

Розділ 8

Особливості медіації в окремих сферах суспільних відносин

Медіація є ефективним інструментом вирішення різноманітних конфліктів (спорів): від сімейних до міжнародних. У попередніх розділах підручника було визначено базові принципи та типові правила проведення медіації та реалізації домовленостей, досягнутих в її ході. Разом з тим в кожній сфері суспільних відносин, де є доцільним застосування медіації, є свої особливості, зумовлені суб'єктивними характеристиками учасників конфлікту, предметом та перебігом конфлікту (спору), особливостями нормативного регулювання способів виходу з конфлікту тощо.

8.1. Сімейна медіація

Сімейна медіація – це гнучкий механізм вирішення різноманітних сімейних конфліктів, який можна адаптувати під унікальну ситуацію кожної сім'ї.

Сімейні конфлікти є одним з найпоширеніших видів конфліктів, що мають низку **особливостей**:

- особливий предмет – міжособистісні стосунки (кохання, любов, кровна спорідненість), правові та моральні обов'язки, зумовлені реалізацією функцій сім'ї: репродуктивної, виховної, господарсько-економічної, рекреаційної (взаємодопомога, турбота про здоров'я, організація дозвілля і відпочинку), комунікативної та регулятивної;
- сильні душевні переживання та страждання їх учасників. Емоційний накал заважає людям зосередитися і прийняти обдумане рішення щодо перспектив подальшого життя;
- швидкість протікання кожного з етапів конфлікту;
- багатосторонність через залучення до конфлікту, крім основних його учасників (подружжя, батьки та дитина, брати та сестри), інших членів сім'ї;
- своєрідні форми протиборства (докори, образи, сварка, сімейний скандал, порушення спілкування тощо);
- різноманітні способи завершення (примирення, досягнення згоди, налагодження відносин на основі взаємних поступок, розлучення).

Окремо слід сказати про таку особливість сімейного конфлікту з приводу розлучення подружжя як його вплив на стан та інтереси дитини. Розлучення батьків – це одна з найважчих ситуацій для дитини, яка може залишити глибокий слід в душі дитини і негативно вплинути на її майбутнє. Довгострокові наслідки розставання або розлучення для дітей неминуче будуть негативними. Важливо правильно підготувати дитину до змін в її житті, пояснити, що батьки, як і раніше її люблять, і завжди будуть поруч, навіть якщо не будуть більше жити разом. Це може зробити сімейний медіатор, що володіє спеціалізацією для проведення прямого консультування дитини.

Партнери часто визнають, що вони дуже мало знають про процедуру розлучення і не розуміють, як організувати виконання своїх батьківських обов'язків після нього. Якщо ж під час і після розлучення батьки можуть взаємодіяти один з одним і продовжують спільно виконують свої батьківські обов'язки, дітям набагато легше пережити розлучення.

Причини сімейних конфліктів:

- обмеження свободи активності, дій,
- самовираження членів сім'ї;

- девіантна поведінка одного або декількох членів сім'ї (алкоголізм, наркоманія, домашнє насильство тощо);
- наявність протилежних інтересів, прагнень, обмеженість можливостей для задоволення потреби одного з членів сім'ї (з його точки зору);
- авторитарний, жорсткий тип стосунків, що склалися в сім'ї;
- наявність важко вирішуваних матеріальних проблем;
- авторитарне втручання родичів у подружні відносини;
- сексуальна дисгармонія партнерів у шлюбі тощо.

До внутрішніх чинників, які можуть спричинити виникнення конфліктів у сім'ї, слід також віднести: погіршення економічного стану сім'ї, надмірну трудову зайнятість одного або обох з подружжя; безробіття подружжя або інших членів сім'ї; тривалу відсутність житла; відсутність можливості влаштувати дітей до дитячої установи та ін.

Сімейний конфлікт нерідко набуває форми спору, коли подружжя звертається до юрисдикційних або неюрисдикційних засобів його вирішення. В цих випадках сімейна медіація знову-таки є одним з найефективніших варіантів вирішення спору. Зокрема вона може бути використана у таких категоріях спорів як:

- спори щодо визначення та виконання аліментних зобов'язань подружжя, батьків та дітей, в тому числі визначення розміру чи перерахунку аліментів;
- спори з приводу розірвання шлюбу;
- спори щодо утримання подружжя та інші майнові відносини подружжя, батьків та дітей, інших членів сім'ї;
- спори щодо визначення місця проживання дитини та/ або участі кожного з батьків в утриманні та вихованні дитини;
- спори щодо поділу майна подружжя, колишнього подружжя, осіб, які перебували у фактичних шлюбних відносинах;
- спори щодо організації контакту з дітьми баби, діда або інших родичів дитини;
- спори щодо встановлення батьківства;
- спори між батьками та дітьми, які не можуть бути вирішені у судовому порядку.

Зокрема такими є так звані конфлікти поколінь, коли стикаються різні системи цінностей старшого та молодшого покоління сім'ї. Попри те, що вони розгортаються між близькими людьми, зв'язок між якими є природним, вони здатні призвести до повного розриву відносин між членами однієї родини.

Судові рішення вирішують юридичну ситуацію, але не завжди припиняють особистісний конфлікт. У таких випадках в медіації основна увага концентрується на виробленні взаємно прийнятних способів виконання рішення суду без подальшої ескалації напруженості в особистих відносинах. Прийняті рішення в медіації повинні враховувати особливі потреби кожної сім'ї. Сімейна медіація дозволяє розглянути правові питання в ширшій перспективі щоденного життя учасників конфлікту.

Медіація є ефективною у випадках, коли сторони не можуть домовитися самостійно, зайшли в глухий кут або не розмовляють один з одним через дуже болісні переживання, спричинені розривом стосунків. Сімейна медіація допомагає сторонам конфлікту усунути розбіжності та добровільно співпрацювати для прийняття усвідомленого вирішення питань, пов'язаних з розлученням, включаючи питання участі у вихованні дітей, фінансові або майнові спори.

Сімейна медіація дозволяє врахувати високу емоційність сімейних конфліктів і тому є дуже ефективною в різних заплутаних життєвих ситуаціях. Вона враховує людський фактор в конфлікті та приділяє багато уваги взаєминам. Вона заохочує і полегшує

вираження хвилювань, тривог і сумнівів. Будь-які теми, порушені під час медіаційних сесій, можуть бути взяті до уваги та відображені в тексті досягнутої угоди. Зокрема завдяки сімейній медіації батьки можуть знайти відповіді на такі питання, що стосуються дитини:

- про місце проживання дитини та форми участі кожного з батьків у її вихованні;
- питання утримання та навчання дітей;
- обмін інформацією про стан здоров'я дитини;
- про особливості спілкування батьків один з одним і кож- ного з батьків з дитиною;
- щоденний розпорядок життя дитини, проведення свят, відпочинок на канікулах;
- контакт з родичами розлучених батьків, спілкування з бабою чи дідом, іншими родичами;
- подарунки, одяг, кишенькові витрати, а також дисципліна, правила виховання і розпорядку.

Проведення сімейної медіації. Сімейні медіатори працюють в парі – в комедіації. Спочатку вони проводять попередню зустріч з кожною стороною для діагностики конфлікту та визначення основних тем для обговорення. Основне питання, яке ставлять медіатори сторонам на попередній зустрічі, це чи готові вони домовлятися для того, щоб знайти рішення, яке допоможе розв'язати конфлікт. По отриманню позитивної відповіді робота медіаторів спрямовується на таке:

- допомогти налагодити спілкування між учасниками сімейного конфлікту;
- допомогти почути і зрозуміти один одного, враховуючи зниження довіри між сторонами або навіть її відсутність через конфлікт. Люди часто не усвідомлюють, що у них є багато спільного, а медіація допомагає це побачити;
- допомогти дізнатися про інтереси один одного, а головне – сформулювати для себе і власні інтереси. Іноді люди, переживаючи величезну образу, готові поступитися своїми справжніми інтересами заради того, щоб зробити боляче іншому. Сімейна медіація допомагає зрозуміти безперспективність такого підходу;
- допомогти зрозуміти інтереси дитини. Батьки схильні забувати про почуття дітей, коли «кровоточать» їх власні душевні рани;
- допомогти зберегти батьківські відносини. Що б не відбувалося між подружжям, вони не перестають бути батьками;
- вести сторони до пошуку взаємоприйняттого рішення;
- допомогти сторонам добровільно виконати ухвалені ними рішення.

Після цього сторони приходять на загальну зустріч і завдяки підтримці медіатора навчаються безконфліктному спілкуванню з метою почути те, що є важливим для всіх членів сім'ї, включаючи інтереси дитини. Конфлікуючі сторони можуть спілкуватися один з одним не безпосередньо, а через медіаторів. Це дозволяє їм висловити свої почуття і потреби, з'ясувати справжні інтереси іншої сторони. В ході такого спілкування вони починають розуміти вчинки і почуття іншого, і в результаті – стають готовими для спільної роботи над вирішенням своїх проблем.

З огляду на великий спектр питань, що виникають під час сімейних конфліктів, процедура сімейної медіації, як правило, включає кілька спільних зустрічей: в середньому їх може бути від трьох до шести, тривалістю до трьох годин кожна. Такий формат роботи є необхідним так само для трансформації усвідомлення того, що відбувається, прийняття ситуації, навчання новому формату безконфліктної взаємодії для відновлення взаємин з близькими людьми.

Так само важливим завданням в сімейній медіації при розлученні подружжя є допомога у збереженні своїх батьківських обов'язків. Медіація дає можливість відокремити статус батьків від «гіркоти і смутку», які слідує за втратою статусу дружини або чоловіка.

У роботі з подружніми парами, які перебувають в процесі розірвання шлюбу, які готові на мирне позасудове врегулювання конфліктної ситуації, часто звучить запит про надання допомоги в розмові з дитиною і визнання власної безпорадності і нерозуміння, яким чином це краще зробити. На зустрічах при прямому консультуванні дитина має можливість проговорити свої переживання і думки з приводу конфлікту між батьками, сказати про свої бажання і поставити питання, що виникли у зв'язку з розлученням батьків.

Дуже часто батьки після розлучення борються за дітей як за об'єкти власності, які можна «виграти» або «програти» в результаті судового процесу, що сприяє загостренню і продовженню конфлікту між батьками тоді, коли дітям найбільше потрібні підтримка і взаємодія батьків.

Сімейний медіатор, працюючи з шлюбнорозлучними справами, має «привносити» інтереси дитини у напрацювання варіантів рішення конфлікту батьками.

В сімейній медіації можуть брати участь діти. Пряме консультування дітей проводиться сертифікованим сімейним медіатором з роботи з дітьми за обопільної згоди батьків.

Форми участі дітей у сімейній медіації:

1) пряме консультування дітей. Проводиться сімейним медіатором за відсутності батьків, коли дитина не хоче або не може сказати про свої бажання та потреби в їх присутності (для роботи з маленькими дітьми доцільно використовувати спеціальні проектні методики, щоб зрозуміти мову дитини);

2) безпосередня участь дитини в сімейній медіації. В цьому випадку медіатор працює з дитиною в присутності батьків. Цей спосіб роботи може допомогти усвідомити батькам переживання своєї дитини і самим почути те, що є найважливішим і найтривожнішим питанням для дитини;

3) участь дитини в сімейній медіації як сторони конфлікту. Така форма участі дитини має місце в конфліктах поколінь (батьки–діти).

У роботі сімейного медіатора використовується екограма для опису «екології» сім'ї в перехідний період. Коли батьки розлучаються і починають відносини з новими партнерами, сім'я розростається не тільки «по вертикалі», а й «по горизонталі». Екограма корисна також тим, що на ній можна показати дві горизонтальні лінії, що з'єднують обох батьків (зазвичай для цього використовується всього одна лінія). Верхня лінія описує шлюбні відносини, які завершуються при розставанні або розлучення. Нижня лінія представляє їхні стосунки як батьків, які, як правило, повинні тривати на благо дітей і самих батьків.

