



of the Subjective Civil Rights. *Scientific Notes*. Volume 90. Legal Sciences 72–75.

17. Issues of the activities of the bodies of guardianship and trusteeship related to the protection of the rights of the child : Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine, dated September 24, 2008, № 866. URL: <http://rada.gov.ua>.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Onishchuk Olga Nikolayevna – Postgraduate Student of the Research Institute of Private Law and Entrepreneurship named after F.G. Academician Burchak of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Онищук Ольга Николаевна – аспирант Научно-исследовательского института частного права и предпринимательства имени академика Ф.Г. Бурчака Национальной академии правовых наук Украины

notar07@ukr.net

УДК 347.965.42

АДВОКАТ В ПРОЦЕДУРЕ МЕДИАЦИИ В КОММЕРЧЕСКИХ СПОРАХ

Светлана ПОДОЛЯК,

кандидат юридических наук,
доцент кафедры хозяйственного и административного права
факультета социологии и права

Национального технического университета Украины
«Киевский политехнический институт имени Игоря Сикорского»

АННОТАЦИЯ

В статье проводится теоретическое исследование особенностей участия адвоката в процедуре медиации в коммерческих спорах. Осуществляется анализ состояния законодательства Украины в проведении процедуры медиации и существующей практики использования медиации как основного альтернативного способа решения коммерческих споров. Раскрываются основные принципы международного опыта в коммерческих делах, направленные на предотвращение и разрешение конфликтов, тактика поведения и роль адвоката в переговорном процессе процедуры медиации, оказание правовой помощи клиенту в процедуре медиации при разрешении коммерческого спора. Обоснована необходимость законодательного закрепления процесса медиации в Украине с учетом международной практики.

Ключевые слова: медиация, адвокат, коммерческий спор.

ATTORNEY IN PROCEDURE OF MEDIATION IN COMMERCIAL DISPUTES

Svetlana PODOLYAK,

Ph. D. in Law, Associate Professor at the Department of Economic and Administrative Law of Faculty of Sociology and Law of National Technical University of Ukraine “Igor Sikorsky Kyiv Polytechnic Institute”

SUMMARY

The analysis of the Ukrainian legislation as to the mediation procedure and the current practice of using mediation as the main alternative way to resolve commercial disputes is carried out. The main principles of international experience in commercial affairs for preventing and resolving conflicts, tactics of behavior and the role of attorney in the negotiation process of the mediation procedure, legal assistance to the client in the mediation procedure while resolving a commercial dispute are described. The necessity of legislative consolidation of the mediation process in Ukraine, using international practice, is grounded.

Key words: mediation, attorney, commercial dispute.

Постановка проблемы. В условиях евроинтеграционных процессов, которые происходят в Украине, все более актуальными для урегулирования существующих конфликтов становятся способы альтернативного разрешения споров (далее – АРС), одним из которых является медиация. На сегодня, к сожалению, в Украине на уровне закона данная процедура не урегулирована, однако на практике субъекты хозяйствования все чаще к ней обращаются.

Актуальность темы исследования подтверждается тем, что медиация как альтернативный способ урегулирования споров является относительно новым правовым инструментом и не урегулирована в законодательстве Украины.

Состояние исследования. Анализом проблем медиации с точки зрения права занимались такие юристы, как М. Пель, Т. Сурдин, А. Яновская, А. Бицай и другие. Однако вопросы участия адвоката в процедуре медиации в коммерческих спорах не только с научной точки зрения, но и с практической, на сегодня являются недостаточно раскрытыми.

Целью и задачей статьи является проведение системного исследования международных правовых норм для определения необходимости их имплементации в национальное законодательство и особенностей участия адвоката в процедуре примирения сторон для определения различий в тактике поведения и роли адвоката в судебном процессе



и в процедуре медиации в коммерческих спорах.

Изложение основного материала. Исходя из мировой практики, одним из самых популярных и успешных способов урегулирования споров является медиация, что подтверждает не только ее целесообразность, но и особенную эффективность как способа урегулирования, для использования ее преимуществ именно в коммерческих спорах. Украина, выбравшая путь евроинтеграции, чтобы идти в ногу со временем, осваивает и применяет в своем законодательстве и на практике универсальный характер медиации как способа урегулирования конфликтов в коммерческих спорах.

После принятия новых процессуальных кодексов, в том числе и Хозяйственного процессуального кодекса Украины, в законодательстве Украины появилась новелла процессуально-правовой технологии – процедура примирения с помощью посредника – судьи. К сожалению, в феврале 2019 г. Верховный Совет Украины отклонил и снял с рассмотрения законопроект № 3665 «Про медиацию». Однако это не мешает применять данную процедуру на практике, так как в ч. 6 ст. 55 Конституции Украины констатируется, что государство гарантирует каждому право защищать свои права любым не запрещенным законом способом, поэтому законодательного запрета на применение медиации в Украине сегодня не существует. С одной стороны, вопрос о необходимости принятия отдельного специального закона, регулирующего применение медиации, является закономерным, хотя есть страны, где медиация успешно практикуется без специального законодательства. Однако принятие такого закона в Украине было бы хорошим сигналом Европейскому Союзу (далее – ЕС) о том, что мы признаем требования Директивы ЕС 2008/52/ЕС.

