

УДК 347./45/.47

Н. А. Мазаракі
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри міжнародного приватного,
комерційного та цивільного права
Київського національного торговельно-економічного університету

ЗМІСТ ПРИНЦИПУ КОНФІДЕНЦІЙНОСТІ МЕДІАЦІЇ

Медіація як альтернативний вид вирішення спорів є, насамперед, процесом, ефективна реалізація якого неможлива без дотримання певних принципів, які уособлюють характер та порядок проведення медіації. Запровадження та інституалізація медіації в Україні, що наразі триває, має супроводжуватися розробленням теоретичних концепцій складових медіації, зокрема змісту, обсягів та порядку дотримання її принципів. Проект Закону України «Про медіацію» (№ 3665 від 17.12.2015 р.) вказує на «принципи добровільної участі, активності й самовизначення сторін медіації; незалежності та нейтральності медіатора; конфіденційності інформації щодо медіації» [1]. Кожен із цих принципів вигідно відрізняє медіацію від судового розгляду спору та заохочує сторони спору спробувати вирішити його без звернення до суду. І в приватних, і в комерційних спорах гарантії нерозголошення інформації, яку розкривають сторони спору у процесі медіації, виступають саме тим чинником, який має сприяти популярності та ефективності медіації. Для досягнення цієї мети законодавство має чітко встановлювати обсяг інформації, яка не підлягає розголошенню, а також виняткові підстави відступу від принципу конфіденційності медіації, порядок притягнення до відповідальності осіб, які розголосили інформацію, що охороняється законом.

Водночас положення цього проекту Закону України «Про медіацію» (на момент підготовки нашого дослідження проект очікував на друге читання) є надто загальними й не дають чіткого уявлення про зміст принципу конфіденційності медіації.

Теоретичні та практичні аспекти процедури медіації як альтернативного методу вирішення спорів досліджувалися у роботах Ю. Притики, А. Гайдука, О. Белінської, М. Поліщука, Ю. Розмана, Г. Огречук, Н. Грень, безпосередньо принципам медіації присвячені публікації С. Йосипенко та О. Можайкіної. Значну цінність мають ґрунтовні дослідження сутності та втілення принципів медіації іноземних юристів та медіаторів: Кімберлі К. Ковача (Kimberlee K. Kovach), Д. Ральфа (Jennifer Ralph), Д. Спенсера (David Spencer), М. Брoгана (Michael Brogan), Г. Брауна (Henry Brown), А. Марріота (Arthur Marriot), П. Брукера (Penny Brooker) та інших. Водночас

саме принцип конфіденційності медіації залишається практично недослідженим в українській науці.

Якщо поняття принципу є загальновідомим і вже не вимагає аналізу його сутності, то поняття «конфіденційність інформації щодо медіації», яке міститься у ст. 9 проекту Закону України «Про медіацію», є новим в українському законодавстві й потребує детального вивчення, зокрема його складових.

Термін «конфіденційний» тлумачиться як «такий, що не підлягає розголосу; довірчий, таємний» [2]. Законодавче визначення інформації міститься в Законі України «Про інформацію» як будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді. Також цей законодавчий акт передбачає, що «конфіденційною є інформація про фізичну особу, а також інформація, доступ до якої обмежено фізичною або юридичною особою, крім суб'єктів владних повноважень. Конфіденційна інформація може поширюватися за бажанням (згодою) відповідної особи у визначеному нею порядку відповідно до передбачених умов, а також в інших випадках, визначених законом» [3].

До різновидів конфіденційної інформації, за розголошення якої передбачена кримінальна відповідальність, О. Прохницький зараховує медичну таємницю, таємницю листування, таємницю голосування, таємницю усиновлення (удочеріння), нотаріальну таємницю, комерційну та банківську таємницю, адвокатську таємницю, конфіденційну інформацію про особу, комп'ютерну інформацію з обмеженим доступом [4].

Водночас унікальний характер медіації як альтернативного позасудового методу вирішення спору надає особливого змісту поняттю конфіденційності, яке є наріжним каменем процесу медіації. Виважене гарантування дотримання конфіденційності впродовж та після завершення медіації є саме тим чинником, який гарантує її ефективність та заохочує сторони спробувати вирішити спір за участю медіатора, а не звертатися до суду. Відомий дослідник медіації Еллен Е. Дізон (Ellen E. Deason) наголошує на таких аспектах:

1) конфіденційність сприяє спілкуванню між сторонами та медіатором і, як наслідок, дає можливість дійти згоди, коли це неможливо в процесі