Близьким людям особливо складно впоратися із завершенням своїх шлюбних відносин в умовах, коли необхідно продовжувати спільно виконувати батьківські обов'язки. Дуже часто кілька ліній накладаються одна на одну.

Візуальний поділ цих ліній здатний допомогти батькам усвідомити необхідність відокремити проблеми їхнього шлюбу, які стали причиною руйнування їхніх стосунків, від батьківських прав і обов'язків, які продовжують об'єднувати їх в сьогоденні і майбутньому.

Екограми особливо корисні, якщо мова йде про розширену сімейну структуру, в яку входять діти від попередніх шлюбів, діти вітчима і мачухи, пасинки і падчерки, а також бабусі й дідуся.

Високий рівень здібностей сімейного медіатора в роботі з емоційними станами інших людей, безумовно, сприяє просуванню у вирішенні конфлікту. Медіатор допомагає опонентам виявити, усвідомити і переробити почуття і емоції, що стосуються конфліктної ситуації. Чуйність, відчуття високого професіоналізму сімейного медіатора викликають довіру до нього у конфліктуючих сторін. Це призводить до зниження спроб перекладати відповідальність і прийняття рішення на медіатора.

Система підготовки сімейного медіатора поряд з проходженням повного курсу сімейної медіації та регулярного підвищення кваліфікації медіатора в якості обов'язкових елементів включає в себе також проходження певної кількості годин інтерв'язії і суперв'язії.

8.2. Бізнес-медіація

Розвиток технологічного прогресу привів до стрімкого прискорення життєвого темпу. Зазначені процеси, у свою чергу, продемонстрували нездатність судової системи та інших традиційних інститутів розв'язання конфліктів ефективно виконувати покладену на них функцію, що цілком логічно стало поштовхом для розвитку альтернативних способів вирішення спорів, у тому числі медіації.

Комерційна сфера, як системоутворююча для економіки будь-якої держави, потребує високого рівня стабільності, тому є сприятливим ґрунтом для розвитку інституту медіації. У той же час специфіка сфери та різноманітність правовідносин, які вона регулює, дозволяють виокремити цілий ряд особливостей, притаманних саме бізнес-медіації.

Поняття комерційної медіації, або бізнес-медіації, які далі вживатимуться як синоніми, можна розкривати у вузькому та широкому значенні.

У вузькому значенні **комерційну медіацію (бізнес-медіацію)** можна визначити як альтернативну (позасудову) структуровану процедуру врегулювання спорів, що виникають в процесі підготовки до здійснення господарської діяльності та/або її здійснення, в рамках якої сторони намагаються досягти згоди для вирішення спору за допомогою нейтрального посередника (медіатора).

У широкому значенні **бізнес-медіація** – це нова культура цивілізованого діалогу у сфері господарювання, що створює можливості для вирішення спорів, а також запобігання їх виникненню.

Адже комерційна медіація застосовується не тільки там, де існує спір. Бізнес-медіація успішно використовується також як превентивний засіб для профілактики потенційних конфліктів.

Завданням бізнес-медіатора є налагодження процесу комунікації між сторонами та надання сторонам можливості обрати прийнятний для всіх варіант вирішення спору на підставі розгорнутого аналізу його суті.

Сфери застосування бізнес-медіації

При дослідженні сфер застосування бізнес-медіації слід зауважити, що неможливо виділити окремі види комерційних спорів, які не можуть бути врегульовані за допомогою медіації.

Саме тому варто визначити критерії медіабельності тих чи інших комерційних спорів.

Медіабельність розглядається як сукупність умов, за яких медіація може бути ефективною чи взагалі можливою.

Пропонуємо при визначенні критеріїв медіабельності бізнес-спорів використовувати метод дослідження від зворотного, визначивши, які спори не можуть бути предметом врегулювання за допомогою бізнес-медіації, зокрема при наявності таких ознак:

- пряма суперечність нормам законодавства – тут слід розрізняти декілька аспектів. Перш за все, це випадки, коли законом визначено чіткий спосіб вирішення спору, що не передбачає можливість застосування жодних альтернатив, як наприклад, законодавчі обмеження в процедурі банкрутства. Крім того, можуть бути випадки, коли предмет медіації, тобто сама суть спору, лежить в площині кримінального законодавства;

- наявність інтересів третіх осіб – йдеться про випадки, коли предмет та/або результат медіації прямо впливає на інтереси
- осіб, які не залучені до процедури медіації, і таке залучення є неможливим в силу об'єктивних причин;
- спори з невідомими бенефіціарами – йдеться про випадки, коли медіатор виявляє, що особами, які приймають рішення від імені сторони конфлікту, є не ті особи, які беруть безпосередню участь в процесі медіації, а треті особи, які не бажають себе виявляти, однак фактично визначають стратегію поведінки її довірених осіб у процедурі врегулювання спору. Слід зазначити, що, якщо мова йде тільки про недостатність повноважень у представника сторони – безпосереднього учасника процесу медіації – на прийняття окремих рішень, це впливатиме лише на динаміку процедури, оскільки вимагатиме додаткового часу на узгодження, однак не виключатиме можливості продовження процедури врегулювання в цілому. Однак у випадку, коли стане очевидно, що одна зі сторін конфлікту (її кінцеві бенефіціари) залишається невідомою іншій стороні конфлікту та медіатору, це ставить під сумнів продовження процесу медіації, оскільки виникне так званий «вакуум довіри», подолати який буде вкрай важко;
- наявність внутрішнього конфлікту інтересів – це найчастіше зустрічається у корпоративних та внутрішньо-організаційних спорах, коли між власниками бізнесу або між власниками та найманим топ-менеджментом є прихований конфлікт інтересів, який вони намагаються всіма силами замаскувати іншим, зовнішнім конфліктом;
- відсутність фокусу на реальне врегулювання спору – досвідченим медіатором це виявляється досить швидко, на основі діагностики конфлікту та первинних контактів зі сторонами спору. Завданням медіатора у цих випадках є проведення перевірки на реалістичність та добросовісність намірів учасників медіації. Зокрема медіатор має перевірити наявність дійсного волевиявлення кожної сторони на врегулювання спору, а не просто декларування такого наміру, а також виключити можливість декларативної участі в медіації задля збору інформації проти свого опонента з метою її подальшого використання поза процедурою медіації;
- застосування насильства або погроза такого застосування – йдеться про всі види фізичного, психологічного та іншого протиправного впливу на одну зі сторін конфлікту з боку іншої сторони або третіх зацікавлених осіб.

В окремих випадках можуть бути застосовані інші критерії медіабельності бізнес-спорів, залежно від обставин певної справи, що має бути визначено медіатором на етапі діагностики конфлікту, а у разі об'єктивної неможливості раннього виявлення – на перших етапах процедури медіації. Наприклад, бізнес-медіація за участі суб'єкта господарювання, в статутному капіталі якого є істотна державна частка, має свою специфіку, яка інколи може зробити конкретний спір немедіабельним.

Враховуючи, що не всі із зазначених вище критеріїв можна, на наш погляд, віднести до абсолютних, остаточний висновок про ступінь медіабельності конкретного спору робиться медіатором, який обраний сторонами для проведення процедури врегулювання спору між ними, на підставі його внутрішнього переконання. Зрозуміло, що за таких обставин різні медіатори можуть дійти протилежних висновків щодо медіабельності певного комерційного спору. У цьому випадку важливою, на наш погляд, є прозорість застосованих медіатором критеріїв.

У площині регулювання бізнес-медіації лежить велике різноманіття комерційних спорів, що виникають в процесі здійснення господарської діяльності.

Пропонуємо узагальнено класифікувати вказані спори за суб'єктним складом їх учасників:

- між суб'єктами господарювання та їх клієнтами;
- між суб'єктами господарювання та їх контрагентами;
- спори з працівниками суб'єктів господарювання, що включають спори між трудовим колективом та роботодавцем, окремими групами працівників та керівництвом, працівниками одного ієрархічного рівня, окремими працівниками та роботодавцем;
- між власниками бізнесу (учасниками, акціонерами товариств) та найманим топ-менеджментом;
- між власниками бізнесу.

Залежно від предмету спору бізнес-медіацію можна класифікувати на такі основні види, зокрема:

- медіацію у сфері договірних відносин;
- медіацію у сфері деліктних відносин;
- медіацію корпоративних спорів;
- фінансову медіацію;
- земельну медіацію;
- медичну медіацію;
- медіацію у сфері інтелектуальної власності;
- внутрішньо-організаційну медіацію (що включає у тому числі трудові спори);
- медіацію бізнес-партнерства.

Особливості проведення бізнес-медіації.

Враховуючи різноманіття спорів, що виникають у процесі господарської діяльності, слід розуміти, що кожному з них притаманні певні особливості врегулювання за допомогою медіації, більшість з яких може бути виявлена тільки при отриманні практичного досвіду медіатора.

Так, наприклад, у фінансовій сфері поширеною є так звана «човникова медіація», що передбачає по чергову роботу медіатора з кожною стороною замість проведення спільних зустрічей. Крім того, специфікою фінансової медіації є, як правило, чітко визначена майнова рамка, в межах якої мають лежати домовленості сторін, та обмеженість тем для розширення переговорного поля.

При проведенні бізнес-медіації у сфері інтелектуальної власності беруться до уваги норми міжнародного права, що регулюють певну специфічну галузь (кіноіндустрія, доменні спори, спори щодо складних об'єктів інтелектуальної власності тощо), а також враховуються експертні висновки.

Однак, попри існуючі особливості, все ж спробуємо виділити *характеристики*, притаманні процедурі врегулювання більшості комерційних спорів:

- складнощі із залученням сторін до медіації – через недостатню обізнаність про процедуру, відсутність довіри сторін до процедури та одна до одної. З практичного досвіду вбачається, що розрахунок вартості конфлікту у разі його продовження протягом тривалого часу є ефективним інструментом для підвищення лояльності сторін бізнес-конфлікту до процедури медіації;
- важливість експертності медіатора у галузі, в якій виник спір, – володіння медіатором спеціальною термінологією (у фармацевтичній, аграрній чи фінансовій сфері тощо) допомагає швидше побудувати довіру зі сторонами та зробити процес медіації динамічним;

- обмеженість повноважень представників сторін медіації – пов'язана із тим, що безпосередню участь у процесі медіації не завжди беруть бенефіціари конфліктуючих сторін, делегуючи своїх представників для цього, які часто не мають достатніх повноважень на прийняття певних рішень, варіанти яких генеруються в процесі проведення медіації. Тому медіатору слід на стадії премоделювання встановлювати наявність повноважень у представників, перевіряти їх межі та намагатись залучити до процесу осіб, що приймають рішення, а у разі неможливості – з'ясувати порядок узгодження з такими особами прийнятих учасниками медіації рішень;
- необхідність з'ясування виду конфлікту – виконання цієї задачі медіатором та виявлення, з чим саме у конкретному кейсі необхідно працювати – з конфліктом цінностей, інтересів чи стилів, допомагає усвідомити глибину конфлікту та прояснити перспективи його врегулювання;
- дисбаланс сил – ознака, притаманна більшості бізнесспорів, сторони яких часто мають діаметрально різні ресурси, статус, авторитет тощо, що може переводити переговорний процес між ними у домінування сильнішої сторони та в результаті призвести до переговорів з нульовим результатом. Завданням медіатора є своєчасна діагностика подібних процесів та спрямування зусиль на відновлення балансу сил сторін під час їх перебування в медіації шляхом створення рівних можливостей та фокусування на спільній меті – прийнятті рішення, яке задовольнить інтереси кожної сторони;
- наявність прихованих емоцій – поширене упередження, що в комерційних спорах емоційний фон сторін є невисоким, спростовується практичним досвідом проведення бізнесмедіацій, коли медіатору доводиться окрему увагу приділяти невиявленим емоціям учасників медіації, які ними ретельно приховуються та іноді заперечуються й гальмують процедуру врегулювання спору. Досить часто палітра емоційного забарвлення в бізнес-медіації набагато ширша та більш насичена, ніж, наприклад, в сімейних спорах, тому медіатор повинен досконало володіти компетенціями роботи з емоціями;
- наявність великої кількості радників, у тому числі юристів, які можуть критично ставитись до процедури медіації та участі в ній певної сторони, наполягаючи на обранні традиційних способів вирішення спорів, що інколи негативно відбивається на динаміці процесу.

