HCCH

Connecter Protéger Coopérer Depuis 1893
Connecting Protecting Cooperating Since 1893

Настанови з належної практики застосування Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 25 жовтня 1980

Медіація

Український переклад здійснено за фінансової підтримки Європейського Союзу, наданої Міжнародному центру медіації сімейних конфліктів та викрадення дітей MiKK (проект ЄС ACCORD SGA 2023) та Української академії медіації (УАМ) (проект ЄС CONSENT).

Настанови з належної практики застосування Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 25 жовтня 1980

Медіація

Співфінансується Європейським Союзом

Опубліковано
Постійне бюро Гаазької конференції з міжнародного приватного права
Churchillplein 6b
2517 JW Гаага
Нідерланди

Телефон: +31 70 363 3303
Факс: +31 70 360 4867
Електронна пошта: secretariat@hcch.net
Веб-сайт: www.hcch.net

© Гаазька конференція з міжнародного приватного права 2012

Всі права захищені. Жодна частина цієї публікації не може бути відтворена, збережена в інформаційно-пошуковій системі або передана в будь-який спосіб або будь-якими засобами, включаючи фотокопіювання або запис, без письмового дозволу власника авторських прав.

Український переклад здійснено за фінансової підтримки Європейського Союзу, наданої Міжнародному центру медіації сімейних конфліктів та викрадення дітей МіКК (проект ЄС ACCORD SGA 2023) та Українській академії медіації (УАМ) (проект ЄС CONSENT).

Співфінансується Європейським Союзом. Погляди та думки, викладені в цій публікації, належать виключно авторам і не обов'язково відображають позицію Європейського Союзу або Європейської Комісії-ЄС. Ані Європейський Союз, ані орган, що надав фінансування, не несуть за них відповідальності.

Співфінансується
Європейським Союзом

ISBN 9789083320656

Надруковано в Гаазі, Нідерланди

Огляд

Термінологія 9
Цілі та сфера застосування 15
Вступ 19
A. Попередня робота Гаазької конференції з міжнародної медіації в сімейних справах та подібних процесів для досягнення узгоджених рішень 19
B. Робота інших органів 24
C. Структура настанов 26
D. Контекст - Деякі типові випадки 27
Настанови 29
1 Загальна важливість сприяння укладанню угод у транскордонних сімейних спорах щодо опіки та контактів 29
2 Використання медіації в рамках Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 - огляд конкретних викликів 36
3 Спеціалізований тренінг з медіації у справах про міжнародне викрадення дітей / забезпечення якості медіації 48
4 Доступ до медіації 53
5 Застосування медіації у справах про міжнародне викрадення дітей 70
6 Принципи / моделі / методи медіації 73
7 Залучення дитини 86
8 Можливе залучення третіх осіб 91
9 Організація контакту між покинутими батьками та дитиною під час процесу медіації 91
10 Медіація та звинувачення в домашньому насильстві 94
11 Умови угоди за результатами медіації - перевірка на реалістичність 101
12 Надання угоді юридично обов'язкової сили та можливості її примусового виконання 102
13 Питання юрисдикції та норм застосовного права 109
14 Використання медіації для запобігання викраденням дітей 113
15 Інші процеси для досягнення узгоджених рішень 114
16 Використання медіації та подібних процесів для досягнення узгодженого рішення у справах, що не належать до сфери Гаазької конвенції 117
Додатки 121

