

Резюме

Байжанов О. А. К вопросу реализации функции прокуратуры по представительству интересов государства в суде согласно новому Закону Украины «О прокуратуре».

В статье анализируется несовершенство положений нового Закона Украины «О прокуратуре» от 14.10.2014 № 1697-VII при представительстве прокурором интересов государства в суде. Предлагается внесение изменений в действующее законодательство в части лишения возможности обжалования наличия оснований для представительства прокурором государства в суде органом, уполномоченным осуществлять соответствующие функции в спорных правоотношениях, а также процессуального закрепление судебного производства по подтверждению оснований для представительства прокурором государственных интересов.

Ключевые слова: представительство интересов государства в суде, прокурор, досудебное урегулирование спора, основания для представительства, Венецианская комиссия.

Summary

Bayzhanov O. On the issue of implementation the Public Prosecutor's Office's function by representation the interests of the State in court under the new Law of Ukraine «on the Public Prosecutor's Office of Ukraine».

The article is devoted to the analysis the imperfection of new Law of Ukraine «on the Public Prosecutor's Office of Ukraine» of 14 October 2014 by the number 1697-VII for representing the interests of the State in court by the prosecutors. It's proposed to amend the existing legislation regarding the deprivation of opportunities to appeal the grounds for the prosecutor's representing the interests of the State in court by the authority the competence of which includes the respective powers and procedural approval of the trial to confirm the grounds for the prosecutor's represent the State's interests.

Key words: representation the interests of the State in court, prosecutor, the pre-trial dispute settlement, grounds for representation, Venice Commission.

УДК 347.965.42(477)

А. В. БІЦАЙ

Анна Володимирівна Біцай, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДОТРИМАННЯ КОНФІДЕНЦІЙНОСТІ ПОСЕРЕДНИЦТВА АДВОКАТОМ-МЕДІАТОРОМ В УКРАЇНІ

Принцип конфіденційності медіації є однією з основних переваг посередництва порівняно з традиційним судовим розглядом. Це те, без чого медіативна діяльність трансформується в суто консультативну, а також та суттєва ознака, без якої і сама процедура втрачає свою суть, свою змістовну сторону, оскільки довіра – це принциповий момент у відносинах між сторонами правового спору та адвокатом-медіатором. У зв'язку з цим дослідження питань, пов'язаних із дотриманням конфіденційності посередництва адвокатом-медіатором на належному рівні під час надання послуг з медіації, є надзвичайно важливим.

На сучасному етапі розвитку юриспруденції в Україні дотримання принципу конфіденційності посередництва адвокатом-медіатором не досліджено повною мірою. Вітчизняні вчені лише починають проводити ґрунтовне дослідження та аналіз як процедури медіації в цілому, так і особливостей участі адвоката в посередництві. Серед науковців, які безпосередньо висвітлювали зміст принципу конфіденційності медіації у своїх наукових працях, можливо виділити С. І. Калашникову та О. В. Авімську. Також автором під час проведення дослідження використовувалися положення законодавства Європейського союзу, Аргентини та США.

Метою статті є з'ясування змісту принципу конфіденційності медіації, встановлення «меж» даного принципу та визначення особливостей дотримання принципу конфіденційності посередництва адвокатом-медіатором в Україні.

Зміст принципу конфіденційності медіації має свою специфіку, яка виражається в тому, що його дію можна розглядати на двох рівнях: зовнішньому і внутрішньому. *На зовнішньому рівні зміст даного принципу полягає в наступному: по-перше*, не підлягає розголошенню сам факт звернення до медіатора одного або спільно обох учасників спору з проханням про проведення примирної процедури, якщо сторони не домовилися про інше; *по-друге*, за відсутності відповідної угоди сторін медіація проводиться «за закритими дверима», тобто не допускається присутність публіки, співробітників організації, що забезпечують проведення примирних процедур, а також засобів масової інформації. Залучення третіх осіб, чия участь необхідна для врегулювання спору, допускається тільки за згодою або за ініціативою сторін. У цьому аспекті, на відміну від суддів, медіатор не має права самостійно викликати і допитувати свідків, спеціалістів, експертів, залучати третіх осіб; *по-третє*, не підлягають розголошенню відомості, які використовувалися в ході проведення медіації, а також інформація про умови укладеної угоди¹; *по-четверте*, медіатор не може бути допитаний в якості свідка стосовно інформації (відомостей), яка йому стали відома під час надання медіативних послуг, крім випадків, передбачених законом; *по-п'яте*, медіатор не може бути представником однієї зі сторін медіації у тій самій справі, з приводу того самого предмета і між тими ж сторонами у суді.