Додаткові можливості бізнес-медіації

Окрім великої кількості очевидних переваг, що надає сторонам комерційних спорів бізнес-медіація як потужний інструмент для їх врегулювання, цей інструмент можна ефективно застосовувати і як превентивний – для профілактики виникнення спорів.

Британський дослідник Девід Річбелл розрізняє «медіацію спору» і «медіацію угоди». Медіація спору застосовується, коли спір (конфлікт) уже виник. Медіація угоди застосовується з метою запобігання конфліктів в майбутньому. Медіатор допомагає сторонам провести переговори таким чином, щоб укласти максимально вигідну для всіх угоду. Медіатор не зацікавлений в результаті медіації і виконує здебільшого функцію сприяння сторонам, при цьому виявляючи і згладжуючи відмінності їх переговорного стилю, нагадуючи про наявність важливих для кожної зі сторін аспектів угоди, створюючи і підтримуючи атмосферу довіри. Під час такої медіації народжуються нові відносини, скріплені позитивними емоціями від домовленості і детальним опрацюванням інтересів, які можуть бути реалізовані тільки в медіації.

Натомість французький медіатор Жан-Франсуа Сікс вирізняє чотири види медіації:

творча медіація – створює нові відносини і робить їх взаємовигідними;
оновлююча медіація – покращує вже існуючі відносини, які з тих чи інших причин були охолоджені або перервані;
превентивна медіація – попереджає вже існуючий конфлікт, який розпочинається, поки у його потенційних учасників ще є конструктивні відносини;
лікувальна медіація – вирішує конфлікт.

Зазначені приклади демонструють широкі можливості для застосування бізнес-медіації, що не обмежується виключно стадією врегулювання існуючого конфлікту.

Як вважає дослідник питань медіації Н. В. Троцюк, зараз наукову розробленість і законодавче закріплення отримала «медіація спору», як називає її Девід Річбелл, або «лікувальна медіація», як визначає її Жан-Франсуа Сікс. Що ж стосується можливості застосування медіації не тільки в конфліктах, а й взагалі у відносинах, які потребують оновлення, поліпшення, відкриття нових перспектив, то це – майбутнє медіації, але це майбутнє починається вже сьогодні.

Якщо говорити про бізнес-медіацію та її застосування в Україні, то вказане майбутнє, що викладене в роботах науковців, вже стало реальністю для практикуючих медіаторів. Яскравим прикладом застосування творчої медіації є медіація партнерства, коли медіатор залучається майбутніми бізнес-партнерами на етапі створення спільного бізнесу. Медіація на цьому етапі дозволяє якісно дослідити інтереси сторін, їх цінності та бачення розвитку бізнесу, а також детально проговорити всі гострі питання, яких, як правило, на початкових етапах намагаються уникати партнери, розраховуючи, що зможуть дійти згоди по них у майбутньому. Насправді така «мовчазна згода» є ризикованою для майбутнього бізнесу, оскільки вже на етапі його створення сторони закладають конфліктогени, які рано чи пізно призведуть до виникнення спору. Крім того, сьогодні у бізнес-спорах ефективно застосовується також превентивна медіація, метою якої є діагностика потенційних конфліктів та робота з ними.

Медіація у сфері комерційних спорів є сучасним ефективним інструментом для оперативного вирішення бізнес-задач, що допомагає бізнесу заощаджувати кошти, час та інші ресурси і тримати фокус на розвитку бізнесу. Статистика практикуючих медіаторів свідчить, що понад 80 відсотків компаній, які мали досвід участі в процесі медіації, висловлювали задоволеність від її результатів, оскільки отримували гнучкі рішення, засновані на інтересах сторін, зберігаючи при цьому позитивну ділову репутацію на ринку. Серед переваг бізнес-медіації її учасники окремо виділяли такий компонент як прогнозованість витрат на вирішення певного бізнес-питання, а також важливість збереження контролю самих сторін над процедурою та результатом медіації.

Різноманіття комерційних спорів визначає особливості проведення бізнес-медіації залежно від предмету спору, його суб'єктного складу та сфери спірних правовідносин.

Однак беззаперечною перевагою вказаного процесу є можливість використання бізнес-медіації як інструменту не тільки для вирішення існуючих спорів на будь-якій стадії їх розвитку, але і для запобігання їх виникненню та поглибленню.

Таким чином, популяризація бізнес-медіації в нашій державі може стати початком для формування нової культури цивілізованого діалогу у сфері господарювання.

8.3. Медіація в трудових відносинах

Відносини між суб'єктами трудового права передбачають можливість конфлікту через різницю їхніх інтересів, які часто є діаметрально протилежними. Така природа трудових відносин зумовлює специфіку вирішення трудових спорів (конфліктів) шляхом медіації (далі – *трудова медіація або медіація в трудових відносинах*).

Існують загальні особливості трудової медіації, а також ті, які проявляються під час окремих її фаз.

Особливості медіації в трудових відносинах

Специфіка трудових відносин зумовлює певні особливості трудової медіації, що включають, зокрема, таке:

- медіація переважно ініціюється роботодавцем;
- часто зовнішній юрист радить роботодавцю вдатися до медіації для вирішення трудового спору;
- незважаючи на те, що роботодавець є сильною стороною трудових відносин, під час трудового спору (особливо пов'язаного зі звільненням працівника) баланс сил нерідко змінюється на користь працівника.

Це пояснюється тим, що підстави для припинення трудових правовідносин за ініціативою роботодавця, передбачені статтями 40 та 41 Кодексу законів про працю України, майже не залишають для роботодавця варіантів для звільнення, які би мінімізували ризик оскарження працівником звільнення через суд.

Окрім того, часто роботодавець зацікавлений у якнайшвидшому врегулюванні трудового спору (конфлікту), що може бути зумовлено як внутрішніми, так і зовнішніми причинами. Внутрішні причини включають, зокрема, необхідність підтримання сприятливого мікроклімату в трудовому колективі, збереження часу, грошей та інших ресурсів. Зовнішні ж причини пов'язані з можливим ініціюванням незадоволеним працівником проведення перевірок роботодавця державними органами, репутаційними ризиками при порушенні працівником положень внутрішніх документів роботодавця в сфері комплаєнсу та розголосом відомостей про це тощо.

- *конфіденційність*, яку забезпечує медіація, часто є вирішальною для роботодавця.

Оскільки законодавство України, на відміну від багатьох інших юрисдикцій, не передбачає такий спосіб вирішення трудових спорів як трудовий арбітраж, медіація залишається єдиним засобом для конфіденційного вирішення спору (конфлікту) між працівником, роботодавцем та іншими суб'єктами трудових відносин. Забезпечення конфіденційності є критичним, якщо спір пов'язаний із корупційним чи іншим комплаєнспорушенням, особливо якщо роботодавець належить до корпоративної групи, яка підпадає під екстратериторіальну дію законодавства США, Великої Британії та інших юрисдикцій.

- *час, фінанси та інші ресурси* є важливими факторами, що розглядаються роботодавцем. Будь-який конфлікт (спір) у трудовому колективі негативно впливає на робочу атмосферу, мікроклімат, відволікає ресурси роботодавця від виробничих та бізнес-процесів тощо. Враховуючи, що судовий розгляд трудових спорів на практиці досить часто триває 1–2 роки, його вирішення через суд може бути надто дорогим для роботодавця (оплата послуг юристів, виплата компенсації за час вимушеного прогулу у випадку вирішення спору на користь працівника тощо).

Зазначене вище спонукає роботодавця до пошуків мирного (дружнього) способу вирішення трудового спору – медіації;

- на практиці може виникати потенційний або реальний конфлікт інтересів медіатора.

Досить часто роботодавці звертаються за пошуком дружнього вирішення трудового спору до юридичної фірми, яка їх консулює. У такому випадку, навіть якщо юрист-медіатор і не залучений для надання послуг цьому роботодавцю (тобто відсутній реальний конфлікт інтересів), він може мати доступ до конфіденційної інформації по суті спору, схилитися на сторону роботодавця через бажання догодити йому як клієнту фірми (тобто наявний потенційний конфлікт інтересів);

- можлива багатостороння медіація (наприклад, працівник, профспілка та роботодавець);
- ефективною для вирішення трудових спорів є оціночна медіація, яка:
- спрямована на досягнення результату – угоди про врегулювання спору (наприклад, укладення договору про припинення трудових правовідносин), на відміну від фасилітаційної медіації;
- проводиться медіаторами – фахівцями в галузі трудового права, які можуть надати обом сторонам кваліфіковану юридичну консультацію протягом процедури медіації;
- з а оціночного підходу до медіації медіатор-юрист: контролює процес, обмежує вихід емоцій сторін, ставить спеціальні запитання, фокусується не стільки на інтересах сторін, скільки на правових позиціях, оперує більше твердженнями, ніж запитаннями, направляє сторони в певному напрямку на правах експерта, оцінює спір щодо відповідних судових рішень, мирових угод, власного досвіду з вирішення подібних спорів;
- базується на презумпції, що на підставі своєї освіти, досвіду та об'єктивності медіатор вправі направляти сторони на підставі закону чи існуючої практики, і що саме такого медіатора потребують сторони.

Особливості фаз (стадій, етапів) медіації в трудових відносинах.

Однією з характерних рис медіації є гнучка процедура, що зумовлює певну свободу дій медіатора щодо планування та управління процесом для задоволення потреб сторін після консультації з ними.

Для медіації у трудових відносинах, особливо пов'язаної зі звільненням працівника, який вчинив корупційне або інше серйозне комплаєнс-порушення, характерним є змішування, перестановка місцями традиційних стадій (фаз, етапів) медіації, включення елементів різних фаз до однієї. Можливо, саме тому квазі-медіація є поширеною при вирішенні трудових спорів (конфліктів).

Квазі-медіація – це вирішення спору шляхом переговорів за допомогою особи, яка володіє медіаційними компетенціями, шляхом застосування певних технік і навичок медіатора.

Практична порада ||| Медіаторам, які проводять трудову медіацію (принаймні, на початку практики), рекомендується проводити саме квазі-медіацію, а не класичну медіацію. Це забезпечить медіатору більшу свободу, психологічний комфорт, маневреність, гнучкість процедури та швидкість реакції медіатора на неочікувану поведінку сторони, а також захистить від звинувачень у дискредитації медіації як послуги.

(1) Попередня фаза або ініціювання медіації

Ініціювання медіації в трудових відносинах відбувається:

- На етапі укладання трудового договору (контракту);
- Протягом існування трудових правовідносин та • Н а етапі припинення трудових правовідносин.
- На етапі укладання трудового договору (контракту) медіація як засіб вирішення трудових спорів може бути передбачена завдяки таким чинникам:
- *внутрішні документи* (політики, положення тощо) роботодавця передбачають обов'язкові переговори між роботодавцем та працівником на початку виникнення трудових правовідносин як першого етапу вирішення можливих трудових спорів. Наприклад, типове медіаційне застереження може бути затверджене політикою

роботодавця про порядок вирішення трудових конфліктів (спорів). Типове медіаційне застереження може бути включено до трудового договору (контракту). Окрім того, роботодавець може затвердити внутрішній документ, яким передбачається обов'язкова попередня трудова медіація, а працівник, відповідно, може погодитися на таку медіацію шляхом підписання такого внутрішнього документа. Загалом працівник будь-яким іншим чином може підтвердити свою згоду на медіацію для вирішення трудового спору за умови, що будуть належні докази надання такої згоди;

- *глобальні політики та процедури міжнародної групи компаній, до якої належить український роботодавець, передбачають обов'язкову попередню медіацію та/або містять типове медіаційне застереження трудового договору (контракту).*

Цікаво

Хоча глобальні політики та процедури не є юридично обов'язковими для сторін трудових правовідносин, передбачена ними обов'язкова медіація трудових спорів може відбуватися de facto, наприклад, в силу необізнаності як працівника, так і роботодавця щодо її необов'язковості.