Зміст

Термінологія 9
Цілі та сфера застосування 15
Вступ 19
A. Попередня робота Гаазької конференції з міжнародної медіації в сімейних справах та подібних процесів для досягнення узгоджених рішень 19
B. Робота інших органів 24
C. Структура настанов 26
D. Контекст - Деякі типові випадки 27
Настанови 29
1 Загальна важливість сприяння укладанню угод у транскордонних сімейних спорах щодо опіки та контактів 29
1.1 Переваги узгоджених рішень 29
1.2 Обмеження, ризики та гарантії 31
1.3 Загальна важливість зв'язку з відповідними правовими процедурами 34
2 Використання медіації в рамках Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 - огляд конкретних викликів 36
2.1 Часові рамки / Прискорені процедури 37
2.2 Тісна співпраця з адміністративними / судовими органами 40
2.3 Задіяно більше однієї правової системи; можливість виконання угоди в обох (усіх) відповідних юрисдикціях 41
2.4 Різний культурний та релігійний контекст 42
2.5 Мовні труднощі 43
2.6 Відстань 44
2.7 Візові та імміграційні питання 45
2.8 Кримінальне провадження проти батьків, які забрали дитину 46
3 Спеціалізований тренінг з медіації у справах про міжнародне викрадення дітей / забезпечення якості медіації 48
3.1 Навчання медіаторів - Існуючі правила та стандарти 48
3.2 Спеціальна підготовка для медіації у справах про міжнародне викрадення дітей 50
3.3 Створення списків медіаторів 52
3.4 Забезпечення якості медіації 52
4 Доступ до медіації 53
4.1 Доступність медіації - стадія Гаазької процедури повернення; направлення/самостійне звернення до медіації 55
4.1.1 Роль Центрального органу 56
4.1.2 Роль судді (суддів) / судів 58
4.1.3 Роль юристів та інших фахівців 61
4.2 Оцінка можливості проведення медіації (медіабельності) 63

4.3 Витрати на медіацію ... 65
4.4 Місце проведення медіації ... 67
4.5 Договір про проведення медіації - Інформована згода на проведення медіації ... 69
5 Застосування медіації у справах про міжнародне викрадення дітей ... 70
5.1 Увага на нагальних питаннях ... 71
5.2 Важливість юрисдикції та застосовного права щодо батьківської відповідальності та інших питань, які розглядаються в угоді за результатами медіації ... 73
6 Принципи / моделі / методи медіації ... 73
6.1 Принципи медіації - міжнародні стандарти ... 74
6.1.1 Добровільний характер медіації ... 74
6.1.2 Інформована згода ... 75
6.1.3 Оцінка можливості проведення медіації (медіабельності) ... 76
6.1.4 Нейтральність, незалежність, неупередженість та справедливість ... 76
6.1.5 Конфденційність ... 77
6.1.6 Врахування інтересів та добробуту дитини ... 80
6.1.7 Поінформоване прийняття рішень та належний доступ до юридичних консультацій ... 80
6.1.8 Міжкультурна компетенція ... 81
6.1.9 Кваліфікація медіаторів або суб'єктів медіації - мінімальні стандарти навчання ... 82
6.2 Моделі та методи медіації ... 82
6.2.1 Пряма або непряма медіація ... 82
6.2.2 Одноосібна чи комедіація ... 82
6.2.3 Дотримання принципів бікультурної, двомовної медіації ... 83
7 Залучення дитини ... 86
7.1 Участь дитини у процедурі повернення відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та сімейному судочинстві ... 86
7.2 Голос дитини в медіації ... 89
8 Можливе залучення третіх осіб ... 91
9 Організація контакту між покинутими батьками та дитиною під час процесу медіації ... 91
9.1 Запобіжні заходи / Уникнення повторного викрадення ... 92
9.2 Тісна співпраця з центральними органами, адміністративними та судовими органами ... 93
10 Медіація та звинувачення в домашньому насильстві ... 94
10.1 Розгляд випадків домашнього насильства у Гаазькій процедурі повернення ... 96
10.2 Заходи безпеки в медіації / Захист вразливої сторони ... 98
10.3 Інформація про заходи захисту ... 100
11 Умови угоди за результатами медіації - перевірка на реалістичність ... 101

12 Надання угоді юридично обов'язкової сили та можливості її примусового виконання 102
13 Питання юрисдикції та норм застосовного права 109
14 Використання медіації для запобігання викраденням дітей 113
15 Інші процеси для досягнення узгоджених рішень 114
16 Використання медіації та подібних процесів для досягнення узгодженого рішення у справах, що не належать до сфери Гаазької конвенції 117
Додатки 121

Термінологія

Наступні терміни подано за тематичним змістом, а не в алфавітному порядку.

Медіація

Для цілей цих Настанов важливо розрізняти "медіацію" та подібні методи сприяння узгодженому вирішенню спорів.

