

УДК 34.03

DOI <https://doi.org/10.32850/LB2414-4207.2020.17.47>

ІНСТИТУТ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ МЕДІАТОРА: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ТА ПЕРСПЕКТИВИ ФОРМУВАННЯ В УКРАЇНІ

Токарева Ксенія Сергіївна,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного
і адміністративного права
(Національний авіаційний університет,
м. Київ, Україна)

Статтю присвячено вивченню зарубіжного досвіду становлення інституту відповідальності медіатора та визначенню основних напрямів його формування в Україні. Встановлено, що інститут відповідальності медіатора є синтезом різних видів юридичної відповідальності та у вузькому розумінні включає дисциплінарну відповідальність, а в широкому – дисциплінарну, адміністративну, цивільно-правову та кримінальну. Підставою притягнення медіатора до відповідальності є невиконання або неналежне виконання ним його професійних обов'язків. Проаналізовано останні законодавчі спроби закріплення інституту медіації та зроблено висновок про те, що вони потребують доопрацювання в частині визначення підстав та порядку притягнення медіатора до відповідальності, визначення органу, вповноваженого вирішувати питання щодо притягнення медіатора до відповідальності тощо. Розглянуто досвід регламентації інституту відповідальності медіатора у США, Сербії, Бельгії, Австрії, Молдові, Азербайджані, Румунії. Спільною характеристикою законодавчого оформлення правового статусу медіатора в зарубіжних країнах є наявність розвиненого інституту дисциплінарної відповідальності медіатора. Наголошено на тому, що існує потреба у створенні етичного кодексу медіаторів України, оскільки етичні норми визначають підстави притягнення посередника до дисциплінарної відповідальності. Серед видів порушень медіатором своїх професійних обов'язків виділено: розголошення інформації, яка стала відома в процесі здійснення процедури; порушення вимог щодо незалежності, нейтральності та неупередженості; надання сторонам правових консультацій; завдання іншим учасникам медіації матеріальної або моральної шкоди в процесі здійснення своїх професійних обов'язків тощо. З метою ефективного функціонування інституту відповідальності медіатора вбачається доцільним створення реєстрів медіаторів (єдиного реєстру або єдиного електронного реєстру, де сторони спору матимуть можливість залишати відгуки про діяльність медіатора).

Ключові слова: медіація, альтернативне вирішення спорів, відповідальність, професійна відповідальність, дисциплінарні стягнення.

**INSTITUTE OF MEDIATOR'S RESPONSIBILITY:
FOREIGN EXPERIENCE AND PROSPECTS OF FORMATION IN UKRAINE**

Tokarieva Ksenia Serhiivna,
Candidate of Juridical Sciences,
Senior Lecturer at the Department
of Constitutional and Administrative Law
(National Aviation University, Kyiv,
Ukraine)

The article is devoted to the study of foreign experience in the formation of the institution of mediator responsibility and to determine the main directions of its formation in Ukraine. It is established that the institution of mediator responsibility is a synthesis of different types of legal liability and includes in a narrow sense disciplinary liability, in a broad sense – disciplinary, administrative, civil and criminal. The reason for bringing a mediator to justice is the failure or improper performance of his professional duties. The latest legislative attempts to consolidate the institution of mediation are analyzed and it is concluded that they need to be finalized in terms of determining the grounds and procedure for bringing a mediator to justice, determining the body authorized to decide on bringing a mediator to justice, etc. The experience of regulating the institution of mediator responsibility in the USA, Serbia, Belgium, Austria, Moldova, Azerbaijan, Romania is considered. A common characteristic of the legislative registration of the legal status of a mediator in foreign countries is the presence of a developed institution of disciplinary liability of the mediator. It is emphasized that there is a need to create a code of ethics for mediators in Ukraine, as ethical norms determine the grounds for bringing a mediator to disciplinary responsibility. Among the types of violations of the mediator's professional responsibilities are: disclosure of information that became known during the procedure; violation of the requirements for independence, neutrality and impartiality; providing legal advice to the parties; assignment of material or moral damage to other participants in mediation in the course of performing their professional duties, etc. In order to effectively operate the institution of mediator responsibility, it is considered appropriate to create registers of mediators (a single register or a single electronic register, where the parties to the dispute will be able to leave feedback on the activities of the mediator).

Key words: mediation, alternative dispute resolution, responsibility, professional responsibility, disciplinary sanctions.