- пропозиції зовнішнього юриста, який здатен компетентно та аргументовано викласти сторонам трудових правовідносин переваги медіації перед судовим розглядом.

Цікаво

В Україні наразі на практиці це стається нечасто через низьку обізнаність з медіацією юристів, їх небажання вдатися до нового, законодавчо непередбаченого способу вирішення спору, фінансові міркування тощо.

- взаємодія зовнішнього юриста з внутрішнім юристом та керівником кадрової служби роботодавця.

Часто саме фахівці з персоналу та/або внутрішні юристи роботодавців, хоча і з різних причин, блокують ініціативи зовнішніх юридичних радників щодо передбачення медіації на початку виникнення трудових правовідносин. Як наслідок, саме володіння зовнішнім юристом знаннями в сфері медіації, а також його здатність кваліфіковано та ефективно переконати «опозицію» всередині роботодавця є вирішальною при прийнятті останнім рішення на користь закріплення медіаційного розгляду на етапі укладення трудового договору (контракту):

- *роль роботодавця в переговорах з майбутнім працівником про медіацію.*

На початку трудових правовідносин, роботодавець є і юридично, і фактично сильною стороною відносин. Відповідно, на цьому етапі він може практично диктувати працівнику будьякі положення трудового договору (контракту). Навіть якщо працівник і буде намагатися сперечатися з роботодавцем щодо важливих для нього умов трудового договору, медіація навряд чи на даному етапі буде серед них.

У ході трудових правовідносин також часто можна доволі легко домовитися з працівником про вирішення потенційних конфліктів (спорів) у трудових відносинах шляхом медіації. Переважно така домовленість оформлюється шляхом внесення змін до письмового трудового договору (контракту). У випадку відсутності останнього роботодавець може ініціювати укладення письмового трудового договору або сторони можуть підписати окремий договір про проведення процедури медіації.

Що ж стосується ініціювання процедури медіації в момент виникнення спору чи проблемного припинення трудових правовідносин, то він є найменш сприятливим для ініціювання медіації, оскільки сторони вже знаходяться в стані конфлікту, а додаткові переговори ще більше емоційно виснажують як працівника, так і роботодавця. Незважаючи на зазначене вище, сторони трудових правовідносин все ж таки можуть домовитися про передачу вже існуючого між ними трудового спору (конфлікту) на медіаційний розгляд.

Завжди радьте клієнту чи своєму роботодавцю регламентувати медіаційне вирішення трудових спорів на етапі оформлення трудових правовідносин.

Доцільно також включити до трудового договору (контракту) багаторівневе положення про порядок вирішення трудових спорів.

Домовленість про передачу трудових спорів на медіаційний розгляд документально оформлюється:

- окремою угодою про проведення медіації;
- медіаційним застереженням в трудовому договорі (контракті) або
- багаторівневим положенням трудового договору (контракту) про порядок вирішення трудових спорів.

Багаторівневе положення трудового договору (контракту) про порядок вирішення трудових спорів передбачає кілька способів вирішення спорів, що слідують один за одним. Наприклад, в трудовому договорі (контракті) можна передбачити, що у випадку виникнення спору сторони зобов'язуються спочатку передати трудовий спір на вирішення в порядку медіації, а до суду звертатися лише у випадку недосягнення консенсусу під час медіації.

Медіаційне застереження (медіаційна угода, багаторівневе положення трудового договору про порядок вирішення спорів) може мати різний рівень деталізації, залежно від обізнаності сторін з медіаційною процедурою та інших обставин. Однак доцільно врегулювати в ньому:

- Чи потрібно проводити переговори сторін віч-на-віч перед залученням медіатора?
- Коли повинна розпочатися медіаційна процедура?
- Який механізм погодження/ призначення медіатора?
- Чи потрібно наперед погодити кваліфікаційні характеристики медіатора?
- Чи слід зазначити зовнішню організацію, яка буде залучена до призначення медіатора?
- Чи зустрічі медіатора зі сторонами будуть спільними чи окремими?
- Чи дозволяти (вимагати) медіатору надання рекомендацій/ проведення оцінки позицій сторін і їх відповідних шансів при можливому судовому розгляді спору?
- Чи потрібно врегулювати питання конфіденційності вже на цьому етапі?
- Чи потрібно передбачати обмеження використання відомостей, одержаних в процесі медіації, під час майбутнього судового розгляду?
- Хто і в якому розмірі буде оплачувати витрати на послуги медіатора?

(2) Координаційна зустріч (між попередньою фазою та фазою відкриття)

Координаційна зустріч медіатора і сторін (однієї сторони) трудового спору передбачає здійснення таких кроків:

- оцінка спору на медіабельність;
- мотивування сторін до вирішення спору шляхом медіації (ускладнюється тим, що трудова медіація характеризується великим ступенем примусового залучення сторін, тому медіатору доводиться більше уваги приділяти мотивації сторін в ефективній участі в процедурі);
- роз'яснення специфіки оціночної медіації та/або квазімедіації (за умови їх проведення);
- створення атмосфери довіри до процесу медіації, зокрема повідомлення сторони про реальний чи потенційний конфлікт інтересів та одержання від сторін згоди на проведення медіації незважаючи на заявлений конфлікт інтересів;

- вирішення організаційних питань, в тому числі оплати послуг медіатора, мова медіаційного розгляду, спільні чи індивідуальні зустрічі.

Правильна оцінка трудового спору на медіабельність – запорука репутації медіатора.

На сьогодні не існує об'єктивних та достатньо чітких критеріїв, які би дозволили медіатору, без консультування з учасниками спору (конфлікту), визначити, чи варто пропонувати їм медіацію. Однак є певні індикатори, які можуть допомогти визначитися з імовірністю успішної медіації.

Індикатори медіабельності трудового спору включають наступне:

- рівень ескалації конфлікту.

Традиційно вважається, що медіація може бути успішною на всіх сходах конфлікту, крім останніх двох. Тому чим раніше сторонам запропонувати медіацію, тим більше шансів на врегулювання спору.

Однак це не завжди справедливо стосовно трудової медіації. Практика свідчить про те, що навіть під час судового розгляду чи, наприклад, виграшу справи в суді працівником медіація (квазі-медіація) не лише можлива, але й залишається єдиним інструментом для вирішення спору (конфлікту);

- мотивація та зацікавленість сторін у мирному (дружньому) припиненні конфлікту чи вирішенні спору.

Практична
порада

З дозволу сторін (при оціночній медіації) можна окреслити для кожної із них перспективу судового розгляду та переваги медіації.

- з'ясування, чи культура учасників спору (в тому числі й корпоративні культура роботодавця) дозволить їм брати участь у медіації;
- великий дисбаланс сил сторін.

Слід зауважити, що цей критерій не є обов'язковим при вирішенні питання про медіабельність трудового спору (конфлікту) і має враховуватися лише у сукупності з іншими індикаторами медіабельності.

- Єдиною метою однієї сторони є псування життя іншій.

До організаційних питань, які доцільно обговорити під час координаційної зустрічі, належать:

- оплата (хто оплачує послуги медіатора та в якій пропорції);
- мова (особливо актуально для трудових спорів із іноземним елементом, але і вирішення банального «українська– російська» питання також не потрібно недооцінювати);
- тривалість процедури (кількість годин чи днів);
- учасники процедури (питання залучення юридичних радників сторін, перекладача тощо);
- порядок проведення медіації (спільні чи індивідуальні зустрічі, тривалість кожної зустрічі тощо);
- місце та час проведення (офіс роботодавця, готель чи інше приміщення, одна чи декілька кімнат, спосіб зацікавлення сторін залишитися на місці проведення медіації під час перерв тощо);
- оформлення результатів медіації (договір про припинення трудових правовідносин, наказ, протокол тощо);
- оформлення відносин з медіатором (договір про проведення медіації (медіаційна угода), договір про надання юридичних послуг між роботодавцем та юридичною фірмою, в якій працює медіатор тощо).

На практиці часто працівники погоджуються на повну оплату послуг медіатора роботодавцями та не вважають це порушенням принципу незалежності та неупередженості медіатора, за умови професійного ставлення останнім до своїх обов'язків.

(3) Фаза відкриття

Важливою національною особливістю фази відкриття в трудовій медіації на даному етапі є те, що вона має бути як можна більш стислою та майже непомітною, щоби не збити з пантелику та не перелякати сторони (переважно працівника).

Незважаючи на зазначене вище, наступні елементи традиційної фази відкриття повинні, хоча би тезисно, бути позначені медіатором:

- вступ та представлення медіатора;
- нагадування (тезисно) сторонам про *принципи* медіації, особливо наголошуючи на конфіденційності, незалежності, неупередженості та нейтральності.

У випадку, якщо послуги медіатора оплачуються повністю роботодавцем, медіатору слід підкреслити, що цей факт не впливає на його незалежність, неупередженість та нейтральність. Те ж стосується і випадку, коли сторони погодилися на трудову медіацію за участю медіатора, незважаючи на заявлений ним реальний чи потенційний конфлікт інтересів.

У цьому контексті важливо підкреслити, що медіатор повинен не лише задекларувати перед сторонами зазначені вище принципи, але й насправді бути переконаним, що за наявності конфлікту інтересів та/або оплати його послуг лише однією стороною, він зможе залишатися нейтральним, неупередженим та незалежним;

- представлення сторін;
- стисле викладення суті спору сторонами та перше збирання тем;

Починати потрібно із найбільш агресивно (негативно) налаштованої сторони.

- формат проведення медіації (індивідуальні чи спільні зу-стрічі зі сторонами, комбінація індивідуальних та спільних зустрічей);

Оскільки в Україні типовий працівник переважно більш скептично налаштований щодо медіації і в будь-який момент може вийти з процесу та звернутися до суду, рекомендується пояснити роботодавцю, що під час медіаційного розгляду працівнику іноді буде надаватися більше часу і що це не буде свідчити про порушення принципів нейтральності та неупередженості медіатора

- повноваження медіатора.

У випадку проведення оціночної медіації юристом-медіатором, який є фахівцем в галузі трудового права, такий медіатор має пояснити дуалістичність своєї ролі та запропонувати сторонам звертатися, за потреби, до нього як експерта з трудового права за порадою чи експертним висновком. При цьому медіатор має наголосити, що в такому випадку він буде діяти не як медіатор, а як експерт. Медіатор має також чітко зазначити, що незважаючи на таку його подвійну функцію, головним його завданням як медіатора є забезпечення того, щоби самі сторони прийняли рішення по суті конфлікту (спору).

(4) Фаза дослідження

Цю фазу ніколи не можна пропускати, хоча вона і може бути досить нетривалою в трудовій медіації. Особливістю медіації в трудових відносинах є те, що часто медіатор ще

до почату самої медіації зібрав основні теми, з'ясував конфліктні питання, ознайомився з документами.

На цій стадії важливо:

- уміння працювати з емоціями сторін (контрольовано дати їм вихід), трансформуючи негативні емоції в позитивні;
- при оціночній трудовій медіації дати експертну оцінку спору та виявлених тем по мірі тривання фази дослідження;
- ставити правильні питання в правильний час (це особливо важливо та складно для медіатора – експерта в галузі трудового права);
- збирати спільні теми;
- розвивати спілкування та взаємодію сторін;
- послідовно ставити наступні запитання у розвиток теми чи для початку нової теми, тобто рухати сторони по процедурі.

(5) Фаза торгів

Особливість трудової медіації: якщо медіатор – експерт в галузі трудового права, то він вже переважно знає, що буде предметом торгів, якою є BATNA для кожної сторони та який мінімальний результат буде прийнятним для сторін.