Визначення поняття "медіація", які можна знайти в юридичних текстах та публікаціях, суттєво відрізняються. Ці визначення часто відображають певні мінімальні вимоги щодо процесу медіації та особи медіатора у відповідних юрисдикціях. Об'єднавши спільні риси цих різних визначень, медіацію можна визначити як добровільний, структурований процес, за допомогою якого "медіатор "[1] сприяє комунікації між сторонами конфлікту, даючи їм змогу взяти на себе відповідальність за пошук вирішення конфлікту[2]. У цих Настановах поняття "медіація" вживається в цьому широкому сенсі, безвідносно до моделі та методу, що застосовується. Інші загальнообов'язкові, але не однаково застосовувані принципи, які іноді включаються у визначення медіації, такі як конфіденційність, нейтральність або неупередженість, будуть розглянуті в Главі 6 Настанов.

Медіатор

Багато визначень терміну "медіатор" у національних або регіональних документах відображають необхідні (юридичні) вимоги, яким має відповідати особа, щоб бути "медіатором", а також спосіб у який слід проводити медіацію. Зосереджуючись знову на спільних рисах, у цих Настановах під "медіатором" розуміється неупереджена третя особа, яка проводить медіацію. Цей термін використовується, якщо не зазначено інше, безвідносно до професійного досвіду медіатора та конкретних вимог, яким особа повинна відповідати, щоб мати право називати себе "медіатором" у певній правовій системі.

Термін "медіатор" вживається в цих Настановах безвідносно до того, чи проводиться медіація одним медіатором чи в комедіації, тобто, якщо не зазначено інше, будь-яке використання в цих Настановах терміну "медіатор" в однині означає також медіацію, що проводиться більш ніж одним медіатором.

---

1 Медіація також може проводитися кількома медіаторами, див. також визначення терміну "медіатор" нижче, а також розділ 6.2.2, присвячений комедіації.

2 Короткий порівняльний огляд визначень медіації, що використовуються в різних країнах, див. K.J. Hopt and F.Steffek, Mediation - Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, с. 12 і далі.

Примирення (Conciliation)

Медіація та примирення іноді використовуються як синоніми[3], що може спричинити плутанину. Сьогодні примирення, як правило, характеризується як більш директивний процес, ніж медіація. Отже, у цих Настановах під примиренням розуміється механізм вирішення спорів, в якому неупереджена третя сторона відіграє активну та керівну роль, допомагаючи сторонам спору знайти узгоджене рішення. Медіація може бути проактивною, але не може бути директивною. Щодо медіації слід наголошувати на тому, що медіатор сам не може приймати рішення за сторін, а лише допомагає сторонам знайти власне рішення. І навпаки, примиритель може спрямовувати сторони до конкретного рішення[4]. Це можна проілюструвати наступним прикладом. Суддя, який пройшов підготовку медіатора, може проводити медіацію, але лише у спорах, де він не є власне суддею, і де суддя утримується від впливу на результат процесу вирішення конфлікту між сторонами. Суддя, призначений для розгляду справи, не може за визначенням, проводити медіацію у справі, що перебуває в його провадженні. Тобто у ситуації, коли сторони знають, що суддя є особою, яка винесе рішення, якщо їхня спроба знайти мирне рішення не вдасться.[5] Процес, за допомогою якого суддя у справі, що перебуває в його провадженні, допомагає сторонам знайти узгоджене рішення та досягти судового врегулювання, скоріше підпадає під поняття "примирення", як воно розуміється в цих Настановах.[6]

Психологічне консультування

Медіацію слід відрізняти від консультування - процесу, який може бути використаний для допомоги парам або сім'ям у вирішенні проблем у стосунках. На відміну від медіації, консультування, як правило, не зосереджене на вирішенні конкретного спору.

---

3 Наприклад, Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру, прийнятий ЮНСІТРАЛ у 2002 році, доступний за посиланням < http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf > (останній перегляд 16 червня 2012 р.), ст. 1(3): "Для цілей цього Закону "примирення" означає процес, незалежно від того, чи позначається він словом "примирення", "медіація" або словом зі схожим значенням, за допомогою якого сторони звертаються до третьої особи або осіб ("примиритель") з проханням допомогти їм досягти мирного врегулювання їхнього спору, що виникає у зв'язку з договірними або іншими правовідносинами".

