону має фундаментальне значення для її розвитку як інституту сучасного права. Прийняття цього Закону має вирішальне значення для:

- сприяння підвищенню поінформованості населення про медіацію та формування довіри до цієї процедури завдяки правовій визначеності щодо сутності процедури, ролі медіатора, прав та обов'язків її учасників тощо;
- легалізації професії медіатора та відповідного виду діяльності;
- налагодження взаємодії із судами та іншими органами влади з питань медіації;
- забезпечення реалізації норм процесуального законодавства щодо неможливості допиту медіатора як свідка про відомості, які стали йому відомі під час медіації;
- забезпечення дотримання Україною зобов'язань за Конвенцією ООН «Про міжнародні угоди, досягнуті за результатами медіації» (Сінгапурська конвенція з медіації).

Відмінною особливістю Закону є його рамковість — він визначає основні терміни, окреслює сферу застосування, закріплює основоположні принципи медіації, розкриває питання статусу медіатора та проведення медіації, а також вносить мінімальні зміни до законодавства. Оскільки Законом фактично унормовується те, що вже багато років функціонує, перед законодавцем стояла досить складна задача — віднайти баланс у правовому регулюванні, який би сприяв надалі розвитку медіації завдяки правовій визначеності, але водночас був позбавлений надмірної деталізації, яка є згубною для її розвитку. І саме рамковість Закону дозволила досягти цього балансу, що надає широкі можливості для проведення медіації та створює простір для самовизначення сторін медіації.

Отже, зупинимся на окремих положеннях Закону.

Закон визначає терміни: медіація, медіатор, сторони медіації, учасники медіації, суб'єкт, що забезпечує проведення медіації, об'єднання медіаторів, правила проведення медіації, а також медіаційна угода, договір про проведення медіації та угода за результатами медіації. Важливо звернути увагу, що термін «медіаційна угода» (за аналогією з арбітражною угодою) використовується для позначення письмової угоди учасників правовідносин про

спосіб врегулювання всіх або певних конфліктів (спорів) шляхом медіації. Тобто медіаційна угода — це те, що зазвичай оформлюють у формі медіаційного застереження у договорах. Статті 20 та 21 Закону визначають зміст договору про проведення медіації та угоди за результатами медіації.

Медіація визначається не лише як спосіб врегулювання конфліктів (спорів), але й як спосіб запобігання їх виникненню в майбутньому.

Сфера суспільних правовідносин, у яких може бути проведена медіація, дуже широка — будь-які конфлікти (спори), у тому числі цивільні, сімейні, трудові, господарські, адміністративні, а також справи про адміністративні правопорушення та кримінальні провадження з метою примирення потерпілого з підозрюваним (обвинуваченим).

Медіація може бути проведена до звернення до суду, третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу або під час досудового розслідування, судового, третейського, арбітражного провадження, або під час виконання рішення суду, третейського суду чи міжнародного комерційного арбітражу.

Проведення медіації не впливає на перебіг позовної давності.

У Законі розкриваються основні принципи медіації — добровільності, конфіденційності; нейтральності, незалежності та неупередженості медіатора; самовизначення та рівності прав сторін.

Принципи поширюються не лише на саму процедуру медіації, але й на підготовку до неї (період, що передує укладенню договору про проведення медіації).

Встановлюються обмеження щодо неможливості суміщення функції медіатора з функцією іншого учасника медіації, зокрема адвоката сторони медіації. Також у Законі міститься заборона медіатору бути представником або захисником будь-якої зі сторін у досудовому розслідуванні, судовому, третейському чи арбітражному провадженні у конфлікті (спорі), в якому він є чи був медіатором. Таким чином, якщо адвокат був медіатором у якомусь спорі, то надалі він вже не може в цьому спорі бути представником або захисником сторони медіації.

Законом визначається роль медіатора — він допомагає сторонам конфлікту здійснювати комунікацію, досягати порозуміння та проводити переговори. При цьому медіатор не надає сторонам

рекомедацій щодо суті конфлікту (спору) та сам не приймає жодних рішень щодо його суті. Єдині допустимі консультації та рекомендації медіатора можуть стосуватися суто процедури (порядку проведення) медіації та фіксування результатів. Статті 10, 11 та 15 Закону визначають права, обов'язки та відповідальність медіатора.

У Законі визначаються вимоги до медіатора — наявність базової підготовки медіатора тривалістю щонайменше 90 годин, з яких не менше 45 годин — практичне навчання. Також визначені вимоги до сертифікатів про проходження підготовки. Закон містить перехідну норму щодо набуття статусу медіатора особами, які фактично були та є українськими медіаторами протягом всіх цих років. До недавнього часу необхідною та достатньою тривалістю навчання медіаторів вважалося 48 годин. Тому відсутність такої перехідної норми позбавила б Україну більшості досвідчених медіаторів-практиків через формальну невідповідність новим вимогам.

Медіатором не може бути особа, яка має судимість, особа, цивільна дієздатність якої обмежена, або недієздатна особа.

У Законі закріплено так звану «множинність» реєстрів медіаторів. Об'єднання медіаторів та суб'єкти, що забезпечують проведення медіації, мають вести реєстри медіаторів відповідно до вимог статті 14 Закону щодо наявності необхідних відомостей і розміщення у відкритому доступі в мережі Інтернет. При цьому медіатор має право здійснювати діяльність, навіть якщо він не перебуває в жодному з реєстрів.

Медіатор може надавати послуги з медіації на платній чи безоплатній основі, за наймом, через суб'єкта, що забезпечує проведення медіації, через об'єднання медіаторів або індивідуально. Медіатор проводить медіацію індивідуально як фізична особа, яка провадить незалежну професійну діяльність, або як фізична особа — підприємець.

Закон закріплює обов'язок медіатора щодо дотримання норм професійної етики. Розробка кодексів професійної етики здійснюється об'єднаннями медіаторів. Об'єднання можуть визнати та приєднатися до існуючих кодексів професійної етики. Наприклад, це може бути Європейський кодекс поведінки медіатора, Кодекс професійної етики медіатора, розроблений представниками різних об'єднань медіаторів на базі громадської організації «Національна асоціація медіаторів України», чи будь-який інший кодекс. Важливо, що під

час підготовки до медіації медіатор має надати сторонам конфлікту (спору) для ознайомлення кодекс професійної етики, якого він дотримується у своїй діяльності.

Законом визначені підстави припинення процедури медіації, зокрема: укладення сторонами медіації угоди за результатами медіації; закінчення строку проведення медіації та/або дії договору про проведення медіації; відмова хоча б однієї зі сторін медіації або медіатора (медіаторів) від участі в медіації; визнання сторони медіації або медіатора (медіаторів) недієздатною особою або особою, цивільна дієздатність якої обмежена; смерть фізичної особи, яка є стороною медіації, або ліквідація юридичної особи, яка є стороною медіації; інші випадки відповідно до договору про проведення медіації та правил проведення медіації.

Статті 18 та 19 Закону визначають права та обов'язки сторін медіації, зокрема обов'язок щодо виконання угоди за результатами медіації в порядку та строки, встановлені такою угодою.

Кодекс законів про працю України (стаття 222-1) передбачає можливість врегулювання шляхом медіації трудового спору між працівником і власником або уповноваженим ним органом. Обов'язковою вимогою є письмова форма договору про проведення медіації у трудових спорах. Подібна норма міститься у Земельному кодексі України щодо врегулювання шляхом медіації земельних спорів (стаття 158-1).

Процесуальне законодавство теж надає можливості для примирення сторін судового провадження шляхом медіації. Так, відповідно до ч. 7 статті 46 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) сторони можуть примиритися, у тому числі шляхом медіації, на будь-якій стадії судового процесу. У статті 67 ЦПК встановлено неможливість допиту медіатора як свідка. У підготовчому засіданні суд з'ясовує у сторін, чи бажають вони провести позасудове врегулювання спору шляхом медіації та, якщо сторони виявили таке бажання, надає їм час для того, щоб вони могли взяти участь в інформаційно-оціночній зустрічі з медіатором. Якщо сторони судового провадження вирішать розпочати процедуру медіації, суд за їхнім клопотанням зупиняє провадження у справі на час проведення медіації, але не більше 90 днів з дня постановлення ухвали про зупинення провадження. Як зазначалося вище, у разі наявності відкритого судового провадження мирова угода може бути одним

зі способів оформлення домовленостей за результатами медіації. У разі якщо домовленості про укладення мирової угоди, відмову позивача від позову, визнання позову відповідачем досягнуто сторонами за результатами проведення медіації, повертається 60 % судового збору, сплаченого під час подання позову, апеляційної чи касаційної скарги. Аналогічні норми містяться у Господарському процесуальному кодексі України та Кодексі адміністративного судочинства України.

Окремої уваги заслуговує правове регулювання медіації як соціальної послуги. Законом України «Про соціальні послуги» медіація визнається однією з базових соціальних послуг. До недавнього часу медіація не була самостійною соціальною послугою, а вважалася другим етапом надання соціальної послуги посередництва (медіації). Законом були внесені зміни до Закону України «Про соціальні послуги», якими медіацію було відокремлено від послуги посередництва. Сьогодні соціальна послуга медіації надається відповідно до Державного стандарту соціальної послуги посередництва (медіації), затвердженого наказом Міністерства соціальної політики України від 17.08.2016 № 892. Цей наказ має важливе значення, адже до прийняття Закону він був єдиним нормативно-правовим актом, що регулював питання медіації, надавав визначення термінам і закріплював принципи. На цей момент наказ, звісно, вже не є актуальним, але є чинним і буде застосовуватися до моменту затвердження Державного стандарту соціальної послуги медіації. Проект нового державного стандарту вже розроблений та найближчим часом очікуємо на його затвердження Міністерством соціальної політики України.

Законом України «Про безоплатну правову допомогу» визначено, що безоплатна первинна правова допомога включає такий вид правової послуги, як надання допомоги в забезпеченні доступу особи до медіації (частина 2 статті 7). І якщо проведення медіації у спадкових і сімейних спорах на базі системи надання безоплатної правової допомоги поки що здійснюється виключно силами медіаторів-ентузіастів, то медіація в межах програми відновлення для неповнолітніх має необхідне правове регулювання. 21.01.2019 був підписаний спільний наказ Міністерства юстиції України, Генеральної прокуратури України «Про реалізацію пілотного проекту «Програма відновлення для неповнолітніх,

які є підозрюваними у вчиненні кримінального правопорушення» № 172/5/10. Пізніше було прийнято постанову Кабінету Міністрів України «Деякі питання надання послуг посередництва (медіації) адвокатами, включеними до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу» від 3 червня 2020 року № 445 та видано наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Змін до Положення про центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги» від 12 січня 2021 року № 97/5. Хоча медіація не згадується у нормах Кримінального кодексу, сама наявність можливості примирного завершення кримінально-правового конфлікту стала підставою для впровадження практики відновного правосуддя в Україні. Можливості для проведення медіації у кримінальному провадженні, у тому числі, базуються на інституті угоди про примирення між потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим.

РОЗДІЛ 2. МЕДІАЦІЯ В АДВОКАТСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

2.1. МЕДІАЦІЯ — РОЗШИРЕННЯ ПРОФЕСІЙНИХ МОЖЛИВОСТЕЙ АДВОКАТА

З огляду на професійну діяльність адвокатам чи не щодня доводиться мати справу з конфліктами різних видів і ступенів розвитку. Адже по суті робота з конфліктами — невід’ємна складова діяльності кожного адвоката, що займається представництвом інтересів клієнтів у судах, захистом їхніх прав у кримінальних провадженнях або ж супроводженням складних переговорних процесів з контрагентами та іншими партнерами.

Часто адвокати настільки звикають бути у конфліктному середовищі, що починають почуватися в ньому впевнено, іноді навіть комфортно. При цьому отримані за роки практики прийоми, методи та інструменти поведінки в конфлікті, які дають бажаний результат, більшість адвокатів кладуть в основу алгоритму захисту, який використовується майже в кожній справі. Дійсно, якщо такий алгоритм працює і веде до успіху, то чому ж його не використовувати? Абсолютно не оспоряючи право кожного адвоката самостійно визначати стратегію і тактику захисту прав клієнта, вам доцільно спробувати дещо змістити фокус звичного погляду на конфлікти та подивитися на них з іншого ракурсу. Це дасть можливість усвідомити, що стратегія конкуренції або домінування, яку найчастіше використовують адвокати у будь-якому спорі, не єдино можлива для ефективного його вирішення. Крім того, така стратегія в деяких випадках може бути невинуватюваною з низки причин, наприклад, коли, окрім ситуаційної перемоги, важливим також є збереження нормальних відносин з опонентом або коли відкрите протистояння очевидно забере забагато ресурсу у кожній зі сторін конфлікту. У таких випадках доцільно аналізувати всі можливі стратегії поведінки у конфлікті для побудови позиції захисту на основі найкращої для конкретної

справи і не виключати можливість того, що на цьому етапі компроміс або консенсус — те, чого дійсно потребує клієнт адвоката.

Виходити з переваг інтересів клієнта адвоката зобов'язують профільний закон, а також Правила адвокатської етики (ч. 2 статті 8 Правил).

Правилами адвокатської етики також передбачено, що адвокат за можливості сприяє досудовому та позасудовому порядку урегулювання спорів між клієнтом та іншими особами (ч. 3 статті 8 Правил).

Отже, обов'язок адвоката при наданні правової допомоги клієнту — донести клієнту всі можливі шляхи руху до поставленої клієнтом мети, включаючи будь-які альтернативні способи вирішення спорів.

Однією з таких дієвих альтернатив є проведення медіації між сторонами. Залучення незалежного та нейтрального посередника, який не представляє жодну зі сторін та володіє необхідним набором інструментів і компетенцій для врегулювання спору, може стати саме тою процедурою, яка допоможе вирішити проблему клієнта адвоката з урахуванням його істинних потреб. Отримання рекомендації щодо участі в медіації саме від адвоката стане чудовим фундаментом для тривалих довірливих стосунків між клієнтом та адвокатом, до якого клієнт звертатиметься за допомогою при виникненні будь-якого правового питання в майбутньому, оскільки психологічно такий адвокат сприйматиметься клієнтом як фахівець, який допоможе знайти найкращий вихід із ситуації, а не просто локально вирішить певну проблему.

Саме тому адвокатам варто усвідомити, що медіація — чудовий інструмент для розширення компетенцій, який збагачує професійну діяльність адвокатів додатковими можливостями та, як наслідок, підвищує їх цінність в очах клієнтів. Тож пропонуємо розглянути більш детально питання ролі адвоката в процедурі медіації.

2.2. РОЛЬ АДВОКАТА В МЕДІАЦІЇ

Розпочати цей розділ хотілося б з розвінчування деяких поширених серед адвокатів міфів щодо медіації.

МІФ № 1. «МЕДІАЦІЯ — НЕ ТЕ, ЩО ПОТРІБНО КЛІЄНТУ АДВОКАТА»

Такий вислів у різних інтерпретаціях можна доволі часто почути від адвокатів, які скептично налаштовані до медіації та сприймають її просто як модну, але неефективну тенденцію у сфері вирішення спорів. Аргументують, як правило, тим, що клієнту потрібен результат, а не балачки, або ж тим, що за свою практику провели десятки переговорів і самі здатні допомогти клієнту домовитися.

Однак, якщо ми дещо змістимо фокус уваги, то зможемо діяти цікавих висновків. Традиційно адвокати, захищаючи інтереси однієї зі сторін конфлікту, працюють із ситуацією, у якій кожна сторона всіма силами доводить, що її позиція є єдино правдивою, правильною і можливою. Відповідно позиція іншої сторони сприймається як нечесна і несправедлива. Це відбувається через протиставлення позицій сторін, які дійсно можуть бути суперечливими та взаємовиключними, на перший погляд, що логічно призводить до ескалації конфлікту.

Разом з тим базові принципи управління конфліктами говорять про те, що вирішити конфлікт на рівні позицій неможливо. Для цього потрібно дослідити, які саме інтереси (потреби) стоять за тими позиціями, про які заявляють сторони. Зробити це можна, зокрема, за допомогою використання інструментів медіатора, про що ми детальніше поговоримо трохи далі. Дослідження інтересів кожної сторони конфлікту — надважливий етап медіації, який дозволяє сторонам не тільки розширити поле можливих домовленостей, а й краще зрозуміти мотиви іншої сторони та усвідомити причини її поведінки. Відмова від категоричності, яка притаманна «класичному» алгоритму роботи адвоката з конфліктом, дозволяє усвідомити його учасникам, що кожна сторона має право на свою правду. У медіації немає винуватих і тих, хто має рацію, білих і чорних, адже ми живемо у світі, сповненому різноманітних кольорів і відтінків, тому не варто себе обмежувати баченням всього лише двох з них. Робота з інтересами відновлює довіру учасників конфлікту одне до одного та відкриває великі перспективи для взаємовигідних домовленостей між ними, що дозволяє знизити емоційне напруження та зосередитися на конструктивних спільних рішеннях, сфокусованих на майбутнє.

МІФ № 2. «МЕДІАТОР ТА АДВОКАТ — КОНКУРЕНТИ»

Саме це упередження адвокатів є одним із важливих обмежуючих факторів для широкого застосування медіації як альтернативного способу вирішення спорів у нашій країні. Як правило, таку позицію займають ті адвокати, які не мали реального досвіду участі в медіації та не проходили навчання її основ.

Несправедливість вказаного упередження стає очевидною при порівняльному аналізі ролей і задач адвоката та медіатора у процесі медіації. Тож давайте поглянемо на них детальніше.

Задачею адвоката при веденні справи клієнта є максимально ефективний захист прав та інтересів такого клієнта всіма доступними законними способами. Інакше кажучи, адвокат за будь-яких обставин стоїть на сторожі інтересів клієнта, супроводжуючи його тим шляхом, який такий клієнт обрав (переговори, суд, медіація тощо).

При цьому медіатор не ставить перед собою задачі захистити права та інтереси учасників конфлікту. Навпаки, з огляду на базові принципи медіації медіатор є нейтральним і незалежним від жодної зі сторін спору, відтак він апріорі не може захищати їхні інтереси. Задачею медіатора є забезпечення умов для ефективної комунікації між сторонами спору, у якій сторони зможуть чути одна одну, довіряти одна одній та раціонально шукати спільні варіанти вирішення існуючого конфлікту.

Ролі адвоката та медіатора у процедурі медіації є також абсолютно різними. Так, медіатор (навіть якщо він має юридичну освіту) не надає жодних консультацій сторонам по суті спору — це задача адвокатів кожної зі сторін. Медіатор взагалі може не бути юристом — саме тому, що до його задач не належить консультування сторін конфлікту. Медіатор відповідає за процес комунікації, працює з емоціями сторін, допомагає дослідити їхні інтереси. Адвокат зі свого боку контролює дотримання прав клієнта у процесі медіації та відповідність досягнутих домовленостей вимогам законодавства, а також оформлює такі домовленості документально.

З викладеного вбачається очевидна відмінність між задачами, ролями і функціями адвоката та медіатора в процедурі медіації, що свідчить про неможливість конкуренції між ними. Навпаки,

усвідомлення цінності вкладу кожного та відповідальності за свою сферу компетенцій дасть можливість адвокату та медіатору спільно працювати на єдину мету — максимально ефективне вирішення спору.

МІФ № 3. «МЕДІАЦІЯ ЗМЕНШУЄ ГОНОРАР АДВОКАТА»

Опір адвокатів процедурі медіації пояснюється часто упередженнями про те, що швидке вирішення спору знизить гонорар адвоката, який він міг би отримати у випадку розгляду спору в судовому порядку.

