ВИСНОВОК

на проект Закону України «Про медіацію»

Як вказано у преамбулі проекту, «цей Закон визначає правові засади та порядок проведення медіації в Україні», «яка полягатиме у добровільному позасудовому врегулюванні конфлікту (спору) шляхом переговорів між його сторонами, за допомогою медіатора» (п. 1 пояснювальної записки до нього). У законопроекті для цього пропонується, зокрема, визначити: термінологію, яка в ньому вживається; статус медіатора; права та обов’язки медіатора та сторін медіації; вимоги до договору про медіацію та до угоди про врегулювання конфлікту (спору) за результатами медіації тощо.

На думку суб’єкта права законодавчої ініціативи, прийняття проекту, «матиме безпосередній позитивний вплив на сферу правовідносин, пов’язаних із вирішенням конфліктів (спорів), які виникають з цивільних, сімейних, трудових, господарських, адміністративних правовідносин, а також у кримінальних провадженнях при укладенні угод про примирення між потерпілим та підозрюваним, обвинуваченим та в інших сферах суспільних відносин» (п. 6 пояснювальної записки до проекту).

Головне управління, підтримуючи необхідність законодавчого врегулювання медіації як ефективного позасудового способу вирішення певних спорів (конфліктів), вважає за доцільне висловити щодо змісту проекту наступні зауваження та пропозиції.

**1.** Значна частина термінів, зміст яких визначається у ст. 1 проекту, не наповнена пов’язаним з цим проектом специфічним змістом. Зокрема, це стосується таких термінів, як: «сторони медіації», «учасники медіації», «правила проведення медіації» тощо, які до того ж за своїм змістом виглядають як перерахування певних елементів без з’ясування їх сутності. За цих умов, на нашу думку, більш юридично коректним було б визначення змісту базових термінів (таких як: «медіація», «медіатор», «об’єднання медіаторів») у тих статтях проекту, які присвячені регулюванню відповідних питань (як це зроблено щодо термінології, наприклад, у Цивільному кодексі України).

**2.** Значна кількість питань, що мають суттєве значення для належного регулювання медіації у проекті визначені недостатньо чітко та потребують подальшої деталізації. Зокрема, йдеться про: необхідність визначення у проекті правового статусу «об’єднання медіаторів» та «організації, що забезпечує проведення медіації» (не обмежуючись визначенням змісту цих термінів); змісту та основних умов «медіаційної угоди» тощо. Зазначимо, що правове регулювання суспільних відносин законом має забезпечувати необхідний рівень повноти та деталізації такого регулювання. Це, зокрема, випливає з закріпленого у ст. 8 Конституції України принципу верховенства права, згідно з яким юридичні норми мають бути чіткими, ясними і недвозначними, оскільки інше не може забезпечити їх неоднакове застосування, не виключає неоднакового трактування у правозастосовній практиці (Рішення Конституційного Суду України від 22.09.2005 № 5-рп).

Слід вказати, що, наприклад, відсутність визначення у проекті граничного строку медіації може призвести до того, що медіація буде використовуватися для штучного затягування вирішення спору. Зокрема, можливе умисне затягування часу медіації однією з сторін, яка насправді не маючи бажання домовлятися, буде використовувати медіацію для відтягування розгляду спору по суті у суді.

Крім того, у проекті не врахована можливість проведення медіації колегіально декількома медіаторами, не врегульовано питання відповідальності медіатора за шкоду, завдану ним під час медіації тощо. Необхідність конкретизувати відповідальність медіатора за це безпосередньо у законі пояснюється, зокрема, й тим, що медіатор може завдати шкоди сторонам медіації шляхом розголошення конфіденційної інформації. Крім цього, згідно зі ст. 15 проекту процедура медіації може розпочатися до укладення відповідного договору. У цьому випадку у разі розголошення медіатором конфіденційної інформації його не можна буде притягти до відповідальності на підставі відповідного договору, оскільки останній ще не буде укладений.

Можливість завдання медіатором шкоди сторонам медіації випливає також із передбаченої у ч. 3 ст. 7 проекту заборони медіатору спонукати сторони до прийняття конкретного рішення по суті конфлікту (спору), бо інакше така заборона немає сенсу.

Водночас Головне управління не вбачає необхідності у визначенні на рівні закону (ст. 10 проекту) конкретної кількості годин навчання медіатора (не менше 90 годин, у тому числі 45 годин практичного навчання), а також інформації, що визначається у документі, який видається після проходження підготовки, оскільки це питання доцільніше визначати на підзаконному рівні.