Внутрішній рівень дії принципу конфіденційності стосується правил використання інформації в рамках самої процедури медіації. А отже, ні сторони, ні медіатор, ні інші особи, присутні на процедурі посередництва, не вправі розголошувати таку інформацію, за винятком випадків, коли сторони дали згоду на оприлюднення чи використання такої інформації або її частини. У Типовому законі ЮНСІТРАЛ² правило розкриття інформації в рамках погоджувальної процедури закріплено наступним чином. Так, відповідно до ст. 8 даного закону, у разі коли посередник отримує від однієї зі сторін відомості, що стосуються спору, він може розкрити їх іншій стороні медіації. Однак якщо хто-небудь з учасників примирної процедури повідомляє посереднику інформацію з умовою збереження її конфіденційності, дана інформація повинна залишатися в таємниці. Однак, у «Зеленій книзі» про альтернативне врегулювання спорів у цивільному і комерційному праві (§ 80 п. 3.2.2.1.)³ передбачено інше правило, відповідно до якого якщо одна зі сторін передає певну інформацію третім особам (медіатору) в ході двосторонніх дискусій (так звана процедура «caucus»), третя сторона (медіатор) не повинна розголошувати відомості, отримані від довірителя, та повідомляти про це іншу сторону, у випадку якщо між сторонами не існує іншої домовленості. Схоже положення знайшло відображення у Європейському кодексі поведінки медіатора⁴, зокрема, у ст. 4 йдеться про те, що будь-яка інформація, отримана медіатором від однієї зі сторін у рамках конфіденційності, не буде розкрита іншій стороні без дозволу першої, за винятком тих випадків, коли цього вимагає законодавство. На нашу думку, підхід, запропонований у Типовому законі ЮНСІТРАЛ, з практичної точки зору видається більш вдалим, оскільки переносить відповідальність стосовно надання інформації статусу конфіденційної на сторони спору, а не на медіатора. Саме сторони спору є власниками інформації, а отже, мають виключне право розпоряджатися нею на власний розсуд і визначити, повинна вона мати статус конфіденційної чи ні. Проте у такому випадку медіатор обов'язково має інформувати кожну зі сторін до початку індивідуальних зустрічей про те, що саме сторони мають повідомляти медіатору, чи є конкретна інформація конфіденційною щодо іншої сторони правового спору і в якій частині.

Вимога конфіденційності поширюється на всі відомості, які надаються медіатору протягом примирної процедури. У зв'язку з цим необхідно точно визначити моменти початку й закінчення процедури. Найбільш поширеним інструментом, який використовується сторонами з метою забезпечення конфіденційності медіації, є застереження про конфіденційність в угоді про проведення процедури медіації. Видається, що при укладанні такої угоди медіатору слід роз'яснити сторонам правила конфіденційності (в тому числі й ті, які стосуються індивідуального спілкування зі сторонами спору) і з'ясувати, чи є які-небудь додаткові умови, які необхідно включити в угоду про проведення процедури медіації. Це допоможе уникнути подальших розбіжностей з процедурних питань і може розглядатися як додаткова гарантія дотримання прав і законних інтересів учасників медіації. Проте така угода про проведення медіації із застереженням про конфіденційність може забезпечити захист від розголошення інформації, яка стала відома під час проведення медіації на внутрішньому рівні та лише частково – на зовнішньому рівні (перші три з розглянутих вище позицій). Як зазначає С. І. Калашникова, крім цивільно-правових механізмів (застереження про конфіденційність) законодавством повинні бути передбачені відповідні процесуальні гарантії дотримання аналізованого принципу. До таких належать насамперед: 1) надання імунітету свідків медіатору, співробітникам організацій, що забезпечують проведення примирних процедур, а також особам, присутнім на медіації; 2) неприпустимість використання відомостей, що стосуються медіації, як доказів при розгляді даної або пов'язаної з нею справи в юрисдикційному порядку⁵; 3) на законодавчому рівні передбачити відповідальність медіатора та інших співробітників посередницької організації, які мають доступ до інформації за розголошення конфіденційної інформації, яка стала їм відома у зв'язку з наданням медіативних послуг.

