

## Розділ 4 Учасники Медіації

Одним з основоположних принципів медіації є активність та самовизначення її учасників. Саме тому для юриста, залученого до медіації, рівно як і для медіатора, і для самих сторін, важливо розуміти власний статус у цій процедурі, права та обов'язки, які виникають у зв'язку з медіацією, а також умови участі в медіації.

### 4.1. Право на медіацію

Право на медіацію є якісно виокремленою частиною більш загального феномену права. У пізнанні об'єктивної реальності канони науковості вимагають іти від загального через особливе до конкретного. Тому кожен, перед ким постає потреба з'ясувати, що таке право на медіацію, змушений спершу збагнути, що ж таке право як явище дійсності. Щоразу, задаючись таким питанням, ми опиняємось перед множинністю визначень поняття права. Чи можливо в принципі уникнути цього парадоксу?

Наукове правознавство неспростовно довело, що така множинність визначень права є неминучою та нездоланною. В її основі лежить багато об'єктивних причин і суб'єктивних факторів. Ключову роль тут відіграє природа права: воно належить до об'єктів дійсності процесуального типу. Єдиним способом його буття є вічна плинність, змінюваність права.

Основоположник соціологічної доктрини права Є. Ерліх ще понад століття тому дійшов висновку, що питання про реальність права надзвичайно складне. Це, на його думку, зумовлено тим, що «центр ваги розвитку права у наш час, як і у всі часи, лежить не в законодавстві, не в юриспруденції і не в правозастосуванні, а в самому суспільстві», найголовнішою властивістю якого є спонтанність його розвитку. У цьому визначенні природи права схоплено його квінтесенцію, антропо-соціокультурний код права.

Другу групу непереборних причин невичерпної плюралістичності визначень поняття права творять неklasичні стандарти науковості, згідно з якими можливо пізнавати об'єкти дійсності процесуального типу. Ці стандарти відзначаються тільки їм притаманними: а) науковою картиною світу; б) ідеалами та нормами наукового пізнання; в) їх філософсько-світоглядними засадами. Усі вони мають конвенційний характер. Іншими словами, ці стандарти в застосуванні їх кожним суб'єктом пізнання де-факто завжди інтерпретуються індивідуально кожним і дають щоразу відмінний від усіх інших результат пізнання. Вони вимагають змінити запитання до об'єктивної правової реальності із «Що таке право?» на запитання «Як є (здійснюється) право?»

То ж що таке право на медіацію? Точніше, як здійснюється право на медіацію? Залежно від обраного критерію відповідь на це запитання буде різною. Якщо керуватись найпростішим із можливих критеріїв - якою є інституційна приналежність права на медіацію, - то він дозволяє дати однозначну відповідь, що право на медіацію - це окремий інститут права як системи в цілому. Проте сутнісна наповненість такого визначення мінімальна, інструментально обмежена.

Із методологічних позицій генетичного та функціонального підходів можна одержати незрівнянно змістовніше у порівнянні з попереднім визначенням права на медіацію. Перший із цих підходів дозволяє зрозуміти нам, хто є творцем права на медіацію, як і права взагалі, та його носієм, іншими словами, суб'єктом. Другий з цих двох підходів дозволяє розкрити інструментальний потенціал права на медіацію.

У свою чергу, генетичний підхід вимагає обов'язкового розрізнення та почергового застосування двох протилежних типів розуміння права як системи в цілому та права на

медіацію як її якісно виокремленого інституту. Позитивістський тип праворозуміння постулює, що творцем права в кінцевому рахунку є держава. Згідно із цим підходом, саме вона наділяє суб'єктивними правами, також правом на медіацію, фізичних та юридичних осіб, а медіація є законним засобом захисту прав людини.

Навпаки, природно-правовий тип праворозуміння єдиним джерелом права як феномену вважає людську гідність та людські права. У перехідні історичні періоди - а саме такий переживає нині Україна - цей тип праворозуміння стає особливо затребуваним у суспільстві. Згідно з його підходом право на медіацію є безпосередньо людським правом.

Однак наші знання про природу права на медіацію залишаються неповними, якщо не застосувати додатково ще й історичний підхід до з'ясування феномену права на медіацію. Цей підхід вимагає дослідити, як дане явище з'явилося, які етапи у своєму розвитку пройшло, чим стало у теперішній час і які тенденції проявляє у своєму подальшому розвитку. Адже право на медіацію, як і право в цілому, динамічно розвивається.

До найфундаментальніших інновацій у праві загалом належать: утвердження доктрини людських прав і доктрини та принципу верховенства права як загальнолюдських цінностей у планетарному масштабі; визнання людської особистості безальтернативним носієм права; зумовлену цими та іншими чинниками роздержавлення права, унаслідок чого дедалі успішнішу конкуренцію з правом держави здійснюють недержавні правові системи.

У другій половині ХХ століття стало доконаним фактом дійсності те, що державна монополія на правотворчість уже поступилася місцем іншій системі, яка допускає за межами закону інші, недержавні джерела права подвійно-глобального: як за способом його утворення, оскільки воно за цим критерієм стає дедалі більш плюралістичним, так і за сферою його застосування, оскільки воно спонтанно застосовується поза будь-якими територіальними кордонами.

Наростаючу динаміку еволюції права переконливо демонструє поява та широке впровадження, більше того - укорінення в цивілізованих країнах світу медіації. Вона з'явилася в класичному її прояві в останній чверті ХХ століття у США та Канаді. Європейські країни, передусім країни-члени ЄС, звернулись до широкого запровадження медіації наприкінці ХХ - на початку ХХІ століть, але вже змогли наздогнати США і Канаду по укоріненню культури медіації у них.

У цей період Комітет Міністрів Ради Європи виробив та запропонував державам - членам ЄС цілий ряд принципово важливих спеціальних Рекомендацій у сфері альтернативного судовому методу вирішення спорів: Рекомендацію (98)<sup>1</sup> щодо медіації в сімейних справах, Рекомендацію (99)<sup>1</sup> 19 щодо медіації в кримінальних справах, Рекомендацію (2001)<sup>9</sup> щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами і сторонами - приватними особами, Рекомендацію (2002)<sup>10</sup> щодо медіації в цивільних справах. Спільним для всіх них є тлумачення права на медіацію як права фізичних та юридичних осіб на альтернативне судовому методу вирішення спорів у європейських суспільствах.

