

УДК 347.965

**А.В. БІЦАЙ**, Київський національний університет імені Тараса Шевченка

## **ПРОФЕСІЙНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АДВОКАТА-МЕДІАТОРА: ПОНЯТТЯ, ОСОБЛИВОСТІ ТА ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА**

**Ключові слова:** адвокат-медіатор, професійна відповідальність адвоката-медіатора, професійний проступок адвоката-медіатора, підстави притягнення адвоката-медіатора до професійної відповідальності, стягнень за вчинення професійного проступку адвокатом-медіатором.

Успіхи нашої держави на шляху формування демократичних засад залежать від готовності держави забезпечити кожному громадянину належні засоби правового захисту. Чільне місце серед таких засобів правового захисту займає право на отримання кваліфікованої правової допомоги, в тому числі і право на отримання медіативних послуг. При цьому, однією з гарантій права на кваліфіковану правову допомогу є діяльність адвокатів-медіаторів як осіб, що здійснюють професійну правову допомогу шляхом надання послуг з медіації. Діяльність адвоката-медіатора є надзвичайно важливою та необхідною, проте на практиці завжди зустрічаються випадки порушення, невиконання чи неналежного виконання адвокатом-медіатором своїх професійних обов'язків. Дієвим механізмом захисту як прав осіб, які звернулися по правову допомогу до адвокатів-медіаторів, так і репутації адвокатів-медіаторів, адвокатури України та інституту медіації, є інститут юридичної відповідальності, зокрема, професійної відповідальності адвоката-медіатора. У зв'язку зі сказаним, актуальність дослідження питань професійної відповідальності адвоката-медіатора є очевидною і зумовлена необхідністю детального аналізу даної проблематики.

Наукові дослідження, присвячені вивченню питанням професійної відповідальності є відносно молодими, а отже й малодослідженими. Серед науковців, які безпосередньо висвітлювали дану проблематику, тією чи іншою мірою, у своїх наукових працях можливо виділити О.А. Файєра, С.Л. Сотнікова, С.І. Курпякову та Т.А. Попову. Проблема професійної відповідальності адвоката знайшла своє висвітлення в роботах таких вчених як Д.В. Наумов та Р.Г. Мельниченко. В свою чергу, питання професійної відповідальності адвоката-медіатора, зокрема, підстави, порядок та особливості притягнення адвоката-медіатора до професійної відповідальності, окремо у вітчизняній юридичній літературі не досліджувалось. Звідси, метою статті є дослідження інституту професійної відповідальності адвоката-медіатора.

Підставою професійної відповідальності адвоката-медіатора є вчинення останнім професійного проступку. Для того, щоб визначитись із поняттям професійного проступку адвоката-медіатора, треба розглянути кожний з елементів його складу та визначити їх особливості. Так, професійний проступок, як і будь-який інший вид правопорушення, характеризується наявністю чотирьох елементів, які розглядаються у сукупності, а саме: об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкта суб'єктивна сторона.

*Об'єктом професійного проступку адвоката-медіатора* є професійні обов'язки адвоката-медіатора.

Професійні обов'язки адвоката-медіатора умовно можна поділити на такі групи: професійні обов'язки адвоката та професійні обов'язки медіатора. У зв'язку з цим може поставити питання: «за порушення якої, з названих вище, групи обов'язків може наставати професійна відповідальність адвоката-медіатора?». Даючи відповідь на дане питання, звертаємо увагу на те, що коли адвокат виступає у ролі адвоката-медіатора та надає послуги з медіації, тоді він здійснює лише один з видів адвокатської діяльності. Тобто, адвокатська діяльність та адвокатська діяльність з надання