**3.** Унормовуючи сферу застосування медіації (ст. 2 проекту), слід більш чітко визначити спори, у яких медіація не застосовується, оскільки відсутність такої чіткості може сприяти дискредитації медіації як ефективного позасудового способу вирішення спорів, як це свого часу відбулось щодо третейських судів, сфера діяльності яких була суттєво обмежена Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо діяльності третейських судів та виконання рішень третейських судів»
від 05.03.2009 з урахуванням того, що медіація, як і третейське судочинство є альтернативними способами вирішення спорів їх вирішенню у «державних» судах.

З огляду на це дискусійним виглядає застосування досудової медіації у цивільно-правових спорах, стороною яких є держава, територіальна громада, їх органи, державні та комунальні підприємства, неповнолітні особи, особи з обмеженою дієздатністю, в спорах, пов’язаних з державною таємницею тощо. Також навряд чи є доцільним використання медіації у справах про адміністративні правопорушення.

При визначенні сфери застосування медіації слід також визначитись зі співвідношенням між положеннями проекту та положеннями Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)», в якому передбачено використання окремих елементів медіації для вирішення таких спорів, зокрема, участь у їх вирішенні незалежних посередників, а також зі співвідношенням медіації з врегулюванням спорів за участю судді, яке передбачено, зокрема, у ст. ст. 201-205 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК).

Крім того, варто зазначити, що відповідно до положень ст. 1 Директиви 2008/52/EC Європейського Парламенту та Ради з певних аспектів медіації у цивільних та комерційних справах, Директива не поширюється, зокрема, на податкові, митні та адміністративні спори чи відповідальність держави за дії чи упущення при здійсненні державної влади.

Зазначимо також, що у ч. 1 ст. 2 проекту передбачається, що «медіація може застосовуватися у будь-яких конфліктах (спорах), які виникають у цивільних, сімейних, трудових, господарських, адміністративних правовідносинах». Проте, якщо йдеться про цивільні, сімейні, трудові, господарські, адміністративні спори, то доцільно з цього формулювання виключити слово «конфлікти», оскільки згідно з відповідними процесуальними кодексами розглядаються саме «спори», а не «конфлікти».

**4.** У п. 3 ч. 2 ст. 6 проекту з метою забезпечення незалежності та нейтральності медіатора передбачено, що медіатор не може бути представником або захисником будь-якої зі сторін у досудовому розслідуванні, судовому, третейському чи арбітражному провадженні у конфлікті (спорі), в якому він був медіатором. Водночас не враховано, що його участь, наприклад, у судовому провадженні як судді (арбітра), експерта, спеціаліста або іншого відповідного учасника справи також може негативно відобразитися на забезпеченні його нейтральності. Причому слід врахувати, що відповідне процесуальне законодавство не забезпечує гарантії «неучасті» медіатора у судовому розгляді відповідного спору як такого учасника справи.

**5.** У ст. 13 проекту передбачається існування певної кількості окремих реєстрів медіаторів. Такі реєстри можуть створюватися кожним об’єднанням медіаторів чи кожною організацією, що забезпечує проведення медіації, а також державними органами та органами місцевого самоврядування, які можуть вести та оприлюднювати реєстри тих медіаторів, яких вони залучають або послугами яких користуються.

Вважаємо, що для забезпечення більш широкого доступу до інформації про медіаторів було б доцільним запровадження єдиного реєстру медіаторів як загальної інформаційної системи для надання відомостей про всіх медіаторів. Щодо витрат на ведення загального реєстру медіаторів, то, на нашу думку, наприклад, відповідні витрати Національної асоціації медіаторів, можуть бути співрозмірними з витратами на ведення невизначеної кількості окремих реєстрів невизначеною кількістю реєстраторів.

Крім цього, у проекті не вирішено питання порядку ведення вказаних реєстрів, безоплатності доступу до них тощо.

**6.** У ст. 20 «Медіація під час судового, третейського, арбітражного провадження» проекту не визначені засади взаємодії медіаторів та відповідних судових органів, а також не передбачено забезпечення наявності у відповідних судах інформації про медіаторів.

Згідно з ч. 2 ст. 20 проекту спільне рішення сторін медіації про врегулювання конфлікту (спору) за результатами медіації (яке оформлено угодою про врегулювання конфлікту (спору) за результатами медіації) *може затверджуватися судом*, третейським судом, міжнародним комерційним арбітражем в установленому законодавством порядку. Проте у певних випадках, наприклад, якщо за результатами медіації сторони прийняли рішення про часткове задоволення вимог, відповідну угоду доцільніше затверджувати судом.