4 Щодо відмінностей між медіацією та примиренням, див. також "A fair say - A Guide to Managing Differences in Mediation and Conciliation" (серпень 1999 р.), підготовлений Австралійською національною консультативною радою з альтернативного вирішення спорів (NADRAC), с. 1, доступно за посиланням < http://www.nadrac.gov.au/publications/PublicationsByDate/Pages/AFairSay.aspx > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

5 Цей принцип є загальновизнаним; порівняльний огляд визначень медіації, що використовуються в різних країнах, див. K.J. Hopt and F. Steffek (цит. праця, примітка 2), с. 12; див. також ст. 3 Директиви 2008-52/ЄС Європейського парламенту та Ради Європи 2008 року про деякі аспекти медіації в цивільних і комерційних справах OJ L 136, 24.5.2008 (далі -"Європейська директива щодо медіації"), доступна за посиланням < http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008L0052:EN:NOT > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

6 Але визначення примирення відрізняються, див., наприклад, Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру (див. вище примітку 3), ст. 1(1). 1(3).

Арбітраж

Медіацію та примирення можна відрізнити від арбітражу тим, що перші два процеси спрямовані на вироблення узгодженого рішення між сторонами, тоді як в арбітражі неупереджена третя сторона (арбітр) вирішує спір шляхом винесення рішення. Хоча сторони повинні погодитися на арбітраж і дотримуватися його результатів, арбітражний процес не спрямований на досягнення узгодженого результату.[7]

Рання нейтральна оцінка

Під час "ранньої нейтральної оцінки" сторони отримують експертну оцінку своєї правової ситуації, яка немає обов'язкової юридичної сили, після чого їм надається можливість провести переговори щодо узгодженого рішення.[8]

Колаборативне право (Collaborative law)

У моделі "колаборативного права" сторонам допомагають "колаборативні юристи", які використовують методи переговорів, що ґрунтуються на інтересах сторін, для вирішення спору без звернення до суду.[9] Якщо згоди не досягнуто і питання має бути вирішене в судовому порядку, колаборативні юристи позбавляються права продовжувати представляти інтереси сторін.

Право співпраці (Co-operative law)

Модель "права співпраці" слідує принципам моделі "колаборативного права", за винятком того, що представники не можуть бути відсторонені від представництва, коли справа має бути передана до суду.[10]

Пряма або непряма медіація

Використовуючи термін "пряма медіація", у Настановах мається на увазі медіація, в якій обидві сторони безпосередньо і одночасно беруть участь у медіаційних сесіях з медіатором, чи то в особистій зустріч з медіатором або дистанційній зустріч з використанням засобів відео/телеконференц зв'язку чи спілкування через Інтернет.[11]

---

7 Для більш детальної інформації про розмежування медіації та арбітражу див., зокрема, N. Alexander, International and Comparative Mediation, Austin - Boston - Chicago - New York - Netherlands, Wolters Kluwer, 2008, pp. 26, 27.

8 Детальніше див., зокрема, N. ver Steegh, "Family Court Reform and ADR: Shifting Values and Expectations Transform the Divorce Process", 42 Fam. LQ (2008-2009), 659, C. 663.

9 Там само, с. 667.

10 Там само, с. 668.

11 Див. «Note on the development of mediation, conciliation and similar means to facilitate agreed solutions in transfrontier family disputes concerning children especially in the context of the Hague Convention of 1980», підготовлену С. Вігерсом, колишнім співробітником з правових питань Постійного бюро, Підготовчий документ № 5 від жовтня 2006 року, підготовлений до уваги П'ятого засідання Спеціальної комісії з перегляду дії Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 25

На відміну від цього, термін "непряма медіація" стосується медіації, в якій сторони не зустрічаються безпосередньо одна з одною під час медіації, але кожна з них зустрічається з медіатором окремо. Окремі зустрічі з медіатором можуть відбуватися в двох різних державах або в одній державі, при цьому медіація може проходити в різний час або одночасно, але в різних приміщеннях.[12]

Звичайно, процес медіації може включати як непряму, так і пряму медіацію. Наприклад, пряма медіація може супроводжуватися або їй можуть передувати так звані "кокуси", коли медіатор зустрічається з кожною стороною окремо.

Присудова медіація

У цих Настановах термін "присудова медіація" використовується для позначення послуг медіації, які надаються самим судом або через нього. У цих схемах медіація пропонується або медіаторами, які працюють у суді, або суддями, які пройшли підготовку медіаторів, але, звісно, можуть бути "медіаторами" лише у справах, де вони не є суддями, призначено для розгляду справи. Місце проведення медіації часто знаходиться в самій будівлі суду.