звичайних переговорів. Правові норми захищають адвокатську, лікарську таємницю, таємницю сповіді для того, щоб люди могли довіритись, розкрити важливу інформацію з метою отримання професійної поради, не боючись, що повідомлені ними факти будуть розголошені чи використані проти них у суді. У медіації конфіденційність дає медіатору можливість в умовах початкової недовіри вибудувати ефективне спілкування між сторонами спору та між стороною спору та медіатором. Адже без гарантій конфіденційності очікувати на відверту розмову сторін не видається можливим;

2) конфіденційність медіації важлива для забезпечення нейтральності медіатора. Уперше це твердження було сформульоване американським судом у справі *NLRB v Joseph Macaluso, Inc.*, а саме: «медіатор, який дає свідчення, невідворотно буде діяти проти інтересів однієї зі сторін, що обов'язково зруйнує його нейтральність. Водночас медіатор не особисто чи умисно порушить принцип нейтральності, а буде свідчити як свідок» [5]. Водночас вірогідність того, що медіатор може бути викликаний до суду як свідок, означає ілюзорність та тимчасовість його нейтральності. Нейтральність є основоположним принципом медіації та забезпечує результативні робочі відносини між медіатором та сторонами спору, а також дає змогу проводити ефективні приватні медіаційні сесії з кожною зі сторін спору;

3) за умови присудової медіації гарантії конфіденційності набувають особливого значення через те, що зв'язок медіатора та судді дуже тісний і може ставити під сумнів неупередженість можливого подальшого судового розгляду [6].

Саме конфіденційність медіації підвищує її популярність порівняно із судовим розглядом, особливо, коли сторони спору зацікавлені уникнути розголосу самого факту спору та результатів його вирішення з огляду на репутаційні ризики.

Міжнародне та наднаціональне й національне законодавство містить норми щодо принципу конфіденційності медіації (ст. 10 Модельного закону ЮНСІТРАЛ про міжнародну примирну процедуру [7], ст. 7 Директиви №2008/52/ЕС Європейського парламенту та Ради «Про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах» [8]), які вимагають від держав унесення необхідних положень до національного законодавства.

Уважаємо, що принцип конфіденційності медіації безперечно має бути врегульований у законодавстві, адже це є одним із чинників заохочення до позасудового вирішення спорів. Саме держава зацікавлена в розвантаженні судів, формуванні практики мирного, позасудового вирішення спорів. Водночас, домінуючим є питання змісту цього принципу, меж конфіденційності медіації. Англійські медіатори Г. Браун та А. Марріот

міркування з цього приводу починають з аналізу співвідношення ст. 8 «Захист інформації приватного характеру» та ст. 10 «Свобода думки, совісті та релігії» Хартії основних прав Європейського Союзу [9, с. 518]. Досвід штату Каліфорнія (США) свідчить, що абсолютної конфіденційності медіації бути не може, навіть якщо вона й передбачена законодавчими нормами.

Так, ст. 1119 Кодексу доказування штату Каліфорнія (США) забороняє розголошення чи використання в будь-якому суді як доказів будь-яких документів, записів, медіаційних угод, свідчень та визнань, зроблених впродовж медіації чи медіаційної консультації [10]. Водночас від такої суворої вимоги в окремих справах щодо інтересів малолітніх осіб було зроблено примітки для забезпечення справедливості судового рішення (дозволено використати як доказ інформацію, що стала відома в процесі медіації, яка передувала кримінальній справі в суді, в іншій кримінальній справі медіатор був змушений давати свідчення) [11].

Також слід зауважити на такому аспекті, як забезпечення доступності належних доказів у разі передання спору на судовий розгляд, щоб зробити можливим справедливе судове рішення. Більше того, законодавче регулювання принципу конфіденційності має бути виваженим і не давати підстав для зловживання сторонами цим принципом, наприклад, для унеможливлення пред'явлення доказів (Д. Спенсер наводить такий можливий варіант, коли, користуючись принципом конфіденційності медіації, сторона може пред'явити у процесі медіації той чи інший доказ винятково з метою подальшого недопущення цього доказу в можливому судовому розгляді) [12, с.314].

Із принципу конфіденційності медіації мають бути зроблені справедливі винятки, які потенційно дадуть можливість без побоювання відповідальності за розголошення конфіденційної інформації повідомити про злочин чи попередити завдання шкоди життю чи здоров'ю осіб. Щодо самої процедури медіації обмеження принципу конфіденційності буде справедливим, коли сторони хочуть, наприклад, притягнути до відповідальності медіатора за неналежне виконання своїх обов'язків чи привести у виконання медіаційну угоду, довести недійсність медіаційної угоди через порушення принципів медіації в її процесі (наприклад, довести примусове укладення угоди тощо). Також є можливим і відступ від принципу медіації за взаємною згодою сторін.