Разом з тим порядок визначення гонорару адвоката врегульований у статті 30 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», відповідно до якої на розмір гонорару впливає не тільки кількість витраченого адвокатом часу на надання правової допомоги клієнту, а й складність справи, кваліфікація і досвід адвоката, фінансовий стан клієнта та інші обставини. Отже, час — не єдиний та навіть не основний критерій, що має враховуватися при визначенні розміру гонорару адвоката. По суті законодавство надає можливість адвокату та його клієнту домовитися про прийнятний для обох сторін та адекватний розмір гонорару адвоката. Крім того, досвід показує, що швидке вирішення спору із застосуванням процедури медіації сприймається клієнтами як свідчення високої кваліфікації адвоката та його здатності знаходити гнучкі й ефективні рішення. Справедливість розміру гонорару адвоката у таких випадках стає очевидною для клієнта і при розрахунку сум заощадженого судового збору та інших витрат на супроводження судових процедур.

Таким чином, надання якісної правової допомоги адвокатом клієнту у процедурі медіації з фокусом на результат дозволяє адвокату розраховувати на гідний гонорар, що розвінчує міф № 3.

З викладеного можна зробити висновок про важливу роль адвоката в процедурі медіації, замістити чи замінити яку неможливо. Адже саме від адвоката залежатиме, наскільки безпечно для його клієнта пройде процедура медіації, наскільки досягнуті домовленості будуть відповідати істинним інтересам клієнта і як якісно вони будуть оформлені документально.

Яку додаткову цінність несе медіація для клієнта адвоката?

- Збереження репутації
- Збереження стосунків
- Зняття психологічного навантаження
- Контроль сторін над процесом
- Заощадження часу та коштів
- Конфіденційність і відсутність публічності
- Нестандартні та гнучкі рішення
- Справедливі, засновані на інтересах учасників рішення
- Підвищення довіри сторін одна до одної та до адвокатів
- Формування лояльності до адвоката через задоволення клієнта отриманим результатом

2.3. МЕДІАЦІЙНІ НАВИЧКИ ДЛЯ ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ РОБОТИ АДВОКАТА

У процедурі медіації використовуються спеціальні навички та техніки для забезпечення ефективної комунікації між сторонами конфлікту, а також особливі прийоми та інструменти, які допомагають структурувати діалог. Одними з таких інструментів, які завжди застосовуються в медіації, є так звані інструменти активного слухання, які, до речі, стануть у пригоді й адвокатам у процесі їх комунікації з клієнтами, партнерами, опонентами. Тож пропонуємо розглянути їх детальніше.

Почати хотілося б із визначення, що ми називаємо активним слуханням. Здавалося б, що тут все зрозуміло, адже адвокати щодня у спілкуванні з клієнтами слухають їх, тож роблять це здебільшого майстерно. Однак пропонуємо знову дещо змістити фокус уваги та поглянути на це питання по-новому. Насправді слухати ми можемо по-різному: уважно чи поверхнево, зосереджено чи розсіяно. Напевно, кожен адвокат може пригадати ситуацію, коли слухати — не означало почути того, хто говорить. Так, слухати спікера ми можемо на різних рівнях:

- **поверхнево**му — коли ми ловимо лише окремі фрази, що потрібні нам для підтвердження нашого припущення про зміст розмови;
- **фактично**му — коли ми уважно слухаємо все, що сказав спікер, і звертаємо увагу на його слова, сприймаючи їх буквально, таким чином, збираючи максимальну кількість інформації про суть розмови;
- **активно**му — коли ми проявляємо інтерес та повагу не тільки до змісту почутої інформації, але й до емоцій і переживань співрозмовника.

Зі свого боку активне слухання також поділяється на види: активне, пасивне та емпатійне, які варто використовувати в комплексі для найкращого результату. Так, **пасивне** слухання доцільно використовувати тоді, коли ви відчуваєте гостру потребу співрозмовника висловитися. У цьому випадку краще не перебивати, слухати мовчки, іноді підтакуючи і знаками сигналізуючи, що ви чуєте, про що говорить співрозмовник.

При власне **активно**му слуханні ви концентруєтесь на суті інформації, демонструєте співрозмовнику свою зацікавленість, уточнюєте та перепитуєте почуте так, щоб дати зрозуміти, що ви прагнете розібратися у ситуації.

Емпатійне слухання демонструє співрозмовнику здатність поставити себе на його місце і спробувати уявити його почуття, висловивши це словами так, щоб він зрозумів, що ви здатні співпереживати на найглибшому рівні. На цьому рівні слухання ви здатні не тільки чути всі сказані слова, а й зосереджено ловити сигнали невербальної комунікації спікера, а також розуміти, які емоції та переживання стоять за тими чи іншими висловами і проявами. Здатність до емпатійного слухання є проявом високої майстерності слухача та обов'язковою навичкою для успішного комунікатора.

Застосування активного слухання дозволяє отримати більше інформації про предмет спору, краще зрозуміти мотиви та інтереси співрозмовника, побудувати довіру в комунікації та сигналізувати співрозмовнику про важливість для вас його слів і поглядів, а також, відкрито використовуючи почуту інформацію, змінювати власну оцінку подій та впливати на висновки партнера з комунікації.

Тепер давайте розглянемо, які інструменти допоможуть нам бути емпатійними слухачами.

РОБОТА З ПИТАННЯМИ

Здатність ставити доречні та своєчасні питання, на наше переконання, є запорукою успіху у будь-якій комунікації — медіації, переговорах і судовому процесі. Влучне питання часто може змінити хід подій і змусити задуматися про важливі речі. Крім того, за допомогою питань ми можемо збирати та уточнювати інформацію, пояснювати позиції, досліджувати інтереси, шукати рішення, оцінювати альтернативи тощо.

Майстерність постановки питань потребує постійного удосконалення, однак першим кроком може стати розуміння її основ. Так, питання можна класифікувати на види та групи за різними критеріями, зокрема:

- *закриті питання* — ті, які передбачають однозначну відповідь — «так» або «ні», спрямовані на підтвердження або спростування певних обставин;
- *відносно закриті питання* — ті, які передбачають однозначну відповідь, виражену у сумах, строках, інших одиницях виміру тощо;
- *відкриті питання* — ті, що передбачають отримання розгорнутої відповіді щодо певних обставин (наприклад: Що ви може пояснити щодо...? Що ви маєте на увазі, коли...?);
- *уточнюючі питання* — спрямовані на прояснення певних обставин, перевірку правильності розуміння почутої інформації;
- *фактологічні питання* — спрямовані на отримання чи уточнення інформації про певні події, обставини, явища, факти;
- *оціночні питання* — різновид відкритих питань на прояснення поглядів і сприйняття співрозмовником певних подій чи вчинків (наприклад: Як ви ставитеся до...? Що ви думаєте з приводу...?);
- *гіпотетичні питання* — передбачають вірогідність настання певних подій чи оцінку їх наслідків (наприклад: Як ви вчините, якщо...? А якщо припустити, що...?);

- *альтернативні питання* — ті, що надають можливість вибору із запропонованих варіантів (наприклад: Що ви оберете — перше чи друге?);
- *рефлексивні питання* — ті, що віддзеркалюють думку співрозмовника (наприклад: Чи правильно я розумію, що...?).

Успішний комунікатор повинен не просто мати в арсеналі велику кількість різних питань, а й уміти використовувати їх, адекватно до ситуації. Різні види питань виконують різні функції у комунікації, тож готуючись поставити чергове питання, варто пам'ятати про те, якої мети ви хочете досягти у цей момент.

Крім того, для ефективної комунікації радимо уникати так званих токсичних питань, які можуть призвести до ескалації конфлікту та поставити під загрозу перемовини надалі, зокрема, провокаційних, маніпулятивних, іноді — риторичних питань. Не варто також ставити множинні питання співрозмовнику, оскільки так ви ризикуєте отримати відповіді тільки на ту частину з них, яку обере ваш співрозмовник.

ПАРАФРАЗ

Суть цього методу зводиться до стислого переказу своїми словами великого об'єму почутої інформації, вичленення основних думок із тривалої промови спікера. Важливо пам'ятати, що, використовуючи парафраз, у жодному разі неприпустимо змінювати почуту інформацію, надавати їй додаткових конотацій і смислів. Метою використання парафразу є надання співрозмовнику розуміння, що його слухають і чують, а також концентрація його на суті з мінімізацією зайвих емоцій. Крім того, техніка парафразу допомагає слухачу перевірити правильність розуміння почутої інформації та відкоригувати її за потреби. Прикладами парафразу можуть бути такі словесні конструкції, як: «Інакше кажучи...», «Ви маєте на увазі, що...», «Якщо я правильно вас розумію...», «Я чую, що ви прагнете...».

ПЕРЕФОРМУЛЮВАННЯ

Цей інструмент використовується у разі потреби сконцентруватися на раціональній складовій розмови, тобто на суті, знизивши при цьому рівень емоційної напруги. Особливо актуальним переформулювання є у спорах з високим рівнем ескалації конфлікту, де кожне необережне слово може стати причиною для вибуху емоцій та поставити під загрозу переговорний процес у принципі. У медіації медіатор бере на себе роль «громовідводу» та активно використовує інструмент переформулювання, позбавляючи почуту інформацію від токсичності та конфліктогенів. Інструмент переформулювання також допомагає у роботі з упередженнями партнерів з комунікації.

Прикладом застосування вказаної техніки може бути фраза, сказана стороною спору: «Із цієї ситуації немає виходу», яку можна повернути через інструмент переформулювання так: «Ви не бачите негайного вирішення цього питання?». Або ж у випадку емоційного повідомлення сторони, на кшталт: «Я вже втомився чути, що звіт досі у процесі підготовки!», медіатор уточнює: «Тобто ви хотіли б знати точний строк, коли Ваша колега зможе підготувати звіт?».

ФРЕЙМІНГ/РЕФРЕЙМІНГ

Інструмент фреймінгу використовується, коли необхідно задати межі чомусь, наприклад стартову ціну товару, що виставляється на торги. Задання вказаної рамки служить відправною точкою надалі для переговорів і торгів між сторонами спору.

Інструмент рефреймінгу ефективний тоді, коли навпаки доцільно вийти за звичну рамку: у разі необхідності зміни оцінки події чи поведінки однієї сторони іншою стороною, або необхідності фокусування сторони не на позиції, а на інтересах, або в інших випадках, коли категоричність однієї сторони заводить переговори у глухий кут. Ефективно у таких випадках працює, наприклад, пропозиція стороні спору оцінити ситуацію з погляду іншої сторони спору, поставивши себе подумки на місце свого опонента. Це сприяє кращому

розумінню сторонами мотивів та інтересів одна одної і наближує їх до спільних рішень.

РАПОРТ

По суті рапорт є віддзеркалюванням слів і поведінки партнера з комунікації шляхом підлаштування під його репрезентативні системи.

Рапорт може проявлятися як у вербальній, так і невербальній комунікації. Використання однакової зі співрозмовником термінології, схожих виразів налаштовує його з вами на одну комунікативну хвилю.

Важливу роль грають також співзвучність жестів, міміки, інтонацій, гучності голосу, темпу мовлення, пози, постави партнерів з комунікації.

Метою використання інструменту віддзеркалювання є налаштування співрозмовника на якісний і довірливий діалог, однак рапорт не має перетворюватись у мавпування партнера з комунікації, оскільки у такому разі це може стати для нього тригером і матиме зворотний від очікуваного ефект.

РЕЗЮМУВАННЯ

Інструмент резюмування є надважливим інструментом у медіації, а також будь-якої комунікації в принципі. Резюмування дозволяє підсумувати почуту інформацію, основні ідеї та почуття сторін, суть досягнутих домовленостей, наявних варіантів рішень тощо. Резюмування також дає сторонам спору відчуття динамічності процесу, дозволяє чітко сформулювати план дій та необхідних кроків надалі з кожної сторони. Використання проміжного резюмування допомагає структурувати процедуру медіації, а фінального — перевірити повноту й реалістичність досягнутих домовленостей, підсумково протестувати їх на відповідність інтересам сторін, а також погодити план реалізації таких домовленостей.

Розглянуті інструменти активного слухання — лише верхівка айсберга з усього арсеналу, який використовується у процедурі

медіації, сприяє налагодженню ефективної комунікації між сторонами спору та допомагає мирно і цивілізовано вирішити спір.

Насправді активне слухання вже стало нормою поведінки у сфері комунікацій. Незалежно від того, представляє адвокат інтереси клієнта в переговорах або в медіації, варто дотримуватися базових комунікаційних правил, зокрема демонструвати:

- доброзичливе налаштування;
- спокійний і впевнений тон;
- здатність контролювати емоції;
- відмову від особистісних оцінок і зауважень;
- вміння відокремити людину від проблеми;
- взаємну повагу до учасників комунікації;
- здатність ставити влучні та доречні питання;
- здатність почути думку іншого та намагатися зрозуміти його інтереси;
- орієнтацію на спільний пошук взаємовигідних рішень;
- фокусування на майбутньому замість бравування минулим.

Дотримання зазначених правил і вміле поєднання їх з інструментами активного слухання посилять позицію адвоката як ефективного комунікатора та дозволять йому більш якісно надавати правову допомогу, а отже, підвищити власну цінність як фахівця в очах клієнта.

РОЗДІЛ 3. ОСОБЛИВОСТІ МЕДІАЦІЇ В ОКРЕМИХ ВИДАХ СПОРІВ

3.1. МЕДІАЦІЯ В КОМЕРЦІЙНИХ СПОРАХ (БІЗНЕС-МЕДІАЦІЯ)

Медіація може застосовуватися з метою врегулювання спорів, що пов'язані зі здійсненням підприємницької та іншої господарської (економічної) діяльності. Вид медіації, спрямований на врегулювання спору між суб'єктами господарювання, є комерційною медіацією, або бізнес-медіацією.

Інститут посередництва при вирішенні спорів існує достатньо давно і позитивно зарекомендував себе в бізнесі. За останні десятиліття підхід комерційних сторін до вирішення спорів змінився. Хоча традиційні форми вирішення спорів (судовий процес та арбітраж) залишаються популярними, комерційні сторони дедалі частіше шукають альтернативні форми вирішення спорів («ADR»), які краще відповідають їхнім комерційним потребам і забезпечують ефективні результати. Посередництво часто виконує таке завдання.

Світова статистика свідчить, що понад 90 відсотків комерційних суперечок вирішуються в досудовому порядку. Медіація — це більше ніж прості переговори, це техніка для посилення переговорів, яка зміщує фокус із відповідних позицій сторін на їхні інтереси та потреби. У той час як переговори зазвичай відбуваються між адвокатами і є частиною змагального процесу, медіація — це процес, у який усі його учасники, комерційні сторони та їхні адвокати, вкладають час і сили.

Комерційна медіація дає змогу суб'єктам господарювання досягти при врегулюванні спору рішення, яке влаштовує всі сторони. Суб'єкт господарювання отримує рішення, яке вигідне для нього, при цьому ризик його невиконання іншою стороною — мінімальний, оскільки таке рішення є одночасно вигідним і для цієї сторони.

Застосування інституту медіації для вирішення комерційних спорів є надзвичайно ефективним і дієвим механізмом, враховуючи високий відсоток звернень до господарських судів і низький відсоток виконання їхніх рішень.

Офіційне закріплення визначення медіації для країн Євросоюзу міститься в Директиві № 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради «Про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах» (далі — Директива).

Медіація відповідно до Директиви означає структурований процес, незалежно від його назви або посилання на нього, за допомогою якого дві або більше сторін спору намагаються самостійно, на добровільній основі досягти згоди для вирішення спору за підтримки медіатора. У Директиві констатується, що встановлення основних засад у цій сфері є необхідним кроком до забезпечення належного розвитку та функціонування позасудових процедур для врегулювання спорів у цивільних і господарських правовідносинах, мета якого — спростити й покращити доступ до правосуддя. Відповідно до положень Директиви медіація може бути ініційована самими сторонами, проводитися за пропозицією або на виконання розпорядження суду, або для виконання приписів законодавства.

Генеральною Асамблеєю ООН усім державам рекомендовано «Типовий закон про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру» (далі — Типовий закон), прийнятий Комісією ООН з права міжнародної торгівлі (далі — ЮНІСТРАЛ) 24 червня 2002 року, який містить однакові правила щодо погоджувального процесу з метою сприяння застосуванню погоджувальної процедури та забезпечення більшої передбачуваності і визначеності при її застосуванні.

У 2018 році Типовий закон був змінений за допомогою включення нового розділу, присвяченого міжнародним мировим угодам і введенню їх у виконання. Типовий закон дістав нову назву «Типовий закон про міжнародну комерційну медіацію та міжнародні мирові угоди, досягнуті в результаті медіації».

У 2002 році Комісія Європейських Співтовариств прийняла Зелену книгу про альтернативні способи вирішення спорів у цивільному та комерційному праві, висловивши побажання надалі встановити такі принципи позасудового врегулювання спору, які будуть аналогічно до правосуддя гарантувати надійність такого

вирішення спорів. Ґрунтуючись на рекомендаціях Зеленої книги, в липні 2004 року Комісія прийняла Європейський кодекс поведінки медіаторів (далі — Кодекс поведінки), який закріплює такі принципи медіації: незалежність, неупередженість, рівність сторін, конфіденційність.

ЯКІ ОСНОВНІ ЗАВДАННЯ ТА ПЕРЕВАГИ БІЗНЕС-МЕДІАЦІЇ?

Основними завданнями медіації в господарських спорах є оперативне вирішення комерційної суперечки, досягнення позитивного результату, який задовольнить усі сторони конфлікту, та ефективне практичне впровадження результатів медіації.

Бізнес-медіація спорів орієнтована на збереження доброзичливих ділових відносин. Адже часто не вирішений вчасно конфлікт створює негативний імідж для обох сторін комерційного спору. Як відомо, інколи навіть відомості про судовий спір, що відображаються в реєстрі судових рішень, позбавляють представників бізнесу майбутніх контрактів. Як показує практика, до медіації частіше вдаються сумлінні учасники бізнесу, які цінують свої ділові відносини, свою репутацію, налаштовані на співпрацю і продовження цих партнерських відносин.

Звертаючись до зарубіжного досвіду, можна відзначити успішний досвід урегулювання спорів у процедурі медіації таких світових компаній і корпорацій, як: Siemens, Audi, Deutsche Bank, Bayer, Deutsche Telecom, Porsche, Bombardier, Lufthansa та інших. За твердженням представників світових компаній, упровадження системи конфлікт-менеджменту й активне використання комерційної та корпоративної медіації привели до істотного збільшення прибутку компаній. У 70 % спорів у компаніях були досягнуті відповідні угоди, виконані сторонами в добровільному порядку, без необхідності їх примусового виконання (джерело: http://www.werner-baurecht.de/media/Dossiers/Interview_Hagel_PDF.pdf).

В Україні експерти також зазначають, що впровадження медіації як способу позасудового вирішення господарського конфлікту значно розвантажить господарські суди та збереже час і кошти його учасникам. Необхідно зазначити, що процедура медіації позитивно впливає на учасників господарського спору, які спільно можуть

прийняти найбільш вигідне для всіх рішення та зберегти порядні партнерські відносини.

У медіації важливою є не правова оцінка ситуації і доведення правоти кожної зі сторін, а орієнтація на збереження відносин сторін у перспективі. При досягненні згоди в межах медіації відпадає необхідність винесення рішення суду по суті спору, але при цьому, якщо суперечка вже в суді, угода сторін може бути затверджена судом у вигляді мирової угоди.

