

9. Буров, О. Кіберзлочинність як загроза інформаційному суспільству / О. Буров, Л. Бутова, А. Пенська // Теорія і практика інтелектуальної власності : Науково-практичний журнал. - 2008. - №3. - С. 43.

10. Рассолов, И.М. Киберпреступность: понятие, основные черты, формы проявления / И.М. Рассолов// Юридический мир. - 2008. - № 2. - С. 44-46.

11. Ключко А. М. Проблеми питання транснаціональної кіберзлочинності [Електронний ресурс] / А. М. Ключко // Х: ХНУВС. – 2013. – Режим доступу до ресурсу:http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/180/Aktual_p1tan_rozsl_kiberzloch_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

УДК 347.965.42

Маленко Ольга Валеріївна
асистент кафедри приватного права,
адвокат,
Чернівецький національний університет
імені Юрія Федьковича

УЧАСТЬ АДВОКАТА В ПРОЦЕДУРІ МЕДІАЦІЇ, ЯК НОВИЙ НАПРЯМОК В АДВОКАТСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

Стаття присвячена дослідженню особливостей участі адвоката у процедурі посередництва у якості медіатора. Розглянуто та проаналізовано ознаки за якими можливо визначити специфіку діяльності адвоката-медіатора. Виявлено переваги і недоліки у наданні медіативної допомоги адвокатом-медіатором.

Ключові слова: адвокат, медіатор, адвокат-медіатор, адвокатська діяльність, медіація.

Статья посвящена исследованию особенностей участия адвоката в процедуре посредничества в качестве медиатора.. Установлены и проанализированы признаки по которым можно определить специфику деятельности адвоката-медиатора.

Выявлены преимущества и недостатки в предоставлении медиативной помощи адвокатом-медиатором.

Ключевые слова: адвокат, медиатор, адвокат-медиатор, адвокатская деятельность, медиация.

The advocate participation peculiarities as an mediator in the mediation process are dealt with. The features, which may define the peculiarities of the advocate-mediator (attorney-mediator) activity, are determined and analyzed. Advantages and disadvantages in providing the mediation assistance by the advocate-mediator (attorney-mediator) are defined.

Key words: advocate (attorney), mediator, advocate-mediator (attorney-mediator), advocate-mediator (attorney-mediator) activity, mediation.

Постановка проблеми. На сьогодні Україна є демократичною та правовою державою, основним обов'язком якої є забезпечити кожній людині та громадянину, підприємству, установі, організації захист конституційних прав та свобод. Відтак, в світлі розбудови справедливого та гуманного суспільства, питання процедури врегулювання спорів за участю посередника, тобто, процедура медіації, - набуває все більшої популярності. Наразі медіація активно розвивається в країнах Європи, Австралії, США, а також формується на території країн пострадянського простору. Зокрема, в таких країнах як Білорусія, Росія, Казахстан вже є профільний закон, яким запроваджено інститут медіації та визначено правові засади надання послуг з медіації, практики мирного врегулювання спорів позасудовими методами, що забезпечує баланс взаємовідносин між судовою системою та інститутом медіації.

Утім, питання про те, хто повинен виконувати роль медіатора в даному процесі є актуальним. В країнах Західної Європи, де даний інститут є відомим досить давно, медіаторами, зазвичай, є юристи, психологи та соціальні працівники.

В зв'язку із тим, що запровадження інституту примирення (медіації) у вітчизняній системі права є беззаперечним та підтримується широким колом фахівців,

досить актуальним є питання про те, яке місце може зайняти адвокат в процедурі медіації та які переваги перед іншими кандидатами на роль медіатора є безпосередньо на його боці.

Аналіз дослідження даної проблеми. Проблеми участі юристів у медіації досліджували такі вчені, як Ю. В. Баулін, О. М. Боброва, І. А. Войтюк, О. О. Дудоров, В. В. Землянська, О. В. Лук'яновська, В. Т. Маляренко, А. М. Понасюк, М. Є. Семеняко, О. Є. Соловійова, М. І. Хавронюк, Л. А. Хруслова, О. Яновська та інші вчені. Однак у межах праць вказаних авторів висвітлювалися лише окремі аспекти участі адвоката у процедурі посередництва як медіатора, тож цілий ряд питань потребує подальшого наукового дослідження та аналізу.

Метою статті є дослідження питання особливостей та перспектив участі адвоката в процедурі медіації.