медіативних послуг співвідносяться як загальне та спеціальне поняття. А, отже, обов'язки адвоката є, так би мовити, загальним, а обов'язки медіатора – спеціальними. При цьому, порушення «спеціальних» обов'язків, як правило, автоматично тягне за собою порушення «загальних» обов'язків. Як приклад приведемо таку ситуацію, адвокат-медіатор порушив вимогу стосовно незалежності та неупередженості посередника, з одного боку, це є порушенням «спеціального» обов'язку медіатора бути незалежним та неупередженим при наданні медіативної допомоги клієнтам, з іншого боку, це порушення такого загального обов'язку адвоката як «виконувати інші обов'язки, передбачені законодавством та договором про надання правову допомогу» (п.6 ч.1 ст.21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 р. № 5076–VI [1]). Інший приклад, адвокат-медіатор порушив вимогу стосовно дотримання принципу конфіденційності медіації та розголосив відомості, які стали йому відомі під час надання медіативних послуг, без згоди клієнтів. Так, з одного боку, це є порушенням «спеціального» обов'язку медіатора дотримуватися конфіденційності, як ключового принципу медіації, з іншого боку, це порушення такого загального обов'язку адвоката як «без згоди клієнта не розголошувати відомості, що становлять адвокатську таємницю, не використовувати їх у своїх інтересах або інтересах третіх осіб» (п.2 ч.2 ст.1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). У свою чергу, порушення «загальних» обов'язків автоматично не тягне за собою порушення «спеціальних», проте, все ж є достатньою підставою для притягнення адвоката-медіатора до професійної відповідальності. Наприклад, адвокат, діючи у якості адвоката-медіатора, порушивши такий «загальний» обов'язок як «дотримання правил адвокатської етики» (п.1 ч.1 ст.21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»), буде притягнутий до професійної відповідальності, незважаючи на те, що «спеціальні» обов'язки медіатора ним порушені не були.

Таким чином, стає зрозумілим, що «спеціальні» обов'язки медіатора та «загальні» обов'язки адвоката є взаємопов'язаними, взаємозалежними та взаємообумовленими, а отже мають сприйматись та розгадатись лише у своїй сукупності. Саме тому, адвоката-медіатора може й повинно бути притягнуто до професійної відповідальності за порушення професійних обов'язків як медіатора, так і адвоката.

Розглядаючи питання про об'єкт професійної відповідальності адвоката-медіатора, у зв'язку з відсутністю законодавчого регулювання процедури медіації, в тому числі і питань пов'язаних з професійною відповідальністю медіатора, все ж треба визначити випадки, в яких адвоката-медіатора варто притягати до професійної відповідальності.

Так, керуючись положеннями міжнародних нормативно-правових актів (Європейського кодексу поведінки медіаторів, Типового закону ЮНСІТРАЛ, Директиви 2008/52/ЄС («Про деякі аспекти посередництва (медіації) у цивільних та комерційних справах»), Рекомендацій Rec (98)1 Комітету міністрів держав-членам Ради Європи щодо медіації в сімейних справах від 21.01.1998 р., Рекомендацій Rec (99)19 Комітету міністрів держав-членам Ради Європи щодо медіації у кримінальних справах від 15.09.1999 р., Рекомендація Rec (2002)10 Комітету міністрів держав-членам Ради Європи щодо медіації в цивільних справах від 18.09.2002 р.), практикою зарубіжних країн, нормами Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та проведеним нами дослідженням, вважаємо, що підстави притягнення адвоката-медіатора до професійної відповідальності можна поділити на дві групи: загальні та спеціальні.

Так, спеціальними підставами притягнення адвоката-медіатора до професійної відповідальності є: 1) порушення принципу конфіденційності медіації або вчинення дій, що призвели до його порушення, крім випадків коли оприлюднення або використання конфіденційної інформації без згоди клієнтів за зміс-

том і формою є необхідними для захисту публічних або приватних законних інтересів; 2) порушення вимог нейтральності та неупередженості медіатора під час надання послуг з медіації; 3) порушення правил поведінки медіатора; 4) невиконання або неналежне виконання професійних обов'язків медіатора; 5) порушення інших обов'язків медіатора, передбачених законом та міжнародними нормативно-правовими актами.

Загальним підставами притягнення адвоката-медіатора до професійної відповідальності (ч.2 ст.34 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність») є: 1) порушення вимог несумісності; 2) порушення присяги адвоката України; 3) порушення правил адвокатської етики; 4) розголошення адвокатської таємниці або вчинення дій, що призвели до її розголошення; 5) невиконання або неналежне виконання своїх професійних обов'язків; 6) невиконання рішень органів адвокатського самоврядування; 7) порушення інших обов'язків адвоката, передбачених законом.

