



МЕДІАЦІЯ У ПРОФЕСІЙНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ЮРИСТА

ПІДРУЧНИК



МЕДІАЦІЯ У ПРОФЕСІЙНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ЮРИСТА

МЕДІАЦІЯ У ПРОФЕСІЙНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ЮРИСТА

Підручник

*За редакцією
Наталі Крестовської, Луїзи Романадзе*

Одеса
«Екологія»
2019

Підручник «Медіація у професійній діяльності юриста» ознайомить майбутніх фахівців, а також практикуючих юристів з теорією та практикою одного із найпоширеніших у світі альтернативних способів вирішення конфліктів (спорів) – медіацією. Підручник також адресовано медіаторам, представникам установ та організацій, які планують використовувати медіацію у своїй діяльності, здобувачам вищої освіти, а також всім, хто бажає ознайомитися з медіацією.

Підручник підготовлено колективом науковців, сферу інтересів яких складає медіація, викладачів закладів вищої освіти, в яких впроваджено відповідні навчальні дисципліни, та провідних практикуючих юристів й медіаторів.

Авторський колектив:

Т. Білик (підрозділ 8.1), **Р. Гаврилюк** (підрозділи 1.6, 3.4, 4.1, 6.2, 8.4), **І. Городиський** (підрозділи 7.1, 7.2, 8.6), **Н. Данилко** (підрозділи 4.2, 4.3, 4.4, 6.1), **Т. Кисельова** (підрозділи 5.1, 7.5), **Н. Ковалко** (підрозділи 1.1, 1.4, 6.3.3, 9.2, 9.5), **Д. Костя** (підрозділи 3.4, 6.2), **Н. Крестовська** (підрозділи 1.2, 2.1, 5.2, 5.3, 7.4, 9.4), **Ю. Микитин** (підрозділи 2.1, 8.5, 9.4), **О. Можайкіна** (підрозділи 1.3, 1.5, 3.1, 3.2, 6.3.1, 6.3.2), **К. Наровська** (підрозділи 5.2, 5.3), **Ю. Орзіх** (підрозділ 9.3), **Л. Романадзе** (підрозділи 6.3.5, 7.3, 8.1, 8.2, 9.2), **М. Саєнко** (підрозділ 8.2), **А. Сергєєва** (підрозділи 6.3.4, 6.4, 8.4), **С. Хєда** (підрозділ 8.3), **Т. Цувіна** (підрозділи 2.2, 2.3, 3.3, 6.3.4, 6.4), **О. Шаповалова** (підрозділ 9.1), **Л. Швецова** (підрозділ 9.1)

Відповідальні за випуск:

Д. Вон, керівник Програми USAID «Нове правосуддя»;

Н. Петрова, заступник керівника Програми USAID «Нове правосуддя»;

І. Зарецька, радник з юридичних питань Програми USAID «Нове правосуддя»

Рецензенти:

Г. Ульянова, д. ю. н., професор, проректор з наукової роботи Національного університету «Одеська юридична академія»;

Н. Мазаракі, д. ю. н., доцент, завідувач кафедри міжнародного приватного, комерційного та цивільного права Київського національного торговельно-економічного університету



Підручник створено та надруковано в рамках проекту Української академії медіації «Підтримка юридичних вищих навчальних закладів шляхом розроблення навчально-методичного забезпечення викладання дисциплін з медіації задля поліпшення якості юридичної освіти та сприяння ширшому застосуванню альтернативних механізмів вирішення спорів», що реалізується за підтримки американського народу, наданої через Агентство США з міжнародного розвитку (USAID) в рамках Програми «Нове правосуддя». Погляди авторів, викладені у цьому виданні, не обов'язково відображають погляди Агентства США з міжнародного розвитку або уряду Сполучених Штатів Америки.

ISBN 978-617-7046-89-8

© ГС «Українська академія медіації», 2019
© Агентство США з міжнародного розвитку (USAID), 2019

Усі права захищені. Зміст цієї публікації можна безкоштовно копіювати та використовувати для освітніх та інших некомерційних цілей за умови посилання на джерело інформації.