Такий же методологічний підхід застосовано й у Резолюції № 1 «Щодо здійснення правосуддя у ХХІ столітті», ухваленій міністрами юстиції європейських країн на ХХІІІ конференції у Лондоні 8-9 червня 2000 р. Особливу увагу Резолюція приділила тому, аби процедури досудового врегулювання спорів були спеціально пристосовані до потреб сторін. Як найперший приклад таких процедур міністри назвали медіацію.

21 травня 2008 р. Європейським парламентом та Радою була ухвалена Директива 2008/52/ЄС з певних аспектів медіації в цивільних та комерційних справах. У 2009 р. ними була ухвалена перша Директива 2009/52/ЄС з питань позасудового вирішення спорів у сфері споживання, а 21 травня 2013 р. Європейський Парламент та Рада ухвалили другу Директиву щодо альтернативного вирішення спорів у сфері споживання. У цих Директивах

наголошувалось, що запроваджені ними альтернативні судовому врегулюванню спорів процедури, насамперед медіація, для їх учасників є добровільними. Такий підхід до розуміння і тлумачення поняття та правової природи медіації властивий правовій доктрині більшості країн – членів ЄС.

У парадигмальних межах цього підходу в окремих країнах ЄС мають місце суттєві особливості його реалізації. Вони ще більш очевидно та переконливо розкривають антропосоціокультурну правову природу медіації. Ідеться передусім про тлумачення поняття та природи права на медіацію німецькою правовою доктриною, головним чином Федеральним конституційним судом ФРН. Він робить це за допомогою німецької концепції права на людську гідність як провідного права особи.

Критеріальна роль у цій концепції належить нині хрестоматійній *об'єктній формулі*. Її автором є відомий німецький правознавець другої половини ХХ ст. Г. Дюріг. Прямим світоглядним джерелом, безпосереднім методологічним ключем об'єктної формули Г. Дюріга є друга формула категоричного імперативу І. Канта - формула персональності. Вона за будь-яких обставин забороняє утилізацію людини людиною, перетворення людини на річ. Ця формула вперше була обґрунтована ним у його праці «Основоположення до метафізики звичаїв»: «Вчиняй так, щоб ти ніколи не ставився до людства, як у твоїй особі, так і в особі будь-кого іншого, тільки як до засобу, проте завжди в той же час і як до мети»... «людина не річ, тому не може використовуватись тільки як засіб; вона повинна розглядатись при всіх своїх вчинках одночасно і як мета сама по собі».

А ось об'єктна формула Г. Дюріга: «Людську гідність уражено, коли людина стає об'єктом, тобто простим засобом, розмінною і витратною величиною», «коли людину принижено до стану речі, яку повністю каталогізовано, зацьковано, зареєстровано, ліквідовано [як людську істоту], якій промито мізки, яку можна замінити, використати і позбутися...», «порушенням, яке суперечить людській гідності як такій, є перетворення конкретної людини на *об'єкт державної процедури*...».

Така цілеспрямована системна робота впродовж тривалого періоду часу, яка продовжується в країнах ЄС понині, дала позитивні результати. Так, у Нідерландах за допомогою альтернативних правосуддю методів вирішується близько 90% усіх спорів з найрізноманітніших питань. Тут уже утвердилась окрема культура медіації. Цього досягнуто в значній мірі завдяки тому, що у країні з 16 мільйонами населення постійно надають послуги з альтернативного вирішення спорів понад 10 тис. сертифікованих професійних медіаторів із різних напрямів та різних професій. У Великій Британії шляхом переговорів за участю медіаторів вирішується понад 85% конфліктів у суспільстві. У ФРН цей показник сягає майже 80% офіційно зареєстрованих конфліктів у суспільстві. Лівова частка конфліктів вирішується за допомогою медіації в ряді інших європейських країн.

У 2014 р. Україна підписала Угоду про асоціацію з Європейським Союзом. Згідно з першою статтею цієї Угоди Україна взяла на себе додаткові зобов'язання щодо забезпечення верховенства права і належного доступу до правосуддя. Ці зобов'язання містять як розширення доступу до судових, так і позасудових методів врегулювання конфліктів та замирення соціального середовища на засадах творчого застосування інноваційного європейського досвіду у цій сфері.

Проте вже перший принциповий крок по шляху імплементації цього європейського досвіду Україною виявився суттєво відмінним від європейських підходів. Так, у ході внесення змін до Конституції України у 2016 р. вітчизняний конституцієдавець змінив положення статті 124 Конституції України у її редакції від 1996 р. про те, що «юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі», на нове положення: «Юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне

обвинувачення. У передбачених законом випадках суди розглядають також інші справи. Законом може бути визначений обов'язковий досудовий порядок урегулювання спору». Однак це не змінює правової природи медіації - вона продовжує залишатися правом, а не обов'язком кожного індивіда, має добровільний характер. Тим не менше оновлена Конституція України дала зелене світло розвитку медіації в Україні.

Хаотично розкидані зерна права на медіацію в Україні під впливом цього світла почали проростати. На початку жовтня 2017 р. було прийнято Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів». Ним було

внесено у вищезазначені кодекси цілу низку нових процесуальних норм, сукупність яких теоретики та практики права України відразу ж розцінили як створення нового для України інституту так званої *обов'язкової судової медіації* - урегулювання спору за участю судді, хоча природа їх суттєво відмінна. Згідно з цим доктринальним підходом медіації відведено місце елементу судових процедур, іншими словами, стадії судового провадження.

Однак такий підхід суперечить природі класичної моделі медіації та її автономній ролі у вирішенні конфліктів як альтернативного судовим процедурам методу. Судова медіація не поліпшує докорінно доступу індивідів до правосуддя, оскільки вона на практиці не веде до істотного розвантаження судів. Здійснення медіації як однієї з обов'язкових стадій судового процесу продовжує залишати сторони спору об'єктами судочинства, чим принижується їхня людська гідність. Адже, згідно зі своєю природою медіація є повноваженням особи, а інститут обов'язкової судової медіації перетворює суб'єктивне право людини на медіацію навіть у тлумаченні його позитивістською доктриною права на обов'язок цієї людини. Звідси цей інститут не виступає альтернативою судовому вирішенню конфліктів у її європейському розумінні та тлумаченні. Появу інституту обов'язкової судової медіації можна оцінити позитивно, однак лише як перший крок української держави до запровадження альтернатив судовому вирішенню конфліктів.