Позасудова медіація

Термін "позасудова медіація" використовується у цих Настановах для позначення медіації, що здійснюється органом, який безпосередньо не пов'язаний із судом. Це можуть бути державні або схвалені державою органи, а також приватні особи та приватні організації медіації, які надають послуги медіації.[13]

Угода за результатами медіації

У цих Настановах використовується термін " Угода за результатами медіації ", коли йдеться про результат медіації, тобто узгоджене рішення, досягнуте сторонами в процесі медіації. Слід зазначити, що в деяких юрисдикціях для позначення безпосереднього результату медіації надається перевага терміну "меморандум про взаєморозуміння", щоб уникнути будь-яких припущень щодо правової природи результату медіації. (Більш детально див. Главу 12 нижче).

Щоб уникнути плутанини, слід зазначити, що в Настановах також використовується термін "договір про проведення медіації", який стосується договору між медіатором і

жовтня 1980 року (Гаага, 30 жовтня - 9 листопада 2006 року) (далі - "Записка про розвиток посередництва, примирення та інших подібних засобів", розміщена на веб-сайті Гаазької конференції за посиланням < www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей"), 4.1, с. 14.

12 Див. там само, 4.1, с. 15.

13 Для більш детальної інформації про судову та позасудову медіацію див. також " Дослідження із здійсненності транскордонної медіації в сімейних справах", підготовлене Постійним бюро, Попередній док. № 20 від березня 2007 року до уваги Ради з загальних питань та політики Конференції від квітня 2007 року (доступне на сайті < www.hcch.net > у розділі "Work in Progress", потім "General Affairs"), розділ 2.4, с. 6.

сторонами в спорі до початку медіації, в якому можуть бути визначені особливості процесу медіації, а також витрати та інші питання.[14]

Батьківська відповідальність

Згідно з визначенням Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року, термін "батьківська відповідальність" означає "повноваження, що випливають з батьківських чи будь-яких аналогічних відносин, які визначають права, обов'язки та представництво стосовно особи чи майна дитини батьків, опікунів або інших законних представників.[15] Іншими словами, "батьківська відповідальність" включає всі юридичні права та обов'язки, які батьки, опікуни або інші законні представники мають щодо дитини з метою її виховання та забезпечення її розвитку. Поняття "батьківська відповідальність" охоплює "права опіки", а також "права на контакт", але є набагато ширшим за ці два поняття. Коли йдеться про батьківські права та обов'язки в цілому, багато правових систем, а також регіональні та міжнародні документи сьогодні посилаються на термін "батьківська відповідальність". Це робиться для того, щоб подолати термінологічну зосередженість у цій галузі права на правах батьків і визнати рівну важливість батьківських обов'язків, а також прав і добробуту дітей.

Що стосується терміну "права доступу", то у Настановах надається перевага терміну "права контакту", який відображає дитиноцентричний підхід, відповідно до сучасної концепції "батьківської відповідальності"[16]. Термін "контакт" використовується в широкому сенсі і включає в себе різні способи, за допомогою яких батьки, які не мають опіки (а іноді й інші родичі або близькі друзі дитини), підтримують особисті стосунки з дитиною, чи то через періодичні відвідування або доступ, дистанційне спілкування або інші способи[17]17. У Настановах використовується термін "права опіки" відповідно до термінології Гаазької конвенції про запобігання та протидію викраденню дітей від 1980 року.

Покинуті батьки та батьки, які забрали дітей

Батьки, які стверджують, що їхні права на опіку були порушені внаслідок незаконного переміщення або утримання, у цих Настановах називаються "покинутими батьками" ("left-behind parent"). Відповідно до статті 3 Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року, переміщення або утримання вважається незаконним, якщо воно порушує права опіки про дитину, що належать будь-якій особі, установі або іншому органу, колективно або індивідуально, відповідно до законодавства держави, у якій дитина постійно мешкала до переміщення або утримування. У невеликій кількості випадків, що підпадають під дію Конвенції 1980 року, це особа, відмінна від батьків (бабуся, дідусь, вітчим чи мачуха або будь-яка інша споріднена чи неспоріднена особа), або установа чи

---

14 Див. розділ 3.5 нижче.