Аналіз іноземного та вітчизняного досвіду правового забезпечення принципу конфіденційності медіації свідчить, що відповідні норми можуть бути передбачені:

1) процесуальним законодавством (норми щодо можливості виклику медіатора як свідка, викори-

стання як доказів інформації, оголошеної у процесі медіації тощо);

2) законами про медіацію (аналіз положень проекту Закону України «Про медіацію» буде поданий далі);

3) у судових прецедентах (характерно для держав англосаксонської системи права);

4) правилами медіації та Кодексами етики медіаторів, що затверджуються медіаторськими організаціями та асоціаціями. Такими є вимоги конфіденційності, передбачені Кодексом етики медіатора Національної асоціації медіаторів України. Серед іншого, п 4.3. Кодексу встановлює, що обов'язок нерозголошення конфіденційної інформації щодо медіації та отриманої під час медіації є безстроковим [13].

5) договорами про проведення медіації, медіаційними застереженнями в договорах, окремими договорами про конфіденційність медіації, що укладаються між учасниками медіацій.

Аналіз положень проекту Закону України «Про медіацію» (№ 3665 від 17.12.2015 р.) [1] дає можливість з'ясувати такі елементи, які пропонуються врегулювати на законодавчому рівні:

1) коло суб'єктів, на яких поширюється дія норм щодо конфіденційності: медіатор, сторони спору, учасники медіації, особи – залучені до організації процесу медіації.

Водночас як свідок не може бути викликаний лише медіатор, що дає можливість зацікавленій стороні спору в можливому судовому засіданні викликати для свідчень інших учасників медіації і тим самим обійти вимоги конфіденційності;

2) об'єкти, стосовно яких виникає конфіденційність: «інформація щодо пропозиції одній зі сторін про застосування процедури медіації, готовності сторін до участі в проведенні процедури медіації; думок, пропозицій або визнань, висловлених у ході проведення процедури медіації; готовності однієї зі сторін прийняти пропозицію іншої сторони про врегулювання спору та інша інформація щодо процесу підготовки та проведення медіації». Водночас нагадаємо про можливість розширення цього переліку експертними висновками та документами технічного, юридичного характеру, даними щодо суми спору, об'єктами матеріального світу, які оприлюднювалися у процесі медіації тощо. Сам факт проведення медіації не обов'язково буде конфіденційним, особливо якщо медіація була призначена в ході судового засідання. Водночас за умови проведення приватної медіації сторони можуть узгодити конфіденційність факту проведення медіації в договорі.

О. Спектор справедливо зазначає, що «сторони можуть визнати конфіденційною як інформацію про саме існування конфлікту, так і щодо будь-яких аспектів спору» [14];

3) презумпцію конфіденційності інформації: «інформація щодо медіації є конфіденційною, якщо сторони медіації письмово не домовилися про інше». Водночас усупереч процитованому п. 1 ст. 9 законопроекту п. 4 підкорюється іншій логіці: «у випадку, коли медіатор отримав від однієї зі сторін інформацію, що стосується спору або процедури медіації, він може розкрити таку інформацію іншій стороні. Протек, якщо сторона повідомляє медіаторові таку інформацію за умови не розкриття її іншій стороні, ця інформація не розкривається іншій стороні медіації».

У цьому аспекті вважаємо спірним твердження Г. Огречук, що «у законодавстві обов'язково має знаходити відображення існування презумпції неконфіденційності інформації, отриманої медіатором під час медіації, для сторін процесу. Ця презумпція означає, що, якщо не було обумовлено інше, медіатор має право повідомити інформацію, отриману від однієї сторони процесу медіації іншій стороні» [15]. Можна припустити, що для більшої впевненості у правильності своїх дій, розуміння намірів сторін, забезпечення довіри до себе, медіатор якраз повинен пересвідчитися у сторони спору, яку інформацію він може передати іншій стороні. Таку позицію щодо меж конфіденційності інформації висловлювала й О. Можайкіна [16].

Для розуміння сутності медіації дуже цінною вважаємо ідею О. Можайкіної щодо поділу конфіденційності в медіації на процедурну (зобов'язання медіатора, сторін та учасників медіації щодо нерозголошення факту участі у медіації) та предметну (нерозголошення інформації, що стала відома під час переговорів) [16].

Принцип конфіденційності є наріжним каменем медіації і має бути врегульованим, дотриманим та захищеним учасниками медіації та законодавством задля забезпечення затребуваності та ефективності цього альтернативного методу вирішення спорів. Адже чим більше інформації сторони розкривають у процесі медіації, тим вірогідніше знаходження компромісного рішення. Тому гарантії того, що оприлюднені у процесі медіації інформація та факти не стануть відомими поза колом учасників медіаційного процесу, є вкрай важливими. Національні законодавства забезпечують різні обсяги конфіденційності медіації та знаходять власний баланс між публічним та приватним інтересом.