Виклад основного матеріалу. Медіація – це метод вирішення конфліктів, який був розроблений в 60-70-ті роки в США й успішно використовується там в різних сферах життя. В дослівному перекладі «медіація» означає «посередництво». При цьому, мається на увазі посередництво в спорах нейтральної незацікавленої сторони, яка є авторитетною для усіх учасників конфлікту. Задача медіатора полягає не в тому, щоб постановити рішення третейського суду або вирок. Швидше за все від самих сторін конфлікту залежить вироблення рішення, яке оптимально відповідає їхнім інтересам. Медіатори-посередники допомагають знайти взаємоприйнятне рішення проблеми для сторін, які спорять. За результатами досягнутої домовленості повинні виграти усі [1, с. 14].

Ефективність медіаційної процедури визнана Європейським Співтовариством, яке рекомендує її впровадження в якості основного методу альтернативного вирішення спорів на досудовому етапі та під час судового розгляду, що знаходить своє відображення в підписаній Україною Угоді про Асоціацію України з Європейським Союзом та Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами. Так, згідно зі статтею 1 даної Угоди Україна і ЄС мають посилювати співпрацю в сфері правосуддя, свободи та безпеки, з метою забезпечення верховенства права та

поваги до прав людини і основоположних свобод. Країни Європейського Союзу дали згоду на те, що забезпечення верховенства права та кращого доступу до правосуддя повинно включати доступ як до судових, так і до позасудових методів врегулювання спорів. Європейська Рада на своєму засіданні в Тампері 15 жовтня 1999 року закликала держав-членів до запровадження альтернативних позасудових процедур, серед яких медіація є основним методом врегулювання спорів.

Слід відмітити, що створення при Національній асоціації адвокатів України Комітету з питань медіації говорить про зацікавленість з боку адвокатського товариства процедурою медіації. Успішне поширення серед адвокатської спільноти процедури медіації надасть можливість адвокатам опанувати нові професійні навички по врегулюванню спорів в позасудовому порядку шляхом застосування процедури медіації.

Задля того, щоб зрозуміти сутність процедури медіації, доцільно виявити переваги даної процедури в порівнянні із мировою угодою. Так, відповідно до ст. 207 ЦПК України, мирова угода укладається сторонами з метою врегулювання спору на підставі взаємних поступок і має стосуватися лише прав та обов'язків сторін. У мировій угоді сторони можуть вийти за межі предмета спору за умови, що мирова угода не порушує прав чи охоронюваних законом інтересів третіх осіб. Суть мирової угоди полягає в закінченні судового процесу шляхом мирного врегулювання спору, тобто досягнення визначеності у відносинах між сторонами на основі волевиявлення самих сторін [2, с. 56].

Виходячи із визначення понять медіації та мирової угоди, можна дійти висновку про те, що дані процедури мають спільні риси, зокрема, їхніми цілями є більш швидке врегулювання спору та збереження можливості подальшої співпраці між сторонами спору. При цьому, медіаційна угода відрізняється від мирової тим, що мирова угода укладається під час судового провадження, на основі угоди сторін та без участі сторони примирення. В свою чергу, медіаційна угода укладається за участю сторони примирення, на різних стадіях

спору – досудовій, судовій, післясудовій. Окрім цього, перевагами процедури медіації є такі:

- можливість самостійно визначити порядок взаємного виконання зобов'язань, за допомогою яких конфлікт врегульовано;
- можливість самостійного вибору медіатора, місця та часу проведення процедури медіації;
- зменшення розміру судових витрат (немає додаткових витрат у формі судового збору, витрат на представників; більше того, сама процедура медіації може бути проведена на безоплатній основі);
- вища ступінь конфіденційності;
- розвантаження судів.

Таким чином, в медіації найбільша увага приділяється довготривалим особистим інтересам та інтересам бізнесу, а не обставинам спору.

На сьогодні, медіація адаптована та розповсюджена в таких країнах, як Італія, Іспанія, Бельгія, Нова Зеландія, Великобританія, Канада, Австралія, Франція. Так, до прикладу, в Австрії в 2004 році був прийнятий спеціальний закон про цивільно-правову медіацію, який об'єднав в собі ті норми, які врегульовують процедуру медіації та містяться в різних нормативних актах.

Більше того, відповідні нормативні акти приймаються й на рівні міжнародних організацій. Серед них, перш за все, необхідно виокремити Типовий закон комісії ООН по праву міжнародної торгівлі про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру від 19.11.2002 року, прийнятий комісією ООН по праву міжнародної торгівлі, та законодавство Європейського Союзу, зокрема, Європейський кодекс поведінки медіаторів від 02.07.2004 року.

В Україні процес впровадження медіації почав активно розвиватися з 2005-2006 років. Так, за даними Міністерства юстиції України, на території України діє ціла низка Регіональних Груп Медіації, які об'єдналися в Асоціацію Груп Медіації України та Український центр Порозуміння, який активно займається впровадження програм примирення

потерпілих та правопорушників та просвітницькою діяльністю у цій сфері.