**7.** Законопроектом пропонується доповнити ч. 2 ст. 65 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) новим п. 8-1, розширивши, при цьому, перелік осіб, які не можуть бути допитані як свідки. Зокрема, згідно з проектом заборона допиту в якості свідків поширюється також на медіаторів. Крім того, в ч. 1 ст. 469 КПК (у редакції проекту) зазначається, що домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником або за допомогою *медіатора (медіаторів)*, іншої особи, погодженої сторонами кримінального провадження (крім слідчого, прокурора або судді).

При цьому, не враховано, що в чинному КПК вже врегульовано, що не можуть бути допитані як свідки *особи, які брали участь в укладенні та виконанні угоди про примирення в кримінальному провадженні*, – про обставини, які стали їм відомі у зв’язку з участю в укладенні та виконанні угоди про примирення (п. 8 ч. 2 ст. 65 КПК). У свою чергу, згідно з ч. 1
ст. 469 КПК домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником *або за допомогою іншої особи, погодженої сторонами кримінального провадження* (крім слідчого, прокурора або судді). До інших осіб, які можуть брати участь у примирних процедурах, можна віднести *представників медіаційних центрів*; осіб, які мають авторитет на певній території (священиків, лікарів, громадських діячів та інших)[[1]](#footnote-1).

Відтак запропоновані у проекті положення вже врегульовані в нормах чинного КПК. З огляду це вважаємо, що внесення відповідних змін до
ч. 2 ст. 65 та ч. 1 ст. 469 КПК є зайвим.

**8.** У п. 2 ч. 2 ст. 180 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАСУ) (в редакції проекту) визначається, що у підготовчому засіданні суд з’ясовує, чи бажають сторони вирішити спір шляхом примирення, *провести позасудове врегулювання спору шляхом медіації* або звернутися до суду для проведення врегулювання спору за участю судді. У разі, коли сторони прийняли рішення провести позасудове врегулювання спору шляхом медіації, суд, у разі необхідності, *може* оголосити перерву у підготовчому засіданні
(п. 5 ч. 6 ст. 181 КАСУ в редакції проекту). Таким чином, оголошення перерви є правом, а не обов’язком суду. При цьому, незрозуміло, яким чином, у разі не оголошення перерви, має одночасно відбуватися і судовий розгляд, і врегулювання спору шляхом медіації.

Одночасно із зазначеною вище нормою, законопроектом пропонується у п. 4 ч. 1 ст. 236 КАСУ визначити, що суд *зупиняє* провадження у справі в разі звернення обох сторін з клопотанням про надання їм часу для примирення – до закінчення строку, про який сторони заявили у клопотанні, або *звернення обох сторін у зв’язку з проведенням медіації – на час проведення медіації, але не більше тридцяти днів з дня постановлення ухвали судом.* Тобто, зазначеною нормою встановлено *обов’язок суду* зупинити провадження у справі у разі звернення обох сторін у зв’язку з проведенням медіації.

На наш погляд, у даному випадку вбачається суперечність положень п. 5 ч. 6 ст. 181 та п. 4 ч. 1 ст. 236 КАСУ (в редакції проекту). Адже в першому випадку суд має право оголосити перерву у підготовчому засіданні (тобто, на початковому етапі стадії судового розгляду) у разі, коли сторони прийняли рішення провести позасудове врегулювання спору шляхом медіації, а в іншому випадку – суд зобов’язаний зупинити провадження у справі за наявності звернення обох сторін у зв’язку з проведенням медіації. Відтак законопроект в цій частині потребує суттєвого концептуального уточнення.

**9.** У змінах до ст. 130 Господарського процесуального кодексу України, ст. 142 ЦПК, ст. 7 Закону України «Про судовий збір» пропонується встановити, що у разі укладання угоди про врегулювання конфлікту (спору) за результатами медіації до прийняття рішення у справі судом, суд вирішує питання про повернення позивачу з державного бюджету *60 відсотків судового збору,* сплаченого при поданні позову. В цих же статтях вказаних законодавчих актів передбачено, що у разі укладення *мирової угоди*, суд вирішує питання про повернення позивачу з державного бюджету
*50 відсотків судового збору*. У зв’язку з цим, на нашу думку, було б доцільним уніфікувати вказані суми.

Керівник Головного управління С. Тихонюк

Вик.: О. Куціпак, І. Кунець, О. Когут

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. Наукового-прктичний коментар: у 2 т. Т. 1 / О.М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін.; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х.: Право, 2012. - С. 329-330. [↑](#footnote-ref-1)