Не всі учасники бізнес-процесів враховують розмір витрат, що виникають у межах тривалих процедур з вирішення суперечок. Адже не секрет, що розгляд судових спорів триває роками і стагнація в період цих процесів завдає значних збитків обом сторонам спору. Медіація в зазначених умовах стає ефективним інструментом для вирішення не тільки самої бізнес-суперечки, але в деяких випадках навіть способом збереження бізнесу.

Необхідно зазначити, що порівняно із судовим способом вирішення комерційних спорів перевагами медіації є:

- неpubлічність вирішення конфлікту між суб'єктами господарювання, внаслідок чого не погіршується ділова репутація сторін спору;
- швидкість вирішення господарських спорів, адже строки вирішення конфліктів за допомогою медіації значно коротші ніж у судовому порядку;
- економічність, оскільки вартість медіації нижча ніж розміри судових витрат;
- спрямованість на пошук рішення, яке б задовольнило інтереси кожної зі сторін.

Згідно з частиною 5 статті 55 Конституції України кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права та свободи від порушень і протиправних посягань. Тобто ця норма не виключає можливості використання медіації як способу захисту прав і свобод людини.

Крім того, прийняття Закону України «Про медіацію» легалізувало медіацію в Україні, що має стати причиною для популяризації бізнес-медіації. Законом були внесені зміни, у тому числі до Господарського процесуального кодексу України (далі — ГПК), у частині розширення можливостей для сторін зупинити провадження у справі

для проведення медіації, укласти мирову угоду за результатами її проведення, отримати часткове повернення судового збору в разі досягнення сторонами домовленості про укладення мирової угоди, відмову позивача від позову або визнання позову відповідачем за результатами проведення медіації.

Крім того, у п. 2 ч. 1 статті 67 ГПК зазначено, що медіатори не можуть бути допитані як свідки щодо інформації, яка була ними отримана в процесі надання послуг медіації.

Аналогічна норма міститься в пункті 2 частини 1 статті 70 Цивільного процесуального кодексу України, а саме: не можуть бути допитані як свідки: особи, які за законом зобов'язані зберігати в таємниці відомості, що були довірені їм у зв'язку з наданням професійної правничої допомоги або послуг посередництва (медіації) під час проведення позасудового врегулювання спору.

ЯКІ СПОРИ ВИРІШУЮТЬСЯ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ БІЗНЕС-МЕДІАЦІЇ?

Визначення терміна «комерційний» у згаданому Типовому законі ЮНСІТРАЛ передбачається тлумачити широко, з тим щоб охопити питання, що впливають з будь-яких правових відносин комерційного характеру — договірних чи недоговірних. Типовий закон ЮНСІТРАЛ закріплює невичерпний перелік відносин комерційного характеру: будь-які торгові угоди на постачання товарів або послуг чи обмін товарами або послугами; дистрибуторські угоди; комерційне представництво або агентські відносини; факторинг; лізинг; будівництво промислових об'єктів; надання консультативних послуг; інжиніринг; ліцензування; інвестування; фінансування; банківські послуги; страхування; угоди про експлуатацію або концесію; спільні підприємства та інші форми промислового або підприємницького співробітництва; перевезення товарів або пасажирів повітряним, морським, залізничним або автомобільним транспортом.

Необхідно зазначити, що бізнес-медіація — це не тільки вирішення спорів між контрагентами. Бізнес-медіація поширюється й на вирішення суперечок щодо корпоративного управління.

Суперечки щодо управління стосуються повноважень і дій органів управління, а також їх відмови діяти. Ці конфлікти можуть

виникнути між органами управління товариством та його акціонерами/учасниками або між директорами та виконавчим керівництвом. Вони також можуть стосуватися питань між самими директорами, а також між радою та іншими зацікавленими сторонами. Суперечка про управління стосується так чи інакше правління — як сторони або активного учасника конфлікту, тому вимагає згоди директорів для вирішення конфлікту в процедурі бізнес-медіації. Суперечки щодо корпоративного управління виникають різними способами. До загальних суперечок належать розбіжності між акціонерами компанії та компанією або її правлінням. Наприклад, акціонер або група акціонерів заявляє, що їх права як акціонерів були порушені або що вартість їхніх акцій знизилася.

Можуть також мати місце суперечки між правлінням і генеральним директором та/або вищим керівництвом. Наприклад, правління наймає генерального директора та надає йому повноваження управляти компанією. Правління може поставити під сумнів результати роботи генерального директора або інакше бути ним незадоволеним. Генеральний директор може бути стурбований процесом прийняття рішень правлінням. Обидві ситуації можуть створити напружену атмосферу, у якій продуктивність компанії може бути погіршена. У таких випадках доцільно запрошувати бізнес-медіатора для вирішення суперечки між сторонами.

Суперечки між членами правління також є предметом для проведення бізнес-медіації. Сторонами таких спорів можуть бути голова, генеральний директор та всі інші виконавчі директори. Суперечки між правлінням і представниками виконавчого органу компанії або трудовими колективами також є предметом для проведення комерційної медіації.

Вирішення спорів між контрагентами за господарськими договорами та інших спорів між компаніями трапляються щодня. Строки постачань, якість товарів і послуг, затримки платежів або відмова приймати роботи — стандартні проблеми для бізнесу. У пандемію до поширених проблем договірних відносин додалися десятки нових. Не всі партнери при цьому готові йти назустріч один одному і пом'якшувати або змінювати умови контрактів, що підвищує рівень конфліктності в цій сфері. У вирішенні таких спорів також чудово працює бізнес-медіація.

На сьогодні спори у сфері інтелектуальної власності також є предметом процедури бізнес-медіації. Конфлікти можуть виникати стосовно договорів щодо розпорядження об'єктами інтелектуальної власності (ліцензійні договори та договори про відчуження прав), авторства, спільного створення і використання результатів інтелектуальної праці тощо.

Конфлікти та спори у сферах ІТ, будівництва не є винятками для бізнес-медіації.

Щодо спорів у сфері банкрутства медіація може застосовуватися до ініціювання процесу банкрутства як ефективний правовий засіб запобігання складного механізму неплатоспроможності. Необхідно зазначити, що передбачена можливість застосування процедури медіації також на будь-якій стадії банкрутства в межах інституту мирової угоди.

Положеннями статті 21 ГПК встановлено, що не допускається об'єднання в одне провадження кількох вимог, які підлягають розгляду в порядку різного судочинства, якщо інше не передбачено цим Кодексом.

Враховуючи вищенаведені положення, комерційна медіація має перевагу, оскільки, на відміну від судового порядку, застосовуючи процедуру медіації, можна вирішити спір одночасно за декількома різними вимогами.

Важливою перевагою проведення комерційної медіації також є те, що спори, які виникають між сторонами та мають різні територіальні юрисдикції, можна вирішити швидше й економічно вигідніше для сторін.

НА ЯКІЙ СТАДІЇ МОЖЛИВЕ ПРОВЕДЕННЯ БІЗНЕС-МЕДІАЦІЇ?

Важливо знати, що медіація можлива на будь-якій стадії бізнес-суперечки: на досудовій стадії, на стадії судового розгляду (позасудова) або на етапі виконавчого провадження.

Відповідно до п. 2 ч. 1 статті 182 ГПК суд у підготовчому засіданні має з'ясувати, чи бажають сторони провести позасудове врегулювання спору шляхом медіації. Нормами чинного законодавства України прямо не передбачено обов'язку суду інформувати сторони про можливість урегулювати спір шляхом медіації та можливості

зупинити провадження у справі для надання сторонам часу для примирення. Але при цьому частиною 5 статті 196 ГПК передбачено, що під час розгляду справи по суті суд має сприяти примиренню сторін. Водночас у ГПК відсутні положення, які б зобов'язували суд зупинити провадження у справі у зв'язку з проведенням медіації за згодою сторін. Таким чином, проведення процедури медіації може відбуватися фактично в інтервалах між судовими засіданнями чи в порядку, передбаченому для досягнення мирової угоди.

Якщо сторони домовилися провести позасудове врегулювання спору шляхом медіації, суд може оголосити перерву в підготовчому засіданні (п. 5 ч. 5 статті 183 ГПК).

Важливою є норма, яка передбачає обов'язок суду зупинити провадження у випадку звернення обох сторін із клопотанням про зупинення провадження у справі у зв'язку з проведенням медіації (п. 3-1 ч. 1 статті 127 ГПК).

Як уже було зазначено, результати домовленостей, досягнутих у медіації, можуть фіксуватися в угоді за результатами медіації. У випадках, коли медіація застосовується одночасно із судовим розглядом справи, сторони мають право відобразити рішення, прийняті в медіації, зокрема в мировій угоді, або припинити судовий процес та укласти окрему угоду з фіксацією результатів медіації.

Частиною 7 статті 46 ГПК передбачено, що сторони можуть укласти мирову угоду на будь-якій стадії судового процесу. Відповідно до статті 192 ГПК сторони можуть вийти за межі предмета спору, якщо домовленості не порушують прав та інтересів третіх осіб. Також сторони можуть домовитися про вчинення інших процесуальних дій — про відмову від позову або визнання позову відповідачем (стаття 191 ГПК). Укладення мирової угоди можливе на будь-якій стадії судового розгляду — у першій інстанції, на стадіях апеляційного і касаційного оскарження. Частиною 4 статті 192 ГПК передбачено, що укладена сторонами мирова угода затверджується ухвалою суду, у резолютивній частині якої зазначаються умови угоди. Затверджуючи мирову угоду, суд цією самою ухвалою одночасно закриває провадження у справі.

Однак у випадку необхідності збереження конфіденційності спору або досягнутих сторонами домовленостей інститут мирової угоди не забезпечить такої можливості, оскільки відповідно до вимог

чинного законодавства України ухвала про затвердження мирової угоди буде опублікована в Єдиному державному реєстрі судових рішень (за винятком випадків розгляду справи в закритому засіданні).

Зберегти конфіденційність сторони матимуть можливість, застосовуючи процедуру медіації, за результатами якої буде укладено відповідні угоди. Чинне законодавство України не вимагає затвердження судом угоди, укладеної за результатами медіації.

Крім того, якщо медіація спору проводиться паралельно з його судовим розглядом, то залежно від того, на якій стадії судового процесу сторони досягнуть домовленостей у результаті медіації, вони зможуть припинити судовий розгляд цього спору у відповідний спосіб, передбачений законодавством: позивач може залишити позовну заяву без розгляду або відмовитися від позову, відповідач — визнати позов, а сторони — укласти мирову угоду.

Враховуючи вищенаведене, у кожному комерційному спорі слід обирати найбільш прийнятний алгоритм дій.

Необхідно зазначити, що держава стимулює застосування процедур мирного врегулювання спорів, установивши в статті 130 ГПК право на повернення 60 % суми сплаченого судового збору в разі, якщо домовленості про укладення мирової угоди, відмови позивача від позову або визнання позову відповідачем досягнуто сторонами за результатами проведення медіації.

При проведенні процедури медіації на стадії виконавчого провадження слід звернутися до статті 330 ГПК, де визначено, що мирова угода, укладена між сторонами, або заява про відмову стягувача від примусового виконання в процесі виконання рішення подається в письмовій формі державному або приватному виконавцеві, який не пізніше триденного строку передає її для затвердження до суду, що видав виконавчий документ.

ЯК ВИЗНАЧИТИ, ЩО КОМЕРЦІЙНИЙ СПІР Є МЕДІАБЕЛЬНИМ?

Об'єктивні фактори медіабельності комерційного спору можуть зводитися до таких умов:

- 1) відсутня пряма заборона на проведення медіації;
- 2) предмет і зміст спору не суперечать моральності й публічному порядку;

- 3) спір не зачіпає інтересів осіб, які беруть участь у медіації;
- 4) законом допускається можливість укладення мирової угоди із цієї категорії справ (відносна умова).

Згідно з аналізом практики Федеральних судів США із застосування альтернативних способів вирішення спорів, проведеним низкою американських дослідників, при направленні справи на медіацію береться до уваги сукупність таких факторів:

- категорія спору;
- склад сторін;
- відносини між сторонами;
- економічні переваги медіації;
- імовірність досягнення кращого результату;
- необхідність збереження конфіденційності;
- попередні спроби врегулювати спір мирним шляхом.

У частині 1 статті 3 Закону України «Про медіацію» передбачено, що його дія поширюється на суспільні відносини, пов'язані з проведенням медіації з метою запобігання виникненню конфліктів (спорів) у майбутньому або врегулювання будь-яких конфліктів (спорів), у тому числі цивільних, сімейних, трудових, господарських, адміністративних, а також у справах про адміністративні правопорушення та в кримінальних провадженнях з метою примирення потерпілого з підозрюваним (обвинуваченим).

Законодавством можуть передбачатися особливості проведення медіації в окремих категоріях конфліктів (спорів).

При цьому медіація не проводиться в конфліктах (спорах), що впливають чи можуть вплинути на права і законні інтереси третіх осіб, які не є учасниками цієї медіації (частина 3 статті 3 Закону України «Про медіацію»).

Статтею 19 ГПК передбачено, що сторони вживають заходів для досудового врегулювання спору за домовленістю між собою або у випадках, коли такі заходи є обов'язковими згідно із законом. Ці положення є важливим акцентом для сторін, що має спонукати закріплення у відповідних договорах медіаційних застережень.

Завдяки законодавчим новаціям, імplementованим до Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» № 2275-VIII від 06.02.2018 та Закону України «Про внесення

змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів» № 1984-VIII від 23.03.2017, з'явилася можливість урегулювати відносини між сторонами за допомогою корпоративних договорів.

Структурування корпоративних відносин завдяки корпоративному договору або договору між акціонерами виявляється зручним інструментом корпоративного управління. Враховуючи положення чинного законодавства України, доцільним є закріплення в корпоративних договорах або договорах між акціонерами можливості застосування медіаційних застережень з метою вирішення спорів, що виникають між учасниками/акціонерами підприємств.

РОЛЬ АДВОКАТА В БІЗНЕС-МЕДІАЦІЇ

Ми часто чуємо від колег-адвокатів, що медіатори є конкурентами для адвокатів, але наразі розвінчаємо цей міф та визначимо, наскільки важлива роль адвоката під час проведення бізнес-медіації.

Бізнес-медіація буде ефективніша, якщо в прийнятті рішень під час медіації братимуть участь крім самих сторін також досвідчені правознавці.

Насамперед це пов'язано з тим, що самі сторони конфлікту не завжди можуть системно підійти до врегулювання спору та знайти нестандартні варіанти рішень. Водночас присутність адвоката на медіації не тільки можлива, але й вітається, особливо під час проведення бізнес-медіації.

Першочергова роль адвоката полягає в тому, що він може запропонувати своєму клієнтові оптимальний спосіб вирішення питання, з огляду на різні фактори.

У процедурі медіації поряд з професіоналізмом медіатора запорукою успішного процесу є, передусім, бажання сторін співпрацювати й усвідомлення кожною з них своїх справжніх інтересів. Тому підготовка сторін до медіації — дуже важливий етап для досягнення кращого результату переговорів.

Роль адвоката в бізнес-медіації може бути важливою у двох площинах.

1. Роль коуча (або «граючого тренера»), який допомагає своєму клієнтові виявити його інтереси, що криються за позицією.

2. Роль консультанта, який може роз'яснити юридичні тонкощі досягнення того результату, на який націлений клієнт, з огляду на його інтереси.

Медіатор — особа нейтральна, він не оцінює, не дає порад, як і не консультує і нічого не пропонує. У зв'язку із цим у процесі самої процедури медіації адвокат повинен, залишаючись на другому плані, м'яко підказувати клієнтові аргументацію, відповідати на правові питання, допомагати контролювати ситуацію. Дуже важливо в таких випадках тримати баланс, не «перетягуючи ковдру» на себе. Адже результатом такої поведінки під час медіації може стати неефективна комунікація безпосередньо між сторонами і відповідно неможливість досягнення згоди.

Адвокат повинен дати можливість своєму клієнтові на медіації повною мірою реалізувати своє право бути господарем становища.

Якщо сторони прийняли рішення брати участь у процедурі медіації, юридичні представники (адвокати) мають надати своїм клієнтам правові відомості, необхідні для прийняття учасниками спору виваженого рішення. Після закінчення процедури представникам сторін слід переконатися в тому, що досягнуті домовленості матимуть юридичну силу.

З огляду на складність бізнес-процесів і конфліктів, які виникають у сфері комерційних або корпоративних спорів, представниками сторін повинні виступати тільки висококваліфіковані фахівці, що мають необхідні знання та вміння. Залежно від того, як організований процес медіації та як сторони виявили бажання його проводити, юридичні радники (адвокати) можуть бути присутніми на всіх стадіях медіаційної процедури. Однак юристи, які відвідують сесії медіації разом зі своїми клієнтами, повинні розуміти, що в цьому процесі вони відіграють лише допоміжну роль і не повинні претендувати на виконання функцій медіатора, а також застосовувати стратегію конкуренції.

Тісна співпраця медіатора і сторін з юридичними радниками необхідна, зокрема, в тих випадках, коли потрібно оцінити, наскільки медіаційна угода відповідатиме вимогам законодавства, і визначити, які додаткові заходи повинні бути прийняті, щоб узгоджене рішення мало юридичну силу і було втілене в життя.

Звичайно, юристи або адвокати можуть самі проводити медіацію, якщо вони мають усі необхідні якості й характеристики та спеціальну підготовку, щоб виступати в подібній ролі — медіатора. Однак юрист або адвокат не може медіювати справу, у якій він представляє сторону, з огляду на виникнення в такому випадку ризику конфлікту інтересів, порушення правил адвокатської етики, порушення принципу нейтральності та конфіденційності процедури медіації.

Необхідно зазначити, якщо спір є правовим за своєю суттю, медіатор не може ігнорувати правові позиції, незважаючи на те, що одне із завдань медіатора — зрозуміти справжні інтереси/мотиви сторін. Не досліджуючи позицій сторін, до інтересів медіатор не дістанеться. Побажань у сторін може бути багато і взаємних також. Перевага правових позицій у цьому разі полягає в тому, що вони стимулюють сторони конфлікту бути більш об'єктивними, адже чого б не хотілося отримати в результаті медіації, усе повинно бути в межах закону і з урахуванням інтересів іншої сторони.

Треба зауважити, що головну роль адвокат отримує наприкінці процедури медіації, коли необхідно оформити досягнуті домовленості і скласти угоду за результатами медіації або допомогти оформити мирову угоду.