*Об'єктивна сторона професійного проступку адвоката-медіатора* складається з протиправної поведінки адвоката-медіатора, шкідливих наслідків та причинного зв'язку між ними. Протиправним є діяння (дія або бездіяльність) адвоката-медіатора, яке порушує вимоги законодавства України та приписи міжнародних правових актів, які визначають професійні обов'язки медіатора та адвоката. Під шкідливих наслідків, у контексті професійної відповідальності адвоката-медіатора, варто розуміти, по-перше, матеріальну шкоду та збитки завдані клієнту чи третій стороні внаслідок протиправної поведінки адвоката-медіатора; по-друге, моральну шкоду завдану клієнту чи третій стороні внаслідок протиправної поведінки адвоката-медіатора; по-третє, псування та підірив авторитету медіаторів та інституту медіації, взагалі; по-четверте, псування та підірив авторитету адвокатів та адвокатури України. Причинний зв'язок – це об'єктивний зв'язок між дією (бездіяльністю) адвоката-медіатора та шкідливим наслідком.

*Суб'єктом професійного проступку адвоката-медіатора* є адвокат, який надає клієнтам послуги з медіації (надання інформації, консультацій і роз'яснень з питань медіації, забезпечення правового супроводу процедури медіації та її завершення, а також безпосередня участь в організації та проведенні процедури медіації у якості медіатора), та вчинив професійний проступок.

Варто пам'ятати, що адвокат може надавати послуги медіації як на професійній, так і на непрофесійній основі. Однак, у випадку притягнення адвоката-медіатора до професійної відповідальності, це по суті, не буде мати суттєвого значення, оскільки адвокат, погоджуючись надавати послуги з медіації (на професійній чи на непрофесійній основі), бере на себе усе коло професійних права та обов'язків, якими наділяється медіатора як на підставах норм національних, так і міжнародних нормативно-правових актів. Відповідальність же буде наступати за порушення, невиконання чи неналежне виконання адвокатом-медіатором професійних обов'язків передбачених цими нормативно-правовими актами.

*Суб'єктивна сторона професійного проступку адвоката-медіатора* характеризує внутрішнє психологічне ставлення адвоката-медіатора до вчиненого проступку та його наслідків. Таке ставлення знаходить свій вияв у понятті вини.

Однак, питання стосовно обов'язкової наявності вини як складової частини проступків у випадках притягнення до професійної відповідальності є спірним серед науковців. Так, відповідно до точки зору С.І. Курп'якової та Т.А. Попової, професійна відповідальність настає за наявності вини особи, яка здійснює професійну діяльність у формі необережності, при цьому поняття «необережності» розглядається в контексті чинного Кримінального кодексу Російської Федерації [2, с.79–80]. У свою чергу, О.А. Файер не погоджується з даним підходом і зазначає, що термін «необережність» у контексті Кримінального кодексу України розглядати не зо-

всім вірно, оскільки, досліджуючи підстави виникнення професійної відповідальності, під ними розуміються помилки, прорахунки та упущення, викликані як недостатньою уважністю та обачливістю, так і не достатнім досвідом особи при сумлінному виконанні нею своїх професійних обов'язків. Більш того, на думку О.А. Файєр, професійна відповідальність має підвищений характер, тому може наступати безвідносно [незалежно] до наявності вини особи, яка здійснює професійну діяльність [3, с.632].

Ми є прихильниками класичного підходу та вважаємо, що вина є обов'язковою складовою частиною професійного проступку адвоката-медіатора і виражається у формі умислу чи необережності. Умисел означає, що адвокат-медіатор усвідомлював протиправний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачав її шкідливі наслідки та бажав або свідомо припускав їх настання. Необережність означає, що адвокат-медіатор усвідомлював протиправність своєї поведінки (дії або бездіяльності), передбачав її шкідливі наслідки, проте легковажно розраховував на їх відвернення або не передбачав, хоча повинен був і міг їх передбачити. У випадку ж відсутності вини, як складової частини професійного проступку, адвокат-медіатор не може бути притягнутий до професійної відповідальності у зв'язку з відсутністю у його діяннях складу проступку.