Практика свідчить про те, що під час вирішення трудових спорів про припинення трудових правовідносин ***працівник та роботодавець, переважно, «торгуються» щодо наступного:***

- розмір грошової компенсації, зокрема дискреційної вихідної допомоги (тобто такої виплати, яка не передбачена ні чинним законодавством, ні трудовим договором, ні колективним договором, ні внутрішніми документами роботодавця);
- можливість збереження медичної страховки на певний час;
- залишення працівнику корпоративного мобільного телефону (номеру);
- залишення (продаж за балансовою вартістю) працівнику корпоративного ноутбуку;
- продаж працівнику корпоративної машини за балансовою вартістю;
- оплата роботодавцем послуг кадрового агентства для допомоги працівнику в подальшому працевлаштуванні;
- надання позитивних рекомендацій для майбутнього роботодавця.

(6) Заключна фаза

Протягом заключної фази медіаційної процедури медіатор допомагає сторонам письмово зафіксувати досягнуті домовленості щодо спору (конфлікту), який став предметом медіаційного розгляду. Трудове право України дозволяє обрати один (чи комбінацію кількох) документів для офіційного оформлення результатів трудової медіації.

Зокрема медіація в трудових відносинах може, за рішенням сторін, завершитися у такий спосіб:

- укладенням договору про припинення трудових правовідносин (якщо спір стосується звільнення працівника);
- виданням роботодавцем наказу про припинення трудових правовідносин, з яким працівник ознайомлюється під розписку;
- проведенням остаточного розрахунку зі звільненим працівником та поверненням йому трудової книжки;
- виданням роботодавцем наказу, яким буде оформлено результат трудової медіації (наприклад, про зміни істотних умов праці, затвердження результатів внутрішньої перевірки тощо), з яким працівник ознайомлюється під розписку;

- оформленням протоколу процедури трудової медіації (в будь-яких випадках, а особливо при медіації трудових спорів (конфліктів), не пов'язаних із припиненням трудових правовідносин).

Слід зауважити, що, зважаючи на конфіденційність медіаційної процедури, вести відео/аудіозапис та/або стенографування медіаційної процедури не дозволено. Однак сторони медіації можуть домовитися задокументувати результати медіації протоколом, який підпишуть обидві сторони, в якому будуть викладені лише домовленості сторін із врегулювання спору.

Під час заключної фази оціночної трудової медіації (якщо саме цей вид медіації обрали сторони), медіатор, який одночасно є фахівцем у галузі трудового права, може надавати поради сторонам як експерт щодо форми оформлення результатів медіації, доцільної, на його експертну думку, в даній ситуації.

Наприклад, оформлення протоколу медіаційного розгляду трудового спору, пов'язаного з комплаєнс-порушенням, часто може зашкодити в майбутньому інтересам обох сторін, але для них це не є очевидним, а медіатор в ролі експерта може надати кваліфіковану консультацію.

8.4. Медіація в адміністративно-правових відносинах

В європейському правовому просторі все більшого поширення набуває медіація у вирішенні адміністративно-правових конфліктів.

Основні аргументи на користь застосування медіації в адміністративних правовідносинах ґрунтовно викладені в Рекомендації (2001) 9 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами й сторонами-особами від 5 вересня 2001 року. У ній резонно зауважується, що «судові процедури на практиці не завжди найпридатніші для врегулювання адміністративних спорів; що широке використання альтернативних засобів урегулювання адміністративних спорів дасть змогу підійти до розв'язання цих проблем і наблизить адміністративні органи до громадськості; що основними перевагами альтернативних засобів урегулювання адміністративних спорів можуть бути, залежно від справи, більш прості та гнучкі процедури, що вможливають швидше й дешевше врегулювання спору, дружнє врегулювання, врегулювання спорів за участю експертів, вирішення спорів на засадах справедливості, а не тільки відповідно до суворих правових норм, і більш широкі межі розсуду».

У цій же Рекомендації визначено умови застосування медіації для врегулювання спорів між адміністративними органами й сторонами-особами: «в певних випадках має існувати змога урегулювання адміністративних спорів іншими засобами, ніж судові; адміністративні органи чи сторони-приватні особи не мають вдаватися до альтернативних засобів як до способу ухилитись від їхніх зобов'язань або верховенства права; альтернативні засоби в усіх випадках мають припускати судовий контроль, оскільки він є остаточною гарантією захисту прав як користувачів, так і адміністрації; засоби, альтернативні судовому процесу, мають забезпечувати дотримання принципів рівності й неупередженості й прав сторін».

З метою кращого виконання цих рекомендацій, з огляду на те, що держави-члени значно відмінні одна від одної щодо запровадження альтернативного вирішення спорів між адміністративними органами і приватними особами, Європейська комісія з ефективності правосуддя додатково розробила спеціальні Керівні принципи № 15 для кращого виконання Рекомендації щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами і сторонами-приватними особами, що ухвалена

Європейською комісією з ефективності правосуддя від 7 грудня 2007 р. Вони не мають обов'язкового характеру, однак покликані допомогти державам-учасникам в реалізації Рекомендації Rec (2001) 9 щодо вирішення публічно-правових спорів.

Публічно-правовий спір можна трактувати як юридичний конфлікт, який характеризується такими ознаками:

- має своїм джерелом протиріччя, викликане дійсною або передбачуваною неправомірною поведінкою;
- ініціюється юридично значимою заявою, передбаченою відповідними нормами права, яка оформлює правове домагання;
- виникає з конфліктних регулятивних правовідносин, які мають публічну управлінську або договірну природу (при порушенні адміністративно-правових договорів);
- одним з учасників є суб'єкт, що здійснює владні управлінські функції, за незначними виключеннями, зокрема у сфері виборчих правовідносин;
- виражається в розбіжностях сторін спору з приводу адміністративних прав і обов'язків або законності адміністративних актів;
- має в якості легальної основи право на спростування неправомірних дій, що включає три правомочності: право звернутися до примусової сили держави для захисту своїх прав і законних інтересів від неправомірних дій (і рішень) суб'єктів адміністративного правовідношення; право на захист суб'єктивних прав від будь-якого незаконного посягання чи утиску; право вимагати від держави, її органів дотримуватися і охороняти гарантовані чинним законодавством України права, свободи, інтереси.

Предметом адміністративного спору є суб'єктивні права й обов'язки, відносно яких у зв'язку з прийнятим адміністративним актом виникли розбіжності, а також питання про законність самого адміністративного акту. Крім того, до предмету адміністративного спору можуть входити питання про порушення адміністративним актом законних інтересів. Основа адміністративного спору – це фактична сторона правового конфлікту, яка означає різні за своєю правовою дією обставини конфліктної ситуації.

Не належать до адміністративної юрисдикції спори з публічно-правових відносин, де відсутній суб'єкт, який наділений публічно-владними повноваженнями, а також із відносин, де такий суб'єкт хоча і є, але він не здійснює владні управлінські функції (наприклад, із відносин з ухвалення законів або ухвалення судового рішення). З обережністю слід говорити і про віднесення до адміністративно-правових спорів у рамках здійснення місцевого самоврядування. Європейська хартія про місцеве самоврядування визначає, що місцеве самоврядування – це право і реальна здатність органів місцевого самоврядування регламентувати значну частину публічних справ і управляти ними, діючи у рамках закону, під свою відповідальність і в інтересах місцевого населення.

Ознаки адміністративно-правового спору:

- обов'язковим суб'єктом адміністративно-правового спору завжди виступає орган публічної влади або посадовець. Іншою стороною може бути приватна особа або інший адміністративний орган;
- правове становище цих сторін характеризується юридичною рівністю перед законом і судом та рівністю процесуальної правомочності;
- суть адміністративно-правового спору складають розбіжності між суб'єктами адміністративного права, які свідчать про розбіжність, несхожість їх правових позицій у спірному правовідношенні, що зв'язує їх;

- ці розбіжності пов'язані із застосуванням, порушенням, різним тлумаченням норм публічного права і реалізацією визначених ними суб'єктивних публічних прав і обов'язків;
- предметом розбіжностей є суб'єктивні публічні права і законність адміністративних актів, які торкаються: надання, визнання, спростування або здійснення будь-якого права іншої приватної особи; накладення на нього будь-якого обов'язку; притягнення його до адміністративної відповідальності;
- адміністративний спір може мати своїм предметом одночасно і суб'єктивні публічні права (обов'язки) і законність адміністративних актів;
- адміністративні спори можуть також виникати тільки з приводу законності нормативних актів, ініціюватися прямим спростуванням і дозволятися визнанням нормативного акту недійсними, тобто безвідносно до суб'єктивних прав будь-яких зацікавлених осіб;
- істотною ознакою адміністративного спору є наявність певної процедури його заявлення і вирішення. Як основних форми реалізації цього спору світовій практиці відомі: судова, альтернативна та адміністративна, у тому числі шляхом звернення до органу – автора акту.

Окремі вітчизняні дослідники наголошують на *частковій немедіабельності* таких спорів, що зумовлюється особливостями суб'єктного складу адміністративних правовідносин, оскільки однією зі сторін завжди виступає орган публічної адміністрації. Однак неупереджений поглиблений аналіз зазначеної проблеми переконує у протилежному, що досягнення компромісу між органами публічної адміністрації та громадянином є одним із пріоритетів діяльності держави та органів місцевого самоврядування. Це прямо зазначив і Конституційний Суд України у своєму рішенні від 09.07.2002 р. (справа про досудове врегулювання спорів): право на судовий захист не позбавляє суб'єктів правовідносин можливості досудового врегулювання адміністративно-правових спорів. Це може бути передбачено цивільно-правовим договором, коли суб'єкти правовідносин добровільно обирають засіб захисту їхніх прав. Досудове врегулювання спору може бути і за волевиявленням кожного з учасників правовідносин, і за відсутністю в договорі застереження відносно такого врегулювання спору. З цього випливає, що обрання певного засобу правового захисту, зокрема й досудового врегулювання адміністративно-правового спору, є правом, а в жодному разі не обов'язком особи, яка добровільно його використовує, виходячи з власних інтересів, а орган виконавчої влади зобов'язаний якщо не ініціювати процедуру примирення з позивачем, то обов'язково прийняти пропозицію від громадянина щодо вирішення конфліктної ситуації у позасудовому порядку.

Інша точка зору полягає в тому, що *медіацію все ж можна застосувати, однак тільки в окремих адміністративних спорах*, щодо оскарження рішень органів влади чи місцевого самоврядування, дій чи бездіяльності державних службовців, спорах, що виникають в процесі прийняття громадян на державну службу, її проходження, звільнення з посади тощо. У свою чергу, враховуючи специфіку правовідносин, медіацію неможливо застосувати в спорах щодо порядку проведення та оскарження результатів виборів, референдуму, а також правовідносин, де сам спір не може передбачати таке поняття як компроміс.

Аналізуючи використання процедури посередництва для врегулювання адміністративно-правових спорів, німецькі дослідники медіації дійшли висновку про те, що для проведення процедури посередництва підходять адміністративні спори з такими ознаками:

- якщо між сторонами можливе продовження взаємовідносин, наприклад, між власниками сусідніх земельних ділянок;
- наявність проблем комунікації сторін конфлікту; якщо адміністративний орган має свободу вибору у вигляді альтернативних санкцій; якщо обставини конфлікту не підлягають розголошенню.

Поряд з цим в межах процедури посередництва не можуть бути врегульовані конфлікти, що характеризуються:

- правопорушення може тягти за собою кримінальне покарання;
- конфлікт можна вирішити лише шляхом процедури доказування;
- мета судового процесу направлена виключно на вирішення певної правової проблеми.

Крім вищезначених принципів медіації особливі питання виникають і щодо відсутності обов'язкового досудового порядку врегулювання спору. Українське адміністративне судочинство недостатньо використовує потенціал досудового порядку врегулювання спорів, як правило, він використовується тільки тоді, коли він передбачений договором між сторонами спору. При цьому умови договорів, що зустрічаються в адміністративній практиці про те, що «договірні сторони у разі виникнення спору виконують усі заходи до добровільного його врегулювання», смислового навантаження особливо не несуть, будь-яких можливостей сторонам врегулювати досудовим способом спір не створюють, породжуючи ілюзію, що спір, який виник у ході виконання договору, що укладався, буде вирішений швидко, ефективно і гарантовано справедливо без суду. Але така умова договору, як правило, не передбачає механізм, яким спір буде вирішений.