Таким чином, право на медіацію згідно з його істинною природою є суб'єктивним правом фізичних та юридичних осіб у його антропосоціокультурному тлумаченні. Німецька правова доктрина і практика схиляється до тлумачення права на медіацію як природного людського права. Згідно з українським законодавством нещодавно з'явився інститут урегулювання спору за участю судді. За своєю суттю він не є суб'єктивним правом фізичних та юридичних осіб.

#### 4.2. Сторони медіації

**Сторони медіації** - фізичні чи юридичні особи, які задля вирішення існуючого між ними конфлікту (спору) уклали договір з медіатором про надання останнім послуг із медіації.

##### ***Правові умови участі сторін у медіації .***

Типовою є ситуація, коли сторонами медіації є дві фізичні особи. Важливою передумовою їх участі в медіації є їхня угодоздатність. ***Угодоздатність*** для цілей медіації розуміється як сукупність дієздатності/деліктоздатності та відсутності вад у вольовій характеристиці сторони медіації. Дієздатність сторони медіації – це здатність особи приймати рішення, створювати для себе права та брати на себе обов'язки. Делікто здатність сторони медіації - здатність нести соціальну (у тому числі - юридичну) відповідальність за ухвалене в ході медіації рішення.

Як відомо, наявність в особи психічного розладу, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними; зловживання спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами тощо, якщо фізична особа цими діями ставить себе чи свою сім'ю, інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище, є підставами для обмеження цивільної дієздатності (стаття 36 Цивільного кодексу України). Але навіть за відсутності рішення суду про визнання особи обмежено дієздатною залежність фізичної особи від наркотичних речовин, алкоголю чи наявність психічних розладів є перешкодою для участі в медіації через брак волі особи: навіть якщо така особа виробить якесь прийнятне для іншої сторони рішення, у неї забракне волі його виконати.

Особливості участі фізичної особи в медіації можуть бути пов'язані з неповною або частковою дієздатністю особи, яка своєю чергою залежить від віку та інших, переважно пов'язаних із фізичним або психічним станом особи характеристик. Так, неповнолітня особа (у віці від 14 до 18 років) має право приймати рішення та здійснювати правочини за цивільним законодавством України за згодою своїх батьків (усиновлювачів) або піклувальників. Відповідно неповнолітня особа за згодою своїх батьків (усиновлювачів) або піклувальників може брати участь у медіації як її сторона.

Юридична особа як сторона медіації діє через свого представника. Важливо, вирішуючи питання про участь такої особи в медіації, мати чітке уявлення про межі наданих представнику повноважень у вирішенні конфлікту/спору. Найголовніше, щоби обсяг повноважень та межі, в яких може діяти така особа, були усвідомлені та сприйняті іншою стороною.

Свої особливості має як сторона медіації суб'єкт владних повноважень - орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень. У деяких країнах процедура медіації не застосовується до спорів/конфліктів, якщо однією зі сторін є державний орган (Республіка Казахстан). Натомість у Республіці Молдова медіація в спорах, що впливають з адміністративних відносин, є можливою в разі, якщо спір може бути завершено укладанням мирової угоди. Медіація у податкових спорах застосовується у Великій Британії, Бельгії, Нідерландах, Німеччині, США. В Україні можливості для застосування медіації в публічноправових спорах створює інститут примирення в адміністративному судочинстві.

Правові умови участі суб'єкта владних повноважень у медіації визначаються його дискреційними повноваженнями ***Морально-психологічні умови участі сторони в медіації.***

Перш за все, звернення до медіації та її успішність залежать від того, на якій стадії розгортання конфлікту перебувають його учасники, а також від того, чи визнають вони саме існування конфлікту. Загалом медіація може бути ефективною як на ранніх стадіях зародження конфлікту, так і в разі, коли сторони виснажені тривалим протистоянням. Але перебування в стані заперечення існуючого конфлікту унеможлиблює або принаймні серйозно ускладнює для його учасника участь у медіації, рівно як і розгортання конфлікту до стадії, коли його учасники налаштовані на те, щоби «знищити» опонента навіть ціною шкоди для себе (детальніше див. підрозділ 1.3).

По-друге, це психічна готовність сторін вирішити конфлікт/спір шляхом переговорів та співробітництва. Така готовність багато в чому залежить від звичного для певної людини стилю поведінки у конфлікті (детальніше див. підрозділ 1.5). Налаштована на домінування та пригнічення іншої сторони людина малоздатна до продуктивного співробітництва над виходом із конфлікту, рівно як і людина, яка звикла ухилятися від вирішення конфліктів

або підкорятися наступальним діям іншої сторони. Утім медіатор, застосовуючи специфічні для кожної сторони медіації засоби підтримки, здатний заохотити таких осіб до пошуку конструктивного виходу з конфліктної ситуації.

По-третє, це серйозний дисбаланс сил учасників конфлікту, який може бути зумовлений різним соціальним статусом, психологічною чи економічною залежністю однієї сторони від іншої, різним становищем у корпоративній ієрархії та ін. І хоча в системі технік медіатора існують засоби подолання такого дисбалансу, в кожному конкретному випадку запиту на медіацію завданням медіатора є глибокий аналіз конфлікту задля вирішення питання про доцільність медіації за наявності серйозного дисбалансу сил.

По-четверте, це добросовісність учасників конфлікту. Обман, зловживання процесуальними правами, зокрема, звернення до медіації з метою виграти час та затягнути судовий розгляд спору, ставить під сумнів спроможність сторони до участі в медіації.

По-п'яте, перешкодою до участі сторони конфлікту в медіації є її відкрита агресія на рівні насильства щодо іншої сторони, сильний тиск та погрози з боку учасника/учасників конфлікту. Окремо слід ураховувати, що відповідно до Державного стандарту соціальної послуги посередництва (медіації) (затверджений наказом Міністерства соціальної політики України від 17.08.2016 № 892) соціальна послуга в частині проведення медіації не застосовується між потерпілою особою та особою, яка вчинила правопорушення або злочин, у випадках насильства в сім'ї, торгівлі людьми, жорстокого поводження з дітьми. Отже, агресія з боку особи, яка воліє отримати таку послугу, є не тільки морально-психологічною, але й правовою перешкодою до вступу до процедури медіації.