ЗМІСТ

Авторський колектив	5
Перелік скорочень	8
Передмова	9
РОЗДІЛ 1. ТЕОРІЯ КОНФЛІКТУ	
1.1. Поняття, види та структура конфлікту	11
1.2. Функції конфлікту	23
1.3. Динаміка конфлікту	30
1.4. Діагностика конфлікту	36
1.5. Стратегії поведінки в конфлікті	46
1.6. Конфлікт крізь призму права	50
РОЗДІЛ 2. АЛЬТЕРНАТИВНІ СПОСОБИ ВИРІШЕННЯ КОНФЛІКТІВ (СПОРІВ)	
2.1. Історичні витоки альтернативного вирішення конфліктів (спорів)	62
2.2. Поняття та особливості альтернативних способів вирішення спорів	79
2.3. Основні види альтернативних способів вирішення спорів	87
РОЗДІЛ 3. МЕДІАЦІЯ ЯК СПОСІБ УРЕГУЛЮВАННЯ КОНФЛІКТІВ (СПОРІВ)	
3.1. Поняття та природа медіації	101
3.2. Принципи медіації	111
3.3. Види медіації	118
3.4. Моделі медіації	130
РОЗДІЛ 4. УЧАСНИКИ МЕДІАЦІЇ	
4.1. Право на медіацію	144
4.2. Сторони медіації	152
4.3. Медіатор	158
4.4. Інші учасники медіації	166
РОЗДІЛ 5. МАЙСТЕРНІСТЬ МЕДІАТОРА	
5.1. Медіатор як професія	176
5.2. Компетентності медіатора	190
5.2.1. Конфліктологічна компетентність медіатора	192
5.2.2. Комунікативна компетентність медіатора	194
5.2.3. Процедурна компетентність медіатора	202
5.2.4. Рефлексивна компетентність медіатора	205
5.2.5. Правова компетентність медіатора	207

5.3. Техніки медіатора	209
5.3.1. Активне слухання	209
5.3.2. Невербальна комунікація	213
5.3.3. Постановка запитань	214
5.3.4. Перефразування.....	220
5.3.5. Робота з емоціями.....	222
РОЗДІЛ 6. МЕДІАЦІЙНА ПРОЦЕДУРА	
6.1. Загальна характеристика медіаційної процедури	228
6.2. Премедіація	232
6.3. Стадії медіації.....	243
6.3.1. Підготовча стадія	243
6.3.2. Збір інформації та визначення тем для обговорення	252
6.3.3. Робота з інтересами та потребами сторін.....	257
6.3.4. Пошук та оцінка варіантів рішення	264
6.3.5. Оформлення домовленостей.....	272
6.4. Постмедіація.....	276
РОЗДІЛ 7. НОРМАТИВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ МЕДІАЦІЇ	
7.1. Міжнародні стандарти медіації	285
7.2. Європейські стандарти медіації.....	292
7.3. Медіація в українському праві.....	301
7.4. Етичні засади медіації	312
7.5. Саморегулювання в медіаторській спільноті.....	321
РОЗДІЛ 8. ОСОБЛИВОСТІ МЕДІАЦІЇ В ОКРЕМИХ СФЕРАХ СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН	
8.1. Сімейна медіація	328
8.2. Бізнес-медіація	336
8.3. Медіація в трудових відносинах	345
8.4. Медіація в адміністративно-правових відносинах	359
8.5. Медіація як форма відновного правосуддя.....	368
8.6. Медіація у сфері міжнародних відносин	379
РОЗДІЛ 9. МЕДІАЦІЯ В ОКРЕМИХ СФЕРАХ ЮРИДИЧНОЇ ПРАКТИКИ	
9.1. Медіація в діяльності судді	396
9.2. Медіація в діяльності адвоката	411
9.3. Медіація в діяльності нотаріуса	418
9.4. Медіація в діяльності прокурора	428
9.5. Медіація в діяльності державного виконавця та приватного виконавця	438
СПИСОК РЕКОМЕНДОВАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ	446
ДОДАТОК	
ЄВРОПЕЙСЬКИЙ КОДЕКС ЕТИКИ МЕДІАТОРІВ	450

АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ

Тетяна Білик, сімейний медіатор, тренер та супервізор медіаторів, засновник та член правління ГО «Ліга медіаторів України», засновник та Член наглядової ради ГО «Асоціація сімейних медіаторів України», клінічний психолог, психотерапевт – підрозділ 8.1;