Постановка проблеми. Сьогодні в Україні не врегульовано питання правового статусу медіатора, що значно ускладнює становлення інституту медіації. І медіатори, і споживачі послуг із медіації залишаються не зовсім захищеними від зловживань у процесі вирішення спору шляхом переговорного процесу із залученням посередника. Останні законодавчі спроби закріпити процедуру медіації як альтернативний спосіб вирішення спорів потребують доопрацювань у частині вимог щодо навчання та набуття правового статусу медіатора, обсягу обов'язків осіб, які провадять діяльність у сфері медіації, та порядку притягнення таких осіб до відповідальності у разі порушення встановлених вимог. Водночас зарубіжний досвід демонструє ефективність медіації та її позитивний вплив на діяльність судової системи. Актуальним питанням залишається визначення основних напрямів формування інституту відповідальності медіатора в Україні з урахуванням досвіду зарубіжних країн.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання професійної відповідальності різних представників сучасних професій досліджували такі науковці, як

Л. Каленіченко, Г. Лазутина, О. Файєр, Л. Чекмарьова та ін. Особливу увагу на питання правового статусу медіатора, зокрема й відповідальності медіатора за порушення професійних обов'язків, звертали такі вчені, як Т. Білик, Р. Гаврилюк, І. Городиський, Н. Крестовська, Л. Романадзе, Т. Кисельова, Н. Данилко, Н. Безхлібна та ін.

Метою статті є дослідження зарубіжного досвіду законодавчого визначення інституту відповідальності медіатора та визначення перспектив його формування в Україні.

Виклад основного матеріалу. Категорії «відповідальність», «юридична відповідальність» та «професійна відповідальність» не мають єдиного універсального визначення. Поняття «відповідальність» розглядають як здатність індивіда відповідати за власну діяльність перед суспільством та державою. Щодо дефініції юридичної відповідальності, то доцільним є її визначення з точки зору дуалістичного підходу. Як пише Л. Каленіченко, юридичну відповідальність варто розглядати як негативне явище (реакція держави на протиправну поведінку) та як позитивне явище (правомірну поведінку). Вузьке значення поняття «юридична відповідальність» розглядають як негативну відповідальність [1, с. 29].

Зміст категорії «професійна відповідальність», на думку Г. Лазутіної, становить реальна залежність між результатами професійної діяльності особи та наслідками, які вони можуть викликати в суспільстві. Особистість, будучи безпосередньо носієм професійної відповідальності, є гарантом сумлінного виконання професійних обов'язків та мінімізації негативних наслідків своєї діяльності [2, с. 132].

Досліджуючи відповідальність нотаріуса, О. Файєр вважає, що доречнішим є застосування терміна «професійна відповідальність», оскільки він охоплює настання відповідальності нотаріуса лише за умов невиконання чи неналежного виконання своїх професійних обов'язків. В інших випадках діяльності нотаріуса, не пов'язаної з виконанням професійних обов'язків, наставатиме цивільно-правова відповідальність. Тоді професійна відповідальність нотаріуса – це застосування до особи, яка має право на ведення нотаріальної діяльності (у разі завдання нею шкоди іншим особам за умов невиконання (неналежного виконання) своїх професійних обов'язків), заходів державного примусу у вигляді санкцій, які спрямовані на відновлення порушених прав та інтересів таких осіб [3, с. 66].

Водночас Л. Чекмарьова не погоджується з таким підходом та, аналізуючи професійну відповідальність адвоката, наголошує, що адвокат як учасник правовідносин зі спеціальною правосуб'єктністю є суб'єктом різних видів юридичної відповідальності (дисциплінарної, адміністративної, цивільно-правової, кримінальної), оскільки несе відповідальність за невиконання або неналежне виконання своїх професійних обов'язків [4, с. 152]. Виходячи з такого розуміння професійної відповідальності (з урахуванням природи інституту медіації), інститут відповідальності медіатора є синтезом різних видів юридичної відповідальності та у вузькому розумінні включає дисциплінарну відповідальність, а в широкому – дисциплінарну, адміністративну, цивільно-правову та кримінальну.

Підставою притягнення медіатора до відповідальності є невиконання або неналежне виконання ним його професійних обов'язків. Зважаючи на відсутність закону про медіацію в Україні, слід розглянути перелік професійних обов'язків медіатора, визначений у проекті закону «Про медіацію» від 19 травня 2020 року № 3504 [5]. Згідно зі ст. 12 законопроекту № 3504 медіатор зобов'язаний: дотримуватися принципів та правил проведення медіації, етики медіатора; не розголошувати відомості, отримані у процесі проведення медіації; повідомляти сторонам процедури медіації про обставини, які можуть викликати обґрунтовані сумніви щодо його незалежності

та неупередженості; проводити посередництво лише за наявності письмової згоди всіх учасників та відповідно до внутрішнього переконання щодо дотримання засад незалежності та неупередженості; постійно підвищувати свій професійний рівень; проводити медіацію на безоплатній основі за обставин та в порядку, визначених законом тощо. Перелік не є вичерпним.