На нашу думку, запровадження обов'язкового попереднього досудового порядку розгляду ряду категорій спорів не можна вважати обмеженням права на судовий захист, що не допускається ст. 55 Конституції України, оскільки особи зберігають право звернутися до суду для розгляду заявлених ними вимог по суті після дотримання досудового порядку врегулювання правового конфлікту, а також можуть оскаржити рішення досудового адміністративного й іншого органу в судовому порядку.

Порядок, що передбачає можливість усунення порушень прав і досягнення взаємоприйняттого рішення вже на досудовій стадії, служить лише додатковою гарантією державного захисту прав і свобод, який закріплений ст. 55 Конституції України і узгоджується з положенням підпункту «б» п. 3 ст. 2 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (16.12.1966), у якому говориться про те, що компетентна судова, адміністративна або законодавча влада або будь-які компетентні органи, передбачені правовою системою держави, повинні встановлювати право на правовий захист для будь-якої особи, що потребує такого захисту.

Крім того, особливі вимоги виникають щодо оплати праці медіатора. Знову ж таки, оскільки однією зі сторін є орган публічної адміністрації, який виступає від імені держави або територіальної громади, кошти на оплату праці медіатора мали б бути передбачені у державному або місцевому бюджеті, а це, відповідно, обмежує сторони у виборі медіатора, оскільки оплата його праці не повинна бути занадто великою. Для вирішення цього питання потрібно з'ясувати, у якій формі буде здійснюватись діяльність медіатора. Можливими можуть бути три варіанти: перший – медіатор, як представник громадської організації. Попри те, що така діяльність буде безоплатною, цей варіант не варто сприймати серйозно, оскільки це буде переважно грантова діяльність, а за такої умови можна ставити під сумнів систематичність та професійність діяльності медіаторів; другий – приватні медіатори. Проте, це також не найкращий спосіб для впровадження медіації, оскільки органи публічної адміністрації не можуть витрачати державні кошти на послуги приватних медіаторів; третій – медіація, як діяльність окремих працівників судової гілки влади (це

може бути суддя чи інший співробітник суду, що спеціалізується на медіації). Така діяльність не потребує додаткового фінансування і не суперечить положенням Закону України «Про судоустрій і статус суддів», якими передбачено, що: «судді не можуть обіймати будь-які інші оплачувані посади, виконувати іншу оплачувану роботу, крім наукової, викладацької та творчої», оскільки здійснюється у робочий час і без мети отримання прибутку. Медіацію в адміністративних справах проводить суддя або інший працівник суду, який спеціалізується на медіації. В деяких судах є окремо створений відділ, працівники якого вирішують справи шляхом медіації.

Проблемою також є низький рівень розвитку системи приведення у виконання угод за результатами медіації та інших угод про примирення (якщо це не мирова угода, затверджена судом). Відсутність механізму примусового виконання угоди за результатами медіації істотно знижує кількість звернень до цієї процедури, бо ставить під сумнів доцільність звернення до медіатора.

Отже, правова система України також уможливило значно ширше використання медіації для вирішення адміністративно-правових конфліктів, ніж це поки що має місце в Україні. Наявні офіційна адміністративно-правова доктрина Української держави та відповідна їй нормативно-правова база достатні для невідкладної активізації цієї діяльності. Суспільний запит на альтернативні методи вирішення адміністративно-правових конфліктів також сформувався.

8.5. Медіація як форма відновного правосуддя

Поняття, ознаки, принципи і форми відновного правосуддя.

Відновне правосуддя – комплексне, багатогранне поняття і розглядається саме в контексті кримінального провадження та безпосередньо пов'язане з вирішенням конфлікту, що зумовлений кримінальним правопорушенням.

Теоретики і практики відновного правосуддя часто послуговуються визначенням відновного правосуддя, яке було дано Т. Маршалом: «відновне правосуддя – це процес, за допомогою якого сторони, втягнуті у конкретний злочин, спільно вирішують, як чинити з його наслідками і які висновки потрібно зробити на майбутнє. Або, іншими словами, відновне правосуддя – це орієнтований на вирішення проблеми підхід до злочинності, який залучає самі сторони і суспільство в цілому до активних відносин з юридичними органами. Це не особлива практика, але набір принципів, який дозволяє зорієнтувати загальну практику будь-якого органу або групи щодо злочинності».

Дещо критично до такого визначення підходить Дж. Брейтвейт, який вважає, що воно не відображає основні цінності відновного правосуддя. На його думку, відновне правосуддя покликане зцілювати, надати моральний урок, залучати громаду, підштовхувати її до проведення діалогу на основі поваги, сприяти усвідомленню цінності прощення, відповідальності, вибачення і виправлення, а також відновлення належного фізичного та емоційного стану потерпілого, правопорушника та громади. Тобто Т. Маршал акцентує увагу на відновному правосудді як на процесі, триваючому явищі, а Дж. Брейтвейт розглядає його ціннісну вагу з точки зору певних наслідків (вибачення, прощення, виправлення, відновлення тощо).

Поєднання цих підходів забезпечує повне відображення сутності відновного правосуддя, його мети, завдань. Цінним є як сам процес, так і наслідки, яких він покликаний досягти. Процес як елемент відновного підходу забезпечує для учасників кримінально-правового конфлікту в основному моральнопсихологічний ефект, а наслідки переважно мають матеріальне, організаційне значення. Комплексне поєднання нематеріальних та

матеріальних начал при вирішенні кримінальноправового конфлікту – основа відновного правосуддя.

Узагальнені підходи до поняття «відновне правосуддя»:

- філософсько-правовий підхід, відповідно до якого реакція на злочин полягає у відновленні порушеного правопорядку шляхом максимального відновлення моральнопсихологічного та матеріального стану потерпілого з одночасною ресоціалізацією правопорушника і досягненням балансу особистого (інтереси сторін кримінальноправового конфлікту) і суспільного (потреба суспільства в безпеці);
- всесвітній громадський рух за переорієнтацію кримінального процесу з переважно карального характеру на відновну ідеологію;
- вид практики, спрямованої на подолання наслідків злочину;
- спосіб вирішення кримінально-правового конфлікту у сфері, що регулюється кримінально-процесуальними нормами, силами учасників процесу і перетворення конфронтації між ними в конструктивний діалог, спрямований на вирішення проблеми, що їх розділяє;
- процедура діалогу між правопорушником і потерпілим за посередництвом третьої нейтральної сторони в особі суду, медіатора або місцевої громади. У межах цієї процедури сторони конфлікту усвідомлюють те, що відбулося з ними, досягають порозуміння і укладають угоду щодо відшкодування шкоди, завданої злочинцем.

Ознаки відновного правосуддя:

- нерозривно пов'язане з кримінальним процесом і є особливим методом досягнення його мети;
- спрямоване на вирішення кримінально-правового конфлікту;
- відновна концепція розглядає кримінально-правовий конфлікт як, насамперед, зіткнення міжособистісних прав та інтересів потерпілого і правопорушника, а вже потім публічних, державних;
- передбачає наявність посередницької фігури. Таку роль можуть виконувати як представники поліції, прокуратури, суду, соціальних служб, так і члени громади;
- метою відновного правосуддя є відшкодування матеріальної шкоди, що завдана злочинцем; відновлення моральнопсихологічної рівноваги потерпілого і правопорушника, усвідомлення ним протиправності своєї поведінки; профілактика правопорушень у майбутньому; наскільки це можливо, повернення до попереднього становища у громаді, яке існувало до вчинення кримінального правопорушення.

За визначенням, наданим у Рекомендації CM/Rec(2018)8 Комітету міністрів державам-членам стосовно відновного правосуддя у кримінальних справах від 3 жовтня 2018 року, відновне правосуддя означає будь-який процес, який дозволяє 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 посередництва спеціально підготовленої та неупередженої третьої сторони (надалі – фасилітатор).

Підсумувавши викладені ознаки аналізованого поняття, можна зробити висновок, що **відновне правосуддя** – це особлива кримінально-процесуальна форма, на основі якої сторони кримінально-правового конфлікту вирішують його за посередництва третьої нейтральної сторони шляхом максимального відновлення матеріального, моральнопсихологічного стану та соціального статусу, що існував до вчинення злочину.

Вищевказана Рекомендація (2018)8 КМРЄ визначає такі **ключові принципи відновного правосуддя**: принцип участі зацікавлених сторін; принцип відшкодування шкоди,

добровільність; діалог, заснований на обговоренні та взаємоповазі; рівна увага до потреб та інтересів залучених у процес сторін; процесуальна справедливість; колективна угода, заснована на консенсусі; концентрація на відшкодуванні збитків, реінтеграції та досягненні взаємного розуміння; недопущення домінування.

Указані принципи можуть використовуватися як основа для проведення більш масштабних реформ у галузі кримінальної юстиції.

В розгорнутому вигляді принципи відновного правосуддя уявляються такими:

- максимальне відновлення стану потерпілого, що існував до вчинення злочину. Основна увага повинна бути зосереджена на почуттях і потребах жертви, вирішенні її проблем, що виникли в результаті кримінально-правового конфлікту;
- реальне відшкодування шкоди, завданої злочинцем, безпосередньо правопорушником, що передбачає активну участь самого порушника у відшкодуванні заподіяного збитку (не тільки матеріального, але й так званого «символічного») і задоволення інших потреб потерпілого;
- активна участь сторін у вирішенні кримінально-правового конфлікту на основі діалогу потерпілого і правопорушника. Якщо учасники самі виробляють рішення, то, швидше за все, вони його і виконають. Важливо, щоб люди перестали бачити один в одному ворога, а починали бачити Людину. У цьому випадку не відбувається подальшої ескалації конфлікту, не виникає ворожості;
- добровільність. Даний принцип передбачає добровільні засади при вирішенні кримінально-правового конфлікту за допомогою відновного правосуддя та можливість відмовитись від нього у будь-який момент до прийняття рішення;
- консенсус при вирішенні кримінально-правового конфлікту передбачає, що сторони на основі виключно взаємної згоди приймають остаточне рішення;
- участь представників громади. Відновне правосуддя характеризується залученням до відновного процесу найближчого оточення потерпілого та правопорушника, представників місцевої громади, в тому числі через соціальні служби, з метою підтримки сторін та їх реабілітації після вчинення злочину.

Основні форми відновного правосуддя:

- сімейні конференції;
- кола правосуддя;
- медіація.

Крім цих основних форм відновного правосуддя інколи називають менш поширені, але також ефективні форми: медіація без додаткових учасників; непряма медіація за принципом «човникової дипломатії»; обговорення злочину з правопорушником та особами, які підтримують його, за відсутності потерпілого; обговорення злочину з потерпілим та особами, які йому співчують за відсутності правопорушника; кола зцілення.

Характеристика медіації як основної форми відновного правосуддя

Сімейні конференції та кола правосуддя, в порівнянні з медіацією, не набули значного застосування у світі. Історія української кримінально-процесуальної політики у різних проявах знала усі форми відновного правосуддя. Проте найпоширенішою та найбільш адекватною українським реаліям та ментальності є медіація.

Медіація як форма відновного правосуддя з'явилася наприкінці 70-х рр. у Канаді, Сполучених Штатах Америки та на початку 80-х рр. в Європі. Особливо активного розвитку набула у сфері юстиції щодо дітей.

Першою з європейських країн, які ініціювали таку форму відновного правосуддя, стала Велика Британія. В тій чи іншій мірі медіація існує практично у всіх європейських країнах.

У Бельгії, Німеччині, Норвегії, Фінляндії, Великій Британії, Франції, Швейцарії, Австрії вона функціонує як ефективна складова кримінального процесу, що закріплена у національному законодавстві цих країн. Відносно недавно медіація знайшла своє нормативне закріплення в Італії, Швеції, Данії, Нідерландах, Іспанії. Медіацію як форму відновного правосуддя та складову кримінального процесу запровадили країни Центральної та Східної Європи. Цей інститут було закріплено, наприклад, у законодавстві Чехії, Польщі, Словенії, Угорщини, Румунії, Молдавії.