Руслана Гаврилук, доктор юрид. наук, доцент, завідувач кафедри публічного права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, медіатор, голова правління ГО «Буковинський центр медіації» – підрозділи 1.6, 3.4, 4.1, 6.2, 8.4;

Іван Городиський, канд. юрид. наук, директор Школи права Українського католицького університету, старший викладач кафедри теорії права та прав людини Українського католицького університету, адвокат – підрозділи 7.1, 7.2, 8.6;

Наталія Данилко, канд. юрид. наук, директор ТОВ ЮБ «Данилко та партнери», депутат Одеської міської ради VII скликання, адвокат, медіатор – підрозділи 4.2, 4.3, 4.4, 6.1;

Тетяна Кисельова, LL.M, канд. юрид. наук, PhD, доцент кафедри суспільного врядування Національного університету «Києво-Могилянська академія», керівник Центру досліджень медіації та діалогу НаУКМА – підрозділи 5.1, 7.5;

Наталія Ковалко, канд. юрид. наук, доцент, доцент кафедри фінансового права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, партнер Адвокатського об'єднання «WinnerLex», член кваліфікаційної палати КДКА Київської області, член Науково-консультативної ради при Верховному Суді, бізнес-медіатор, засновник ГО «Спілка бізнес-медіаторів», національний правовий експерт EU Project «Pravo-Justice» – підрозділи 1.1, 1.4, 6.3.3, 9.2, 9.5;

Дмитро Костя, канд. юрид. наук, доцент, керівник лабораторії медіації, переговорів та арбітражу при кафедрі публічного права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича – підрозділи 3.4, 6.2;

Наталя Крестовська, доктор юрид. наук, професор, професор кафедри морського права Національного університету «Одеська морська академія», професор кафедри загальнотеоретичної юриспруденції Національного університету «Одеська юридична академія», професор кафедри теорії та історії держави і права Міжнародного гуманітарного університету, медіатор – підрозділи 1.2, 2.1, 5.2, 5.3, 7.4, 9.4;

Юрій Микитин, канд. юрид. наук, доцент, Заслужений юрист України, заступник директора навчально-наукового юридичного інституту, доцент кафедри кримінального права Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника, адвокат, медіатор – підрозділи 2.1, 8.5, 9.4;

Олена Можайкіна, канд. психол. наук, доцент, доцент кафедри міжнародного приватного, комерційного та цивільного права Київського національного торговельно-економічного університету, адвокат, медіатор – підрозділи 1.3, 1.5, 3.1, 3.2, 6.3.1, 6.3.2;

Катерина Наровська, юрист, медіатор, супервізор, фасилітатор, тренер, Віце-президент ГО «Національна асоціація медіаторів України», партнер «SENSE 2 SENSE communication» – підрозділи 5.2, 5.3;

Юрій Орзіх, канд. юрид. наук, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», приватний нотаріус Лиманського РНО Одеської області, член Комісії з міжнародного співробітництва Нотаріальної палати України, член Комісії з деонтології нотаріату Міжнародного союзу латинського нотаріату – підрозділ 9.3;

Луїза Романадзе, канд. юрид. наук, доцент, Заслужений юрист України, доцент кафедри господарського права та процесу Національного університету «Одеська юридична академія», президент ГС «Українська академія медіації», засновник ГО «Національна асоціація медіаторів України», адвокат, медіатор – підрозділи 6.3.5, 7.3, 8.1, 8.2, 9.2;

Марина Саєнко, керуючий партнер Адвокатського об'єднання «Закон Перемоги», бізнес-медіатор – підрозділ 8.2;

Аліна Сергєєва, аспірант кафедри права Європейського союзу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, заступник директора Центру медіації Асоціації випускників Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, адвокат, медіатор – підрозділи 6.3.4, 6.4, 8.4;

Світлана Хєда, канд. юрид. наук, радник, голова практики трудового права і комплаєнсу Адвокатського об'єднання «Саєнко Харєнко», медіатор, член правління ГО «Національна асоціація медіаторів України» – підрозділ 8.3;

Тєтяна Цувїна, канд. юрид. наук, доцент кафедри цивільного процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, директор Центру медіації Асоціації випускників Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, адвокат, медіатор – підрозділи 2.2, 2.3, 3.3, 6.3.4, 6.4;

Ольга Шаповалова, канд. юрид. наук, заслужений юрист України, начальник відділу підготовки викладачів (тренєрів) – радник Національної школи суддів України, суддя Верховного Суду України у відставці – підрозділ 9.1;

Лариса Швецова, член Вищої ради правосуддя, суддя Харківського апєляційного суду, медіатор – підрозділ 9.1.