Можна виділити декілька головних аспектів, на які потрібно звернути увагу під час проведення бізнес-медіації:

- отримання всіх необхідних документів. Попросіть усі сторони принести із собою документацію, яку вони планують використовувати в процесі медіації;
- перевірка повноважень учасників медіації. До медіації з обох сторін мають бути залучені особи, які уповноважені приймати рішення. Якщо особи, які приймають рішення, направлять представників, які не можуть приймати рішення без консультації, процес посередництва буде тривалим і неефективним. Коли особи, які приймають рішення з обох сторін, беруть активну участь у процесі, медіатор розуміє їхні проблеми і думки. Медіатор повинен зробити все можливе, щоби зблизити обидві сторони. За участі тільки представників сторін з обмеженими повноваженнями зробити це буде вкрай складно. В окремих випадках при перебуванні сторін територіально далеко одна від одної можна використовувати режим

онлайн-відеоконференції для проведення процедури медіації. Для цього необхідно отримати дозвіл усіх сторін процедури медіації та, звичайно, дотримуватися заходів конфіденційності процедури;

- застосування інструментів активного слухання під час процедури бізнес-медіації. Будь-який переговорний процес починається з вислуховування сторін. Коли ви слухаєте кожну сторону ділового спору, ви повинні бути готові почути вагомі аргументи з обох сторін. Якщо чогось не розумієте, ставте запитання. Якщо ви не впевнені, що правильно зрозуміли, повторіть те, що ви чули, щоб переконатися, що ви розумієте погляди всіх сторін;
- дотримання балансу сил сторін. Приділяйте їм однакову кількість часу та уваги;
- використовуйте нотатки. Медіатору це важливо для врахування всіх деталей, а адвокатам — для підготовки проєктів документів за результатами медіації;
- будьте креативними. Ви не знайдете дуже багато творчості, коли проаналізуєте відомі випадки вирішення спорів. У більшості з них усе начебто робиться за книгою. Однак у сфері вирішення бізнес-спорів вам, як адвокатам, можливо, доведеться запропонувати творчі рішення сторонам. Можливо, жоден з випробуваних раніше підходів не спрацює. У цьому випадку ви можете спробувати щось інше. Наприклад, запросити своїх клієнтів безпосередньо спілкуватися один з одним, залучити нейтрального експерта, щоб той висловив свою думку, або створити презентації в PowerPoint, які демонструють результати кожного пункту з переліку потенційних рішень;
- не залишайте невирішених проблем. Під час медіації важливо досягнути домовленостей не тільки щодо основних та очевидних питань, які стали причиною конфлікту, а й приділити увагу всім додатковим питанням, у тому числі тим, які виникли під час медіації. Це робить результат домовленостей сторін більш стабільним і прогнозованим.

Таким чином, медіація для бізнесу і в бізнесі має свої особливості. Насамперед у процесі бізнес-медіації притаманне менш емоційне напруження сторін, більш яскраво виражений матеріальний інтерес,

обмеженість у часі, бо «час — гроші». У бізнесу більш високі вимоги до конфіденційності. Проведення медіації дає можливість сторонам конфлікту самим знайти вихід із ситуації, спробувати не тільки розділити наявні цінності, а й створити нові, а також забезпечити бізнес за допомогою конфіденційності. Застосовуючи процедуру бізнес-медіації, сторони мають можливість виграти в часі, зберегти ділові відносини та добре ім'я своїх компаній. Сьогодні для компаній, які прагнуть вийти на міжнародний ринок, репутаційні ризики у зв'язку із судовими процесами дуже болючі, а використовуючи бізнес-медіацію, можна звести ці ризики до мінімуму.

3.1.1. ПРИКЛАДИ ЗАСТОСУВАННЯ АДВОКАТОМ МЕДІАЦІЙНИХ НАВИЧОК У КОМЕРЦІЙНИХ СПОРАХ

Кейс № 1

Фабула:

Після початку пандемії COVID-19 продажі в компанії, яка займалася розробкою спеціалізованих ІТ-продуктів, практично зупинилися. Доходи різко скоротилися, партнерам не вдалося швидко перепрофілюватися і вже в липні довелося звільнити частину співробітників. Між партнерами накопичилося багато взаємних звинувачень і претензій з приводу підходу до ведення справ і відповідальності за те, що відбувається, віддалена робота погіршувала ситуацію, поговорити відверто не виходило.

У серпні на тлі конфліктів керуючих компанію залишив CEO і шансів на те, щоб компанія пережила кризу, майже не залишилося. Почалося активне обговорення розриву відносин і закриття компанії, звучали взаємні погрози піти до суду.

У корпоративному договорі було передбачено медіаційне застереження. Один з партнерів звернувся до медіатора, який був визначений учасниками компанії в момент підписання корпоративного договору.

Один із учасників компанії був нерезидентом України та перебував у цей час за кордоном через обмеження, які були запроваджені внаслідок пандемії COVID-19.

Вид медіації: досудова.

Вид спору: корпоративне управління.

Ініціатор медіації: учасник компанії.

Місце проведення медіації: онлайн-платформа ZOOM.

Процедура медіації: попередні зустрічі зі сторонами проводилися двічі в онлайн-форматі по одній годині. Медіація була проведена за чотири медіаційні зустрічі по три години кожна, які були проведені протягом півтора місяця. Зустрічі проходили онлайн із застосуванням програми ZOOM. Проведення відеоконференцій визначалося в умовах, зазначених у договорі про проведення медіації, та корелювалося з правилами ODR (online dispute resolutions), затвердженими Міжнародною Радою з онлайн вирішення спорів (www.icodr.org).

На попередніх зустрічах медіатор озвучив сторонам, що таке медіація і як вона буде відбуватися, розповів, що ця процедура є добровільною, конфіденційною, та ознайомив з іншими принципами медіації.

Сторони прийняли рішення застосувати процедуру медіації та підписали договір про проведення медіації.

Сторони вважали, що вирішувати проблему з неупередженою особою в такій ситуації простіше, ніж сам-на-сам з людиною, з якою перебуваєш у конфлікті. Сторони розуміли, що передання спору до суду одразу недоцільне, враховуючи медіаційне застереження.

Медіація була проведена з дотриманням процедури. Використовуючи спеціальні навички, медіатор допоміг відокремити поточні проблеми учасників компанії від накопичених раніше проблем у компанії та особистісних претензій між двома з трьох учасників. Завдяки медіатору сторони відклали розгляд претензій.

Під час фокус-зустрічей з медіатором сторони висловили ймовірність закриття компанії. Партнери продовжували рухатися в бік припинення відносин. Медіатором було дотримано нейтральність і проявлено вміння залишатися спокійним. Під час процедури медіатор виявив здатність конструктивно керувати розчаруваннями й агресією конфліктуючих сторін.

Медіатором була запропонована перерва на два тижні. Діставши можливість детально і спокійно продумати всі способи закриття компанії та умови виходу кожного з партнерів, партнери усвідомили, що на цьому етапі кожному з них було достатньо просто мати цей

план. Реалізувати його ніхто з них насправді не хотів. Це було питанням виплеску емоцій і накопиченої втоми.

Завдяки доброму володінню комунікативними навичками, вмінню за необхідності підбадьорити сторони, медіатору вдалося повернути сторони до конструктивного діалогу. Партнери вирішили поточні взаємні претензії, визнали внесок кожного як у розвиток компанії, так і у спроби виправити поточну ситуацію й узгодити основні стратегії виходу з кризи компанії. Закриття бізнесу було відкладено, вдалося відновити порушені відносини, вирішити ситуацію конфіденційно і повернутися до розвитку компанії.

За результатами медіації було укладено угоду (a mediated settlement agreement). У процесі складання та підписання договору брали участь адвокати учасників компанії, які сприяли досягненню сторонами взаємовигідних домовленостей.

Кейс № 2

Фабула:

Будівельна компанія «Х», яка існує на європейському ринку давно, призначила пана Олександра своїм новим директором. Очікувалося, що на додаток до його ролі директора він також буде головою дочірньої компанії «У» з розвитку нерухомості, яка входила до складу групи компаній «Z». У пана Олександра був досвід у сфері нерухомості та управлінський досвід більше 20 років, і була надія, що він зможе зробити великий внесок у розвиток компанії «У».

На першому засіданні ради директорів дочірньої компанії «У» пан Олександр прийняв низку рішень, пов'язаних з фінансовими зобов'язаннями, які були взяті на себе групою компаній «Z». На наступному засіданні правління будівельної компанії «Х» меншість членів категорично не погодилася із цими зобов'язаннями і запропонувала висловити вотум недовіри пану Олександру. Більшість членів ради директорів будівельної компанії «Х» відмовилися ратифікувати фінансові зобов'язання, взяті на себе дочірньою компанією «У». Пан Олександр пішов і як голова дочірньої компанії «У» перервав усі зустрічі, не ведучи жодних справ надалі в дочірній компанії «У».

Голова групи компаній «Z» зв'язався з медіатором, щоб дізнатися, чи можна знайти спосіб вирішити проблему швидко і без розголосу. Медіатор попросив голову групи компаній «Z» призначити

члена правління групи компанії «Z», думка якого була б оцінена іншими членами правління і який був би готовий приділити час, щоб відвідати процедуру медіації. Голова групи компаній «Z» призначив пані Марію для участі в процедурі медіації.

Вид медіації: досудова.

Вид спору: корпоративне управління.

Ініціатор медіації: голова групи компаній «Z».

Місце проведення медіації: нейтральна для сторін територія.

Процедура медіації: медіатор провів переговори з обома сторонами окремо по телефону, щоб переконатися, що обидві з них погодилися брати участь у медіації.

Сторонами була призначена попередня зустріч з медіатором, який озвучив сторонам, що таке медіація і як вона буде відбуватися, розповів, що ця процедура є добровільною, конфіденційною, та ознайомив з іншими принципами медіації.

Сторони прийняли рішення застосувати процедуру медіації та підписали договір про проведення медіації.

Сторони вважали, що в такій ситуації проблему краще вирішувати не тільки з неупередженою особою, але й у короткі строки, оскільки контракт, який був укладений з паном Олександром, передбачав застосування правила «Золотого парашута» в разі його дострокового звільнення за власним бажанням. Проведення процедури медіації також було передбачено в контракті, тому її застосування мало юридичні підстави.

Сторони призначили проведення процедури медіації через 5 днів після виникнення конфліктної ситуації. Місцем проведення медіації була визначена нейтральна територія в конференц-залі готелю, далеко від знайомої для обох сторін обстановки. Спочатку зустрічі з медіатором проводилися окремо в форматі кокус-зустрічей, щоб можна було виявити спірні питання.

Проводити кокус-зустрічі було запропоновано медіатором, оскільки емоційний стан сторін був напружений, але при цьому сторони бажали вирішити ситуацію в найближчі строки. Медіатором було дотримано нейтральність і проявлено вміння залишатися спокійним, час для кокус-зустрічей був рівним для кожної сторони.

Медіація була проведена з дотриманням процедури. Використовуючи спеціальні навички, медіатор допоміг сторонам установити, що основною проблемою в цій ситуації була різниця в очікуваннях.

Медіатором були застосовані навички конструктивного діалогу та вміння вислухати проблеми сторін, узагальнити пропозиції з вирішення ситуації та працювати з емоціями сторін, що допомагало вести процедуру медіації професійно.

Медіатор узагальнив пропозиції сторін щодо вирішення ситуації і під час спільної зустрічі озвучив пропозиції в порядку, який бачила кожна сторона. Під час спільної зустрічі завдяки медіатору сторони визначили пріоритети та кроки з вирішення ситуації і після чотиригодинної процедури медіації визначили такі пропозиції:

1) пані Марія ввійде до складу ради директорів будівельної компанії «X» і стане радником пана Олександра як директора дочірньої компанії «Y»;

2) пан Олександр готовий надати письмове запевнення, що, якщо правління групи компанії «Z» буде не задоволене результатами його роботи в дочірній компанії «Y» через 6 місяців, він піде у відставку добровільно з посади директора дочірньої компанії «Y», без застосування правила «Золотого парашуту». Були запропоновані зміни до контракту з паном Олександром;

3) пані Марія і пан Олександр погодилися надати раді директорів компанії «X» спільну презентацію планів пані Марії щодо розвитку дочірньої компанії «Y».

За результатами медіації було укладено угоду (a mediated settlement agreement). У процесі складання та підписання договору брали участь юристи компаній та адвокат пана Олександра.

3.2. МЕДІАЦІЯ В ТРУДОВИХ СПОРАХ

Медіація в трудових спорах — це процес управління трудовими спорами, що дає змогу запобігти конфлікту чи вирішити його завдяки залученню посередника (медіатора), який є неупередженим і не має права приймати рішення за сторони, але гарантує спілкування між роботодавцем та працівником і по суті приводить до відновлення соціального зв'язку та пошуку вирішення проблеми. Медіація не замінює судового процесу, але може вирішити спір як на досудовому етапі, так і вже під час розгляду справи в суді.

Оскільки медіація сприяє відкритому діалогу та різним перспективам — це особливо корисно для вирішення міжособистісних конфліктів між колегами. Коли компанії швидко вирішують спори, то можуть уникнути судових витрат і зберегти відносини з клієнтами та працівниками. Медіація допомагає керівникам створювати екологічне робоче середовище, у якому розвиваються бізнес та працівники.

Одним зі способів стимулювати застосування медіації в трудових спорах можуть бути передбачені медіаційні застереження в трудових договорах. Наявність медіаційного застереження належить до факультативних умов внутрішніх правових документів роботодавця. Водночас медіаційне застереження в локальних нормативно-правових актах роботодавця, зазвичай, сприяє формуванню корпоративної культури врегулювання спорів за допомогою медіації у сфері праці.

У разі якщо з працівником укладається письмовий трудовий договір (як єдиний документ), то медіаційне застереження може містити низку питань, що пов'язані з порядком призначення медіатора й умовами проведення процедури медіації (наприклад, вибір місця проведення), умовами конфіденційності та діями щодо збереження інформації зі сторони роботодавця і працівника, а також може включати відомості, які стануть відомими під час медіації, і порядок захисту таких відомостей надалі, особливості розподілу витрат, а також умови щодо обов'язковості домовленостей, що прийняті за результатами медіації. Якщо сторони трудового договору домовилися про включення письмового медіаційного застереження до тексту договору, то це означає, що вони погодили можливість використання медіації за умови виникнення між ними потенційного спору.

ЯКИМ ЧИНОМ ВІДБУВАЄТЬСЯ МЕДІАЦІЯ В ТРУДОВИХ СПОРАХ?

Медіатор разом з конфліктуючими сторонами обговорюють спір, що виник. Для цього він розповідає про мету медіації, її завдання та принципи процесу.

Після цього учасники медіації розповідають про своє бачення конфлікту. Це має бути коротке пояснення, яке дає можливість

зрозуміти суть спору та погляди на нього сторін конфлікту. Медіатор контролює ситуацію та може зробити зауваження, якщо ситуація виходить з-під контролю.

Медіатор обов'язково збирає інформацію, вислуховує всі сторони, визначає проблеми та допомагає обом сторонам прийняти рішення, яке б їх задовольняло.

Також медіатор просить кожну сторону описати дії, які вона хотіла б побачити від іншої сторони. Для цього сторони можуть надати дві або три пропозиції. Наприклад, директор хоче бачити щотижневий звіт у кінці тижня, а працівник не робить цього. Директор може попросити працівника складати його вчасно. Водночас працівник може попросити директора не надавати йому роботу з іншим працівником, який постійно затримує свою частину звіту, якщо саме це і стало причиною спору, оскільки через іншого працівника звіт надсилається лише в понеділок, але відповідальність несе працівник, якого директор визначив головним.

У разі якщо ви берете участь як медіатор у трудових спорах, необхідно пам'ятати про таке.

1. Будьте спокійні та контролюйте власні емоції.
2. Активно слухайте сторони та краще занотуйте те, що почули. Показуйте учасникам медіації, що співчуваєте їм. Допоможуть у цьому невербальні та словесні знаки. Наприклад: «Це звучить неприємно», «Чому це було так важливо для Вас?».
3. Зосереджуйтеся на майбутньому сторін, а не на минулому. Минуле — це робота суду, який працює з подіями, що вже настали. Важливо проговорити проблему та з'ясувати, що можна зробити, щоб її вирішити і не допустити її повторення в майбутньому.
4. Ставте питання.
5. Використовуйте навички креативності.

6. Уникайте конфронтації. Рекомендується не організовувати одразу окремі зустрічі з двома конфліктуючими сторонами. У медіації в трудових спорах потрібна перша спільна зустріч. Інакше складається враження, що Ви віддаєте перевагу лише одній стороні.

У разі якщо вирішення спору не було позитивним, то все, що було зазначено в процесі медіації, захищається принципом конфіденційності, що закріплено письмовою угодою. Окрім того, якщо під час процедури медіації медіатору стало відомо і про комерційну

таємницю роботодавця, то за умисне розголошення комерційної таємниці без згоди її власника, якщо таке розголошення вчинене з корисливих чи інших особистих мотивів і завдало істотної шкоди стороні медіації, медіатор може бути притягнутий до кримінальної відповідальності на підставі статті 232 Кримінального кодексу України.

РОЛЬ АДВОКАТА В МЕДІАЦІЇ ТРУДОВОГО СПОРУ

Адвокату, який бере участь у трудових спорах, потрібно добре розуміти процедуру медіації, а також здійснити низку дій з підготовки свого клієнта до неї.

Підготовка включає навчання клієнта про процес медіації, зокрема пояснення, як медіація працює, яка роль медіатора, як буде проходити процес, як будуть поводитися адвокати, якою має бути поведінка сторін.

Адвокат і клієнт також повинні детально обговорити можливі способи захисту, яких можна досягнути через судовий процес і шляхом переговорів.

Разом із клієнтом адвокат повинен підготувати схему збитків або фінансових витрат. В окремих випадках доречно залучати економіста для підготовки звіту про відшкодування збитків. Окрім того, адвокату потрібно проговорити і свої фінансові питання з клієнтом.

Адвокату та клієнту потрібно обговорити свої цілі щодо посередництва, у тому числі інтереси та потреби клієнта.

Адвокат працівника має розуміти, що саме стороні працівника краще взяти перше слово. Це можливість розповісти історію першим і вплинути на іншу сторону. За таких умов адвокату працівника варто проговорити з працівником вступну промову його клієнта.

Якщо сторони під час медіації не можуть урегулювати трудовий спір, медіатор може запропонувати «Пропозицію адвоката(ів)». Це, по суті, пропозиція, яку висуває адвокат однієї сторони. Якщо обидві сторони говорять «так», відбувається врегулювання спору відповідно до зазначеної пропозиції адвоката(ів). Важливо, що в цій ситуації медіатор робить пропозицію розглянути варіанти вирішення

спорів адвоката(ів) окремо кожній стороні і без присутності іншої сторони. Таким чином, якщо одна сторона сказала «так», а інша — «ні», то жодна зі сторін не дізнається про те, чи буде взагалі розглядатися пропозиція адвокат(ів).

Окрім того, адвокату під час участі в медіації трудових спорів не варто забувати про окремі питання процесуальних строків у трудовому праві. Адвокат має зорієнтувати клієнта в питанні процесуальних строків, коли клієнт погоджується на медіацію в трудових спорах.

На сьогодні Кодекс законів про працю України (КЗпП) доповнено статтею 222-1, яка передбачає, що трудовий спір між працівником і власником або уповноваженим ним органом незалежно від форми трудового договору може бути врегульовано шляхом медіації відповідно до Закону України «Про медіацію» з урахуванням особливостей, передбачених цим Кодексом.

Договір про проведення медіації та угода за результатами медіації в трудових спорах укладаються в письмовій формі.

У разі невиконання чи неналежного виконання угоди за результатами медіації сторони медіації мають право звернутися для розгляду трудового спору до органів, передбачених статтею 221 КЗпП.

3.2.1. ПРИКЛАДИ ЗАСТОСУВАННЯ АДВОКАТОМ МЕДІАЦІЙНИХ НАВИЧОК У ТРУДОВИХ СПОРАХ

Кейс № 1

Фабула:

Українське підприємство, яке надає послуги з навчання спеціалістів у сфері HR, вирішило в обов'язковому порядку вакцинувати всіх тренерів. Специфіка роботи компанії полягає в тому, що тренери мають постійний контакт з великими групами людей, виступають в інших державах і систематично проводять консультації для інших тренерів.