Відмітимо, що діюче законодавство України, має основи для запровадження процедури медіації, насамперед, це інститут примирення у кримінальному законодавстві. Разом з тим, наприкінці 2015 року на розгляд до Верховної ради України було внесено проект Закону про медіацію. При цьому, законопроект не визначає те, особи якої професії та спеціалізації мають право бути медіаторами. Утім, одним із основних кандидатів на роль медіатора можна визначити адвоката.

Так, ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» прямо не передбачає можливість адвоката виконувати функції медіатора, водночас, ані даний закон, ані Правила адвокатської етики не містять заборон займатися діяльністю медіатора. Водночас, не можна говорити, про те, що виконуючи функцію медіатора адвокат стає представником декількох сторін в одній справі, адже, цілями роботи медіатора (на відміну від адвоката) не є надання юридичної допомоги будь-якій із сторін або представництво та захист її інтересів; основна ціль – сприяння сторонам, які самостійно виробляють взаємовигідне рішення в спорі [3].

Разом із тим, проаналізувавши особливості правового статусу адвоката, є можливим говорити про те, що адвокат може приймати участь в процесі медіації в якості:

- нейтрального посередника (медіатора), який сприяє примиренню сторін та досягненню ними угоди про врегулювання спору;
- консультанта однієї із сторін, який надає юридичну допомогу в регулюванні розбіжностей;
- представника однієї із сторін спору при підготовці та проведенні медіації.

Більше того, адвокат, як кваліфікований юрист із професійними навиками в галузі права, має конкретні переваги перед медіаторами – представниками інших професій, з огляду на наступне.

По-перше, при розробці медіаційної угоди адвокатом будуть враховані критерії реальності виконання такої угоди та відповідності її змісту нормам діючого законодавства.

По-друге, в силу своєї професії адвокат зобов'язаний дотримуватися високих стандартів професійної етики: поважати права, честь та гідність осіб, які звернулися за допомогою, довірителів, колег та інших осіб.

По-третє, слід окремо звернути увагу на обов'язок адвоката зберігати адвокатську таємницю. Вимога щодо адвокатської таємниці є беззаперечною перевагою діяльності адвоката. При цьому, в процедурі медіації одним із основних принципів є принцип конфіденційності, відповідно до якого не підлягають розголошенню не тільки інформація, отримана медіатором, але й сам факт проведення медіації, якщо інше не передбачено угодою. Крім цього, на думку деяких практиків, у випадку здійснення медіативної діяльності адвокатом з'являється можливість поширити гарантії збереження адвокатської таємниці на інформацію, яка була отримана в процесі медіації, що, в свою чергу, дозволить найбільш ефективно забезпечити дотримання режиму конфіденційності медіації [4, с. 271].

По-четверте, у випадку визнання медіації одним із видів адвокатської діяльності та закріплення такого положення на законодавчому рівні, адвокат-медіатор отримує право збирати необхідні дані для проведення процедури медіації, в тому числі подавати запити до органу державної влади, органу місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, підприємств, установ і організацій незалежно від форми власності та підпорядкування, громадських об'єднань про надання інформації, копій документів, необхідних адвокату. Таке положення прискорить процес проведення медіації, що є безсумнівним позитивним фактором здійснення медіативної діяльності адвокатом.

Розкриваючи специфіку діяльності адвоката як медіатора варто звернути увагу на те, що, приймаючи участь у проведенні процедури медіації, адвокат повинен не лише аналізувати відповідну ситуацію крізь призму права, а й усвідомлювати

дійсні інтереси та потреби кожної зі сторін, більше того, як посередник він має виявити передумови та причини конфлікту (спору) як юридичного, так і соціального, психологічного або іншого характеру. Як зазначає Понасюк А.М., для адвоката-медіатора чинне право, з одного боку, є вказівкою на межі диспозитивності при розробці сторонами угоди, яка їх влаштує, а з іншого боку, своєрідним інструментом, що дозволяє розширити ресурси, виявити додаткові можливості для врегулювання спору і належним чином закріпити досягнуті домовленості. Діяльність адвоката в якості медіатора спрямована не на застосування права, що припускає лише один справді правильний варіант, а на його використання, в рамках якого можливе знаходження різних варіантів вирішення проблеми, кожен з яких буде вірним за згодою сторін на відповідні умови [5, с.149]. Тобто, здійснюючи медіативну діяльність адвокат в першу чергу має зосереджуватися не на особливостях правого регулювання відносин, які існують між сторонами та їх правове становище в спорі, а надавати сторонам допомогу та сприяння в пошуку взаємовигідних та взаємоприйнятних варіантів врегулювання юридичного конфлікту з точки зору узгодження інтересів сторін конфлікту в межах чинного закону.