ПЕРЕЛІК СКОРОЧЕНЬ

АВС – альтернативне вирішення спорів

ЕКОСОР – Економічна та Соціальна Рада ООН

ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини

КРЕП – Консультативна рада європейських прокурорів

МСЛН – Міжнародний союз латинського нотаріату

Сінгапурська конвенція – Конвенція ООН
про міжнародні мирові угоди, що були укладені
в результаті медіації

ШСП – шкільні служби порозуміння

Державний стандарт – Державний стандарт
соціальної послуги посередництва (медіації)

ПЕРЕДМОВА

Програма реформування сектора юстиції «Нове правосуддя» Агентства США з міжнародного розвитку (USAID) впродовж тривалого часу надає підтримку судовій владі, Уряду, Парламенту, адвокатській спільноті, правничим школам, громадянському суспільству, ЗМІ та громадянам у створенні умов для функціонування незалежної, підзвітної, прозорої та ефективної системи правосуддя, яка забезпечує верховенство права та доступ до правосуддя.

У правовому житті сучасного суспільства звичні способи вирішення правових конфліктів не завжди є ефективними, оскільки, як правило, залишаються незадоволеними інтереси та потреби однієї, а то й обох сторін конфлікту.

З іншого боку, усталена традиція звернення до державних органів з приводу кожного конфлікту призвела до перевантаження судів та адміністративних органів.

Доброю альтернативою покращення доступу до правосуддя та зменшення навантаження на суди є застосування інших способів вирішення спорів, зокрема, медіації.

Ми вже багато років сприяємо створенню належних умов для запровадження медіації в Україні через: просвітницьку роботу серед громадян щодо змісту та переваг медіації, експертний аналіз проектів законів про медіацію з наданням детальних рекомендацій, реалізацію пілотних програм запровадження присудової медіації у двох областях країни, проведення навчання для суддів і медіаторів цих областей.

У співпраці з Національною школою суддів України розроблено навчальну програму для суддів про медіацію.

Українським партнерам надаємо експертну підтримку для ознайомлення з найкращими практиками та програмами альтернативного вирішення спорів, а також розгорнуто співпрацю

з вітчизняними інноваційними стартапами з метою допомогти правничій спільноті України дізнатися про реальні можливості он-лайн врегулювання спорів, де вдало поєднується право і сучасні технології.

Широке впровадження медіації потребує кращого розуміння та сприяння з боку судової і правничої спільнот та зацікавленості громадян.

Традиційно правнича освіта була спрямована на формування у майбутніх юристів готовності до вирішення спорів у судовому порядку. Між тим нині – це лише один із варіантів врегулювання конфліктів.

Ми радо підтримали ініціативу Української академії медіації щодо розробки підручника для студентів вищих навчальних закладів *«Медіація у професійній діяльності юриста»*.

Переконані, він стане у нагоді також медіаторам, представникам установ та організацій, які планують використовувати медіацію у своїй діяльності, – всім, хто бажає не лише ознайомитися, а й буде вдаватися до медіації.

*Девід Майкл Вон,
Керівник Програми USAID «Нове правосуддя»*

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 комплаєнсу²⁰⁹ 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 комплаєнс-порушенням, 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.

²⁰⁹ Комплаєнс (від англ. *compliance* – згода, відповідність; походить від дієслова *to comply* – виконувати) – (1) дія чи процес, пов'язаний із виконанням вимоги чи рекомендації; (2) дотримання офіційних вимог (Merriam-Webster's Dictionary of Law. URL: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/compliance#legalDictionary>)

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 медіації²¹⁰;
 - проводиться медіаторами — фахівцями в галузі трудового права, які можуть надати обом сторонам кваліфіковану юридичну консультацію протягом процедури медіації;
 - за 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 спорів²¹¹;

²¹⁰ Киселёва Т. Виды и стили медиации. О медиации, или Как быстро разрешить конфликт без обращения в суд. 2-е издание. Львов: ЧП «Компания «Империал», 2015. С. 29; Dough de Vries. Mediation: Understanding Facilitative, Evaluative and Directive Approaches. P. 1. URL: <http://www.dkdresolution.com/articles/Mediation.Understanding.3.1.pdf>.