Усього в компанії офіційно оформлено десять тренерів, які надають послуги і від яких залежить прибуток компанії. Сім тренерів погодились на умови компанії, а три — відмовляються від вакцинації. Роботодавець запропонував трьом тренерам отримати довідку про

неможливість вакцинуватися у зв'язку з медичними показниками. Тренери, на жаль, не змогли отримати довідку, оскільки відсутні правові підстави для видачі таких довідок.

Роботодавець «погрожує» звільненням і заміною їх на інших тренерів, працівники «погрожують» зверненням до Держпраці, Європейського суду з прав людини, а також планують писати в усі ЗМІ про порушення їхніх прав на охорону здоров'я. Однак роботодавець, розуміючи всю складність ситуації, пропонує врегулювати цей спір завдяки медіації. Тренери підтримують це за умови, якщо послуги медіатора оплатить роботодавець. Роботодавець погодився на ці умови.

Вид медіації: досудова.

Вид спору: трудовий спір.

Ініціатор медіації: роботодавець.

Місце проведення медіації: офіс замовника послуг (роботодавця).

Процедура медіації: у зазначеному кейсі було проведено попередню медіацію шляхом офлайн-зустрічі в офісі замовника послуг. На попередній медіації медіатор зі сторонами підписав договір про проведення медіації. На першій зустрічі медіатор пояснив порядок проведення медіації, уточнив про строки та обмеження в процедурі медіації. Разом зі сторонами домовилися: якщо хтось захворіє на COVID-19, то переведемо зустріч в онлайн. Для цього будемо використовувати програму ZOOM. Медіатор також надав інформацію про свого помічника, дані про якого було зафіксовано в договорі про проведення медіації.

Уся процедура медіації була проведена за 6 зустрічей, які відбувалися протягом 45 днів. Медіатор зміг допомогти сторонам побачити власні інтереси в цьому кейсі. Завдяки діям медіатора роботодавець відмовився від ідеї звільняти тренерів та замінювати їх, а тренери вирішили не подавати будь-яких звернень до уповноважених органів та до ЗМІ.

Роботодавець спільно з тренерами прийняли рішення, що в тих проєктах, де це можливо технічно, будуть проводитися онлайн-виступи та онлайн-навчання. У разі якщо замовники послуг роботодавця наполягатимуть на вакцинації тренерів, то тренери, які не можуть контактувати з людьми та не є вакцинованими, будуть виконувати роботи з підготовки тренінгів для своїх колег, які будуть замінювати їх. Також їм доручено виконувати завдання

з просування онлайн-тренінгів як нового напрямку для роботи компанії.

За результатами медіації було укладено угоду (a mediated settlement agreement). У процесі складання та підписання договору участь брав юридичний департамент замовника. Нові функції тренерів зафіксовано в змінах до посадових інструкцій і трудових договорів.

Кейс № 2

Фабула:

Керівник Обласного академічного музично-драматичного театру прийняв рішення звільнити голову профспілки, який систематично порушував трудову дисципліну, запізнявся на роботу, не виконував вказівок і рекомендацій керівника. Однак голова профспілки мав особливу довіру всіх працівників, був душею компанії та об'єднував навколо себе весь трудовий колектив.

Керівник викликав голову профспілки в неробочий час і пояснив ситуацію, що хотів би бачити на місці голови профспілки відповідальну особу, яка не підводить його в питаннях організації театрального сезону. Голова профспілки одразу написав у робочий месенджер про ситуацію і весь трудовий колектив почав вимагати залишити голову на роботі. У випадку якщо цього не буде зроблено, трудовий колектив відмовляється виступати. Театральний сезон може бути зірвано.

Керівник розуміє, що не може співпрацювати з такою людиною, хоча трудовий колектив підтримує цього працівника. Керівник вирішує подати звернення до медіатора, щоб обговорити питання театрального сезону без скандалів зі своїми працівниками.

Вид медіації: досудова.

Вид спору: трудовий спір.

Ініціатор медіації: роботодавець.

Місце проведення медіації: офіс медіатора.

Процедура медіації: У зазначеному кейсі було проведено попередню медіацію шляхом офлайн-зустрічі в офісі замовника послуг. На попередній медіації медіатор зі сторонами підписав договір про проведення медіації. На першій зустрічі медіатор пояснив порядок проведення медіації, уточнив про строки та обмеження в процедурі медіації. Разом зі сторонами домовилися:

якщо хтось захворіє на COVID-19, то зустріч відбудеться онлайн через програму ZOOM. Медіатор також надав інформацію про свого помічника, дані про якого було зафіксовано в договорі про проведення медіації.

Уся процедура медіації була проведена за 4 зустрічі, які відбувалися протягом 20 днів. Медіатор зміг допомогти сторонам побачити власні інтереси в цьому кейсі. Завдяки діям медіатора керівник театру окреслив свої інтереси в кейсі, дав зрозуміти, що йому важливим є психологічний клімат у колективі та театральний сезон, який має пройти без жодних казусів. Голова профспілки зазначив, що для нього дуже важливо мати відповідний статус, який допомагає йому об'єднувати навколо себе людей. Проблема з дисципліною пов'язана виключно з фактором наявності трьох дітей та необхідністю їх розвозити по садочках і школах.

За результатами медіації керівник театру прийняв рішення не звільняти голову профспілки. Сторони чітко окреслили графік приходу на роботу голови профспілки, а також уточнили: якщо голова профспілки не встигає виконати будь-яке завдання, він своєчасно повідомлятиме про це керівнику. У разі якщо протягом театрального сезону голова профспілки не буде виконувати домовленості, то трудові відносини з ним будуть припинені.

За результатами медіації було укладено угоду (a mediated settlement agreement).

3.3. МЕДІАЦІЯ В СІМЕЙНИХ СПОРАХ

3.3.1. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО СІМЕЙНУ МЕДІАЦІЮ

Ніхто не сперечається так довго, як двоє людей, які не знають, про що сперечаються (Л. Б. Альберті).

Сімейні спори — одна з найпоширеніших категорій цивільних справ. Адже скільки людей, стільки може бути й варіантів заяв про визнання фактичних шлюбних відносин, спорів про розірвання шлюбу, розподіл подружнього майна, визначення місця проживання

дітей, стягнення аліментів, визнання батьківства, позбавлення батьківських прав, установлення опіки (піклування), усиновлення тощо.

Сімейні спори є складним і тривалим процесом через:

- неможливість і небажання сторін досягти згоди щодо основних питань — розірвання шлюбу, виховання та місця проживання спільних дітей, розміру та порядку сплати аліментів, способів поділу майна через банальне погіршення стосунків подружжя, а відтак небажання йти на будь-які поступки одне одному;
- недосконалість окремих норм сімейного законодавства, що призводить до формування різної судової практики застосування норм сімейного права при розгляді аналогічних справ і багаторічних судових процесів;
- відсутність остаточно сформованої судової практики з найбільш складних питань, що виникають при поділі майна подружжя в судовому порядку.

Одним із варіантів позасудового вирішення спору є залучення сторін до медіації.

Як зазначено в статті 3 Закону України «Про медіацію», медіація може застосовуватися в будь-яких конфліктах (спорах), які виникають у цивільних, сімейних, трудових, господарських, адміністративних правовідносинах, а також кримінальних провадженнях під час укладання угод про примирення між потерпілим і підозрюваним, обвинуваченим та в інших сферах суспільних відносин.

Сімейні спори дуже затребувані для застосування медіації, яка дає змогу сторонам спору мирним шляхом спільно вирішувати питання щодо участі в житті та вихованні їхніх дітей, зберегти дружні стосунки або налагодити ефективну комунікацію між собою.

Крім того, вирішення спору в судовому порядку підпорядковане чітким нормам законодавства і судової практики, а тому не враховує емоційну складову конфлікту та особливості звичок і устоїв кожної сім'ї, які часто відіграють головну роль у формуванні позицій сторін щодо очікуваного результату.

Основні фактори, які спонукають пари брати участь у процесі сімейної медіації:

- необхідність вирішити питання, які вони не в змозі врегулювати самостійно;

- бажання досягти спільних рішень;
- бажання знайти рішення, від якого найменше постраждають їхні діти;
- бажання розлучитися мирно і зберегти нормальні стосунки одне з одним;
- потреба в допомозі неупередженої третьої особи в обговоренні певних питань (фінансових, майнових тощо);
- прагнення звести до мінімуму юридичні витрати;
- бажання вирішити суперечку в позасудовому порядку;
- потреба в практичній та емоційній допомозі одночасно;
- бажання примиритися — «надія на диво».

Сімейно-правові спори є складним і тривалим процесом через:

- неможливість і небажання сторін досягти згоди щодо основних питань — розірвання шлюбу, виховання та місця проживання спільних дітей, розміру та порядку сплати аліментів, способів поділу майна через банальне погіршення стосунків подружжя, а відтак небажання йти на будь-які поступки одне одному;
- недосконалість окремих норм сімейного законодавства, що призводить до формування різної судової практики застосування норм сімейного права при розгляді аналогічних справ і тривалих судових процесів;
- відсутність остаточно сформованої судової практики з найбільш складних питань, що виникають при поділі майна подружжя в судовому порядку.

Коли починається сімейна медіація?

- До подання позову до суду;
- паралельно із судовим розглядом справи;
- після ухвалення судового рішення.

Сторони самостійно визначають, на якому етапі краще звертатися до медіатора.

Загалом медіація в сімейних спорах має певні особливості, що вирізняють її серед інших різновидів медіації.

1. Емоційна напруженість сімейних конфліктів:

- сімейні спори виникають в умовах негативного ставлення сторін одна до одної та дуже сильних переживань. Сторони часто важко переживають розпад сім'ї чи психологічну травму від ситуації, що склалася;
- кожна зі сторін хоче не лише отримати результат на свою користь, але й з огляду на сильну образу, гнів, зазвичай, помститися іншій стороні та отримати матеріальну компенсацію завданої моральної шкоди від сімейного життя, що не склалося.

2. Характер сімейних спорів передбачає необхідність збереження взаємозалежних триваючих відносин між сторонами спору.

3. Кожна зі сторін знає слабкості іншої, має доступ до найпопулярнішої інформації про неї.

4. Можливе існування матеріальної залежності сторін одна від одної, що дає більш сильній стороні додаткові засоби впливу на іншу.

5. Необхідність урахування інтересів дітей, а не лише бажань та інтересів батьків. При цьому іноді інтереси дітей можуть суперечити інтересам батьків.

Ролі адвоката в сімейній медіації

Сімейна медіація націлена на те, щоб допомогти батькам та іншим членам сім'ї розробити моделі їх взаємин з дітьми надалі і дійти згоди щодо низки важливих питань.

Основне завдання у вирішенні сімейних спорів — допомогти родині адаптуватися до змін, які відбуваються на кількох рівнях одночасно: емоційному, економічному, психологічному та соціальному.

Спілкування — основний інструмент медіації, а проблеми в спілкуванні дуже часто стають причиною розриву відносин та його результатом.

Водночас статтю 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі — Закон) закріплено види адвокатської діяльності, перелік яких не є вичерпним, оскільки містить застереження щодо можливості здійснення адвокатом інших видів адвокатської діяльності, не заборонених законом.

За приписами статті 20 Закону під час здійснення адвокатської діяльності адвокат має право вчиняти будь-які дії, не заборонені законом, правилами адвокатської етики та договором про надання правової допомоги, необхідні для належного виконання договору про надання правової допомоги.

Згідно зі статтею 8 Правил адвокатської етики адвокат за можливості сприяє досудовому та позасудовому порядку урегулювання спорів між клієнтом та іншими особами.

Закон не містить також обмежень щодо несумісності адвокатської діяльності з практикою у сфері медіації (стаття 7 Закону).

Стаття 21 Правил адвокатської етики визначає, що адвокат може виступати посередником між клієнтами за умови, якщо:

- між інтересами клієнтів немає конфлікту або за наявності письмової згоди обох (усіх) клієнтів, інтереси яких представляє адвокат та які є суперечливими;
- адвокат пояснить кожному з клієнтів сутність відносин посередництва та отримає згоду кожного з клієнтів на їх одночасне представництво;
- адвокат має достатні підстави вважати, що він зможе зберегти об'єктивність при одночасному представництві інтересів клієнтів і щодо кожного з них виконати свої професійні обов'язки відповідно до закону і вимог Правил.

У випадку виконання адвокатом функцій медіатора дії адвоката мають відповідати також міжнародно визнаним етичним засадам медіації та основним принципам адвокатської етики.

Згідно зі статтею 7 Закону України «Про медіацію» під час проведення медіації медіатор повинен бути нейтральним у ставленні до сторін медіації та незалежним від сторін медіації, органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших фізичних і юридичних осіб.

Медіатор не може:

- 1) суміщати функцію медіатора з функцією іншого учасника медіації в одному і тому ж конфлікті (спорі);
- 2) надавати сторонам медіації консультації та рекомендації щодо конфлікту (спору), якщо сторони не домовилися про інше;

3) бути представником або захисником будь-якої зі сторін у судовому розслідуванні, судовому, третейському чи арбітражному провадженні в конфлікті (спорі), у якому він був медіатором.

Тож особа, що має статус адвоката, у сімейній медіації може виступати в одній із таких ролей:

- ✓ сімейний медіатор;
- ✓ адвокат клієнта (який консультує, готує правову позицію та текст угоди за результатами медіації, може брати безпосередню участь у процесі сімейної медіації як адвокат клієнта);
- ✓ сімейний адвокат, який використовує навички сімейного медіатора.

У разі якщо адвокат у сімейній медіації виступає саме як адвокат однієї зі сторін медіації, до його повноважень можуть належати:

- підготовка правової позиції клієнта;
- оцінка ризиків, перспектив і переваг/недоліків запропонованих іншою стороною пропозицій чи досягнутих сторонами домовленостей;
- підготовка тексту угоди за результатами медіації (зокрема, такими угодами можуть бути: письмовий договір про те, з ким із батьків будуть проживати діти, яку участь у забезпеченні умов їх життя буде брати той з батьків, що мешкатиме окремо, а також про умови здійснення ним права на особисте виховання дітей; договір про розмір аліментів; договір про поділ майна подружжя; мирова угода сторін для врегулювання спору, який перебуває на розгляді в суді, тощо).

У цій ролі адвокат у сімейній медіації безпосередньо не застосовує навички медіатора, він є представником однієї зі сторін, і тому має спрямувати свої зусилля на те, щоб прийнятний для обох сторін результат не порушував норм чинного законодавства і був реалістичним у виконанні.

Загалом, сучасний сімейний адвокат, який надає послугу сімейної медіації, — активний учасник у правовому просторі позасудового врегулювання різноманітних спорів і конфліктів.

Дотримуючись принципу незалежності, адвокат має зрозуміти та визначити свою можливу роль на первинній консультації з потенційним клієнтом: адвокат, посередник, медіатор тощо, — і проводити медіацію тільки в тих справах, у яких здатен залишатися нейтральним та об'єктивним і проводити процедуру в інтересах обох сторін.

Крім того, в будь-якому випадку адвокат має дотримуватися основних принципів адвокатської етики.

Під час першої зустрічі з потенційним клієнтом у сімейній справі адвокату важливо налагодити довіру, з'ясувати причини сімейного конфлікту та інтереси сторони, які сховані за озвученою правовою позицією «я хочу...», для того щоб клієнту й адвокату чітко зрозуміти бажаний та реально можливий результат і покровоно побудувати найефективнішу стратегію захисту.

Як це зробити? Застосовувати навички медіатора, про які йшлося в загальній частині цього посібника.

У сімейній медіації особливо важливо адвокату проявляти емпатію в комунікації з клієнтом, що дасть змогу:

- показати, що адвокат розуміє, що може відчувати клієнт;
- допомогти клієнту оцінити власні почуття;
- визнати значимість почуттів і переживань клієнта.

Безоціночність — ще одна важлива компетенція адвоката в сімейній медіації. Бути здатним без слів розуміти і відчувати стан клієнта, бути добрим, терплячим, відповідальним; проявляти доброзичливість і прагнення зрозуміти клієнта, допомогти йому побачити себе з кращого боку й усвідомити свою цінність як особистості.

Наприклад, потенційний клієнт на першій консультації повідомляє адвокату, що його звинувачують у домашньому насильстві. Емоційна реакція адвоката буде дуже важливою в цей момент. Ви не знаєте, чи обґрунтованими є ці звинувачення, чи це, можливо, перебільшення сторін. Тож варто обережно розпитати детально про обставини, щоб з'ясувати дійсність. Часто клієнти визнають свою помилку при виникненні сімейного спору. Саме тому дуже важливо, щоб сімейний адвокат, застосовуючи навички медіатора, все одно поважав позицію таких клієнтів. У цьому випадку клієнт стає більш відкритим і чесним з адвокатом. Повага до клієнта допомагає створити атмосферу довіри.

Співчуття означає розуміння поведінки і почуттів клієнта. Сімейний адвокат, застосовуючи безоціночність, повинен показувати своєю поведінкою, що він розуміє позицію клієнта в ситуації, що склалася. При цьому співчуття не є синонімом слова симпатія. Симпатія передбачає те, що ми говоримо, що ми відчуваємо або погоджуємося з думкою особи і є емоційно задіяними в процесі.

У разі якщо адвокат не бере участі в сімейній медіації, але використовує навички сімейного медіатора у своїй роботі, він може:

- визначати не перше бажання клієнта, а його глибинний інтерес, досягнення якого насправді задовольнить клієнта та вирішить його проблему;
- пропонувати клієнту не лише судовий порядок вирішення його проблеми, а й надавати можливість розглянути інші, альтернативні варіанти вирішення (переговори, медіація тощо);
- знижувати градус емоційного напруження клієнта;
- як представник однієї зі сторін спору, своїми діями не посилювати конфлікт, а навпаки — сприяти налагодженню діалогу між сторонами спору.

Відповідно, коли сторона конфлікту бачить, що її чують і розуміють, градус емоційного сприйняття ситуації знижується, після чого можна говорити про можливі варіанти вирішення спору.

Кожна сімейна справа — особлива та потребує індивідуального підходу з огляду на емоційні причини конфлікту, готовність сторін мирно врегулювати конфлікт, перспективність виконання отриманого судового рішення.

Застосування навичок сімейного медіатора дає відповіді сімейному адвокату на питання:

- ✓ як підвищити ефективність взаємодії з клієнтами в сімейних справах, якщо їхні інтереси не можуть бути задоволені в межах судового захисту;
- ✓ як допомогти клієнту у вирішенні сімейного спору у випадку тривалого та безперспективного судового процесу, не втративши такого клієнта;
- ✓ як допомогти клієнту, який морально ще не готовий до судового розгляду через сильні емоційні переживання та інші причини;

- ✓ як сприяти найшвидшому вирішенню сімейної справи клієнта, якщо судовий розгляд такої справи може тривати кілька років.

Сімейний адвокат, використовуючи навички сімейної медіації, може:

- ✓ спрогнозувати перспективу бажаного результату методами тиску чи способом мирного врегулювання спору;
- ✓ роз'яснити клієнту безперспективність справи у зв'язку з відсутністю належного законодавчого регулювання та дієвих механізмів стягнення, примушення до виконання певних дій, його матеріальними витратами та моральними переживаннями;
- ✓ допомогти клієнту побачити, що, можливо, не варто жити тільки судовими процесами, що є інше, нове життя з новими людьми та новими можливостями для особистісного розвитку.

Переваги застосування навичок сімейного медіатора для адвоката:

- задоволений клієнт;
- довіра;
- нові звернення;
- рекомендації та, відповідно, нові клієнти;
- додаткова стаття доходу.