Для позначення медіації як форми відновного правосуддя використовують ще й інші, наприклад, «процедура медіації», «процедура примирення потерпілого і правопорушника», «процедура медіації у кримінальних справах», «медіація у кримінальних справах» тощо. Але фактично вони позначають один і той же процес, одне і те ж поняття.

Загальні ознаки медіації як форми відновного правосуддя: □ розглядається як процес;

- відбувається між двома конфліктуючими сторонами (потерпілим і підозрюваним (обвинуваченим));
- передбачає залучення нейтрального посередника для врегулювання конфлікту.
- Поняття медіації у кримінальних справах відповідно до міжнародно-правових документів:
- гнучкий, всеохоплюючий, орієнтований на пошук рішення процес, який є додатковим або альтернативним способом вирішення кримінальних справ у системі традиційного судочинства і спрямований на врахування інтересів і залучення зацікавлених осіб до процесу; визнання законних інтересів потерпілого, які виникли внаслідок злочину; діалог потерпілого з правопорушником з метою відшкодування моральних та матеріальних збитків; розвиток почуття відповідальності у правопорушника та надання йому можливості для виправлення; підвищення ролі окремої особистості та громади у попередженні злочинів та конфліктів (Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи № R (99) 19 від 15 вересня 1999 р. «Про медіацію у кримінальних справах»);
- процес пошуку до або під час кримінального процесу взаємоприйняттого рішення між потерпілим та правопорушником за посередництва компетентної особи – медіатора (Рамкове рішення Ради Європейського Союзу «Про положення жертв у кримінальному судочинстві» від 15 березня
- 2001 р.).

Медіація як форма відновного правосуддя – це добровільний і конфіденційний процес, спрямований на вирішення кримінально-правового конфлікту між потерпілим та підозрюваним (обвинуваченим) за участю нейтральної особи (медіатора).

Елементи медіації як форми відновного правосуддя:

- посередництво. Особливість цього способу вирішення кримінально-правового конфлікту полягає в участі певного суб'єкта правовідносин, який є незалежним від сторін і не зацікавлений у його вирішенні, але активно сприяє переговорному процесу. Посередництво, крізь призму медіації, є методологічно визначальним, пов'язаним з вирішенням конфлікту.
- конфлікт. Природа цього явища полягає в протилежності мети та інтересів сторін. На перший погляд, конфлікт сторін обвинувачення і захисту формально зникає при остаточному вирішенні кримінального провадження, оскільки припиняється діяльність самих сторін з прийняттям та вступом
- в силу кінцевого процесуального рішення, яке виключає подальше провадження у кримінальному процесі. Проте декларування формального припинення

кримінальноправового конфлікту зовсім не означає його реального вичерпання. Метою правосуддя є справедливе вирішення кримінальної справи, а не кримінально-правового конфлікту. Категорія справедливості досить чітко обмежена нормами права. Під справедливим вирішенням справи потерпілий, підсудний і суд розуміють, як правило, зовсім різне. Найбільш легітимним є розуміння справедливості з точки зору суду, проте це зовсім не означає справедливе вирішення кримінально-правового конфлікту. Не тільки сторона, яка програла, але й сторона, що виграла, буває не задоволена досягнутим результатом.

- процедура. Даний елемент є виразником процесуальної форми медіації у кримінальному провадженні та визначає коло її учасників, підстави, умови тощо. Медіація як форма відновного правосуддя ґрунтується, насамперед, на умовах добровільності, конфіденційності та нейтральності медіатора.

Місце медіації у кримінальному процесі

Існують два основних підходи до місця медіації у кримінальному процесі.

По-перше, медіація розглядається як складова частина кримінального процесу. За таких умов медіація здійснюється в межах кримінального провадження на певній стадії його провадження. Така модель застосовується в багатьох європейських країнах, зокрема в Австрії, Бельгії, Німеччині.

По-друге, медіація є альтернативою кримінальному процесу. Прикладом може бути голландська програма «dading», за якою медіація може замінити провадження у визначених категоріях кримінальних проваджень (за певними складами злочинів) і щодо певного кола осіб (наприклад, неповнолітні особи).

В останні роки медіація застосовується також як додатковий захід після винесення вироку. Вона розглядається як профілактична, пробаційна програма або показник виправлення засудженої особи. Така практика існує зокрема у Великій Британії, Сполучених Штатах Америки. В Україні також є приклади проведення медіації після винесення вироку.

Критерії допустимості проведення медіації як форми відновного правосуддя:

- залежно від тяжкості кримінального правопорушення. Як показала світова та національна практика, проведення медіації та інших форм відновного правосуддя здійснюється в основному у випадку вчинення проступків, злочинів невеликої та середньої тяжкості. Однак уже на даний час є успішний американський, польський та український досвід проведення медіації при вчиненні тяжких та особливо тяжких злочинів. Правові наслідки медіації у кожному окремому випадку будуть різними з огляду на тяжкість злочину;
- залежно від особливостей співучасті у вчиненні злочину. З огляду на законодавство та практику закордонних країн медіація проводиться, як правило, у випадку вчинення злочину однією, рідше – декількома особами. Переважно виключається можливість застосування медіації при вчиненні злочину організованою групою або злочинною організацією;
- залежно від об'єкта злочину. Реалізація відновного правосуддя неможлива, наприклад, при вчиненні злочинів проти основ національної безпеки тощо;
- залежно від наявності потерпілого. Однією з основних умов можливості проведення медіації чи інших форм відновного правосуддя є наявність особи, яка визнана потерпілою внаслідок вчинення злочину. Зважаючи на це медіація не може бути проведена при вчиненні, наприклад, злочинів проти довілля чи у сфері обігу наркотичних засобів

- залежно від кримінально-правового статусу суб'єкта злочину. Проблемним питанням є допустимість застосування відновного правосуддя у випадку вчинення повторного злочину, при наявності рецидиву злочинів або за наявності непогашеної судимості. Проведення медіації можливе у випадку повторності злочинів чи непогашеної судимості, якщо мова йде про злочини невеликої тяжкості. У той же час, за наявності рецидиву злочинів відновні програми не слід застосовувати
- залежно від кримінально-правової позиції суб'єкта кримінального правопорушення щодо визнання своєї вини. За загальними правилами, медіація проводиться у випадку визнання підозрюваним (обвинуваченим) причетності до кримінального правопорушення. Варто звернути увагу, що їхня участь у медіації не може розглядатися як факт визнання власної вини.

Критерії допустимості проведення медіації як форми відновного правосуддя в основному пов'язані з особливостями об'єкта та суб'єкта кримінального правопорушення, його суспільною небезпекою, позицією сторін кримінально-правового конфлікту.

8.6. Медіація у сфері міжнародних відносин

Одним із головних завдань міжнародного публічного права є забезпечення міжнародного миру та безпеки та мирного співіснування. У зв'язку із цим особливо важливими є ті міжнародно-правові норми, які стосуються попередження та вирішення спорів між суб'єктами міжнародного права. Про важливість цих положень свідчить і те, що існує окрема галузь міжнародного права – право мирних засобів вирішення спорів і серед цих засобів чільне місце посідають процедури, аналогічні медіаційним в національних системах права, а саме мирне вирішення міжнародних спорів є одним із основних принципів сучасного міжнародного права.

Засоби мирного вирішення міжнародних спорів у міжнародному праві розуміють як «засоби та процедури врегулювання спорів між суб'єктами міжнародного права відповідно до принципів міжнародного права без застосування примусу у будь-якій формі». Також, дослідники виділяють і окремі принципи мирного вирішення міжнародних спорів, на яких мають ґрунтуватися відповідні процедури:

- суверенної рівності держав (також є і одним із основних принципів міжнародного права);
- вільного вибору засобів вирішення спорів: вирішення спорів має відбуватися на основі добровільної взаємної згоди сторін; щодо того засобу мирного вирішення спорів, який вони застосовуватимуть;
- рівності засобів вирішення спорів: відсутня будь-яка ієрархія чи інша залежність в системі засобів мирного врегулювання міжнародних спорів;
- справедливості;
- виконання зобов'язань за міжнародним правом: держави повинні продовжувати дотримуватися своїх дво- та багатосторонніх зобов'язань в ході процедури мирного вирішення спорів;
- утримання від застосування сили чи погрози силою при вирішенні спорів мирними засобами: слід утримуватися від дій, які можуть загострити ситуацію настільки, що можуть поставити під загрозу міжнародний мир та безпеку.

Окремо слід зазначити, що деякі із цих принципів (суверенної рівності держав; виконання зобов'язань за міжнародним правом; утримання від застосування сили чи погрози силою) також є і основними принципами міжнародного права. Це свідчить про те,

що процес мирного вирішення спорів у міжнародному праві носить *кумулятивний* характер і не може бути ізольованим від інших факторів міжнародних правовідносин.

Якщо говорити про джерела мирного вирішення міжнародних спорів, то відповідний принцип широко закріплений у нормах міжнародного права як зобов'язання держав-учасниць відповідних договорів. Першими міжнародно-правовими актами, які закріплювали цей принцип, стали Гаазькі конвенції про мирне розв'язання міжнародних сутичок 1898 та 1907 рр. Вони містили зобов'язання, перш ніж застосовувати силу в разі зіткнення: «...звертатися, наскільки дозволять обставини, до добрих послуг або посередництва однієї або декількох дружніх держав».

Згодом було прийнято Загальний акт про мирне вирішення міжнародних спорів від 26 вересня 1928 р. Згідно із його положеннями, в разі, якщо дипломатичний спосіб вирішення спору зазнає поразки, то він має бути переданий постійній або спеціальній Погоджувальній комісії (ст. ст. 2–3). Така комісія в своїй діяльності мала керуватися положеннями вищезгаданої Гаазької конвенції 1907 р. (ст. 11), що свідчить про прагнення до формування повноцінної системи вирішення міжнародних спорів. Пізніше до цього Акту були внесені зміни відповідно до рішення Генеральної Асамблеї ООН від 28 квітня 1949 р. і з ними він діє до цього часу.

1945 р. цей принцип було зафіксовано у Статуті Організації Об'єднаних Націй, як один з принципів діяльності ООН, обов'язковий для всіх держав-членів: «Всі Члени Організації Об'єднаних Націй розв'язують свої міжнародні спори мирними засобами таким чином, щоб не ставити під загрозу міжнародний мир і безпеку і справедливість» (п. 3 ст. 2). Також до Статуту було включено Главу VI «Мирне вирішення спорів», яка безпосередньо описує процедури та інструменти, до яких може звертатися ООН, в тому числі і Рада Безпеки задля забезпечення мирного вирішення спорів між її державами-членами.

Для врегулювання процедурних питань, пов'язаних із мирним вирішенням спорів в рамках ООН, Генеральною Асамблеєю було додатково ухвалено Типовий погоджувальний Регламент ООН для вирішення спорів між державами від 11 грудня 1995 р.

З більш сучасних міжнародних документів, які закріплюють відповідні цілі та інструменти до їх забезпечення, доцільно назвати Манільську декларацію про мирне вирішення міжнародних спорів від 15 листопада 1982 р., яку було прийнято Генеральною Асамблеєю ООН. У ній було підтверджено потребу у застосуванні мирних засобів вирішення спорів як запоруки міжнародного миру та безпеки: «Всі держави вирішують свої міжнародні спори виключно мирними засобами таким чином, щоб не ставити під загрозу міжнародний мир і безпеку і справедливість» (п. 2)²⁴¹. Для слідчої процедури (процедури встановлення фактів) важливою є Декларація про встановлення фактів ООН в галузі підтримання міжнародного миру та безпеки від 9 грудня 1991 р.

Окремі документи щодо закріплення мирного вирішення спорів як принципу міждержавних відносин були прийняті і в рамках регіональних міжнародних організацій, зокрема Організації з Безпеки та Співробітництва в Європі (ОБСЄ, до 1995 р. – НБСЄ). Так, у Заключному акті НБСЄ 1975 р. передбачалося, що: «Держави-учасниці будуть вирішувати спори між ними мирними засобами таким чином, щоб не ставити під загрозу міжнародний мир і безпеку і справедливість» (ст. V).