²¹¹ Ostermeyer M. Presentation at the International Law Institute. Washington, D. C., 2007. P. 34.

- 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 сторони²¹².

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 ними²¹³.

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);

²¹² Киселёва Т. Види и стили медиации. С. 29.

²¹³ CEDR Mediation Model Procedure 12th Edition. Section 1. URL: https://www.cedr.com/docslib/MOVED_Model_Mediation_Procedure_12th_Edition.pdf

- Протягом існування трудових правовідносин та
- На 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 буде 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 необхідності 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 будь-які 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 ініцію-

вати 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.

*Практична
порада*

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 слідує 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 врегульовувати 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?²¹⁴

(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;

²¹⁴ Paulsson J., Rawding N., Reed L., Schwartz E. The Freshfields Guide to Arbitration and ADR. 2nd revised edition. The Hague; London; Boston: Kluwer Law International, 1999. P. 123–126.

- 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 процедурі²¹⁵);
- роз'яснення специфіки оціночної медіації та/або квазі-медіації (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 медіації²¹⁶.

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

²¹⁵ Урусова Е. Внутрифирменные и трудовые споры. *О медиации или как быстро разрешить конфликт без обращения в суд*. 2-е издание. Львов: ЧП «Компания «Империал», 2015. С. 74.

²¹⁶ Худякова Т. М. С чего начать и как правильно завершить. *О медиации или как быстро разрешить конфликт без обращения в суд*. 2-е издание. Львов: ЧП «Компания «Империал», 2015. С. 51.

сторонам запропонувати медіацію, тим більше шансів на врегулювання спору²¹⁷.

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);

²¹⁷ Худякова Т. М. С чего начать и как правильно завершить. *О медиации или как быстро разрешить конфликт без обращения в суд*. 2-е издание. Львов: ЧП «Компания «Империял», 2015. С. 52.

- 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).

Цікаво

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

трудова медіація 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;

Практична
порада

Починати потрібно із найбільш агресивно (негативно) налаштованої сторони.

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

Практична
порада

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 внутріш-

ньої 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 дозволено²¹⁸. 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.

²¹⁸ CEDR Mediation Model Procedure 12th Edition. Section 7. URL: https://www.cedr.com/docslib/MOVED_Model_Mediation_Procedure_12th_Edition.pdf

М422 **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. : іл.
ISBN 978-617-7046-89-8

Підручник «Медіація у професійній діяльності юриста» ознайомить майбутніх фахівців, а також практикуючих юристів з теорією та практикою одного із найпоширеніших у світі альтернативних способів вирішення конфліктів (спорів) – медіацією. Підручник також адресовано медіаторам, представникам установ та організацій, які планують використовувати медіацію у своїй діяльності, здобувачам вищої освіти, а також всім, хто бажає ознайомитися з медіацією.

Підручник підготовлено колективом науковців, сферу інтересів яких складає медіація, викладачів закладів вищої освіти, в яких впроваджено відповідні навчальні дисципліни, та провідних практикуючих юристів й медіаторів.

УДК 340.115(075.8)

Навчальне видання

**БІЛИК Тетяна Валеріївна,
ГАВРИЛЮК Руслана Олександрівна,
ГОРОДИСЬКИЙ Іван Михайлович**
та ін.

МЕДІАЦІЯ У ПРОФЕСІЙНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ЮРИСТА

Підручник

За редакцією

Наталі Крестовської, Луїзи Романадзе

Завідувачка редакції *Т.М.Забанова*
Дизайн обкладинки *Креативна агенція «4 Press»*
Художник інфографіки *А. Чаура*
Художник рисунків *О. Артемова*
Технічний редактор *Н.С.Жукова*
Коректори *М. М. Ісаєнко, І.В.Шепельська*

Формат 60×84/16. Ум. друк. арк. 26,5+0,47. Тираж 500 прим.
Зам. № 116 (23).

Видавництво і друкарня «Екологія»
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1873 від 20.07.2004
65091, м. Одеса, вул. Разумовська, 23/1
Тел.: (0482) 37-14-25, 33-07-17, (048) 7-855-855
www.astroprint.ua; www.stranichka.in.ua
e-mail: astro_print@ukr.net