15 ст. 1(1) Конвенції 1996 року.

16 Це відповідає термінології, що використовується в Загальних принципах та Настановах з належної практики транскордонних контактів щодо дітей (Jordan Publishing, 2008), далі - "Настанови з належної практики транскордонних контактів" (також доступний на веб-сайті Гаазької конференції за адресою < www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей", а потім "Настанови з належної практики"), див. на с. xxvi.

17 Це відповідає термінології, що використовується в Настановах з належної практики транскордонних контактів (там само).

інший орган, чиї права на опіку над дитиною порушені незаконним переміщенням або утриманням її у себе. Щоб уникнути довгого опису у Настановах, якщо не зазначено інше, термін "покинуті батьки" означає будь-яку іншу особу або орган[18],чиї права опіки про дитину були порушені внаслідок незаконного відібрання або утримання дитини.

Той з батьків, який, як стверджується, незаконно перемістив дитину з місця її постійного проживання в іншу державу або незаконно утримує дитину в іншій державі, у цих Настановах називатиметься "той з батьків, який забрав дитину" ("taking parent"). Паралельно з використанням терміну "покинуті батьки", якщо не зазначено інше, посилання в цих Настановах на термін "батьки, які забрали дитину" означає будь-яку особу, установу або інший орган[19], які, як стверджується, незаконно перемістили або утримують дитину в іншій державі.

Домашнє насильство та жорстоке поводження з дітьми

Термін "домашнє насильство", залежно від визначення, що використовується, може охоплювати багато різних аспектів жорстокого поводження в сім'ї. Насильство може бути фізичним або психологічним; воно може бути спрямоване на дитину ("жорстоке поводження з дітьми") та/або на партнера (іноді його називають "подружнє насильство") та/або на інших членів сім'ї.

У цих Нстановах термін "домашнє насильство", якщо не зазначено інше, вживається у широкому розумінні, описаному вище. Що стосується домашнього насильства щодо дитини, Настанови розрізняють непряме та пряме насильство. Перше - це домашнє насильство по відношенню до одного з батьків або інших членів сім'ї, яке впливає на дитину, а друге – це домашнє насильство по відношенню до дитини. У цих Настановах лише останнє буде називатися "жорстоке поводження з дитиною"[20].

---

18 Звичайно, якщо йдеться про установу чи інший орган, питання медіації може не виникати, або ж воно може суттєво відрізнятися від медіації між фізичними особами, якщо виникає.

19 Звичайно, якщо йдеться про установу чи інший орган, питання медіації може не виникати, або ж воно може суттєво відрізнятися від медіації між фізичними особами, якщо виникає.

20 Див. розділ 10 про домашнє насильство.

Цілі та сфера застосування

Ці Настанови пропонують найкращі практики медіації та інших процесів, спрямованих на узгоджене вирішення міжнародних сімейних спорів щодо дітей, які підпадають під дію Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 25 жовтня 1980 року (далі - "Гаазька конвенція про викрадення дітей 1980 року" або "Конвенція 1980 року"). Як і інші сучасні Гаазькі сімейні конвенції, Гаазька конвенція про викрадення дітей 1980 року заохочує мирне вирішення сімейних спорів. Стаття 7 Конвенції 1980 року зазначає, що центральні органи влади "вживають усіх необхідних заходів (...) для забезпечення добровільного повернення дитини або досягнення дружнього вирішення питань". Остання з сучасних Гаазьких сімейних конвенцій прямо згадує про використання медіації, примирення та подібних методів.[21]

Серед різних засобів мирного врегулювання спорів ці Настанови насамперед розглядає "медіацію" як один із найбільш поширених методів альтернативного вирішення спорів у сімейному праві. Однак у цих Настановах також згадуються приклади належної практики щодо інших процесів, які сприяють досягненню узгоджених рішень, наприклад, примирення. Цим іншим методам присвячено окрему главу[22], в якій належну увагу приділено їхній специфіці. Однак деякі з позитивних практик медіації, які пропонуються в цих Настановах, можуть бути застосовані або адаптовані до низки інших процесів.