Станом на сьогодні в Україні з процесуальними гарантіями дотримання принципу конфіденційності під час проведення процедури медіації, у зв'язку з відсутністю закону про медіацію, на практиці можуть виникати проблеми. А отже, питання, пов'язані з наданням імунітету свідків медіатору й іншим особам, які були залучені до процедури медіації та відповідальністю за неналежне збереження чи/та розголошення конфіденційної інформації, залишаються не врегульованими. Проте надання медіативних послуг адвокатом допоможе уникнути вказаних проблем, оскільки дія норм Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (в тому числі, стосовно дотримання адвокатської таємниці та підстав і порядку притягнення адвоката до відповідальності у зв'язку з розголошенням адвокатської таємниці або вчиненням дій, що призвели до її розголошення) буде розповсюджуватись і на діяльність адвоката-медіатора. Тобто, на інформацію, яку адвокат-медіатор отримав від сторін під час надання послуг з медіації, буде поширюватися правовий режим адвокатської таємниці (яка має відносно-абсолютний характер). У зв'язку з цим виникає логічне питання: чи не буде порушуватися принцип конфіденційності медіації у випадку поширення на нього режиму адвокатської таємниці? Мається на увазі, чи має принцип конфіденційності медіації за своєю правовою природою певні «межі» (на зразок адвокатської таємниці), чи він є абсолютним.

Питання стосовно відносності або абсолютності принципу конфіденційності медіації на даний час не є предметом жвавих дискусій серед вітчизняних науковців. Вважаємо, така ситуація зумовлена тим, що медіація є новим явищем у правовому полі України, яке ще не отримало значного розвитку. У зв'язку з цим для відповіді на питання щодо того, який характер принципу конфіденційності медіації: відносний або абсолютний, вважаємо за доцільне звернутися до досвіду зарубіжних законодавців щодо визначення меж конфіденційності посередництва.

Так, § 1 ст. 7 Директиви 2008/52/ЕС («Про деякі аспекти посередництва (медіації) у цивільних та комерційних справах»)⁶ передбачено два випадки, на які не поширюється дія принципу конфіденційності медіації,

а саме: 1) коли дача показань (посередника, осіб, які беруть участь в управлінні процесом посередництва) є необхідною для громадського порядку в заінтересованій державі-члені, особливо для забезпечення захисту першорядних інтересів дітей або для запобігання будь-якого посягання на фізичну або психологічну безпеку людини; або 2) коли оприлюднення змісту угоди, досягнутої за допомогою посередництва, необхідно для того, щоб здійснити або виконати дану угоду. У свою чергу, у § 2 ст. 7 Директиви 2008/52/ЕС міститься положення стосовно того, що зазначені вище випадки не перешкоджають державам-членам застосовувати більш суворі заходи задля збереження конфіденційності посередництва. Однак варто пам'ятати про те, що норми вказаного акта носять лише рекомендаційний характер.

Аргентинський законодавець у ст. 9 Закону Аргентинської Республіки від 6 травня 2010 р. № 26.589 «Про медіацію та примирення»⁷ передбачає, що обов'язок дотримання конфіденційності медіації припиняється у випадках: 1) якщо надійшла пряма відмова (від дотримання принципу конфіденційності) від усіх сторін конфлікту та 2) якщо необхідно вжити заходів, щоб запобігти вчиненню злочину, який перебуває на стадії підготовки, або ж запобігти подальшому вчиненню злочину, якщо його було розпочато.

В Уніфікованому акті про посередництво США від 10 березня 2001 р. (UniformMediationAct)⁸ законодавець визначає межі конфіденційності у ст. ст. 5, 6, та 7.

Таким чином, можемо дійти висновку про те, що зарубіжні законодавці встановлюють відповідні «межі» принципу конфіденційності медіації, а отже, говорити про його абсолютність не видається правильним.