Положення щодо відповідальності медіатора містяться у ст. ст. 5, 14 проекту закону «Про медіацію». За порушення принципу конфіденційності медіатор несе відповідальність, передбачену законом або договором про проведення медіації. За порушення вимог закону медіатор несе відповідальність у порядку, передбаченому законом, а також відповідальність, визначену статутом та/або положенням про об'єднання медіаторів, членом якого він є. Сьогодні єдиних міжнародних стандартів правового регулювання інституту відповідальності медіатора не визначено. Однак, на нашу думку, це правове регулювання інституту відповідальності медіатора не можна визнати ефективним. Потребують доопрацювання положення щодо підстав та порядку притягнення медіатора до відповідальності, визначення органу, вповноваженого вирішувати питання щодо притягнення медіатора до відповідальності.

Із метою визначення напрямів удосконалення інституту відповідальності професійного медіатора в Україні варто проаналізувати зарубіжний досвід законодавчого закріплення цього інституту.

У США основним видом відповідальності, який застосовується до медіаторів за порушення професійних обов'язків, є дисциплінарна відповідальність. Наприклад, у штаті Флорида діє Кваліфікаційна рада медіаторів – орган, який підпорядковується судовій системі та вповноважений вирішувати питання щодо накладення на медіаторів дисциплінарних стягнень. Так, у 2013 році за стягнення зі сторін спору завищеного гонорару та порушення вимог щодо конфлікту інтересів, чесності та неупередженості, інших етичних засад Рада зобов'язала сертифікованого медіатора пройти навчання щодо етики медіації та підготувати звіт про здобутий досвід [6]. У 2014 році за порушення вимог щодо конфлікту інтересів на шість місяців зупинили сертифікацію іншого медіатора штату Флорида [7]. У зв'язку зі стрімким поширенням альтернативних способів вирішення спорів, зокрема й медіації, кількість порушень медіаторами професійних вимог зростатиме, що робить актуальним питання відповідальності особи, яка здійснює професійну діяльність у сфері посередництва.

У 2019 році Європейська комісія з питань ефективності правосуддя Ради Європи підготувала «Європейський довідник із медіаційного законодавства» ("European Handbook for Mediation Lawmaking"), де було узагальнено досвід законодавчої регламентації відповідальності медіаторів у Сербії, Бельгії та Австрії. Європейська комісія рекомендує державам:

- 1) установити цивільно-правову відповідальність медіатора та організацій, які надають послуги з медіації;
- 2) застосовувати щодо медіаторів адміністративну або дисциплінарну відповідальність;
- 3) передбачити порядок дисциплінарного провадження, наближений до судового розгляду;
- 4) чітко визначити санкції, які можуть бути застосовані (попередження, догана, обов'язок проходження стажування та ін.);
- 5) вимагати страхування діяльності у сфері медіації [8, с. 16].

Закон Республіки Молдова «Про медіацію» від 8 серпня 2015 року [9] встановлює дисциплінарну відповідальність медіатора за порушення професійних обов'язків, передбачених у законі та нормах професійної етики, і положень про конфлікт

інтересів, конфіденційність, нейтральність та неупередженість. Медіатор не несе відповідальності за нездатність сторін прийти до компромісу з метою дружнього вирішення спору, а також за невиконання умов мирової угоди, укладеної між сторонами. Будь-яка зацікавлена особа може звернутися до спеціального органу (Ради з медіації) та повідомити про порушення медіатором своїх обов'язків, у результаті чого на останнього може бути накладено такі стягнення, як попередження, догана, зупинення діяльності у сфері медіації строком від одного до шести місяців, позбавлення атестата медіатора.

Загалом, закон Молдови досить детально визначає порядок притягнення медіатора до дисциплінарної відповідальності. Такі ж дисциплінарні стягнення передбачені в законодавстві Республіки Азербайджан про медіацію, де додатково закріплено, що медіатор не звільняється від дисциплінарної, цивільної, адміністративної та кримінальної відповідальності за шкоду, заподіяну в результаті порушення обов'язків, визначених законом, а також від дисциплінарної відповідальності, передбаченої організацією з медіації, членом якої він є. Окрім цього, медіатор позбавляється членства Ради з медіації у разі непроходження курсу підвищення кваліфікації [10].