В умовах становлення медіації в Україні вважаємо, що норми проекту Закону України «Про медіацію» мають бути доповненими положеннями щодо кола суб'єктів, які не підлягають виклику як свідки з приводу інформації, що стала їм відома у медіаційному процесі, а також щодо кола об'єктів та інформації, яка не може бути розголошена.

Література

1. Проект Закону України «Про медіацію» (реєстрац. № 3665 від 17.12.2015). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463.

2. Словник української мови: в 11 томах / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. Білодіда. Київ: Наукова думка, 1970-1980. – Т. 4. – С. 273.

3. Про інформацію: Закон України № 2657-XII від 02.10.1992. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2657-12>.

4. Конфіденційна інформація як предмет злочину. Підприємництво, господарство і право. 2009. № 10. С. 79-82.

5. National Labor Relations Board, Petitioner, v. Joseph Macaluso, Inc., D/b/a Lemon Tree, Respondent, 618 F.2d 51 (9th Cir. 1980) URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/618/51/407482/>.

6. Ellen E. Deason, The Quest for Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or Crucial Predictability?, 85 Marq. L. Rev. 79 (2001). URL: <http://scholarship.law.marquee.edu/mulr/vol85/iss1/4>.

7. ЮНСИТРАЛ Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и Руководство по принятию и применению 2002 год. URL: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955_Ebook.pdf.

8. Директива No 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a95.

9. Brown, H., & Marriott, A. (2011). ADR: principles and practice. Third edition. London: Thomson Reuters.

10. State of California Evidence Code § 1119. URL: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=EVID&division=9.&title=&part=&chapter=2.&article=

11. Wyko, Andrea (2016) Mediation & confidentiality, Bond University Student Law Review: Vol. 4: Iss. 1, Article 3. URL: <http://epublications.bond.edu.au/buslr/vol4/iss1/3>.

12. D.Spencer, M.Brogan (2006) Mediation Law and Practice. New York: Cambridge University Press.

13. Кодекс етики медіатора Національної асоціації медіаторів України, затверджений рішенням Загальних зборів ГО «Національна асоціація медіаторів України» від 07 грудня 2017 р., протокол № 1. URL: <http://namu.com.ua/ua/info/mediators/ethical-code/>.

14. Спектор О. Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів: дис.. ... канд. юрид. наук: 12.00.03; «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». Київ, 2012. 219 с.

15. Огречук Г. Добровільність та конфіденційність як основоположні принципи медіації. Наше право. 2014. № 10. С. 177–183.

16. Можайкіна О. Поняття та зміст основних принципів медіації в цивільно-правових відносинах. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції № 5/2017. URL: http://apnl.dnu.in.ua/5_2017/15.pdf.

Анотація

Мазаракі Н. А. Зміст принципу конфіденційності медіації. – Стаття.

Стаття присвячена аналізу значення та змісту принципу конфіденційності медіації як передумови підвищення затребуваності та популяризації альтернативних методів вирішення спорів в Україні. Проаналізовано проект Закону України «Про медіацію», іноземні та вітчизняні наукові джерела, судову практику та сформульовано пропозиції щодо удосконалення відповідного законопроекту.

Ключові слова: альтернативні методи вирішення спорів, медіація, принципи медіації, конфіденційність, медіатор.

Аннотация

Мазаракі Н. А. Содержание принципа конфиденциальности медиации. – Статья.

Статья посвящена анализу значения и содержания принципа конфиденциальности медиации как предпосылки к повышению востребованности и популяризации альтернативных методов разрешения споров в Украине. Проанализированы проект Закона Украины «О медиации», иностранные и отечественные научные источники, судебная практика и сформулированы предложения по совершенствованию соответствующего законопроекта.

Ключевые слова: альтернативные методы разрешения споров, медиация, принципы медиации, конфиденциальность, медиатор.

Summary

Mazaraki N. A. The scope of confidentiality principle in mediation. – Article.

The article is devoted to the analysis of the importance and scope of the principle of confidentiality of mediation as a prerequisite for increasing the demand and popularization of alternative dispute resolution methods in Ukraine. The draft Law of Ukraine "On Mediation", foreign and ukrainian scientific sources, judicial practice have been analyzed and proposals on the improvement of the relevant draft law have been formulated.

Key words: alternative methods of dispute resolution, mediation, mediation principles, confidentiality, mediator.