В Директиве 2008/52/ЕС от 21 мая 2008 г. Европейского парламента и Совета ЕС «По аспектам медиации в гражданских и коммерческих спорах» альтернативные методы урегулирования споров определяются как важный шаг на пути независимого развития и функционирования внесудебных процедур для урегулирования споров, в том числе в коммерческих делах, с целью упрощения и улучшения доступа к правосудию. Директива касается процедуры медиации, которая проводится как до, так и после начала судебного рассмотрения, при этом

сделан акцент на необходимости стимулирования использования медиации и обеспечения сбалансированных взаимоотношений между медиацией и судебным производством и на то, что медиация назначается распоряжением судьи. Одним из ключевых компонентов определяется вопрос принудительного исполнения сути договоренности сторон [1].

Международный институт медиации как некоммерческая организация осуществляет свою деятельность в Европе с начала 90-х гг. XX в. [2], успешно и эффективно помогает международному бизнесу в предотвращении и разрешении коммерческих споров. Разработанное Международным институтом по предотвращению и разрешению конфликтов (CPR) по медиации и APC руководство [3] дает возможность сформулировать базовые принципы предотвращения и разрешения коммерческих споров с использованием медиации:

- медиация более нацелена на сотрудничество и менее на состязательность;
- обычной практикой является принятие решения об использовании медиации до того, как спор возник, с включением в договор пункта о ее использовании до обращения в суд;
- кроме участия самих сторон, для медиации актуальна возможность непосредственного участия своих представителей с соответствующими полномочиями в урегулировании спора;
- медиация особенно эффективна, когда речь идет о продолжающихся коммерческих отношениях;
- при проведении медиации стороны могут оговорить применение специально разработанных правил, например тех, которые разработают их штатные юристы или независимые адвокаты, которые включаются в соглашение о проведении медиации;
- подход, которого придерживается независимый адвокат, может значительно повлиять на возможный эффект медиации.

По нашему мнению, имплементация аналогичных принципов международного права в украинское законодательство может значительно повысить как его качество, так и его эффективность.

Медиация представляет собой динамический, структурированный, интерактивный переговорный процесс, при посредничестве третьей стороны, цель которого – помочь конфликтующим сторонам разрешить спор с использова-

нием специальных коммуникационных и переговорных техник на взаимовыгодных для сторон условиях [4].

Как и хозяйственный процесс, процедура медиации в коммерческих спорах, впрочем, как и в других видах конфликтов, подчинена определенным принципам. К ним относят следующие: добровольность; конфиденциальность; самоопределение и активность сторон; принятие ответственности за последствия конфликта; принятие важности потребностей стороны, а иногда и чувств; нейтральность, беспристрастность. Можно утверждать, что эти принципы частично корреспондируются с принципами хозяйственного судопроизводства, которые регламентированы в ст. 2 Хозяйственного процессуального кодекса Украины, а именно: верховенство права, равенство всех участников судебного процесса перед законом и судом, гласность, открытость судебного процесса и его полная фиксация техническими средствами, состязательность сторон, диспозитивность, пропорциональность, обязательность судебного решения, обеспечение права на апелляционное рассмотрение дела, обеспечение права на кассационное оспаривание судебного решения в определенных законом условиях, разумность сроков рассмотрения дела судом, недопустимость злоупотребления процессуальными правами, компенсация затрат той стороны, в чью пользу было принято судебное решение. И если судебное решение является обязательным для исполнения сторонами, то в результате медиации соглашение может быть и не достигнуто, то есть спор был немедиабельным, а если оно и достигается, то оно может быть заключено как в устной, так и в письменной форме, и не несет такой же обязательственной силы, как решение суда.

В ст. 19 Закона Украины «Про адвокатуру и адвокатскую деятельность» участие в процессе медиации прямо не указывается как вид адвокатской деятельности, однако указывается, что адвокат может осуществлять другие виды адвокатской деятельности, которые не запрещены законом. В ст. 1 вышеуказанного Закона определено, что адвокатская деятельность – это независимая профессиональная деятельность адвоката по защите, представительству и предоставлению других видов правовой помощи клиенту, а в других видах правовой помощи указывается правовое сопровождение деятельности клиента. Таким



образом, адвокат может при осуществлении правового сопровождения деятельности клиента оказывать ему правовую помощь в процедуре медиации при разрешении коммерческого спора.