Зазвичай медіація є двосторонньою, а її учасниками є дві фізичні особи, які виступають від власного імені або є представниками юридичних осіб. Разом з тим не виключається й багатостороння медіація, якщо до конфлікту залучено кілька осіб зі своїми власними інтересами та позиціями.

Приклад

*Франкфуртський аеропорт - найбільший роботодавець у Німеччині, але при тому він є джерелом проблем: 3,4 мільйона людей, які живуть в околицях аеропорту, піддаються впливу шумового забруднення. Усе це призвело до масових демонстрацій, в ході одної з яких відбулося зіткнення поліції та демонстрантів («кривавий вівторок»). Нова злітно-посадкова смуга була, проте, побудована в 1984 році, а в 1987 році в річницю її відкриття двоє поліцейських зазнали обстрілу з боку демонстрантів. Інцидент послужив фіналом протестного руху і викликав втрату довіри до уряду серед усього населення. Цього разу пролунав заклик об'єднати сили і шукати спільні рішення. У 1990–2000 роках за участю групи медіаторів під керівництвом К. Голя було проведено переговори. У них брали участь кілька мерів міст, представники аеропорту, протестувальники, економісти, президент Європейського парламенту. Зрештою, 2000 року було розроблено план із п'яти пунктів. Згідно з планом, розширення аеропорту повинно було відбутися. Разом з тим, передбачалася оптимізація існуючої системи, що означало зменшення шуму і транспортного потоку. Своєю чергою, згідно з планом, нічні польоти з 11 години вечора до 5 ранку заборонялися. Був створений регіональний форум для діалогу з метою продовження процесу медіації. Він проіснував до 2008 року, таким чином весь процес медіації зайняв майже 10 років.*

Участь у медіації є добровільною. Сторони конфлікту (спору) мають право звертатись до медіації тоді, коли вони вважають за необхідне, припинити її в будь-який час і звернутися до суду або третейського суду. Навіть тоді, коли медіація є обов'язковою досудовою стадією вирішення спору, принцип добровільності залишається непорушним. Наприклад, в Італії обов'язковість медіації для деяких категорій спорів означає лише

обов'язок прийти на першу зустріч із медіатором. На цій зустрічі сторони вирішують, чи увійти до процедури медіації, й у разі негативної відповіді розпочинають чи продовжують свій спір у суді без будь-яких негативних для себе наслідків. Неявка однієї зі сторін може такі негативні наслідки спричинити, але не завжди, а другій стороні тільки «розв'язує руки» для продовження спору в суді.

Сторони конфлікту самостійно обирають медіатора/медіаторів або вільно погоджуються звернутися до медіатора через систему безоплатної правової допомоги, до функцій якої належить забезпечення доступу до медіації.

Сторони медіації самостійно визначають коло обговорюваних ними питань, варіанти врегулювання конфлікту (спору) між ними, зміст домовленостей за результатами медіації, строки та способи їх виконання, інші питання стосовно їх конфлікту (спору).

***Сторони медіації мають право:***

- за взаємною згодою обирати медіатора (медіаторів);
- відмовитися від медіатора;
- у будь-який момент відмовитися від участі в медіації;
- брати участь у проведенні медіації;
- користуватися допомогою перекладача, експерта та інших осіб, визначених за домовленістю сторін медіації;
- при невиконанні чи неналежному виконанні угоди за результатами медіації звернутися до суду у встановленому законодавством порядку.

***Сторони медіації зобов'язані:***

- вступити до процедури медіації з чесними намірами і поводитись в її ході відповідно до правил медіації;
- повідомити іншу сторону та медіатора про обставини, які унеможливають проведення чи продовження медіації (відсутність відповідних повноважень у представника юридичної особи, учинення домашнього насильства особою, яка бажає взяти участь у сімейній медіації, тощо);
- добросовісно виконувати договір про проведення медіації та угоду за результатами медіації.

Варто підкреслити, що наявність чітко визначеного статусу сторін медіації є важливою гарантією дотримання їхніх прав в ході цієї процедури. На сьогодні права та обов'язки сторін медіації, способи захисту їх прав не визначено відповідним профільним законом, утім на них поширюється дія норм цивільного, господарського, сімейного права, які визначають зміст та порядок укладення договорів.

### 4.3. Медіатор

**Медіатор** - спеціально підготовлений посередник, який допомагає сторонам конфлікту (спору) у його врегулюванні шляхом медіації та не має повноважень на прийняття рішення по суті конфлікту (спору).

Медіатор є незалежною, нейтральною та неупередженою особою, яка допомагає сторонам конфлікту (спору) налагодити комунікацію, проводити переговори та досягти порозуміння щодо шляхів виходу з конфлікту та укладення відповідної угоди.

**Підготовка медіатора.** Медіатором за умов успішного проходження спеціальної підготовки може стати будь-яка людина. В Україні більшість медіаторів, як правило, має вищу освіту (психологічну, педагогічну, юридичну, медичну тощо) і додатково до неї пройшли спеціальну підготовку. Донедавна достатнім для початку практикування медіації обсягом підготовки вважалося 40 годин теоретичного та практичного навчання базовим навичкам медіатора (саме така модель підготовки медіаторів властива США). Але 25-річна

історія підготовки медіаторів в Україні та узагальнення практики їх роботи довели, що повний обсяг компетентностей медіатора набути за настільки короткий строк неможливо. На сьогодні медіаторська спільнота України в ході роботи над відповідними законопроєктами, етичними засадами діяльності медіаторів та стандартами навчання медіаторів дійшла згоди про необхідність підвищення мінімально необхідного обсягу підготовки медіаторів до 90 годин, з яких не менше половини має складати практичне навчання.

Додаткові вимоги до медіатора можуть установлюватися державними органами або професійними організаціями медіаторів через системи акредитації в цих організаціях. Типовим прикладом такого обмеження в деяких країнах є вимога відсутності в медіатора незнятої або непогашеної судимості. Таку вимогу містила низка національних законопроєктів щодо медіації.