Зауважимо, що адвокат, приймаючи участь у проведенні процедури медіації та сприяючи сторонам в пошуку взаємоприйнятних та взаємовигідних умов урегулювання спору, виконує особливу роль. Зокрема, під час медіації, на відміну від судочинства, діяльність адвоката як посередника буде полягати у наданні допомоги з питань проведення та безпосередньому сприянні у проведенні процедури посередництва усім сторонам правового спору на рівних засадах, а не виключно у наданні професійної допомоги лише одній із сторін конфлікту. Тобто, під час здійснення медіативної діяльності адвокат не є ані особою, уповноваженою вирішити спір (конфлікт), ані представником або консультантом лише однієї зі сторін спору. Адвокат-медіатор в ході проведення процедури прагне до рівного, справедливого та неупередженого ставлення до сторін, а також, як правило, не знаходиться в організаційній, функціональній та (або) іншій

прямій чи опосередкованій залежності від сторін (чи однієї з них).

Окрім цього, специфіку адвокатської діяльності у якості медіатора Понасюк А.М. вбачає у тому, що діючи в якості посередника, адвокат повинен буде здійснювати лише загальне керівництво проведенням процедури, сприяти сторонам у врегулюванні розбіжностей, але при цьому не приймати за них рішення та не визначати умови припинення спору. Зрештою, зазначені особливості: по-перше, процедурне керівництво і, по-друге, відсутність можливості визначення змісту рішень і їх прийняття за довірительів, не властиві для традиційної діяльності адвоката як представника або консультанта [5, с.152].

Підсумовуючи викладене, можна дійти висновку, що виконання адвокатом ролі медіатора є новим та досить перспективним видом адвокатської діяльності. Саме адвокат, в силу своїх професійних здібностей, є універсальним посередником, на якого може бути покладено функцію з допомоги сторонам конфлікту налагодити процес комунікації та аналізу конфліктної ситуації таким чином, щоб вони самі змогли обрати той варіант рішення, який би задовільнив інтереси і потреби усіх учасників конфлікту. А звідси, завданням адвокатів як медіаторів має стати наступне: адвокат-медіатор повинен надавати сторонам допомогу та сприяти в пошуку взаємовигідних та взаємоприйнятних варіантів врегулювання юридичного конфлікту з точки зору узгодження інтересів сторін конфлікту в межах чинного закону, водночас, адвокат-медіатор повинен слідкувати щоб урегулювання відбувалося в межах законності та не суперечило вимогам чинного законодавства, не порушувалися права та свободи третіх осіб, а також за тим, щоб кожна зі сторін у повній мірі усвідомлювала значення та правові наслідки досягнутої домовленості.

Література:

1. Бесемер Христофер. Медиация. Посредничество в конфликтах / Пер. с нем. Н. В. Маловой. — «Духовное познание». Калуга, 2004. - 176 с.
2. Кананович И.В. Арбитражный процесс: Вопросы и ответы. М.: Юриспруденция, 1999.- 144 с.

3. Семеняко М. Е. Разъяснения по вопросу о возможности совмещения адвокатской деятельности с деятельностью медиатора на профессиональной или непрофессиональной основе // URL: http://www.fparf.ru/mediaciya/adv_mediat.htm (свободный).

4. Понасюк А. М. Медиация и адвокат: новое направление адвокатской практики. М.: Инфотропик Медиа, 2012. - 370с.

5. Понасюк А.М. Участие адвоката в урегулировании юридических споров посредством медиации [Текст]: дисс. ... канд. юрид. наук: спец.: 12.00.11 «Судебная власть, прокурорский надзор, организация правоохранительной деятельности» / А.М. Понасюк / Российская академия адвокатуры и нотариата (институт). – М., 2011. – 269 с.

УДК 347.91+347.63

Факас Ілона Борисівна,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Чернівецького юридичного інституту
Національного університету
«Одеська юридична академія»

СУДОВИЙ ЗАХИСТ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ ДИТИНИ У СПРАВАХ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ МІСЦЯ ЇЇ ПРОЖИВАННЯ

Проведено аналіз чинного законодавства та правозастосовної практики процедури судового захисту прав та інтересів дитини у справах щодо визначення місця її проживання. Досліджено обставини, які повинен враховувати суд при визначенні місця проживання дитини, значення висновку органу опіки та піклування для даної категорії справ, а також врахування судом рекомендацій, наданих у висновку. Визначено особливості судового розгляду даної категорії сімейних справ. Проаналізовано практику Верховного Суду та Європейського Суду з прав людини у справах щодо визначення місця проживання дитини. Виявлено прогалини у нормативному регулюванні процедури розгляду справ судом щодо визначення