У підсумку адвокат набуває статусу МУДРЕЦЯ на все життя для клієнта!

3.3.2. ПРИКЛАДИ ЗАСТОСУВАННЯ АДВОКАТОМ МЕДІАЦІЙНИХ НАВИЧОК У СІМЕЙНИХ СПОРАХ

Кейс № 1.

Сімейна справа про визначення місця проживання дитини

Фабула:

Ініціатор — чоловік. З дружиною перебуває в процесі розлучення, проживають окремо. Виник спір щодо визначення місця проживання дитини.

Мати бажає прописати дитину разом із собою, а не з батьком і визначити місце проживання дитини з нею, із цією метою звернулася до органів опіки та піклування, зазначаючи, що батько дитини (який зареєстрований в АР Крим, але наразі мешкає в Києві) не має можливості визначити місце проживання дитини і зареєструвати її місце проживання на материковій частині країни.

Крім того, мати планує обмежити зустрічі батька із сином до однієї зустрічі на тиждень без ночівлі та отримувати значні аліменти на утримання дитини.

Але батько хоче брати участь у житті дитини, бачитися з нею набагато частіше, мати можливість їздити на відпочинок за кордон та загалом вважає, що дитина повинна сама обирати, з ким вона хоче проживати.

Вчинені адвокатом дії:

На першій зустрічі з клієнтом після озвученого запиту на правову допомогу адвокат ставить три питання на уточнення інтересів, які стоять за позицією клієнта — «я проти реєстрації дитини за місцем проживання її матері»: «1. Скажіть, будь ласка, чи знаєте Ви, що юридично означає, що дитина зареєстрована за конкретною адресою? 2. У випадку загострення спору щодо місця проживання дитини та її зникнення, чи дасть Вам офіційна реєстрація дитини можливі гарантії вимагати в правоохоронних органах або суду повернення дитини за офіційним місцем її проживання? 3. Чи знаєте Ви, скільки часу та як проходить процедура вирішення спору про місце проживання дитини?»

«Я зрозумів Вас, — відповів клієнт, — тим більше, вона сказала, що якщо я погоджуся, вона відкличе заяву про спір щодо місця проживання дитини».

Результат: Батьки подали до суду одночасно дві заяви: чоловік — згоду на реєстрацію дитини за місцем проживання матері, мати — про відкликання заяви щодо визначення місця проживання дитини. Наразі спору про місце проживання дитини між подружжям немає.

Кейс № 2.

Справа про встановлення порядку участі у вихованні дитини

Фабула:

Ініціатор: жінка — мати двох дітей 6 і 8 років. Після розлучення з чоловіком діти залишилися проживати з ним. У неї наразі новий чоловік.

Відповідно до визначеного графіка зустрічей з дітьми, вона має право забирати дітей до себе в ночівлю у визначені дні.

Батько дітей неодноразово перешкоджав матері в зустрічах з дітьми, а потім звернувся до органу опіки для того, щоб змінити графік зустрічей дітей з нею, залишивши лише декілька годин у певні дні та заборонивши забирати дітей з ночівлею, бо він вважає, що мати якимось чином негативно впливає на дітей.

Орган опіки відмовив йому в такій зміні графіка, і він пішов до суду.

При цьому через власні образи на неї як у спілкуванні з дітьми, так і у своїй позовній заяві, колишній чоловік дуже негативно висловлюється про колишню дружину, говорить, що вона псує психіку дітей. Він постійно налаштовує дітей проти неї, називаючи її чужою тіткою, каже, що вона покинула їх, розповідає, що вона веде аморальний спосіб життя та інші неправдиві речі.

Спір перебуває на стадії апеляційного розгляду. Перспективи виграшу матері не дуже гарні.

Жінка хоче не втратити своїх дітей, мати можливість з ними бачитися, забирати з ночівлею та їздити на відпочинок.

Вчинені дії адвокатом:

На першій зустрічі після озвученого клієнтом запиту на правову допомогу адвокат ставить питання на уточнення інтересів, які стоять за позицією клієнта — «хочу, щоб мою апеляційну скаргу задовольнили»: «Скажіть, будь ласка: «1. Чи бачитеся Ви з дітьми за ці два роки в період вирішення спору? 2. Які аргументи у Вашого колишнього чоловіка при озвученні заборони ночівель дітей з вами?». Відповіді клієнтки: «Так, бачуся, чітко за графіком, але без ночівель. Він каже, що діти не можуть спати в одній кімнаті з «новим» моїм черговим залицяльником». «— Зрозуміло, Ви живете

в однокімнатній квартирі?» «— Так, знімаємо однокімнатну, бо він же мене вигнав, мені довелося на вулиці ночувати.» «— Бачу, як вас ці спогади засмучують. Пригадайте, будь ласка, чи Ви говорили дітям та колишньому чоловіку, що одружилися вдруге?» Відповідь клієнтки: «Ні, я його боюся, він завдав мені дуже багато фізичних та психологічних страждань». «— Співчуваю Вам. У мене є припущення: якщо Ви орендуєте двокімнатну квартиру з окремою кімнатою та ліжками для дітей, чи може змінитися позиція вашого колишнього чоловіка щодо ночівель дітей з Вами?»

Відповідь клієнтки: «Не знаю, він не дотримується слова, ми завжди через це сперечалися».

Надалі відбувається розмова з адвокатом чоловіка щодо пошуку можливого мирного врегулювання спору, у результаті яких теза про нормальні житлові умови для ночівель, зокрема окрему кімнату для дітей, підтверджується.

Результат: Зміна орендованої однокімнатної квартири на двокімнатну. Перемога в апеляції, залишення чинним розпорядження місцевої адміністрації про встановлення графіка побачень, зокрема з ночівлею дітей у матері. Відновлення крихт довіри. Ночівлі дітей у матері без перешкод батька.

3.3.3. МЕДІАЦІЯ ЗА УЧАСТЮ НЕПОВНОЛІТНІХ У СІМЕЙНИХ СПОРАХ

Останнім часом відсоток сімейних пар, які готові розлучитися, зростає. У більшості пар, які розлучаються, є діти, тому й число «дітей розлучень» продовжує зростати.

Особливістю сімейних спорів є емоційність і сильні душевні переживання. Адвокати знають, що сімейні спори морально важко пережити: поділ майна подружжя, порядок сплати і розмір аліментів, а особливо болючі справи це — визначення місця проживання дитини та участі кожного з батьків у вихованні дітей. Під час судового розгляду в стані високого емоційного переживання сторонам важко прийняти правильне рішення. Адвокати, які не спеціалізуються на сімейному праві, не завжди звертають увагу на деякі моменти, які викликають найбільше горе і перешкоджають примиренню сторін.

Сімейні медіатори розглядають емоції та почуття, які переживають сторони сімейного конфлікту, і ставляться з емпатією до почуттів кожного з батьків.

Зазвичай, діти не повинні брати участь у процесі медіації, однак часом їхня участь необхідна, коли вони є центром конфлікту. Медіатори з досвідом у сімейній медіації, а також ті, що пройшли спеціальне навчання, звичайно, частіше залучають дітей до процесу медіації.

Передусім медіатори пояснюють батькам — сторонам сімейного спору, як розлучення впливає на дитину, що інколи дітям краще жити в неконфліктному світі розлучених батьків, ніж у так званих «повних сім'ях». Медіатор може пояснити батькам, що саме відбувається з дитиною і чому змінилася її поведінка, адже в таких ситуаціях батьки забувають про почуття власних дітей. Також під час медіації важливо пояснити, що судові рішення вирішують юридично ситуацію, а не припиняють конфлікт між колишнім подружжям. Адвокат також може пояснити клієнту, наскільки важлива думка дитини, коли це її стосується.

Отже, участь дитини в сімейній медіації можлива в декількох формах:

- 1) пряма консультація дитини. Проводиться медіатором без присутності батьків. Така консультація потрібна, коли дитина не може або не хоче сказати про свої бажання в присутності батьків;
- 2) участь дитини в медіації разом з батьками. Проводиться медіатором для усвідомлення батьками бажань дитини, її почуттів, переживань. Медіатор допомагає дитині висловити свої почуття та бажання, а батькам — почути, що саме хоче сказати дитина;
- 3) участь дитини в медіації як сторони конфлікту. Проводиться медіатором залежно від віку дитини. Найчастіше така медіація проводиться з підлітками та батьками або з тим, з ким проживає підліток.

Підготовка батьків до участі дитини та залучення дитини в медіацію. Виявлення інтересів дитини

У кожному конкретному випадку доцільність участі дитини в медіації залежить від низки факторів: віку дитини, гостроти конфлікту між дорослими та їх здатності спокійно обговорювати

наявні розбіжності, а також наявності в медіатора необхідної кваліфікації для роботи з дітьми (або доступу до допомоги профільного фахівця-психолога). Часто той з батьків, хто проживає з дитиною, у медіації говорить про потреби і бажання дитини.

Однак дуже важливо, щоб другий з батьків міг дізнатися думку дитини безпосередньо або через нейтрального посередника — у цьому випадку інформація сприймається з більшою довірою і він менш схильний звинувачувати колишнього партнера в маніпуляціях. У будь-якому випадку підготовка до залучення дитини до участі в медіації обов'язково передбачає детальне обговорення такої можливості з батьками та отримання згоди від обох батьків. Батьки також мають бути заздалегідь повідомлені про те, що при роботі з дітьми конфіденційність у медіації не може бути абсолютною: у разі серйозних підозр про існування загрози життю, здоров'ю або психологічному стану дитини медіатор повинен буде вжити необхідних заходів безпеки, зокрема повідомити відповідні служби.

На практиці залежно від віку дитини деякі медіатори пишуть інформаційного листа дитині про медіацію та майбутню зустріч. Батьки з медіатором заздалегідь обговорюють питання, які буде обговорювати медіатор з дитиною. При цьому батьки не повинні інструктувати дитину перед бесідою з медіатором і з'ясовувати в нього після зустрічі, про що вони розмовляли. Діти повинні бути впевнені в тому, що можуть вільно висловлюватися, без страху потрапити в неприємне становище або заподіяти шкоди своїм батькам. Рішення про те, чи потрібно медіатору розповідати про зміст розмови батькам, має прийняти сама дитина, і це дуже важливо пояснити дитині. Також важливо пояснити дитині, що вона не є суддею в суперечці між дорослими, від неї не вимагають приймати будь-яких рішень чи висловлюватися на користь одного з батьків.

Під час спілкування з медіатором або запрошеним дитячим психологом часто з'ясовується, що діти хочуть донести до дорослих свою надію на вирішення сімейного конфлікту і думки про те, як можна було б цього домогтися. Крім того, багато дітей хочуть пояснити батькам, яка допомога їм потрібна та як саме вони бачать своє майбутнє і спілкування з кожним із батьків. Якщо дитина попросить медіатора поговорити з ними від її імені, необхідно записати повідомлення, яке хоче передати дитина, і уточнити

в неї, наскільки правильно сформульована ця інформація. Така консультація з дитиною дає змогу батькам бути поінформованими і більше сфокусуватися на потребах дитини, а не на своїх позиціях. На практиці після такої розмови батьки переглядають свої позиції та особисті конфлікти відходять на другий план. Батьки починають проговорювати можливі варіанти домовленостей.

План роботи з дитиною в сімейній медіації

У випадках, коли медіатор вважає за потрібне залучити дитину до медіації або коли однією зі сторін медіації є дитина, медіатор після пояснення батькам мети участі дитини в медіації отримує від обох батьків згоду на таку участь. Це є обов'язковою умовою участі дитини в медіації, і таким чином медіатор додатково підкреслює важливу участь дитини в житті обох батьків.

У випадку обрання формату **прямого консультування дитини** важливо дотримуватися певного алгоритму:

- прояснити завдання та сформулювати питання прямого консультування дитини;
- підготувати батьків і дітей до прямого консультування, обговорити всі можливі варіанти. Отримати дозвіл на консультацію дитини від обох батьків;
- пояснити дитині причини її участі в медіації та розповісти про процедуру;
- провести консультацію з дитиною;
- передати інформацію за результатами консультації з дитиною батькам.

Формат роботи

Зазвичай, індивідуальна консультація дитини триває від 30 до 60 хвилин. У разі необхідності консультації можуть проводитися додатково з братами чи сестрами дитини. Консультація проводиться в неформальній відкритій манері, дитині пропонується ставити будь-які питання. Дитині пояснюється, що процес є конфіденційним і безпечним, а також пропонується обрати зручний спосіб передачі інформації батькам.

Залежно від обраного формату обміну інформацією з батьками медіатор починає розмову з ними про те, як було класно говорити

з їхньою дитиною і що саме батьки можуть зробити дитину щасливою, якщо досягнуть згоди.

Є декілька форматів передачі інформації батькам. Це залежить від віку дитини, її розвитку та бажання самій говорити з батьками.

Перший — дитина після консультації в присутності медіатора говорить про свої бажання, страхи та переживання батькам. Медіатор допомагає дитині висловити свої думки і підтримує дитину (11 — 16 років).

Другий — медіатор розповідає в присутності дитини і батьків про те, що вони з дитиною домовилися сказати батькам на індивідуальній зустрічі (6 — 10 років).

Третій — медіатор спілкується з батьками без присутності дитини. Такий спосіб найчастіше використовують, коли дитині 4 — 6 років. Але й у цьому випадку медіатор запитує дитину, про що може говорити батькам.

Іноколи буває, що дитина взагалі не хоче говорити з батьками і навіть, щоб медіатор передавав інформацію батькам. У такому випадку медіатор дуже тонко пояснює батькам, на що потрібно звернути увагу в житті дитини, не розкриваючи інформації, отриманої від дитини.

Кожний спосіб передачі інформації батькам обговорюється з дитиною, і вона сама вирішує, яким чином це буде відбуватися. Під час індивідуальної консультації медіатор установлює довірчий зв'язок з дитиною і пояснює, що вся інформація, почута від неї, є конфіденційною.

Після такої індивідуальної консультації найчастіше батьки проводять уже самі зустрічі з дитиною і пояснюють удвох про розлучення, причини розлучення, про те, як будуть відбуватися зустрічі дитини з тим із батьків, хто окремо проживатиме, а головне — що вони обоє будуть присутні в житті дитини.

Такі зустрічі є важливою складовою сімейної медіації. Після проведення медіатором індивідуальної зустрічі з дитиною батьки у своїх домовленостях починають виходити з інтересів дитини.

Правове обґрунтування

На Заході найпопулярнішим способом вирішення сімейних спорів є сімейна медіація. Вирішення сімейних конфліктів у таких провідних країнах — членах Євросоюзу, як Франція, Італія,

Німеччина, Данія у 80 % випадків проводиться не за класичною моделлю судочинства, а з використанням альтернативних його видів, зокрема за допомогою медіації. Навіть у країнах близького зарубіжжя, таких як Грузія, Білорусь і Казахстан, медіація є обов'язковою досудовою процедурою при розлученні.

З огляду на укладення угоди про Асоціацію України з ЄС слід згадати акти Європейського Союзу. Це Директива 2008/52/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 21.05.2008 «Про деякі аспекти медіації в цивільних та господарських спорах», Конвенція «Про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей», яка набрала чинності 01.02.2008, та Рекомендація Rec № 98 (1), у якій розкрито основні принципи й правила сімейної медіації. Медіаторам у сімейних спорах рекомендується приділяти особливу увагу інтересам дитини та нагадувати батькам про їхній основний обов'язок — піклуватися про благополуччя спільних дітей.

На сьогодні в Україні прийнято Закон «Про медіацію». Крім того, національне законодавство містить норми, які є впевненим підґрунтям використання медіації на практиці. Так, стаття 49 Цивільного процесуального кодексу України (ЦПК) визначає можливість сторін прийти до мирowego врегулювання спору на будь-якій стадії судового процесу. А зміст і вимоги до мирової угоди в цивільному судочинстві закріплені в статті 207 ЦПК. Про медіацію йдеться й у Правилах адвокатської етики України, де зазначено, що дії адвоката, який здійснює функцію медіатора, повинні відповідати міжнародно визаним етичним нормам медіації. Також у 2017 році ГО «Національна асоціація медіаторів України» розробила власний Кодекс етики медіатора європейського зразка, основою якого стали міжнародні правові акти.

Зміст, обсяги, умови та порядок надання соціальної послуги посередництва (медіації) закріплені Міністерством соціальної політики України в наказі від 17.08.2016 № 892 «Про затвердження Державного стандарту соціальної послуги посередництва (медіації)».

Згідно з частиною 3 статті 8 Правил адвокатської етики адвокат по можливості сприяє досудовому і позасудовому врегулюванню конфлікту між клієнтом та іншими особами.

Тому, маючи знання про головні можливі складнощі у вирішенні спору між подружжям у судовому порядку та враховуючи інтереси дітей, сімейний адвокат на виконання ПАЕ повинен сприяти врегулюванню спірних правовідносин у договірному порядку.

3.3.4. ПРИКЛАДИ ЗАСТОСУВАННЯ АДВОКАТОМ МЕДІАЦІЙНИХ НАВИЧОК У СІМЕЙНИХ СПОРАХ ЗА УЧАСТЮ НЕПОВНОЛІТНІХ

Кейс № 1.

Щодо визначення графіка зустрічей з дітьми та утримання дітей

Фабула:

Олена, 45 років, та Андрій, 47 років, прожили в шлюбі 16 років. Розлучені 2 роки. У шлюбі народилися 10-річні близнюки — Захар і Назар.

Після розлучення батьків хлопчики залишилися проживати з матір'ю. Батько Андрій дуже рідко бачився із синами і через деякий час хлопці взагалі відмовилися від зустрічей з ним. Андрій звинувачував матір, що нібито Олена налаштувала проти нього синів. В Олені були претензії до нього з приводу сплати аліментів. Андрій звернувся із заявою до Служби у справах дітей про надання послуги сімейної медіації. На першій спільній зустрічі медіатори порадили запросити дітей на пряму консультацію, батьки погодилися. Медіатор провела зустрічі як з близнюками разом, так і з кожним окремо. На спільній зустрічі медіатор прокоментувала бажання дітей, що Назар хоче бачити тата, хоче проводити час разом усією родиною і ще сподівається, що батьки будуть проживати разом. Захар не хоче зустрічатися з батьком, адже саме його він звинувачує в розлученні з мамою, а також стверджує, що тато обіцяв купити йому новий комп'ютер ще в минулому році і так і не виконав свою обіцянку. Після цієї зустрічі батьки разом поговорили із синами та прояснили ситуацію з розлученням. Також наступного дня Андрій приїхав і відремонтував старий комп'ютер Захара. На наступній спільній зустрічі колишнє подружжя домовилося проводити час один раз на місяць усім разом. Вони зрозуміли, що саме цього потребують діти.

Крім цього, сторонам вдалося домовитися щодо витрат на дітей. Батько погодився зі щомісячною сумою витрат на обох дітей, але відверто сказав, що не має змоги сплачувати саме таку суму. Тому погодився сплачувати більше офіційних аліментів, а також узяти на себе щорічні витрати з приводу музичної освіти синів, що включало придбання музичних інструментів та їх обслуговування. Захар почав спілкуватися з батьком без присутності матері.

Кейс № 2.