В качестве примера предлагаем определить факторы, которые будут свидетельствовать о том, что Вы как адвокат можете рекомендовать своему клиенту применить процедуру медиации в коммерческом споре, а не обращаться в хозяйственный суд. При рассмотрении спора в хозяйственном суде обязательно будет сторона, которая будет считать себя проигравшей, и бизнес-отношения могут прекратиться. Учитывая открытость Единого государственного реестра судебных решений, информация о наличии спора будет открытой, что может нести определенные репутационные риски для Вашего клиента, а в некоторых случаях даже влиять на стоимость его активов. Кроме того, спор может пройти рассмотрение как в первой инстанции, так и в апелляции, и в кассации, а соответственно, это определенные, достаточно длительные временные рамки. Применение процедуры медиации, если она не была успешной, не лишает Вашего клиента права затем обратиться в хозяйственный суд для защиты его нарушенного права или охраняемого законом интереса. Поэтому в пользу применения процедуры медиации могут говорить следующие факторы:

- необходимость продолжения бизнес-отношений;
- необходимость контролировать процесс разрешения спора;
- дальнейшая подготовка и само судебное рассмотрение спора будет дорогостоящим и растянутым во времени;
- необходимость быстро разрешить спор;
- в процессе рассмотрения спора могут быть затронуты сложные технические, фактические, юридические моменты;
- нормы права четко регулируют определенные правоотношения;
- необходимость избежать неприятного прецедента;
- необходимость избежать публичности по делу или его исходу;
- клиент хочет быть вовлечен во все этапы урегулирования спора;
- яркая презентация фактов даст сторонам спора более полное понимание проблемы;
- нейтральность медиатора может помочь снять эмоциональную напряженность между сторонами;

– необходимость применить креативное или уникальное средство защиты права.

Если по результатам Вашего обсуждения с клиентом было принято решение о том, что для разрешения спора будет применена процедура медиации, и вторая сторона согласилась на ее применение, то Вы как адвокат должны помнить о положениях, которые должны быть согласованы до момента начала медиации, а именно:

- положение о конфиденциальности;
- модель медиации – «оценочная» или «фасилитативная» (содействующая);
- длительность медиации и место ее проведения;
- компенсация услуг медиатора: кто оплачивает и при каких обстоятельствах;
- документы, которые будут предоставляться для медиации: будут конфиденциальными, будет произведен полный или частичный обмен ими.

Также до проведения процедуры медиации адвокат должен согласовывать со своим клиентом свою роль во время медиации и подготовиться к тому, чтобы использовать все возможности для разрешения спора, сформировать медиативную стратегию и определить, в случае необходимости, уполномоченных лиц, ответственных за принятие решения. Адвокату следует понимать, кто именно должен присутствовать на медиации по коммерческим спорам со стороны клиента и оппонента, чтобы результат был успешным. Например, кроме адвоката, должно присутствовать лицо, которое имеет неограниченные полномочия для принятия решения. Возможно, возникнет необходимость пригласить для участия в медиации экспертов и консультантов.

Целесообразно также предупредить клиента о том, что Вы, в отличие от суда, не будете стилистически агрессивным, так как целью медиации является урегулирование спора. Также клиент должен понимать свою роль в процессе медиации, каким образом медиатор проводит медиацию и ее типичные этапы. К ним можно отнести следующие:

- подготовительный;
- открытие;
- фаза исследования;
- фаза торгов (поиск вариантов решения);
- принятие решения, заключение договора.

Так как медиация представляет собой переговоры, проходящие при посредни-

честве третьей стороны, цель которых – разрешить спор на взаимовыгодных для сторон условиях, то и роль адвоката будет зависеть от поведения медиатора.

Медиатор может действовать как посредник и при этом управлять процессом, избегая прямой оценки обстоятельств дела и позиций сторон – содействующая (фасилитативная) медиация. При фасилитативной медиации роль адвоката будет отличаться от его роли в суде. Однако цель адвоката в медиации будет такой же, как и в суде, – достичь наилучшего варианта решения спора для своего клиента. Метод и способ достижения цели будут различными. Фасилитативная медиация проходит в форме уважительной беседы в атмосфере совместной работы над решением проблемы. Обычно адвокат излагает слабые и сильные стороны позиции своего клиента, много слушает и говорит. Желательно, чтобы адвокат демонстрировал эмпатию в отношении адвоката второго участника медиации, чтобы не мешать сторонам находить приемлемое решение спора. Обычно стороны не улубляются в нормативное регулирование спора и могут быть настроены на креативное решение, но с соблюдением норм действующего законодательства.

Медиатор может также давать свою оценку (не имеющую обязательной силы) того, как может или должно выглядеть регулирование спора (оценивающий медиатор). При оценочной медиации целью адвоката является получение наилучшего решения для своего клиента, но сила правовых позиций сторон будет рассматриваться, даже может пройти дискуссия по правоприменению. В данном случае роль адвоката в медиации будет очень схожей с его ролью во время суда, и решение спора будет юридическим.