У багатьох країнах медіація може здійснюватися на професійній та непрофесійній основі. Професійні медіатори, які призначаються судом у випадках наявності обов'язкової досудової медіації, як правило, мають бути сертифіковані судом та внесені до реєстру медіаторів. Як непрофесійні медіатори можуть виступати особи, які мають повагу та довіру з боку сторін конфлікту та обрані ними для допомоги у вирішенні спору. Так, за законодавством Республіки Казахстан поряд з медіаторами, які здійснюють свою діяльність на непрофесійній основі, медіацію можуть проводити обрані зборами (сходом) місцевої громади для цих цілей члени місцевої громади, які мають великий життєвий досвід, авторитет та бездоганну репутацію.

В Австрії розрізняють акредитованих та звичайних медіаторів. Щоб бути акредитованим, кандидат повинен бути в списку осіб, який надається регіональним Верховним Судом. Медіатор має право претендувати на включення до такого списку, якщо він відповідає певним критеріям: мінімальний вік 28 років, професійна підготовка в обсязі не менше 200 годин в одній з акредитованих установ.

У Франції медіатор може отримати статус публічної особи. Законом від 3 січня 1973 р. створено інститут медіатора Французької Республіки, що призначається декретом президента строком на 6 років із метою поліпшення взаємин між французькою адміністрацією та громадянами. Робота медіатора полягає в наданні підтримки особам, які оскаржують рішення державних органів, а також у посередництві між ними і державним органом для укладення мирової угоди. Медіатор також уповноважений вести розслідування й отримувати будь-яку інформацію і пояснення, що стосуються його роботи, від державних органів і має в своєму розпорядженні у кожному департаменті своїх представників.

У Німеччині донедавна були відсутні будь-які державні або інші нормативні вимоги до первісної професійної підготовки медіатора. Також були відсутні вимоги обов'язкової акредитації в будь-якої організації медіаторів. Таким чином, фактично будь-яка особа могла називати себе медіатором і надавати відповідні послуги. Але існував суттєвий виняток: адвокат може називати себе медіатором тільки за умови отримання освіти у сфері медіації, що визначено Правилами професійної практики Федеральної асоціації адвокатів).

Однак відповідно до ст. 5 Закону про підтримку медіації та інших позасудових способів урегулювання конфліктів від 21 липня 2012 р. встановлені базові вимоги до підготовки медіаторів, а в ст. 6 передбачена можливість установлення Департаментом юстиції мінімальних вимог. Своєю постановою Департамент юстиції має право визначити вимоги до базового навчання та практичного досвіду сертифікованих медіаторів, вимоги до підвищення кваліфікації, вимоги до тренерів медіаторів, вимоги до випускних іспитів, а також перехідні положення для медіаторів, які працювали до вступу в силу нових вимог.



Постанова про навчання та підвищення кваліфікації сертифікованих медіаторів набула чинності лише 01.09.2017 р. Ця Постанова передбачила необхідний мінімум навчальних годин для сертифікованого медіатора - 120 годин безпосередньої участі у навчальних заходах. Крім того, необхідною є окрема супервізія після завершення проведеної медіації. Після підвищення кваліфікації є вимога впродовж 4-х років отримати ще 40 годин навчання та впродовж перших 2-х років провести 4 окремі супервізії.

В Україні формування вимог до професійної підготовки медіаторів проходить етап становлення. Позитивним фактом є те, що професія медіатора формально визнана державою. Згідно з Класифікатором професій України медіатор - це фахівець з урегулювання конфліктів та медіації в соціально-політичній сфері (код професії 2442.2). Законодавчо встановлені вимоги до навчання та набуття професії медіатора поки відсутні.

Варто зауважити, що вітчизняна модель професійної підготовки медіатора та регулювання його діяльності повністю відповідає сучасним уявленням про роль медіатора як організатора та фасилітатора діалогу між конфліктуючими сторонами. У зв'язку із цим вирізняються такі **функції медіатора** (їх перелік не є вичерпним):

- **діагностична.** Медіатор здійснює діагностику конфлікту на предмет його медіабельності з метою вирішення питання про можливість власного входження до процедури медіації. У ході медіації медіатор допомагає сторонам прояснити всі точки зіткнення їх інтересів та виявити їхні реальні потреби, які нерідко «ховаються» за непримиренними на перший погляд позиціями сторін;

- **організаційна.** Медіатор організовує проведення переговорів і керує ними. Він створює комфортний простір для проведення переговорів, ознайомлює учасників із регламентом проведення медіації та, у разі необхідності, домовляється з ними про додаткові правила, стежить за дотриманням регламенту і корегує поведінку сторін у разі порушення ними регламенту;

- **освітньо-інформаційна.** Медіатор інформує сторони та інших учасників медіації про процедуру, принципи та правила медіації, її можливості та переваги. У процесі медіації медіатор навчає сторони мистецтву ведення переговорів та сприяє оволодінню ними відповідними переговорними навичками;

- **підтримуюча.** Медіатор формує та підтримує атмосферу довіри та співпраці сторін, надає сторонам медіації психологічну підтримку, заохочуючи їх прагнення до співробітництва у вирішенні конфлікту взаємовигідним для них способом. Медіатор приділяє рівну увагу та доброзичливість до сторін медіації, демонструє повагу до них, заохочує сторони до пошуку конструктивного виходу з конфлікту;

- **трансляційна.** Застосовуючи техніки активного слухання, медіатор дає можливість сторонам бути почутими одна іншою. Він має усвідомити всі грані повідомлень, якими обмінюються сторони, та точно передати повідомлення іншій стороні, усуваючи при цьому вербальні конфліктогени. Задля цього медіатор повторює або переформулює твердження сторони медіації, щоби інша сторона адекватно зрозуміла висловлене;

- **примирна.** Медіатор концентрує увагу сторін на тому, що їх об'єднує або, принаймні, становить спільний інтерес. Для зниження емоційного напруження та усунення вербальних конфліктогенів у спілкуванні сторін медіатор активно використовує перефразування (переформулювання).