У Румунії за порушення професійних обов'язків у сфері медіації визначено дисциплінарну та цивільно-правову відповідальність, яка передбачає відшкодування матеріальної та моральної шкоди, завданої учасникам медіації. При цьому підставами притягнення медіатора до відповідальності є: порушення зобов'язань щодо конфіденційності, неупередженості та нейтралітету; відмова у відповіді на запити державних органів; відмова у поверненні документів, доручених сторонами в процесі здійснення посередництва; представництво або допомога одній зі сторін спору в медіації; здійснення інших дій, які впливають на професійну добросовісність [11, с. 11-13].

У законодавстві про медіацію Російської Федерації безпосередньо не визначено види порушень медіатором своїх обов'язків та заходи з відповідальності, які можуть бути вжиті щодо нього. Проаналізувавши масив нормативно-правових актів, І. Найнодіна виділяє чотири види відповідальності медіатора: дисциплінарну, адміністративну, цивільно-правову та кримінальну. Дисциплінарна відповідальність застосовується лише до професійних медіаторів у разі порушення ними норм, визначених органами медіаторського самоврядування. Цивільно-правова відповідальність виникає у разі завдання шкоди учасникам процедури, тоді як адміністративна відповідальність пов'язана з порушенням вимог щодо реклами, нейтральності та незалежності тощо. Кримінальна відповідальність передбачена за порушення вимог конфіденційності та тиск на одну зі сторін спору за визначених законом умов [12, с. 86].

Становлення інституту відповідальності медіатора в Україні має суттєві перешкоди. Найбільш суттєвою серед них є відсутність спеціального закону про медіацію, хоча вітчизняні медіатори провадять свою діяльність понад двадцять років. Існує нагальна потреба у веденні та оприлюдненні реєстру медіаторів і створенні етичного кодексу медіаторів України, оскільки етичні норми визначають підстави притягнення посередника до дисциплінарної відповідальності.

У Законі України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 року № 1700-VII визначено, що дія цього закону поширюється на осіб, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги [13]. До цього переліку зараховано арбітражних керівників, незалежних посередників, третейських суддів та інших осіб під час здійснення ними цих функцій. Ураховуючи тенденції до розширення сфери застосування медіації, корупційні ризики діяльності та перспективи запровадження присудової, судової медіації, цей перелік варто доповнити медіатором.

Як слушно визначає Н. Данилко, медіація проводиться відповідно до правових та етичних норм, тому відповідальність медіатора має правовий та моральний характер. На думку автора, особа, яка провадить діяльність у сфері медіації та є членом об'єднання медіаторів, несе професійну й корпоративну відповідальність, визначену установчими документами такого об'єднання, або дисциплінарну відповідальність, тоді як підставою цивільно-правової відповідальності може бути порушення медіатором принципу конфіденційності та договору про проведення медіації процедури, чим завдано моральної або матеріальної шкоди сторонам спору в медіації, зумовлено прояви особистої зацікавленості медіатора в результатах процедури посередництва або предметі спору [14, с. 165–166].

Основним механізмом дисциплінарної відповідальності медіатора є його виключення з реєстру медіаторів, що зумовлює репутаційні ризики для фахівця з медіації. З метою налагодження цього механізму створюються дисциплінарні комісії. Якщо дисциплінарна комісія підтвердить наявність порушень із боку медіатора, санкціями є виключення медіатора з реєстру (подеколи з вимогою проходження додаткового навчання). Таку модель ми розглядали раніше у США, також вона діє в Канадському інституті альтернативного вирішення спорів [14, с. 181].

Як уважають Н. Безлібна та Ю. Потемкіна, рівень відповідальності медіатора має базуватися на його ролі й на обов'язках повноважень у процесі. Основний аспект класичної фасилітативної моделі медіації (наразі найпоширенішої в Україні), полягає в тому, що медіатор не виносить рішення і навіть не пропонує сторонам варіанти вирішення спору. Водночас він безпосередньо відповідає за ефективність: чи витримана певна структура процесу, що забезпечує його ефективність; чи проведена робота з емоціями сторін; чи повністю забезпечується комфорт учасників у процесі здійснення медіації тощо. Від якості процесу може залежати його результат, тому ми вважаємо, що питання відповідальності медіатора слід розглядати саме в площині забезпечення процесу та дотримання основних принципів медіації, особливо конфіденційності [15].

Установлення дисциплінарної відповідальності є характерною ознакою інституту відповідальності медіаторів у більшості держав. Рідше законодавці звертаються до таких видів відповідальності, як цивільно-правова та кримінальна. А. Хамаднєх визначає, що обов'язковим є закріплення умов цивільно-правової відповідальності медіатора, серед яких: наявність шкоди, яка є результатом діяльності медіатора (як от порушення таємниці медіації); шкоди було завдано під час виконання медіатором своїх професійних обов'язків; медіатор вийшов за межі своїх повноважень. Кримінальна відповідальність може бути передбачена за розголошення професійної таємниці, викрадення або фальсифікацію документів або доказів, отриманих медіатором у процесі здійснення медіації [16, с. 107–108].