Висвітлюючи особливості мирного врегулювання спорів у контексті викрадень дітей та спорів щодо доступу/контактів відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року, ці Настанови окреслюють принципи та найкращі практики, які, як ми сподіваємося, будуть корисними у використанні медіації та подібних процесів у транскордонних сімейних спорах загалом.

Таким чином, Настанови мають на меті допомогти державам-учасницям Конвенції 1980 року, а також державам-учасницям інших Гаазьких конвенцій, які сприяють використанню медіації, примирення або подібних засобів для сприяння досягненню узгоджених рішень у міжнародних сімейних спорах. До таких конвенцій належать Гаазька конвенція про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей 1 жовтня 1996 року (далі - "Гаазька конвенція про захист дітей 1996 року" або "Конвенція 1996 року"), Гаазька конвенція про міжнародний захист дорослих 13 січня 2000 року та Гаазька конвенція 23 листопада 2007 року про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання. Крім того, ці Настанови покликані допомогти державам, які не є Сторонами Гаазьких конвенцій, але розглядають питання про те, як найкраще розвивати ефективні структури для сприяння транскордонній медіації в міжнародних сімейних спорах. Настанови адресовані урядам і Центральним органам, призначеним відповідно до Конвенції 1980 року та інших відповідних Гаазьких

---

21 Див. ст. 31 b) Гаазької конвенції про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей; ст. 31 Гаазької конвенції про міжнародний захист повнолітніх 13 січня 2000 року; та статті 6(2) d), 34(2) i) Гаазької конвенції про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання 23 листопада 2007 року.

22 Розділ 15.

конвенцій, а також суддям, адвокатам, медіаторам, сторонам транскордонних сімейних спорів та іншим зацікавленим особам

Ці Настанови є п'ятими Настановами з належної практики, розроблені на підтримку практичного застосування Гаазької конвенції про запобігання та протидію викраденню дітей 1980 року. Чотири раніше опубліковані Настанови є наступними: Частина I - Практика Центральних органів; Частина II - Заходи з імплементації; Частина III - Превентивні заходи; і Частина IV – Правозастосування[23].

Крім того, Загальні принципи та Настанови з належної практики щодо транскордонних контактів з дітьми[24] стосуються як Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року, так і Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року.

Ніщо в цих Настановах не може тлумачитися як обов'язкове для держав-учасниць Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року або інших Гаазьких сімейних конвенцій. Загальні принципи, викладені в цих Настановах, мають рекомендаційний характер.

Усім державам-учасницям, зокрема Центральним органам, призначеним відповідно до Гаазької конвенції про запобігання та протидію викраденню дітей 1980 року, рекомендується переглянути власну практику і, де це доречно і можливо, вдосконалити її. Як для вже існуючих, так і для нових Центральних органів імплементація Конвенції 1980 року повинна розглядатися як безперервний, прогресивний або поступовий процес, що постійно прагне до вдосконалення.

Постійне бюро хотіло б подякувати багатьом експертам, включаючи експертів з неурядових організацій, чия мудрість і досвід сприяли створенню Настанов[25]. Особлива

---

23 Настанови з належної практики відповідно до Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 25 жовтня 1980 року, частина I - Практика центральних органів (Jordan Publishing, 2003), далі - "Настанови з належної практики щодо практики Центральних органів"; Настанови з належної практики відповідно до Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 25 жовтня 1980 року, частина II - Імплементаційні заходи (Jordan Publishing, 2003); Настанови з належної практики відповідно до Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 25 жовтня 1980 року, частина III - Превентивні заходи (Jordan Publishing, 2005), далі - "Настанови з належної практики щодо превентивних заходів"; Настанови з належної практики відповідно до Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей, частина IV - Правозастосування (Jordan Publishing, 2010), далі - "Настанови з належної практики з питань застосування ". Настанои з належної практики також доступні на веб-сайті Гаазької конференції за адресою < www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей", а потім "Настанови з належної практики".

24 Цит. праця, примітка 16.