Також під егідою цієї організації було підписано Конвенцію з примирення і арбітражу в рамках НБСЄ від 16 травня 1995 р. Відповідно до неї створювався спеціальний «суд з примирення й арбітражу ... для врегулювання шляхом примирення і, у відповідних випадках, арбітражу суперечок, переданих йому на розгляд згідно з положеннями цієї Конвенції» (ст. 1). Проте Манільська декларація про мирне вирішення міжнародних спорів

від 15 листопада 1982 р., 9 грудня 1991 р. Заключний акт Наради з безпеки та співробітництва в Європі від 1 серпня 1975 р..

також Конвенція передбачила створення спеціальних механізмів досудового врегулювання: Комісій з примирення, що створюються для кожної суперечки (ст. 2).

Також механізми мирного вирішення міжнародних спорів, у тому числі за допомогою посередництва, містяться і в низі інших міжнародних конвенцій, зокрема: Белградській конвенції про режим судноплавства на Дунаї від 18 серпня 1948 р., Віденських конвенціях про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. та про право міжнародних договорів між державами та міжнародними організаціями від 21 березня 1986 р., Конвенції ООН з морського права від 10 грудня 1982 р. та ін. Як відзначає В. А. Гринчак, таке визначення врегулювання міжнародних спорів в рамках окремих договорів: «виступає як ефективний спосіб... розв'язання міжнародних протиріч...» і «державам рекомендують наперед визначати чіткий механізм врегулювання міжнародних суперечностей в окремих категоріях правовідносин».

Якщо говорити про види мирних засобів вирішення міжнародних спорів, то відповідно до п. ст. 33 Статуту ООН ними є:

- переговори (у формі консультацій; обміну документами; багатосторонніх конференцій);
- слідча процедура (процедура встановлення фактів);
- добрі послуги та посередництво;
- процедура примирення (погоджувальна процедура);
- арбітраж;
- судовий розгляд;
- звернення до регіональних органів або угод;
- інші мирні засоби за вибором сторін спору.

Найбільш наближеними за духом та змістом до медіаційних процедур є такі мирні засоби вирішення міжнародних спорів як добрі послуги та посередництво та процедура примирення, а також, частково – в рамках слідчої процедури. Детальніше ми розглянемо саме їх.

Процедури добрих послуг та посередництва . У випадку застосування цієї процедури слід розмежовувати два її послідовні елементи: добрі послуги та посередництво. У випадку «добрих послуг» третя сторона (держава або група держав) вступає в переговори зі сторонами конфлікту з метою початку переговорного процесу між ними та погодження деталей переговорів, але в подальшому участі в переговорах така сторона може і не брати. Інколи ці процедури розділяють (наприклад, В. А. Гринчак), але вони близькі за змістом, тому доцільно їх розглянути разом.

Виступити в ролі третьої сторони при наданні добрих послуг та посередництва держава може:

1. Звласної ініціативи та за згодою сторін;
2. На запрошення однієї зі сторін.

В тому разі, якщо третя сторона бере участь у формулюванні пропозицій щодо потенційного вирішення спору чи сама передає сторонам спору такі пропозиції, вона набуває статусу посередника і відповідно розпочинається наступна фаза – «посередництво». Участь третьої сторони як посередника можлива лише за згодою усіх сторін пору. Дуже часто, окрім держав, в ролі посередників можуть виступати фізичні особи – Генеральний секретар ООН, Папа Римський та ін.

Як наголошує український юрист-міжнародник В. А. Гринчак: «...надання добрих послуг та посередництва не викликає жодних наслідків у взаєминах держав» і не створює

жодних зобов'язань для конфлікуючих сторін. Відповідно сторони можуть у будь-який момент відмовитися від цих процедур, аналогічно як і посередник може відмовитися від участі в процедурі.

Приклад

Оли 1978 року збройний конфлікт між Чилі та Аргентиною з приводу протоки Бігля здавався неминучим, Папа Римський запропонував для вирішення конфлікту медіаторські послуги кардинала А. Самора. Він виходив з небажаності війни між двома католицькими латиноамериканськими державами, які традиційно перебували під особливою опікою Святого престолу. Ця місія завершилася вдало. 1984 року Аргентина визнала спірні острови у протоці Бігля чилійською територією, а міждержавною угодою 1985 року було врегульовано кілька важливих питань, включно з визначенням меж Магелланової протоки, забезпеченням навігації в обох протоках тощо.

На думку О. А. Антонюк, можна говорити про існування міжнародної публічної медіації як форми міжнародних переговорів, але на більш широкій основі, за участю третьої сторони. Зусилля медіатора, як і прямі переговори, допомагають встановити контакт між учасниками спору, здійснити швидке ознайомлення з позиціями сторін, їх взаємними претензіями одна до одної. В існуючій системі мирних засобів вирішення міжнародних спорів медіацію вирізняє гнучкість і відсутність чіткої міжнародно-правової регламентації, які в більшості випадків зумовлюють звернення до неї сторін, що сперечаються. Разом із тим у ході врегулювання конфлікту як медіатор, так і сторони спору зобов'язані керуватися принципами міжнародного права, а також керівними установками та протоколами, властивими безпосереднім переговорам, як ключової складової інституту міжнародної публічної медіації.

Окремі риси процедур добрих послуг та посередництва носять Мінський та Нормандський формати переговорів щодо врегулювання конфлікту на Донбасі, в яких зараз бере участь Україна та інші держави. Проте вони не можуть повною мірою розглядатися саме як такі процедури, оскільки Росія не визнає себе стороною конфлікту, а Україна не визнає правосуб'єктність так званих ЛНР та ДНР.

Слідча процедура (процедура встановлення фактів). Застосування цього механізму передбачає створення допоміжного органу – спеціальної слідчої комісії, яка має встановити факти, що стосуються спору, та надати рекомендації щодо врегулювання спору. До складу комісії мають входити представники сторін, а також неупереджена особа або кілька осіб, які не представляють жодну зі сторін.

Підставою для створення слідчої комісії є спеціальна угода між сторонами спору і саме зміст угоди слугує «дорожньою картою» для її подальшої роботи, оскільки містить факти, які мають бути предметом розслідування, та основні аспекти процедури роботи такої комісії. Як зазначається у Декларації про встановлення фактів ООН в галузі підтримання міжнародного миру та безпеки: «встановлення фактів означає будь-яку діяльність, спрямовану на отримання докладної інформації про відповідні факти щодо будь-якого спору або ситуації».

Підсумком діяльності слідчої комісії зазвичай є спеціальна доповідь, яка затверджується на засіданні комісії. Вона не має жодних повноважень щодо діяльності із подальшої імплементації рекомендацій, які містяться в доповіді, чи вживати будь-які інші заходи із цією метою, рівно як і контролювати вжиття будь-яких заходів за підсумками доповіді. Класичним прикладом діяльності міжнародних слідчих комісій є міжнародна слідча комісія щодо «інциденту на Доггер-Банці» – ймовірного обстрілу британських

риболовецьких човнів російською військовою ескадрою у 1904 р. Її висновки послужили основою для вирішення спору з цього приводу між Великою Британією та Росією.

Процедура примирення. Під процедурою примирення, на думку П. Маланчука, у сучасному міжнародному праві розглядають спосіб врегулювання міжнародних спорів будь-якого характеру, під час яких комісія, створена сторонами для розгляду спору, чи то на постійній основі, чи то на підставі *ad hoc*, розпочинає неупереджений розгляд і намагається визначити умови врегулювання спору або надання сторонам такої допомоги з метою врегулювання, яку вони можуть затребувати. Як уже йшлося вище, можливість застосування цього мирного засобу вирішення спорів передбачена як на універсальному рівні – в рамках ООН, так і на регіональному (наприклад, в рамках ОБСЄ) і окремих міжнародних договорів.

Як і у випадку слідчої процедури, в ході примирення передбачається створення спеціального тимчасового органу – погоджувальної комісії, склад якої формується на тих же принципах збалансованості, що і слідчі комісії. По суті незалежні члени такої комісії виступають в ролі посередників, однак на відміну від процедур добрих послуг та посередництва вони є членами спеціально створених органів, тоді як посередники діють на особистій, а не інституційній основі. Водночас вони не мають бути представниками держав, а можуть бути кваліфікованими експертами із процедур примирення та з окремих аспектів, які є предметом спору.

У ході діяльності цих комісій сторони мають можливість презентувати власне бачення спору, а сама комісія, з метою встановлення фактів, може залучати інші сторони та експертів до її роботи. Метою діяльності погоджувальних комісій є досягнення компромісів та взаємних поступок між сторонами для припинення спору між ними. Як зазначено у вищезгаданому Заключному акті, завданням таких комісій є: «з'ясувати спірні питання, збирати для цієї мети шляхом слідства або іншими шляхами все потрібні матеріали і намагатися привести Сторони до угоди».

Окремо слід сказати про формування у другій половині ХХ століття інституту дружнього врегулювання міжнародних спорів, який увібрав у себе риси та досвід застосування посередництва (медіації), примирення, переговорів, арбітрування та інших форм примирливих процедур в історичній ретроспективі. Дружнє врегулювання (у широкому розумінні) означає досягнення заінтересованими сторонами спору взаємовигідної згоди на основі поваги до прав людини, як їх визначає відповідний міжнародно-правовий акт.

Застосовуване у практиці Європейського суду з прав людини дружнє врегулювання як процедура – це форма міжнародної примирливої процедури, яка заснована на загально визнаних принципах міжнародного судового процесу, принципах конфіденційності переговорів, балансу інтересів сторін і повазі до прав людини, яка може бути застосована на будь-якій стадії судового процесу в Європейському суді з прав людини, з моменту визнання заяви прийнятною, та спрямована на досягнення сторонами спору взаємовигідної згоди щодо справедливої сатисфакції потерпілій стороні.

У травні 2001 р. ЄСПЛ схвалив дружнє врегулювання між Урядом України та заявниками у справі «Кайсин та інші проти України». Заявники стверджували, що вони стали жертвами порушення п. 1 ст. 6 Конвенції внаслідок невиконання рішення Червоноградського міського суду Львівської області, яким визнавалося їх право на пенсію за інвалідністю, а шахті «Червоноградська» № 2 наказувалось сплатити їм належні суми. Уряд України повідомив ЄСПЛ про те, що сторони уклали угоду про дружнє врегулювання, відповідно до якої передбачається виплата кожному заявникові суми компенсації, що відповідає сукупності його пенсії за інвалідністю та відшкодування збитків. В листі від 1 грудня 2000 р. уряд проінформував Суд про те, що 26 жовтня 2000 р. він перевів на рахунки заявників відповідні кошти, як результат однозначно задовольнивши претензії, які були висунуті заявниками, а також здійснивши відшкодування збитків, а заявники прийняли ці кошти.

Оскільки забезпечення міжнародного миру та безпеки є основною ціллю міжнародного права, значна увага в його доктрині та практиці приділяється забезпеченню мирного вирішення спорів та регламентації відповідних засобів.

Принцип мирного вирішення спорів є одним із основних принципів міжнародного права, а серед норм міжнародного права існує велика кількість документів, присвячених саме положенням щодо вирішення міжнародних спорів мирними засобами. Серед таких засобів, в ході яких застосовуються процедури аналогічні медіаційним, в національному праві є: добрі послуги та посередництво; слідча процедура; процедура примирення.

У ході добрих послуг та посередництва третя сторона звертається до сторін спору із пропозиціями щодо вирішення спорів і в подальшому може виступати як посередник в ході переговорів. У випадку слідчих процедур передбачається створення спеціальних комісій для встановлення фактів спору, які готують доповіді з висновками щодо розслідування та рекомендаціями щодо подальших дій. Нарешті процедури примирення передбачають залучення експертів до роботи зі сторонами в цілях досягнення компромісів та взаємних поступок між сторонами і, зрештою, для вирішення спору.