Таким чином, *під професійним проступком адвоката-медіатора належить розуміти суспільно небезпечне, винне, протиправне, карне діяння (дія або бездіяльність) вчинене адвокатом-медіатором, яке полягає у порушенні, невиконанні чи неналежному виконанні професійних обов'язків і за вчинення якого він має понести несприятливі для себе наслідки з боку уповноваженого суб'єкта, що виражаються у стягненнях.*

Дисциплінарна справа стосовно притягнення адвоката-медіатора до професійної відповідальності може бути порушена лише кваліфікаційно-дисциплінарною комісією адвокатури на підставі заяви (скарги) будь-якої особи,

котрій відомі факти щодо поведінки адвоката-медіатора, яка може бути підставою для професійної відповідальності останнього. Провадження стосовно притягнення адвоката-медіатора до професійної відповідальності здійснюється кваліфікаційно-дисциплінарною комісією адвокатури в порядку дисциплінарного провадження у відповідності з положеннями чинного законодавства України, зокрема, розділу VI «Дисциплінарна відповідальність адвоката» Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [1].

Питання стягнень, які можуть бути застосовані до адвоката-медіатора за вчинення професійного проступку, також, не варто залишати поза увагою. Так, про що вже йшлося вище, адвокатом-медіатором є адвокат, який здійснює правову допомогу шляхом надання медіативних послуг, виступаючи при цьому незалежним та неупередженим посередником. Тобто, надання адвокатом послуг з медіації клієнтам є одним з видів адвокатської діяльності. Саме тому, дія норм Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», в тому числі стосовно видів стягнень та порядку притягнення до відповідальності, в повній мірі поширюється на адвоката-медіатора. А, отже, за вчинення професійного проступку до адвоката-медіатора може бути застосовано одне з таких стягнень: 1) попередження; 2) зупинення права на заняття адвокатською діяльністю на строк від одного місяця до одного року (у разі: повторного протягом року вчинення проступку; порушення адвокатом-медіатором вимог щодо несумісності; систематичного або грубого одноразового порушення правил адвокатської етики, в тому числі і правил поведінки медіатора); 3) для адвокатів України позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю шляхом анулювання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю з наступним виключенням з Єдиного реєстру адвокатів України (для адвокатів іноземних держав – виключення з Єдиного реєстру адвокатів України) (у разі: порушення присяги адвоката, розголошення адвокатом-медіатором відомостей, що становлять



адвокатську таємницю, в тому числі і розголошення конфіденційної інформації, яка стала відома у зв'язку із проведенням процедури медіації, використання їх у своїх інтересах або в інтересах третіх осіб; заподіяння протиправними діями адвоката-медіатора, пов'язаними із здійсненням ним адвокатської діяльності, значної шкоди клієнту, якщо така шкода встановлена судовим рішенням, що набрало законної сили; систематичного або грубого одноразового порушення правил адвокатської етики, в тому числі і правил поведінки медіатора, що підриває авторитет адвокатури України).

Розглядаючи питання стосовно професійної відповідальності адвоката-медіатора, не можна до кінця розкрити його суть, не з'ясувавши характерні ознаки притаманні даному різновиду юридичної відповідальності та не давши визначення поняттю «професійна відповідальність адвоката-медіатора».

Так, підсумовуючи усе вище викладене, враховуючи особливий суб'єктний та об'єктний склад, особливий характер мети, призначення та способів реалізації професійної відповідальності адвоката-медіатора, вважаємо за можливе, виділити *особливості (специфічні риси), притаманні лише даному різновиду юридичної відповідальності, а саме:* 1) суб'єктом є адвокат-медіатор; 2) об'єктом є професійні обов'язки адвоката-медіатора; 3) адвокат-медіатор несе професійну відповідальність лише за дії (бездіяльність), вчиненні (допущену) протягом дії свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю; 4) основним призначанням професійної відповідальності адвокатів-медіаторів є не стільки покарання, скільки захист як адвокатів-медіаторів, адвокатури та інституту медіації від колег, які підривають репутацію і шкодять усьому адвокатському товариству, так й осіб, які звернулися щодо отримання послуг з медіації, від адвокатів-медіаторів, які здійснюють свою діяльність не професійно (у зв'язку з невиконанням чи не належним виконанням обов'язків покладених на них чинним законодавством України та положеннями міжнарод-