Щодо визначення місця проживання дитини та майбутнього навчання

Фабула:

Світлана, 56 років, та Анатолій, 74 роки. У шлюбі прожили 7 років. Мають сина Миколу, 14 років. На момент звернення Світлани із заявою до Служби у справах дітей про надання послуги медіації розглядалося декілька справ у суді про поділ спільного майна подружжя. Між собою колишнє подружжя взагалі не спілкувалося. Микола проживав з матір'ю та періодично зустрічався з батьком. Батько проживав в іншому місті. Світлана була занепокоєна поведінкою сина, він припинив відвідувати школу, пізно приходив з прогулянки додому, постійно сварився та бунтував.

Медіаторами були проведені індивідуальні зустрічі з кожною стороною. На індивідуальній зустрічі хлопець пояснив, що хоче проживати з батьком, а мама йому це забороняє.

На першій спільній зустрічі Микола почав говорити про своє бажання проживати з батьком. Анатолій не заперечував, але за певних обставин. Це — навчання у військовому ліцеї і постійне проживання там. Анатолій пояснив, що за станом здоров'я часто перебуває в стаціонарі в лікарні і не може доглядати за сином. Якщо Микола погодиться на таке навчання, він повністю візьме на себе його утримання та навчання в університеті надалі. Хлопець не хотів навчатися у військовому ліцеї, тому медіатори взяли перерву для обдумування Миколою ситуації. Через три тижні медіацію продовжили. Микола на спільній зустрічі сказав, що мріє бути юристом, як батько, і розуміє, що потрібно навчатися для вступу до університету. Він погодився проживати з мамою, навчатися в школі, як того вимагає шкільна програма. Зі свого боку батько погодився підтримувати сина матеріально, а саме: оплачувати

репетиторів, навчання в юридичному коледжі при університеті, в університеті, збільшити кишенькові гроші хлопця. А також Анастолій і Світлана погодили, що зі спірного майна, за яке тривають суди вже 5 років, вони обоє відмовляться від однієї квартири на користь Миколи.

Наразі відомо, що Микола навчається в юридичному коледжі та є власником квартири.

Кейс № 3.

Щодо визначення участі батька у вихованні дітей

Фабула:

Подружжя Ірина та Сергій прожили у шлюбі 13 років. Мають двох синів — Артема, 10 років, і Дмитра, 15 років. Колишнє подружжя проживає в різних містах України. Діти мешкають з матір'ю. Батько приїздив до синів один раз на два тижні та забирив їх до своєї нової родини на всі вихідні. Але останнім часом Дмитро відмовлявся від зустрічей з батьком. Сергій звинувачував Ірину, що нібито вона заперечує проти їхніх зустрічей. Сергій звернувся із заявою до Служби у справах дітей про надання послуги сімейної медіації.

Сергій тривалий час займається екстремальними видами спорту та активно залучає дітей до цього. Інколи він бере старшого сина для участі в змаганнях та різноманітних зборах. Позаяк вік молодшого сина не дозволяє його брати із собою, то брати проводять час окремо один від одного.

Після першої спільної емоційної зустрічі, де Сергій постійно звинувачував Ірину, що вона налаштувала Дмитра проти нього, медіатори запропонували провести пряму консультацію дітей. Батьки погодилися. Медіатор провів консультацію як з братами разом, так і з кожним окремо. Стосунки в братів дуже близькі. Після консультації медіатор запросила дітей у медіацію для висловлення та демонстрації своїх бажань батькам.

Дмитру було дуже важко розповісти батьку, що йому не подобаються екстремальні види спорту, що він захоплюється фотографією і відвідує гурток тричі на тиждень, а у вихідні зі своєю командою готується до конкурсу. Батько був дуже здивований такою відвертістю Дмитра, а Артем розказав, як він мріє разом з татом брати участь у змаганнях та зборах, що він уже багато самостійно чого

навчився та вмів сам виконувати. Сергій після зустрічі наодинці спілкувався з Дмитром та надав сину кошти для купівлі обладнання для участі в його конкурсі. Згодом усі разом відвідали конкурс старшого сина і батько був дуже зворушений талантом Дмитра. Артем із задоволенням брав участь уже в наступних змаганнях разом з батьком і був наймолодшим учасником змагань.

3.4. МЕДІАЦІЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Медіація в роботі адвоката це можливість зробити неможливе можливим і реальним.

Коли нам доводиться презентувати медіацію в кримінальних справах адвокатам, найчастіше перше, що ми чуємо у відповідь, — «ми постійно цим займаємося». Певною мірою це так, адвокати доволі часто опиняються в ролі посередників між потерпілим і правопорушником, намагаючись певною мірою посприяти тому, щоб правопорушник залагодив завдану шкоду і в такий спосіб задовольнив, принаймні частково, потреби потерпілого у відшкодуванні тих втрат, яких він зазнав унаслідок злочину.

Проте це не є медіацією в розумінні підходу, який закладено в цей термін міжнародними стандартами практики і який сформувався за роки роботи фахівців цієї сфери. Починаючи з другої половини ХХ ст. багатий світовий досвід посередництва між потерпілими і правопорушниками допоміг знайти й описати цінності, принципи та інструменти, які створюють найкращі можливості для учасників кримінальних ситуацій для зцілення психологічної травми і найкращого способу виправлення завданої злочином шкоди, саме ті можливості, які, зазвичай, втрачаються, коли посередництво здійснюється адвокатом однієї зі сторін.

Значений світовий досвід знайшов своє відображення в закладничому документі — Резолюції 2000/14 «Базові принципи застосування програм відновного правосуддя у кримінальних справах», прийнятій Економічною та Соціальною Радою ООН (далі — ЕКОСОП) 27 липня 2000 року за підсумками обговорень, що відбулися на Десятому Конгресі Організації Об'єднаних Націй з профілактики злочинності і поводження з правопорушниками,

що проходив у Відні з 10 по 17 квітня 2000 року. Через два роки обговорення ЕКОСОР прийняла остаточну редакцію «Базових принципів», а у 2006 році вийшла перша редакція Посібника ООН з програм відновного правосуддя¹.

До чого тут медіація? Річ у тому, що медіація в кримінальних справах є однією з найпоширеніших у світі програм відновного правосуддя і вона поділяє ті самі цінності та принципи, на яких ґрунтується відновне правосуддя.

Метою цієї частини нашого посібника є інформування адвокатів про те, які можливості несе в собі медіація в кримінальних справах, які інструменти вона для цього використовує та в чому полягає секрет її успіху.

МІЖНАРОДНИЙ КОНТЕКСТ

Європейська правова спільнота дізналася про медіацію в кримінальних справах уперше з *Рекомендації R(99)19 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо медіації в кримінальних справах*². Ця Рекомендація стосувалася будь-якої процедури, «що надає можливості потерпілому і правопорушникові в разі їхньої добровільної згоди брати активну участь за допомогою нейтральної третьої сторони (медіатора) у вирішенні питань, що виникли у зв'язку з вчиненням злочином». Саме таким визначенням медіації ми користувалися майже двадцять років, проте практика застосування програм, що мали на меті допомогти обом сторонам кримінального провадження подолати наслідки кримінальної ситуації та задовольнити свої потреби, які виникли у зв'язку з правопорушенням, доводила, що таке визначення не повною мірою описує всі нюанси і можливості таких процесів.

Саме тому в жовтні 2018 року в оновленій Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи йшлося вже не про медіацію в кримінальних справах, а про відновне правосуддя, яке за своїм визначенням

¹ У травні 2020 року відбулося вже друге видання цього посібника в оновленій редакції: URL: unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/20-01146_Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf.

² Див. за посиланням: URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_828#Text/.

і втіленням значно ширше за медіацію в кримінальних справах¹. У цьому контексті медіація є лише однією з багатьох програм відновного правосуддя, які дають змогу досягти мети і завдань відновного правосуддя в кримінальних справах. Обґрунтовуючи необхідність прийняття нової Рекомендації, Європейський комітет з кримінальних питань (CDPC) в окремому документі — *Коментарі до Рекомендації CM/Rec(2018)8 Комітету міністрів державам-членам стосовно відновного правосуддя у кримінальних справах*², зауважує: «Шириться доказова база на користь відновного правосуддя, що свідчить про те, що воно може бути економічно ефективним і допомогти обвинуваченому припинити вчиняти правопорушення, постраждалій особі — відновитися (одужати), а також може сприяти задоволенню учасників кримінального провадження³. До того ж дослідження вказує на те, що переваги відновного правосуддя загалом можуть бути реалізовані залежно від якості його виконання. Отже, необхідно розробити загальні, такі, що базуються на фактичних даних, стандарти для цієї сфери практики».

Саме таку мету і ставить перед собою *Рекомендація CM/Rec(2018)8 Комітету міністрів державам-членам стосовно відновного правосуддя у кримінальних справах*. Якщо її уважно читати, можна знайти багато корисних порад щодо того, як саме треба організувати процес відновного правосуддя, щоб він давав саме такі результати, про які йдеться вище, і вивчати, як правильно організувати сам процес. Але важливо та корисно прочитати і Коментарі до Рекомендації, тому що саме в них описані шкідливі практики і помилки держав — членів Ради Європи, які були виявлені під час дослідження в процесі підготовки нової Рекомендації 2018 року, наприклад:

- юрисдикції, які розробили або сприяли розробленню відновного правосуддя, зробили це, головним чином зосередившись

¹ Рекомендація CM/Rec(2018)8 Комітету міністрів державам-членам стосовно відновного правосуддя у кримінальних справах. Див. за посиланням: URL: ipcj.org.ua/upload/Recommendation-CM-Rec20188-UKR-upd.pdf/.

² Див. за посиланням: URL: ipcj.org.ua/upload/2_CM2018115-add2E-ENG-UKR-ed.pdf.

³ Див., наприклад, Shapland, J., Robinson, G. & Sorsby, A. (2011). Відновне правосуддя на практиці: Оцінка факторів на користь постраждалих та правопорушників. Oxford: Routledge; Strang, H. et al. (2013). Restorative Justice Conferencing (RJC) Using Face-to-Face Meetings of Offenders and Victims: Effects on Offender Recidivism and Victim Satisfaction. A Systematic Review, Oslo: The Campbell Collaboration; Sherman, L. et al. (2015). Twelve experiments in restorative justice: The Jerry Lee program of randomized trials of restorative justice conferences. *Journal of Experimental Criminology*, 11(4), pp. 501-540.

- на одній з двох ключових сторін (зазвичай правопорушника) за рахунок іншої сторони;
- багато постраждалих і правопорушників позбавлені підтверджених переваг відновного правосуддя. Така ситуація частково спричинена професійними контролерами, які не обізнані з відновним правосуддям або не підтримують його;
 - у багатьох країнах судові органи та органи кримінального судочинства не мають обов'язку інформувати постраждалих і правопорушників про їхню можливість брати участь у програмах відновного правосуддя, а також передавати потенційно прийнятні справи до служб відновного правосуддя тощо включно з низькою обізнаністю як суспільства, так і системи правосуддя.

УКРАЇНСЬКИЙ КОНТЕКСТ

Зазначені уроки є важливими для України, яка тільки починає процес упровадження відновного правосуддя. Цей процес включає в себе пілотний проєкт «Програма відновлення для неповнолітніх, які є підозрюваними у вчиненні злочину»¹, що на сьогодні координується Міжвідомчою Координаційною Радою з питань правосуддя щодо неповнолітніх, та окремі проєкти, які підтримуються міжнародними партнерами України, одним з яких є «Впровадження відновного правосуддя в Україні», що реалізується Інститутом миру і порозуміння у партнерстві з Верховним Судом за підтримки Фонду Демократії Організації Об'єднаних Націй (ФДООН/UNDEF)².

Якщо перший спрямований виключно на неповнолітніх і має своєю метою сприяння виведенню неповнолітніх із системи кримінального судочинства шляхом закриття кримінального провадження за умови участі в програмі відновлення, то другий проєкт орієнтований на більш широке коло потенційних учасників відновного правосуддя і пропонує можливість участі в медіації потерпілими і правопорушниками на будь-якій стадії кримінального провадження

¹ Про реалізацію пілотного проєкту «Програма відновлення для неповнолітніх, які є підозрюваними у вчиненні кримінального правопорушення». Див. за посиланням: URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0087-19#Text.

² Впровадження відновного правосуддя в Україні. Див. за посиланням: URL: ipcg.org.ua/proekti/vprovadzhennya-vidnovnogo-pravosuddya-v-ukraini-1/.

в будь-яких справах різного ступеня тяжкості, за умови дотримання критеріїв медіабельності справи. Ці критерії відповідають Рекомендації СМ/Rec(2018)8 і передбачають:

- наявність потерпілої сторони — фізичної особи;
- визнання обома сторонами основних подій у справі, які стануть підґрунтям для застосування медіації;
- можливість контакту медіатора зі сторонами кримінального провадження.

У разі якщо справа відповідає визначеним критеріям медіабельності, прокурор або суддя може передати справу організації-партнеру, з якою підписано меморандум про співпрацю в межах проекту «Впровадження відновного правосуддя в Україні». Робота зі справою відбувається згідно з Механізмом впровадження відновного правосуддя у кримінальному провадженні в суді першої інстанції¹ або на стадії досудового розслідування². Обидва Механізми були розроблені Експертами Координаційної Ради проекту, створеної при Верховному Суді, на основі Рекомендації СМ/Rec(2018)8 та кримінального права України.

РОЗУМІННЯ МЕДІАЦІЇ В КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ ЯК ІНСТРУМЕНТУ ВІДНОВНОГО ПРАВОСУДДЯ

Коли ми говоримо про медіацію, виникає багато асоціацій з тим, як проходить медіація в інших видах спорів, і, зазвичай, це процес, спрямований на вирішення проблеми та прийняття рішення, яке закріплюється угодою. Отже, виникає відчуття: якщо є угода між сторонами — мета досягнута і медіація успішна. Але в кримінальних справах для того, щоб вирішити всі питання, пов'язані з кримінальною ситуацією, потрібно значно більше, ніж домовитися про відшкодування збитків. Інколи отримання коштів навіть може бути не найважливішою потребою сторін у кримінальній справі. Зрозуміти процес медіації без розуміння потреб учасників кримінальної ситуації практично неможливо. Тому ми спочатку трохи зупинимось на цій темі.

¹ Див. за посиланням: URL: ipcrg.org.ua/upload/mehanizm-vprovadgennya-vp-sud.pdf.

² Див. за посиланням: URL: ipcrg.org.ua/upload/mehanizm-vprovadgennya-vp-prokuratura.pdf.

Потреби учасників кримінальної ситуації

Шкода, яка завдана потерпілій особі, зазвичай, значно більша ніж матеріальні збитки. Відомий криминолог Говард Зер, автор книги «Зміна об'єктива: новий погляд на злочин та правосуддя»¹, детально описує досвід і переживання злочину обох сторін. Людина, яка стала об'єктом злочину, переживала ситуацію, у якій вона відчувала розгубленість, страх, безпорадність та власну уразливість. Ці почуття можуть залишатися протягом тривалого часу і після злочину. Пізніше з'являються інші сильні емоції: гнів, почуття власної провини, недовіра до оточення, пригніченість, невпевненість у собі, жаль.

Причина появи таких емоцій полягає в руйнівному впливі кримінальної ситуації на особистість. Злочин заперечує два фундаментальні уявлення, на яких базується наше життя: віру в надійність, осмисленість, логічність світу та віру в автономність особистості, контроль над власним життям².

Порушення уявлення про впорядкований світ продукує потребу отримати відповіді на запитання: «Чому я?», «Що я міг зробити, щоб цього не сталося?». Коли людина не отримує відповіді на ці питання, вона схильна звинувачувати себе в тому, що сталося. Наслідком цього є тривале відчуття себе «жертвою насилля», оскільки уявлення про себе як про вільну людину в передбачуваному світі остаточно порушено.

Уявлення про стан потерпілого дозволяє сформулювати найбільш загальні припущення про його потреби.

Так, можна передбачити, що потерпілий потребує компенсації завданої шкоди. У випадку, коли повне відшкодування матеріальних і психологічних втрат практично неможливе, навіть незначна матеріальна компенсація може стати для потерпілого першим кроком на шляху до зцілення.

Наступна важлива потреба — це отримання додаткової інформації та відповідей на нагальні питання. Значну частину інформації потерпілий може отримати тільки в процесі спілкування з іншою стороною. Так, зцілення потерпілого передбачає отримання відповідей на такі запитання:

¹ Зер Г. Зміна об'єктива: новий погляд на злочин та правосуддя. Київ: «Пульсари», 2004. 224 с.

- Що сталося?
- Чому це сталося зі мною?
- Чому я поведився/поведілася в цій ситуації саме так?
- Чому з того часу моя поведінка саме така?
- А якщо це станеться знову?

Особи, які постраждали від злочину, також потребують вираження і визнання почуттів страху, гніву, болі. Зазвичай, людям з оточення потерпілого неприємно та незручно слухати про подібні переживання. Однак це природна реакція оточення на таку ситуацію. Тому медіатор намагається створити для потерпілих умови, за яких вони зможуть висловити свої переживання та відчутти себе почутими.

Крім того, важливим для потерпілих є задоволення потреби в безпеці. Вони хочуть бути впевненими, що подібне не станеться з ними або з будь-ким іншим, що правопорушник ніколи не вчинить подібного і вже щось для цього робить.

Наступна потреба — прагнення до відновлення справедливості. Інколи воно може виражатися в бажанні помсти, однак така ситуація виникає тільки як наслідок негативного досвіду взаємодії з правопорушником. Під час медіації цю потребу потерпілого можна задовольнити шляхом визнання правопорушником несправедливості події, що трапилася, та активним залученням потерпілого до процесу прийняття рішення про відшкодування завданої шкоди.

Особа, яка скоїла злочин, потрапляє в ситуацію, де суддя, прокурор та адвокат приймають рішення про визнання її винною в порушенні закону. Суддя вирішує, що буде із цією людиною далі. Протягом усього процесу правопорушник залишається виключеним з процесу прийняття рішення. Його хвилює ситуація, у якій він опинився, його майбутнє; він стикається з безліччю нових проблем, які треба вирішити, йому необхідно адаптуватися до незнайомої ситуації. Однак усі рішення приймаються за нього.

Потреби правопорушника, як не дивно, багато в чому збігаються з потребами потерпілого. Правопорушники, особливо неповнолітні, часто відчувають потребу в підтримці, прийнятті та розумінні. Вони хочуть, щоб їх вислухали і при цьому не моралізували вчинки. Правопорушники також переживають сильні емоції: страх, гнів, сором.

Особи, що скоїли правопорушення, відчувають потребу контролю над власним життям. На думку кримінолога Г. Зера, злочин — це спосіб самоствердження шляхом обмеження свободи іншої людини. У процесі правосуддя правопорушник опиняється в ситуації залежності від рішення інших, він не може впливати на власне майбутнє. Отже, правопорушник має потребу розвивати автономність і внутрішню свободу, яка не пов'язана з насиллям над іншими.

Для правопорушника також важливим є прийняття відповідальності: усвідомлення свого вчинку та дії з виправлення скоєного. На перший погляд, прийняття відповідальності в такому сенсі навряд чи може бути потребою правопорушника. Однак насправді це дає змогу правопорушнику вирішити власні проблеми. Зокрема, розуміння тих негативних наслідків, до яких призвела його протиправна поведінка, утримуватиме від повторного злочину. Можливість виправити власні дії сприятиме поверненню особи в суспільство, відновленню позитивної самооцінки.