Проаналізувавши відповідну зарубіжну практику та теоретичні положення стосовно конфіденційності медіації, вважаємо, що *правомірне розголошення медіатором відомостей (інформації), які стали відомі йому під час медіації можливе у таких випадках: по-перше*, якщо сторони на добровільних засадах домовилися про відмову від конфіденційності медіації в письмовій формі (така відмова може стосуватися як всієї інформації, що розкривається під час медіації, так і її частини); *по-друге*, якщо сторони (одна зі сторін) пред'явили вимоги до медіатора у зв'язку зі здійсненням ним медіативної діяльності (при цьому розголошенню підлягає лише та частина інформації, яка необхідна медіатору для захисту власних прав та інтересів); *по-третє*, якщо медіатору під час проведення процедури медіації стало відомо про підготовку до вчинення злочину.

Розголошення інформації про вчинення злочину, яка була отримана медіатором під час проведення процедури медіації, має здійснюватися з певними особливостями, а саме: по-перше, розголошення такої інформації має бути правом медіатора, а не обов'язком; по-друге, така інформація може бути розголошена виключно з метою запобігання та припинення вчинення злочину, який перебуває на стадії підготовки; по-третє, медіатор, розголошуючи інформацію про підготовку до вчинення злочину, не повинен розголошувати джерело такої інформації, тобто не повинен викривати свого довірителя (довірителів); по-четверте, медіатор має право повідомити інформацію про підготовку до вчинення злочину лише уповноваженим органам та особам; по-п'яте, у разі розголошення такої інформації медіатор не може буди допитаний з цього питання у якості свідка.

Ми вважаємо, що принцип конфіденційності медіації, так само як і адвокатська таємниця, має відносно абсолютний характер. Тобто, за загальним правилом, дотримання даного принципу є обов'язковим, однак в окремих випадках (чітко визначених у законодавстві) інформація (її частина), яка була отримана під час медіації, може бути повідомлена у відповідні органи чи уповноваженим особам. Отже, принцип конфіденційності посередництва жодним чином не буде порушено у випадку поширення на нього правового режиму адвокатської таємниці. Більше того, надання інформації, яка була отримана адвокатом-медіатором під час здійснення медіативної діяльності, статусу адвокатської таємниці не лише не призведе до порушення принципу конфіденційності посередництва, а й надасть такій інформації додаткові правові гарантії, закріплені на законодавчому рівні. Маються на увазі процесуальні гарантії, пов'язані з наданням адвокату-медіатору імунітету свідка та притягненням адвоката-медіатора до професійної відповідальності за розголошення адвокатської таємниці або вчинення дій, що призвели до її розголошення, які є елементами змісту принципу конфіденційності на зовнішньому рівні. Так, у випадку надання адвокатом послуг з медіації як виду адвокатської діяльності такими правовими гарантіями будуть гарантії адвокатської діяльності, закріплені у ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Підбиваючи підсумки, видається важливим зазначити, що конфіденційність є однією з переваг медіації порівняно з розглядом справи в суді. Як правило, дотримання таємниці інформації, що пов'язана з примірною процедурою, має велике значення для її учасників. Таким чином, однією з умов зростання привабливості й підвищення попиту на використання медіації в Україні як способу врегулювання спору є звернення саме до адвоката-медіатора, оскільки це буде сприяти забезпеченню принципу конфіденційності як на внутрішньому рівні (шляхом укладення угоди про проведення медіації з застереженням про конфіденційність), так і на зовнішньому (у зв'язку з наявністю законодавчого регулювання та процесуальних гарантій забезпечення адвокатської таємниці на належному рівні).

¹ Калашникова С. И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции [Текст] : моногр. / С. И. Калашникова. – М. : Инфотропик Медиа, 2011. – 304 с. – С. 39.

² ЮНСИТРАЛ Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и Руководство по принятию и применению. 2002 год [Текст] // Организация Объединенных Наций. – Нью-Йорк – Австрия : Изд-во United Nations publication, 2004. – 63 с. – С. 4.

³ Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law COM (2002) 196 final [Текст] / Commission of the European Communities. – Brussels: 2002 (19 April). – 36 p. – P. 29.

⁴ European Code of Conduct for Mediators // European Judicial Network in civil and commercial matters : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm

⁵ Калашишкіна С. І. Вказана праця. – С. 41.