Висновки. Таким чином, проаналізований зарубіжний досвід установлення підстав та видів відповідальності медіаторів свідчить про необхідність виокремлення дисциплінарної відповідальності медіатора. Крім цього, невиконання або неналежне виконання обов'язків та порушення етичних норм може бути підставою для притягнення медіатора до інших видів відповідальності (адміністративної, цивільно-правової та кримінальної). Важливим застереженням, яке має бути визначене у майбутньому законі про медіацію, є те, що медіатор не несе відповідальності за недосягнення сторонами угоди за результатами медіації або її невиконання.

Серед видів порушень медіатором своїх професійних обов'язків можемо виділити: розголошення інформації, яка стала відома в процесі здійснення процедури; порушення вимог щодо незалежності, нейтральності та неупередженості; надання

сторонам правових консультацій; завдання іншим учасникам медіації матеріальної або моральної шкоди в процесі здійснення своїх професійних обов'язків; здійснення тиску на сторони або примушування до укладання угоди за результатами медіації тощо.

Законодавство про медіацію має передбачати можливість сторін оскаржувати дії медіатора. Вбачається доцільним створення реєстрів медіаторів (єдиного реєстру або єдиного електронного реєстру, де сторони спору матимуть можливість залишати відгуки про діяльність медіатора) та визначення органу, вповноваженого вирішувати питання щодо дисциплінарної відповідальності медіаторів. З огляду на корупційні ризики в медіації, законодавство про запобігання корупції також слід доповнити відповідними положеннями щодо відповідальності медіатора.

Список використаних джерел:

1. Каленіченко Л.І. Сучасне розуміння сутності юридичної відповідальності в правовій думці. *Право і Безпека*. 2015. № 3 (58). С. 26–31.
2. Лазутина Г.В. Профессиональная этика журналиста: учебник и практикум для академического бакалавриата. 4-е изд., испр. и доп. Москва : Издательство Юрайт, 2017. 226 с.
3. Файер О.А. Правове регулювання страхування професійної відповідальності нотаріусів в Україні та за кордоном. *Вісник Харківського національного університету імені ВН Каразіна. Серія: Міжнародні відносини. Економіка. Країнознавство. Туризм*. 2013. № 1. С. 64–69.
4. Чекмарьова Л.Ю. Професійна відповідальність адвоката: поняття та основні ознаки. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 2. С. 150–1153.
5. Про медіацію : проект закону України від 19.05.2020 р. № 3504. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68877.
6. Mediator Disciplinary Actions. *The Florida Bar*. 2013. URL: <https://www.floridabar.org/the-florida-bar-news/mediator-disciplinary-actions-5/>.
7. Mediator Disciplinary Actions. *The Florida Bar*. 2014. URL: <https://www.floridabar.org/the-florida-bar-news/mediator-disciplinary-actions-2/>.
8. European Handbook for Mediation Lawmaking. *The European Commission for the Efficiency of Justice*. 2019. URL: <https://rm.coe.int/cepej-2019-9-en-handbook/1680951928>.
9. Закон Республики Молдова № 137. URL: <https://mediation-eurasia.pro/zakonodatelstvo/zakon-respubliki-moldova-137-o-mediaci>.
10. Закон Азербайджанской Республики «О медиации» № 1555-VQ. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=122426.
11. Buzatu N. E. The Responsibility of the Mediator. *AGORA International Journal of Juridical Sciences*. 2013. № 4. pp. 10–14.
12. Nainodina I. Liability of the Mediator in France and Russia. *Russian Journal of Comparative Law*. 2016. №. 3. С. 84–90.
13. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 № 1700-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 49. Ст. 2056.
14. Медіація у професійній діяльності юриста : підручник / авт. кол.: Т. Білик, Р. Гаврилюк, І. Городиський [та ін.] ; за ред. Н. Крестовської, Л. Романадзе. Одеса : Екологія, 2019. 456 с.
15. Бесхлебная Н., Потемкина Ю. Медиатор: роль, статус и ответственность. *Юрист&Закон*. 2019. № 24. URL: https://uz.ligazakon.ua/magazine_article/EA012840.
16. Hamadneh A. F. Legal liability of the Mediator. *Journal of Law, Policy and Globalization*. 2016. Vol. 46. pp. 102–109.