- **Гарантії незалежності та нейтральності медіатора.** Активність сторін і водночас гарантування нейтральності медіатора забезпечуються такими положеннями:

- **заборона втручання в діяльність медіатора.** Утручання державних органів, суб'єктів владних повноважень, будь-яких фізичних і юридичних осіб у діяльність медіатора при підготовці та проведенні медіації забороняється;

– свідоцький імунітет. Медіатор не може бути допитаний як свідок щодо відомостей, які він отримав у зв'язку з виконанням обов'язків медіатора за винятком випадків, коли це вимагається для забезпечення захисту прав дітей, запобігання шкоді фізичному або психічному здоров'ю особи;

– заборона на суміщення функцій захисника або представника. Медіатором не може виступати захисник, представник та/ або законний представник сторони медіації. Особа не може виступати захисником або представником сторони медіації в справі (провадженні), в якій вона надавала або надає послуги медіатора;

– розмежування відповідальності медіатора та сторін медіації. Медіатор відповідає виключно за проведення процедури медіації, а не за її результати чи зміст укладеної сторонами медіації угоди. Він має право надавати сторонам медіації консультації виключно щодо порядку проведення медіації та фіксування її результатів.

**Права медіатора.** При проведенні медіації медіатор має право:

– отримувати інформацію про конфлікт (спір), до допомоги в урегулюванні якого він запрошений, від сторін конфлікту (спору), державних органів, посадових осіб в обсязі, необхідному та достатньому для проведення медіації. Як правило, інформацію про конфлікт та запит на його врегулювання шляхом медіації медіатор отримує від сторони конфлікту, яка ініціює медіацію. Утім є можливими інші шляхи отримання інформації та запиту на медіацію: в українських реаліях це може бути направлення з центру безоплатної правової допомоги, центру соціальних служб для сім'ї, дітей та молоді, служби у справах дітей тощо;

– самостійно визначати методику проведення медіації за умов дотримання законодавства про медіацію та міжнародновизнаних етичних засад медіації. Наприклад, деякі школи підготовки медіаторів та відповідно їх випускники не практикують проведення сепаратних зустрічей (кокусів) зі сторонами медіації;

– відмовитися від проведення медіації з етичних або особистих міркувань, а також у разі виникнення конфлікту інтересів. Наприклад, спір, за допомогою у вирішенні якого сторони звернулись до медіатора, породжує дуже болючі для медіатора асоціації з його власним життєвим досвідом;

– отримати відшкодування витрат, здійснених для підготовки і проведення медіації, у розмірі та формі, передбачених договором про проведення медіації;

– займатися своєю діяльністю на оплатній чи безоплатній основі, індивідуально або разом з іншими медіаторами, створювати юридичні особи, об'єднання медіаторів, працювати за наймом та здійснювати підприємницьку діяльність;

– збирати та поширювати знеособлену інформацію про кількість, тривалість та результативність проведених ним медіацій.

Права медіатора при проведенні медіації можуть бути конкретизовані відповідно до умов договору про проведення медіації.

Медіатор **не має права** вирішувати конфлікт (спір) між сторонами медіації чи надавати поради щодо варіантів його вирішення.

Проводячи медіацію, медіатор **зобов'язаний**:

– дотримуватися вимог законодавства та етичних засад медіації;

– перевірити повноваження захисників, представників та/ або законних представників сторін медіації;

– повідомити сторони медіації про конфлікт інтересів або інші обставини, що унеможливають його участь у медіації;

– проінформувати сторони про порядок проведення та правові наслідки медіації та надавати роз'яснення щодо процедури медіації;

– керувати процедурою медіації;

– звертати увагу сторін на можливість отримання консультацій у відповідних спеціалістів (експертів), особливо з юридичних питань, що пов'язані з медіацією, складанням угоди за результатами медіації та її реалізацією.

**Відповідальність медіатора.** Зважаючи на те, що порядок проведення медіації визначається не тільки правовими, але й етичними нормами, відповідальність медіатора має подвійну природу: вона може мати як моральний, так і правовий характер.

У позитивному (проспективному) плані відповідальність медіатора означає обов'язок медіатора неухильно дотримуватися норм законодавства та етичного кодексу медіатора, докладаючи всіх можливих зусиль для організації та проведення ефективних конструктивних переговорів сторін медіації.

У негативному (ретроспективному) аспекті відповідальність медіатора означає настання негативних наслідків для медіатора в разі порушення ним правових або етичних норм, якими регулюється проведення медіації. Крім того, медіатор, який є членом об'єднання медіаторів, несе професійну корпоративну відповідальність, визначену статутом та/або положенням об'єднання, або дисциплінарну відповідальність. Так, за законодавством про медіацію Республіки Молдова залежно від тяжкості порушення на медіатора можуть бути накладені такі дисциплінарні стягнення: а) попередження; б) догана; с) призупинення здійснення діяльності медіатора на строк від одного до шести місяців; d) відкликання атестата медіатора.

В Україні в разі порушення медіатором зобов'язань за договором про проведення медіації він несе цивільно-правову відповідальність відповідно до умов цього договору та законодавства. Підставою цивільно-правової відповідальності можуть бути порушення медіатором установлені договором про проведення медіації процедури, порушення медіатором принципу конфіденційності, прояв особистої зацікавленості медіатора в результаті медіації чи предметі спору, якими завдано моральну чи матеріальну шкоду сторонам медіації.

Як правило, медіатор проводить медіацію одноосібно. Але в особливо складних справах, за великої кількості учасників або за бажанням сторін медіація може проходити за участю двох або більше медіаторів, наприклад, зважаючи на гендерні особливості сімейної медіації, доцільною є комедіація чоловіка і жінки. Для проведення бізнес-медіації бажаною є участь медіатора, який спеціалізується у певній сфері економіки та підприємництва (містобудування, сфера обслуговування тощо).

#### 4.4. Інші учасники медіації

У процедурі медіації сторони можуть користуватися допомогою адвокатів, перекладачів, а також експертів - фахівців у відповідній галузі (психолог, педагог, лікар, інженер, аудитор тощо). За згодою сторін при процедурі медіації можуть бути присутніми й інші особи. У медіації, де стороною є неповнолітня особа, можуть брати участь її батьки чи піклувальники, а в разі участі в медіації малолітньої особи участь її законних представників є обов'язковою. Важливо не випускати з уваги той факт, що роль указаних осіб у процедурі медіації є принципово відмінною від ролі сторін медіації. Вони не обговорюють конфліктну ситуацію, не виробляють шляхи виходу з неї, а лише надають підтримку сторонам медіації і в разі необхідності допомагають сторонам оцінити законність та реалістичність напрацьованих у ході медіації варіантів рішення.