⁶ 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 [Текст] / The European Parliament and The Council // Official Journal of the European Union. – [English edition]. – 2008 (24 May). – OJ L 136. – P. 3–8. – P. 7.

⁷ Nación Argentina Mediacion y Conciliacion Ley 26.589 // Información Legislativa y Documenta (InfoLEG) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>

⁸ Єдинообразний Акт о медиации США от 10 марта 2001 г. (Uniform Mediation Act) Законодательство и практика применения процедуры медиации в США // Зарубежное законодательство / Ресурсный Центр медиации : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://mediators.ru/rus/about_mediation/foreign_law/

Резюме

Біцай А. В. Дотримання конфіденційності посередництва адвокатом-медиатором в Україні.

У науковій статті автор з'ясує сутність та розкриває зміст принципу конфіденційності медиації. Аналізується дія принципу конфіденційності медиації на двох рівнях: зовнішньому і внутрішньому. Досліджується питання щодо відносності чи абсолютності принципу конфіденційності медиації та встановлюються «межі» даного принципу. Аналізується досвід зарубіжних законодавців щодо визначення «меж» конфіденційності посередництва на прикладі Директиви 2008/52/ЄС «Про деякі аспекти медиації у цивільних та комерційних справах», Закону Аргентинської Республіки «Про медиацію та примирення», Уніфікованого акту про посередництво США. Визначаються особливості дотримання принципу конфіденційності посередництва адвокатом-медиатором.

Ключові слова: принцип конфіденційності медиації, медиація, адвокат-медиатор, адвокатська таємниця, «межі» принципу конфіденційності медиації, гарантії дотримання принципу конфіденційності медиації.

Резюме

Біцай А. В. Соблюдение конфиденциальности посредничества адвокатом-медиатором в Украине.

В научной статье автор выясняет сущность и раскрывает содержание принципа конфиденциальности медиации. Анализируется действие принципа конфиденциальности медиации на двух уровнях: внешнем и внутреннем. Исследуется вопрос об относительности или абсолютности принципа конфиденциальности медиации и устанавливаются «границы» данного принципа. Анализируется опыт зарубежных законодателей относительно определения «границ» конфиденциальности посредничества на примере Директивы 2008/52/ЕС «О некоторых аспектах медиации в гражданских и коммерческих делах», Закона Аргентинской Республики «О медиации и примирения», Единогообразного акта о посредничестве США. Определяются особенности соблюдения принципа конфиденциальности посредничества адвокатом медиатором.

Ключевые слова: принцип конфиденциальности медиации, медиация, адвокат-медиатор, адвокатская тайна, «границы» принципа конфиденциальности медиации, гарантии соблюдения принципа конфиденциальности медиации.

Summary

Bitsai A. Abidance confidentiality of mediation by the advocate-mediator in Ukraine.

The content of the principle of confidentiality of mediation is discovered and reveals in the article. The principle of confidentiality of mediation is analyzed on both internal and external levels. The question about relative or absolute of the principle of confidentiality of mediation is investigated and “limits” of this principle are established. Experience of foreign legislators in determining the “limits” of confidentiality of mediation is analyzed on the example of Directive 2008/52/EC “On certain aspects of mediation (mediation) in civil and commercial matters” Law of the Argentine Republic “On mediation and reconciliation” Uniform Act on US mediation. Features of compliance with the confidentiality of mediation by advocate-mediator are determined.

Key words: the principle of confidentiality of mediation, mediation, the advocate-mediator, advocate confidentiality (attorney-client privilege), the principle of confidentiality of mediation “limits”, guaranteeing of compliance with the principle of confidentiality of mediation.

УДК 343.353:343.435]:343.541-058.7

Х. І. БРУХ

Христина Ігорівна Брух, аспірантка Львівського національного університету імені Івана Франка

СПОСОБИ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО Ч. 1 СТ. 154 «ПРИМУШУВАННЯ ДО ВСТУПУ В СТАТЕВИЙ ЗВ'ЯЗОК» КК УКРАЇНИ

Передбачаючи кримінальну відповідальність за примушування до вступу в статевий зв'язок, чинний Кримінальний кодекс України (надалі – КК України) у ч. 1 ст. 154 визнає злочином лише найбільш небезпечні прояви такого примушування, зокрема – примушування шляхом використання матеріальної або служ-