Во время медиации, как фасилитативной, так и оценочной, адвокат может общаться с глазу на глаз со своим клиентом, для определения дальнейшей стратегии и тактики, а также принятия решения о заключении соглашения на условиях, которые ранее даже не рассматривались. Адвокат должен помнить, что окончательное решение в результате медиации клиент должен принять сам, имея развернутую правовую консультацию адвоката. Если спор был разрешен, то адвокат будет работать совместно с адвокатом второй стороны над проектом соглашения, которое отразит совместное решение сторон.



Выводы. Учитывая вышесказанное, можем констатировать, что особенность участия адвоката в процедуре медиации при урегулировании коммерческого спора состоит в переходе его из статуса «защитника» в статус «советника». Как показывает международный опыт, традиционная адвокатская деятельность по оказанию правовой помощи клиенту в первую очередь необходима для определения стратегии и тактики защиты интересов клиента в пределах действующего законодательства в процедуре медиации. Кроме юридического сопровождения процедуры медиации, адвокат может содействовать не только ее завершению, но и ее практической реализации.

Список использованной литературы:

1. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the COUNCIL of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF>.

2. International Mediation Institute. URL: <https://www.imimmediation.org/about/>.

3. CPR Mediation Procedures. URL: <https://www.cpradr.org/resource-center/rules/mediation/cpr-meditation-procedure>.

4. Медиация. URL: <https://en.wikipedia.org/wiki/Mediation>.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Подольак Светлана Анатольевна – кандидат юридических наук, доцент кафедры хозяйственного и административного права факультета социологии и права Национального технического университета Украины «Киевский политехнический институт имени Игоря Сикорского»

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Podolyak Svetlana Anatolyevna – Ph. D. in Law, Associate Professor at the Department of Economic and Administrative Law of Faculty of Sociology and Law of National Technical University of Ukraine “Igor Sikorsky Kyiv Polytechnic Institute”

Podolyak.law@gmail.com

УДК 343.13

ПРИВЛЕЧЕНИЕ К УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ СУДЕЙ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ, РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА И РУМЫНИИ

Александр ПОСВИСТАК,

соискатель кафедры уголовного процесса и оперативно-разыскной деятельности Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

АННОТАЦИЯ

В статье проводится сравнительно-правовой анализ особенностей нормативно-правовой регламентации института независимости и неприкосновенности судей в системе национального законодательства Украины, Республики Молдова и Румынии. Проводится анализ норм действующего законодательства постсоветских стран, а именно Украины и Республики Молдова, а также Румынии, регулирующих порядок привлечения судьи к уголовной ответственности, процедуру задержания и содержания под стражей, а также предоставления разрешения на проведение в отношении судьи следственных действий, а именно обыска, в связи с совершением им преступления. В ходе исследования автором акцентируется внимание на сходстве и различии нормативно-правовых актов, выделяются их преимущества и недостатки.

Ключевые слова: независимость и неприкосновенность судьи, привлечение к уголовной ответственности судьи, арест, задержание, обыск.

CRIMINAL PROSECUTION OF JUDGES: COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF THE LEGISLATION OF UKRAINE, REPUBLIC OF MOLDOVA AND ROMANIA

Aleksandr POSVISTAK,

Applicant at the Department of Criminal Procedure and Operational-Search Activity of Yaroslav Mudryi National Law University

SUMMARY

The article deals with comparative analysis of the legislation of Ukraine, the Republic of Moldova and Romania, which provides the institution of independence and immunity of judges. The analysis of norms is carried out, which regulate the procedure of bringing a judge to criminal responsibility due to commission of a crime, detention, custody, as well as grant permission to conduct investigative actions against a judge, in particular a search. Also, the study focuses on the similarities and differences of the laws of the countries that govern these regulations, as well as their advantages and disadvantages.

Key words: independence and immunity of judge, bringing judge to criminal responsibility, arrest, detention, search.

Постановка проблемы. Сегодня в каждом государстве, среди всех ветвей власти, судебная власть занимает особое положение. Главной и основной задачей судей является осуществление правосудия, обеспечение справедливости и стабильности общественных отношений.

Несмотря на то, что деятельность судьи должна быть направлена на укрепление законности в обществе и предупреждение совершения преступлений, достаточно часто встречаются случаи,

когда правонарушения совершаются самими судьями.

С целью обеспечения полного, справедливого судебного разбирательства в соответствии с требованиями законодательства и предотвращения оказания влияния на судей другими лицами, в том числе путем необоснованного и незаконного привлечения судей к уголовной ответственности, в национальном законодательстве Украины, Республики Молдова и Румынии предусмотрены нормы, гарантиру-