Розуміння потреб потерпілого і правопорушника дозволяє інакше подивитися на завдання медіації в кримінальній справі. Отже, на відміну від традиційного підходу «вирішення проблеми»¹ (Problem-solving mediation process), медіація в кримінальних справах вимагає від медіатора хороших навичок роботи з емоціями, рефлексією та самоусвідомленням сторін, створюючи можливості для примирення й особистої трансформації. Марк Амбрейт, міжнародно визнаний практик і науковець з більш ніж 40-річним досвідом роботи посередником, миротворцем, тренером, викладачем і дослідником, пише:

«Хоча основна увага в деяких конфліктах, як-от у складних комерційних спорах, справді має приділятися укладенню прийнятної угоди, більшість конфліктів розвиваються в ширшому контексті емоцій та стосунків, що характеризуються сильним почуттям неповаги, зради та образи. Якщо сторони

¹ Підхід або стиль вирішення проблем є одним із найбільш часто використовуваних стилів медіації в США через його наголос на індивідуалістичних потребах. Використовуючи стиль вирішення проблем у медіації, медіатор сприяє проведенню оцінки проблеми та підтримує цілеспрямовану структуру медіації для досягнення взаємоприйнятної згоди між сторонами. Посередник стверджує свої навички вирішення проблем, попередньо виявивши проблему, відокремившись від окремих сторін та їхніх емоцій. Модель вирішення проблем оцінює альтернативні рішення та наявні ресурси, щоб розглянути та застосувати найбільш вигідний варіант. Цей підхід чітко орієнтований на угоду між сторонами як на кінцевий результат медіації і мало приділяє уваги емоціям сторін.

не мають можливості висловити свої почуття щодо минулого і теперішнього стану взаємин у здоровий спосіб і бути вислуханими, угода може бути укладена, проте основоположний емоційний конфлікт не зникає. Навряд чи душевна рана загоїться без щирого діалогу, наснаження і визнання людяності одне одного попри існування конфлікту. Для цього потрібно вийти за межі широко відомої технік активного слухання або рефлексивного слухання, що наголошують на важливості перефразування, підсумовування та інших відповідних навичках. Щирий діалог, протягом якого учасники почуватимуться достатньо безпечно, щоб говорити та слухати, не займаючи оборонну позицію, потребує навичок і життєвої позиції, які більш притаманні корінним народам незахідного світу, ніж нам на Заході. Йдеться про здатність говорити та слухати від серця, а також — мовчати, почуватися комфортно і ставитися з повагою до моментів тиші.

Після багатьох років використання медіації в різноманітних середовищах у практиків цього процесу з'явилась чудова можливість скористатися досвідом медіаторів, які часом досягають набагато більшого, ніж просте укладення угоди. Шляхом переходу від моделі медіації, орієнтованої на укладення угоди, до підходу, орієнтованого на діалог, медіатори можуть свідомо і більш послідовно використовувати трансформативний і зцілювальний потенціал медіації. Хоча процесу медіації конфлікту між сторонами притаманний цей потенціал, необхідно свідомо активізувати його і використовувати¹.

Саме такий підхід, у якому можна побачити як елементи гуманістичної психології², так і трансформативного підходу в медіації³,

¹ Марк С. Амбрейт. Гуманістична медіація: трансформативний шлях миротворення / Див. за посиланням: URL: ipeq.org.ua/upload/Mark-Umbreit-Humanistic-mediation-transformative-journey-ukr.pdf/

² Гуманістична психологія — один з напрямів сучасної психології, орієнтованих на вивчення смислових структур людини. У гуманістичній психології основними предметами є: вищі цінності, самоактуалізація особистості, творчість, любов, свобода, відповідальність, автономія, психічне здоров'я, міжособистісні стосунки. Гуманістична психологія як самостійний напрям відокремилася на початку 60-х рр. XX ст., як протест проти домінування біхевіоризму і психоаналізу в США, дістала назву третьої сили. До цього напрямку можуть належати А. Маслоу, К. Роджерс, В. Франкл, Ш. Бюлер, Ролло Мей, С. Джуард та ін. Гуманістична психологія спирається на екзистенціалізм.

³ «Трансформативні виміри медіації красномовно описані Бушем і Фолджером (Bush & Folger, 1994) у книзі «Promise of mediation» (у перекладі Українського Центру Порозуміння «Что может медиация»), яка отримала широке визнання. Автори підкреслюють важливість щирого наснаження і взаємного визнання людяності кожної зі сторін, а також цінність сили співчуття сторін конфлікту. Буш і Фолджер наголошують, що наснаження сприяє тому, що сторони стають спокійнішими, більш відкритими, впевненішими, більш організованими та рішучими» (Марк С. Амбрейт).

створює максимальні умови для зцілення і відновлення сторін у процесі такого посередництва.

Характерними особливостями медіації як однієї з програм відновного правосуддя є:

- недирективний стиль проведення медіації. Сприяння процесу діалогу і взаємодопомоги замість керування процесом, що орієнтований на укладення угоди;
- визнання важливості проведення попередніх зустрічей зі сторонами (вислуховування розповідей сторін, оцінка медіабельності справи, надання інформації, отримання добровільної згоди на участь, уточнення очікувань сторін, підготовка до основної процедури медіації);
- налагодження зв'язку зі сторонами, установлення довірливих стосунків до початку основної процедури медіації;
- визнання і використання сили тиші;
- визначення і використання сильних сторін учасників (починається на підготовчій стадії);
- комунікаційний коучинг (за необхідності на підготовчій стадії);
- залучення до процесу інших осіб, які можуть підтримати безпосередніх учасників кримінальної ситуації в процесі медіації.

Ці особливості і надають медіації в кримінальних справах характеру відновного процесу, тобто такого, який дає змогу говорити про такі ***переваги відновного правосуддя***, як:

- зміна поведінки правопорушника та профілактика повторних злочинів;
- зцілення жертв злочину;
- високий рівень задоволення учасників процесу результатами медіації, про що, зокрема, свідчить високий рівень виконання угод, досягнутих сторонами в процесі медіації¹.

¹ За результатами дослідження «Віднове правосуддя в Україні: підсумки та перспективи» URL: en.calameo.com/read/00327991917b5df022694), 2/3 справ, у яких застосовувалася медіація, закінчувалися примиренням сторін, 90 % справ завершувалися досягненням угоди про відшкодування збитків, 95 % угод було дотримано протягом першого року після проведення медіації, а 85 % правопорушників і потерпілих були повністю задоволені результатом.

Відповідно до статті 3 Рекомендації CM/Rec (2018)8 **відновне правосуддя** — це будь-який процес, який дає змогу тим, кому була завдана шкода, та тим, хто несе відповідальність за таку шкоду, у випадку їх добровільної згоди активно брати участь у вирішенні питань, що виникають у зв'язку зі скоєнням правопорушення, за посередництвом спеціально підготовленої та неупередженої третьої сторони.

Якщо процес має назву медіація, то відповідно третьою стороною, яка здійснюватиме посередництво, буде медіатор.

Це визначення має достатньо формальний характер, але Посібник ООН з програм відновного правосуддя, про який уже згадувалося раніше, дає більше інформації: «Відновне правосуддя є процесом вирішення правового конфлікту шляхом фокусування уваги на відновленні заподіяної потерпілим шкоди, породження в правопорушниках почуття відповідальності за їхні дії та часто також залучення громади до вирішення цього конфлікту. Участь сторін становить важливу частину процесу, що робить наголос на побудові стосунків, примиренні та розробленні угод між потерпілими та правопорушниками щодо бажаних результатів та відшкодувань. Процеси відновного правосуддя можуть бути адаптовані до різноманітних культурних контекстів і потреб різних громад. Через них потерпілий, правопорушник та громада відновлюють деякий контроль над процесом. Крім того, процес як такий може часто змінювати відносини між громадою та системою правосуддя в цілому».

Основні принципи відновного правосуддя, які згадуються в Рекомендації CM/Rec(2018)8¹:

1) сторони повинні мати можливість активної участі у вирішенні питань, пов'язаних зі злочином (принцип участі зацікавлених сторін, стаття 13);

2) орієнтованість на залагодження та виправлення шкоди, завданої особам, взаємовідносинам та широкій громадськості в результаті вчинення злочину (принцип виправлення завданої шкоди, стаття 13);

3) орієнтованість на виправлення, реінтеграцію та досягнення взаєморозуміння (стаття 14);

¹ Рекомендація CM/Rec(2018)8 Комітету міністрів державам-членам стосовно відновного правосуддя у кримінальних справах. Див. за посиланням: URL: ipcj.org.ua/upload/Recommendation-CM-Rec20188-UKR-upd.pdf.

4) діалог, оснований на обговоренні та взаємоповазі; рівна увага до потреб та інтересів залучених у процес сторін; процесуальна справедливість; спільна угода, основана на консенсусі (принцип діалогу, стаття 14);

5) відновне правосуддя не повинно бути побудовано або реалізовуватись з метою пріоритетного просування інтересів потерпілого або правопорушника (стаття 15; неприпустимість домінування, стаття 14);

6) відновне правосуддя є добровільним і здійснюється лише за умови добровільної згоди сторін, отримання ними заздалегідь повної інформації про характер процесу та його можливі результати і наслідки (принцип добровільності, стаття 16);

7) відновне правосуддя повинно здійснюватися на конфіденційних засадах (принцип конфіденційності, стаття 17);

8) відновне правосуддя повинно бути загальнодоступною послугою на всіх стадіях кримінального процесу незалежно від виду, тяжкості або географічного місця скоєння злочину (принцип доступності, статті 18, 19);

9) органи відновного правосуддя повинні мати достатню незалежність від системи кримінальної юстиції (принцип незалежності, стаття 20).

Участь та роль адвоката в процесі відновного правосуддя

Як часто ми, адвокати, чуємо репліку потерпілого: «Як би він/вона хоч раз перепросив(ла)?!» або «Він/вона вибачився(лася)?!» Так само нерідко чуємо: «Я намагався зв'язатись із потерпілою стороною — мене не хочуть чути!».

Адвокат, як фахівець, якому довіряє його клієнт, має бути проінформований про основні засади і принципи медіації та повинен уміти перевірити матеріали кримінального провадження на існування **критеріїв медіабельності**, якими є:

1) наявність потерпілої сторони — фізичної особи;

2) визнання сторонами встановленого досудовим розслідуванням факту вчинених дій незалежно від визнання або заперечення їх правової кваліфікації;

3) можливість контакту медіатора зі сторонами (відсутність запобіжного заходу у вигляді перебування під вартою, підозрюваний не переховується від слідства тощо);

4) добровільна згода на участь у медіації.

До травня 2021 року тривав пілотний проєкт «Впровадження відновного правосуддя в Україні».

Проєкт упроваджувався за підтримки Фонду Демократії ООН із залученням судової гілки влади. У ньому взяли участь шість обласних центрів в Україні: Київ, Харків, Одеса, Сєверодонецьк, Львів, Івано-Франківськ. У цих регіонах працювали сертифіковані медіатори, які підготовлені саме для проведення медіації в межах кримінального процесу.

Варто звернути увагу, що у випадку якщо адвокат має угоду про надання правової допомоги з підозрюваним/потерпілим, то в межах цієї справи він не має права брати участь як медіатор через конфлікт інтересів, і навпаки. Пам'ятаємо про те, що медіатор — це фахівець, який дотримується принципів нейтральності та конфіденційності. Медіатор не може бути допитаний як свідок щодо інформації, яка йому стала відома під час зустрічей у межах медіації.

Переваги впровадження відновного правосуддя для адвоката***Як для захисника:***

- економія часу для налагодження діалогу з потерпілим;
- суттєве зниження емоційного рівня конфлікту з потерпілим;
- швидке відшкодування матеріальної і моральної шкоди, завданої внаслідок дій клієнта;
- підвищення якості надання правової допомоги з огляду на реальні потреби та інтереси клієнта.

Як для представника потерпілого:

- отримання клієнтом реального розміру завданої шкоди;
- зменшення емоційного навантаження (та, як наслідок, уникнення професійного вигорання) на адвоката зі сторони потерпілого;
- відшкодування моральної шкоди з огляду на реальні потреби та інтереси потерпілого;
- підвищення якості надання правової допомоги з огляду на реальні потреби та інтереси клієнта.

НОРМАТИВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ

Проведення медіації залежно від позиції її сторін і наслідків виконаних ними дій може дати підстави прийняти рішення, передбачені законом на відповідній стадії кримінального провадження, у тому числі відповідно до норм:

Кримінально-процесуального кодексу України (КПК):

— на підставі частини 4 статті 26, пункту 7 частини 1 статті 284 КПК чи частини 4 статті 26, пункту 1 частини 2 статті 301 КПК — незалежно від укладення чи неукладення угоди про примирення, якщо за наслідками медіації потерпілий, а у випадках, передбачених Кодексом, його представник, відмовився від обвинувачення в кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення, крім кримінального провадження щодо кримінального правопорушення, пов'язаного з домашнім насильством, прокурор своєю постановою може закрити кримінальне провадження;

— у разі укладення сторонами за наслідками медіації угоди про примирення на підставі глави 35 КПК після перевірки добровільності її укладення та відповідності закону, за відсутності підстав для звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності, до суду невідкладно направляється обвинувальний акт з підписаною сторонами угодою для затвердження її судом;

Кримінального кодексу України (КК):

1) звернутися до суду з клопотанням про звільнення від кримінальної відповідальності підозрюваного, яким уперше вчинено кримінальний проступок або необережний злочин невеликої тяжкості (крім корупційних кримінальних правопорушень), якщо:

- підозрюваний щиро покаявся, активно сприяв розкриттю кримінального правопорушення і повністю відшкодував завдані ним збитки або усунув заподіяну шкоду (на підставі статті 45 КК);
- підозрюваний примирився з потерпілим і відшкодував завдані збитки або усунув заподіяну шкоду (на підставі статті 46 КК);

- з урахуванням обставин провадження, особи неповнолітнього підозрюваного і його поведінки звернутися до суду з клопотанням про застосування примусових заходів виховного характеру (стаття 97 КК);

2) за відсутності підстав для звільнення від кримінальної відповідальності або для закриття кримінального провадження на підставі угоди (гл. 35 КПК) або закриття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення зазначити в обвинувальному акті відповідні підстави для пропозиції суду в судових дебатах:

- визнати згідно зі статтею 66 КК обставинами, що пом'якшують покарання (щире каяття, добровільне відшкодування тощо), і з урахуванням особи винного призначити більш м'яке покарання ніж передбачено законом (стаття 69 КК);
- на підставі статті 75 КК (крім випадків засудження за корупційне кримінальне правопорушення) при призначенні покарання, враховуючи тяжкість кримінального правопорушення, особу винного та інші обставини (у тому числі наслідки медіації), прийняти рішення про звільнення від відбування покарання з випробувальним терміном;

3) за відсутності підстав для звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності, але в разі його щирого каяття, з урахуванням результатів медіації, запропонувати суду на підставі статті 105 КК звільнити неповнолітнього від покарання із застосуванням до нього примусових заходів виховного характеру.

3.4.1. ПРИКЛАДИ ЗАСТОСУВАННЯ АДВОКАТОМ МЕДІАЦІЙНИХ НАВИЧОК У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ

Кейс № 1

Фабула:

У травні 2019 року приблизно об 11 годині ОСОБА_1, не маючи посвідчення водія на право керування транспортними засобами, керуючи автомобілем марки ВАЗ-211040, рухалася автодорогою, де в цей час у кюветі праворуч за напрямом руху автомобіля, навпроти території АЗС К-2, косила траву ОСОБА_2. Після проїзду незначного заокруглення проїзної частини в лівий бік водій про-

явив неухажність, не обрав безпечної швидкості руху не впорався з керуванням транспортного засобу, допустив його занос та з'їхав у кювет, де вчинив наїзд на ОСОБА_2 .

Від проведення медіації сторони відмовилися, але під час проведення зустрічей з потерпілою стороною адвокат застосував навички медіатора, визначившись з реальними потребами та інтересами потерпілого, у результаті чого сторонами було досягнуто згоди про повне відшкодування завданої шкоди. Відповідну заяву потерпіла особа подала до суду та просила застосувати покарання, не пов'язане з позбавленням волі.

Вирок суду: особу визнано винною у вчиненні злочину, передбаченого частиною 2 статті 286 КК, та призначено покарання у вигляді позбавлення волі строком чотири роки шість місяців, на підставі статті 75 КК, звільнено від відбування призначеного судом покарання у вигляді позбавлення волі з випробуванням, з іспитовим строком три роки.

Повний текст вироку доступний за посиланням: *URL: reyestr.court.gov.ua/Review/88180806.*

Кейс № 2

Фабула:

У м. Одеса 14-річний громадянин викрав з полиць магазину одягу два светри та джинси, у примірювальній кабінці зрізав з них пластмасові кліпси, сховав речі та кліпси до рюкзаку та намагався винести вкрадене з магазину, де його затримала охорона.

Хлопець обвинувачувався у вчиненні злочину, що передбачений частиною 2 статті 15, частиною 1 статті 185 КК.

Підозрюваний і потерпілий (власник магазину) взяли участь у пілотному проєкті «Програма відновлення для неповнолітніх, які є підозрюваними у вчиненні кримінального правопорушення».

За результатами проведення процедури медіації заподіяні матеріальні збитки було відшкодовано, потерпілий неочікувано для себе прояснив недоліки в системі безпеки магазину, за наявності яких неможливо уникнути збитків свого бізнесу на майбутнє.

Ухвала суду: неповнолітнього звільнено від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням з потерпілим.

Повний текст ухвали доступний за посиланням: *URL: reyestr.court.gov.ua/Review/91398348*.

Кейс № 3

Фабула:

У березні 2019 року о 16 год 30 хв. група неповнолітніх на автомобілі приїхала до території консервного заводу, де біля воріт демонтувала дев'ять металевих швелерів, які слугували опорами, на загальну суму 2 997 гривень, що було кваліфіковано за частиною 2 статті 185 КК.

Під час досудового розслідування неповнолітні взяли участь у Програмі відновлення для неповнолітніх, які є підозрюваними у вчиненні злочину, відповідно до спільного наказу Міністерства юстиції України та Генеральної прокуратури України від 21.01.2019 № 172/10 «Про реалізацію пілотного проекту «Програма відновлення для неповнолітніх, які є підозрюваними у вчиненні злочину».

За результатами медіації досягнуто примирення потерпілого з підозрюваними, ким відшкодовано завдані збитки у вигляді робіт (прибрали на території заводу, викосили траву). Підозрювані виступили перед потерпілим.

Вирок суду: неповнолітніх звільнено від кримінальної відповідальності, передбаченої частиною 2 статті 185 КК, на підставі статті 48 КК у зв'язку зі зміною обстановки, кримінальне провадження закрито на підставі пункту 1 частини 2 статті 284 КПК.

Повний текст вироку доступний за посиланням: *URL: reyestr.court.gov.ua/Review/90435730*.

ПОСІБНИК

АДВОКАТ ТА МЕДІАЦІЯ

Авторський колектив:

Ганна Гаро
Анастасія Зернова
Галина Єременко
Роман Коваль
Софія Погоріла
Вікторія Поліщук
Олена Помазановська
Луїза Романадзе
Марина Саєнко
Владислав Ситюк

Упорядники посібника:

Марина Саєнко
Владислав Ситюк
Луїза Романадзе

Редактор *М. Ковтун*
Коректори *О. Тютюнник, О. Яіцький*
Набір *О. Тютюнник*
Комп'ютерна верстка *Є. Буданцев*

Надруковано ТОВ «Сігматрейд»
Формат 60x84/16
Друк офсетний. Тираж 1000 прим.
м. Київ, пр. Голосіївський 120, корп. 1
тел. (095) 270 32 32

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції від 14.02.2003 р., серія ДК №1234