них актів); 5) єдиним органом уповноваженим на здійснення провадження стосовно притягнення до професійної відповідальності адвоката-медіатора є кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури (дисциплінарна палата); 6) є видом правовідносин, які виникають між суб'єктом уповноваженим накладати стягнення та адвокатом-медіатором, внаслідок порушення останнім своїх професійних обов'язків визначених законодавством України про адвокатуру та адвокатську діяльність і нормами міжнародних правових актів; 7) обов'язковою умовою професійної відповідальності адвоката-медіатора є зазнання несприятливих для себе наслідків з боку уповноваженого суб'єкта, що виражаються у стягненнях.

Отже, з'ясувавши правову природу та особливості притаманні професійній відповідальності адвоката-медіатора як різновиду юридичної відповідальності, вважаємо, що *під терміном «професійна відповідальність адвоката-медіатора» варто розуміти специфічний вид юридичної відповідальності, який являє собою правовідносини, які виникають між суб'єктом уповноваженим накладати стягнення та адвокатом-медіатором, внаслідок порушення останнім своїх професійних обов'язків визначених законодавством України про адвокатуру та адвокатську діяльність і нормами міжнародних правових актів, та полягають у накладенні обов'язку на адвоката-медіатора понести несприятливі для себе наслідки.*

Таким чином, на підставі вищевикладеного можна констатувати, що в даний час питання професійної відповідальності адвоката-медіатора не має спеціального правового врегулювання і підлягає вирішенню в загальному порядку, визначеному чинним законодавством України, зокрема, Законом України «Про адвокатур та адвокатську діяльність». Саме тому, одним із основних призначень даної статті є привернення уваги науковців до необхідності формування загальновизнаного понятійного апарату професійної відповідальності, в тому числі і понятійного апарату професійної від-

повідальності адвокатів та адвокатів-медіаторів, оскільки, його відсутність має негативний вплив на юридичну практику.

Проведене дослідження підкреслює особливість правового статусу адвоката-медіатора, й демонструє, що такий статус впливає і на специфіку формулювання його професійної відповідальності. Наявність гармонійної системи професійної відповідальності адвоката-медіатора може виступати у якості потужного стимулу надання якісних послуг з медіації, а відтак й одним із вагомих факторів розвитку інституту медіації. При цьому гадаємо, що в ході подальшого розвитку медіації в Україні та зростання кількості адвокатів-медіаторів дане питання буде носити актуальний характер і вимагає свого подальшого наукового вивчення та законодавчого врегулювання.

## ЛІТЕРАТУРА

1. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» : від 05.07.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.
2. Курпякова С. И. Некоторые вопросы страхования ответственности аудиторов при осуществлении обязательного аудита / С.И. Курпякова, Т. А. Попова // Адвокат. – 2005. – № 12. – С. 78–82
3. Файер О. А. Поняття професійної відповідальності та підстави її виникнення / О. А. Файер // Форум права. – 2009. – № 3. – С. 627–633 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-3/09foapiv.pdf>.

*Біцай А. В. Професійна відповідальність адвоката-медіатора: поняття, особливості та загальна характеристика / А. В. Біцай // Форум права. – 2014. – № 4. – С. 18–23 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP\\_index.htm\\_2014\\_4\\_5.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2014_4_5.pdf)*

Визначені та проаналізовані підстави та порядок притягнення адвоката-медіатора до професійної відповідальності. Розроблені такі поняття як «професійна відповідальність адвоката-медіатора» та «професійний проступок адвоката-медіатора».

\*\*\*

*Бицай А.В. Профессиональная ответственность адвоката-медиатора: понятие, особенности и общая характеристика*

Определены и проанализированы основания и порядок привлечения адвоката-медиатора к профессиональной ответственности. Разработаны такие понятия как «профессиональная ответственность адвоката-медиатора» и «профессиональный проступок адвоката-медиатора».

\*\*\*

*Bitsai A.V. The Professional Liability of Advocate-Mediator: Concepts, Features and General Characteristic*

Reasons and procedure for bringing the advocate-mediator to professional liability are determined and analyzed. The concept of «professional liability of the advocate-mediator» and «professional misconduct of the advocate-mediator» is developed.