**Адвокат.** Зважаючи на Правила адвокатської етики, адвокат зобов'язаний за можливості сприяти досудовому та позасудовому порядкам урегулювання спорів між

клієнтом та іншими особами (абзац 3 статті 8). Адвокат не повинен у своїй професійній діяльності ігнорувати можливість проведення медіації або ухилятися від проведення медіації в разі, якщо її використання може виявитися ефективним і здатне принести клієнту позитивний результат.

Роль адвоката полягає, перш за все, в інформуванні клієнта про можливість урегулювання спору за допомогою медіації та в організації звернення до медіатора. За згодою клієнта на процедуру медіації адвокат має звернутися з відповідною пропозицією до іншої сторони спору (її представника, у тому числі іншого адвоката). Якщо, навпаки, пропозиція про медіацію надійде клієнту від супротивної сторони, то завданням адвоката стає інформування клієнта щодо можливості та доцільності участі в медіації. На цій стадії адвокат має забезпечити укладення договору з медіатором про проведення процедури медіації.

Безпосередньо в процедурі медіації адвокат може виконувати дві основні ролі (про роль адвоката-медіатора див. підрозділ 9.2):

- консультанта свого клієнта - однієї зі сторін медіації, якій він надає правову допомогу. Не виключається й консультування адвокатом обох сторін медіації за їх згодою;
- представника клієнта - однієї зі сторін медіації.

Присутність адвоката на спільних зустрічах сторін медіації в якості консультанта є можливою лише разом з клієнтом і за умов згоди іншої сторони. У ході медіації адвокат може надавати поради клієнту, але при цьому він не бере участі у перемовинах, а користується перервами протягом медіаційної сесії, а також часом між сесіями. Саме тоді адвокат може надати клієнту юридичні консультації з питань медіації, обговорити варіанти рішень, допомогти у виробленні власних варіантів вирішення спору. Загалом, на думку А. М. Понасюка, роль адвоката як консультанта сторони медіації може бути виражена у таких діях:

- надання довірителю правових довідок із питань урегулювання спору;
- правові консультації (висновки) щодо можливості та доцільності врегулювання спору, основних переваг та ймовірних недоліків такого підходу в конкретній ситуації довірителя, виправданості використання медіації, загальних правил її проведення, обговорення окремих питань і пропозиції / прийняття визначених умов, а також наслідків укладення угоди за результатами медіації або завершення медіації без досягнення угоди сторонами;
- складання для довірителя документів правового характеру, пов'язаних з ініціюванням (пропозицією) медіації, її організацією, здійсненням, а також юридичним оформленням досягнутих за підсумками її проведення домовленостей.

Зважаючи на те, що процедурне керівництво медіацією здійснює медіатор, адвокат як консультант сторони медіації не керує нею, а підтримує свого клієнта в ході медіації. Адвокат не повинен перешкоджати спілкуванню свого клієнта з іншою стороною медіації та медіатором, втручатись в хід перемовин, рівно як і не повинен керувати процедурою медіації.

Роль адвоката в медіації може стати ключовою на стадіях оцінки законності та реалістичності виробленого сторонами рішення й оформлення угоди за результатами медіації. Оцінюючи варіанти рішення, адвокат має указати клієнту на його переваги, недоліки та перспективи виконання. Адвокат зобов'язаний допомогти клієнту юридично правильно оформити угоду, зокрема, розробити проекти необхідних правових документів (цивільно-правового договору, мирової угоди чи інших процесуальних актів тощо).

В якості представника клієнта - сторони медіації діяльність адвоката підпорядкована принципам і правилам проведення медіації. Найголовніше при цьому, аби адвокат розумів

відмінність процедури медіації від змагального судового процесу і діяв відповідно до прав та обов'язків сторони медіації, а не з позицій професійного юриста, який змагається за перемогу в спорі. Роль адвоката як представника сторони медіації може бути виражена в таких діях:

– безпосередня взаємодія з іншою стороною спору (її представником) з питань спроб примирення і проведення медіації: пропозиція та обговорення можливості врегулювання існуючих розбіжностей, узгодження відповідного способу, вибір і запрошення медіатора, визначення правил, часу і місця проведення медіації, кола запрошених учасників та ін.;

– участь разом із довірительом в медіації та представництво інтересів довірителя в ході проведення медіації.

А. В. Біцай визначає такі особливості участі адвоката як представника довірителя в медіації в цивільних та господарських справах:

1) адвокат у процедурі медіації діє в інтересах довірителя від його імені, однак остаточне рішення мають приймати лише сторони правового спору;

2) адвокат як представник сторони в медіації не повинен допускати конфлікту інтересів, тобто сторони правового спору з протилежними інтересами повинні бути представлені різними адвокатами в медіації в цивільних та господарських справах;

3) адвокат повинен бути обізнаним стосовно медіації як альтернативного способу вирішення спорів, моделей медіації, медіаційних технік та інших аспектів даної процедури;

4) адвокат повинен володіти достатнім обсягом медіаційних знань, умінь та навичок;

5) основна мета адвоката як представника довірителя в медіації полягає в тому, щоб забезпечити реалізацію прав та обов'язків клієнта в процедурі та допомогти йому знайти прийнятне для всіх рішення, а зовсім не в тому, щоб переконати медіатора у власній правоті або спростувати доводи іншої сторони;

6) правові аргументи можуть і повинні мати місце в діяльності та позиціях адвоката-представника при проведенні медіації, разом із тим вони не повинні завдавати шкоди конструктивності переговорного процесу і не перевести подальше спілкування сторін від узгодження інтересів до дискусії про взаємні права та обов'язки;

7) адвокат повинен забезпечити належне юридичне оформлення домовленості сторін за результатами медіації, а також забезпечити законність такої домовленості та її відповідність положенням чинного законодавства (у разі якщо медіатором є непрофесійний юрист);

8) основна роль адвоката як представника довірителя під час процедури медіації полягає в наданні адвокатом правової допомоги, юридичних консультацій та роз'яснення довірительові під час процедури медіації (у разі якщо довіритель самостійно веде переговори) та у веденні переговорів, представляючи інтереси довірителя (як за участю довірителя в процедурі, так і без неї) в процедурі медіації (у разі якщо довіритель самостійно не веде переговорів).

Свої особливості має участь адвоката в медіації в рамках кримінального провадження. Адвокат має проінформувати підозрюваного чи обвинуваченого, чиїм захисником він є, про можливість примирення з потерпілим лише тоді, коли останній визнає факт учинення ним кримінального правопорушення і бажає усунути завдану ним шкоду. Відповідно, адвокат, який надає правову допомогу потерпілому, має сприяти організації примирної процедури лише за впевненості, що вона допоможе психологічному зціленню його клієнта та/ або скорішому й повнішому відшкодуванню завданої йому шкоди.

Адвокат Світлана Сергєєва підсумовує результати ознайомчих семінарів для адвокатів: «Медіація як засіб позасудового вирішення конфліктів стає дедалі популярнішою. Дедалі більше колег - як адвокатів, так і суддів - опановують навички медіатора та використовують здобуті знання у своїй професії. Майже ні від кого з правників не чую, що медіація може «забрати хліб в адвокатів».

**Перекладач.** У разі міжкультурної медіації або медіації за участю німої, глухої або глухонімої особи неодмінним учасником медіації є перекладач. Якщо використати аналогію із цивільно-процесуальним правом, перекладач - це: особа, яка вільно володіє мовою, якою здійснюється цивільне судочинство, та іншою мовою, знання якої необхідне для усного чи письмового перекладу з однієї мови на іншу; особа, яка володіє технікою спілкування з глухими, німими чи глухонімими (частина 1 статті 55 Цивільного процесуального кодексу України).

Підстави та порядок залучення перекладача до медіації визначаються договором між сторонами медіації. Витрати на залучення перекладача покладаються на ту сторону медіації, яка, як правило, є ініціатором залучення перекладача (хоча не виключається будь-який інший порядок оплати праці перекладача або надання ним послуг *Proxibono*). Основний обов'язок перекладача - повний, точний і правильний переклад. Зважаючи на принципи медіації, на перекладача покладається також обов'язок дотримуватися вимоги конфіденційності щодо інформації, яка стане йому відома під час медіації.

**Фахівець (експерт).** Оскільки коло конфліктних ситуацій, які можуть бути винесені на медіацію, є практично необмеженим, у ході обговорення конфліктної ситуації та особливо в ході вироблення та оцінки варіантів її рішення, може знадобитися допомога вузького спеціаліста - фахівця в певній галузі суспільних відносин, певній сфері виробництва тощо. У таких випадках доцільним є залучення до медіації експерта. Це може бути педагог, інженер, банківський працівник, психолог тощо. Зокрема, до медіації з приводу визначення місця проживання дитини та участі того з батьків, хто проживає окремо від дитини, в її вихованні у випадку високої конфліктності сторін медіації доцільне залучення психотерапевта, психолога, педагога.

Досвід упровадження медіації в деяких країнах показав доцільність залучення суб'єктів оціночної діяльності до таких категорій медіаційних справ: при розлученнях подружжя; при поділі майна; при виході учасників з товариств з обмеженою відповідальністю; у процесі будівництва або ремонту; при заподіянні збитків; при затопленні квартир в багатоповерхових будинках або пошкодженні автомобілів у дорожньотранспортних пригодах; при придбанні недоброякісних товарів; при поділі нерухомості або земельних ділянок між співвласниками.

Підстави та порядок залучення експерта до медіації визначаються договором між сторонами медіації. Не виключається й залучення експерта однією стороною медіації. Витрати на залучення експерта покладаються на сторону/сторони медіації. На відміну від перекладача експерт не зобов'язаний бути присутнім на процедурі медіації, а його залучення є доцільним на стадії оцінки реалістичності прийнятого рішення. Його основний обов'язок - надати якомога повніші та точніші відповіді (висновок) щодо поставлених перед ним стороною/сторонами медіації питань. Думка експерта чи його висновок мають оціночний та факультативний для сторін характер. Вони не повинні заміняти собою рішення, яке в будь-якому разі самостійно приймають сторони медіації. Натомість попередньо напрацьоване рішення сторін може бути відкореговано з урахуванням думок та висновків експерта.

**Законні представники дитини.** Медіація є ефективним засобом вирішення конфліктів, учасниками яких є діти. Зокрема, це конфлікти в освітньому середовищі між

учнями, учнями та вчителями, конфлікти в сім'ї між батьками та дітьми, дітьми та іншими членами сім'ї. У цих випадках постає питання про участь у медіації законних представників дитини (батьків, опікунів, піклувальників). Зазначимо, що за умов відсутності законодавчого врегулювання участь законних представників дитини в медіації, в якій вона є стороною, визначається з урахуванням загальних принципів права, чинного галузевого законодавства та етичних основ медіації.

Медіація як соціальна послуга дитині віком до 14 років надається за участю її законного представника, а у разі його відсутності - посадової особи органу опіки та піклування [відповідно до пункту 4 розділу II Державного стандарту соціальної послуги посередництва (медіації)].

Медіація в освітньому середовищі організується та здійснюється, як правило, шкільними службами порозуміння (далі - ШСП) та іншими суб'єктами, які створено в закладах освіти в рамках законодавчих вимог до профілактики правопорушень і, зокрема, булінгу. Створення і діяльність ШСП, як правило, урегульовано актами, що не мають юридичної природи або є актами локального правового регулювання (статути чи правила внутрішнього розпорядку закладів освіти). ШСП покликана до розв'язання конфліктів між учасниками освітнього процесу ненасильницьким шляхом. Як правило, такі конфлікти знаходяться за межами правового регулювання, тому їх вирішення шляхом медіації не потребує обов'язкової присутності чи згоди законних представників дитини. Утім з виховною та просвітницькою метою, а також задля забезпечення виконання ухваленого рішення шкільні медіатори, як правило, запрошують батьків бути присутніми на медіації за участю їхньої дитини.

Медіація за участю сторони-дитини, результатом якої може стати юридично значуще рішення, має проводитись відповідно до норм цивільного та цивільного процесуального законодавства, які в даному випадку застосовуються по аналогії. У медіації за участю дитини, яка досягла чотирнадцяти років, може брати участь її законний представник, згода якого буде потрібна в разі ухвалення в ході медіації рішення, яке має характер юридичної угоди.