25 До складу групи експертів, які допомагали у підготовці цих Настанов, входили такі особи: пані Гледіс Альварес (Аргентина), високоповажний суддя Пітер Ф. Бошієр (Нова Зеландія), пані Чілгія Карач (Швейцарія), пан Еберхард Карл (Німеччина), пані Деніз Картер (Сполучене Королівство), пані Сандра Фенн (Сполучене Королівство), пані Лоррейн Філіон (Канада), пані Даніела Ганансія (Франція), пані Барбара Гейз (Бельгія), пані Анкеара Калі (Франція), пані Робін Де Ланге-Тегелаар (Нідерланди), суддя Вілні Магно де Азеведо Сілва (Бразилія), пані Ліза Паркінсон (Сполучене Королівство), пан Крістоф К. Пауль (Німеччина), пані Тоні Пірані (Австралія), пані Ельс Прінс (Нідерланди), пані Кетлін С. Рукман (Сполучені Штати Америки), пан Крейг Т. Шнайдер (Південна Африка), пані Андреа Шульц (Німеччина), пан Перец Сегал (Ізраїль), пані Сара Вігерс (Сполучене Королівство), пані Ліза Фогель (Сполучені Штати Америки) та пані Дженніфер Х. Завід (Сполучені Штати Америки).

подяка висловлюється Джуліані Хірш, колишньому старшому юрисконсульту Постійного бюро, яка виконала основну роботу над цими Настановами, та Сарі Вігерс, колишньому юрисконсульту Постійного бюро, яка у 2006 році підготувала порівняльне дослідження з питань розвитку медіації, примирення та інших подібних засобів у контексті Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року, яка стала основою для написання цих настанов.

Вступ

A. Попередня робота Гаазької конференції з міжнародної медіації в сімейних справах та подібних процесів для досягнення узгоджених рішень

1 Робота Гаазької конференції протягом останніх десятиліть відображає зростаюче значення медіації та інших методів досягнення узгоджених рішень у міжнародному сімейному праві. Більшість сучасних Гаазьких сімейних конвенцій прямо заохочують медіацію та подібні процеси для пошуку належних рішень транскордонних сімейних спорів. Кілька настанов з належної практики, розроблених для підтримки ефективного впровадження та функціонування Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року, звертають увагу на важливість сприяння досягненню узгоджених рішень[26].

2 У той же час, медіація в транскордонних сімейних спорах в цілому вже багато років обговорюється як одна з тем майбутньої роботи Гаазької конференції. У квітні 2006 року держави-члени Гаазької конференції уповноважили Постійне бюро Гаазької конференції:

> "підготувати дослідження із здійсненності транскордонної медіації в сімейних справах, включаючи можливе розроблення правового інструменту у цій сфері"[27].

3 Дослідження із здійсненності транскордонної медіації в сімейних справах[28], в якому досліджуються можливі напрямки майбутньої роботи Гаазької конференції у сфері транскордонної медіації в сімейних справах, було представлено Раді з загальних питань і політики Конференції (далі - "Рада") у квітні 2007 року. Рада вирішила запросити членів Гаазької конференції для:

> "надання коментарю до кінця 2007 року щодо дослідження із здійсненності транскордонної медіації в сімейних справах (...) з метою подальшого обговорення цієї теми на весняному засіданні Ради у 2008 році".[29]

4 У квітні 2008 року Рада:

> "запропонувала Постійному бюро продовжувати стежити за розвитком транскордонної медіації в сімейних справах та інформувати членів про нього".[30]

---

26 Див. наприклад, Настанови з належної практики щодо транскордонних контактів (цит. праця, примітка 16), глава 2, с. 6 і далі; Настанови з належної практики центральних органів влади (цит. праця, примітка 23), розділ 4.12, Добровільне повернення, с. 49 і далі; Настанови з належної практики щодо превентивних заходів (цит. праця, примітка 23), розділ 2.1.1, Добровільна угода та посередництво, с. 15-16.

27 Висновки Спеціальної комісії 3-5 квітня 2006 року з загальних питань та політики Конференції (доступні за посиланням < www.hcch.net > у розділі "Поточна робота", потім "Загальні питання"), Рекомендація № 3.

28 Цит. праця, примітка 13.

29 Рекомендації та висновки, прийняті Радою з загальних питань та політики Конференції (2-4 квітня 2007 року) (доступні на сайті < www.hcch.net > в розділі "Робота в процесі", потім "Загальні питання"), Рекомендація № 3.

30 Висновки та рекомендації, прийняті Радою з загальних питань та політики Конференції (1-3 квітня 2008 р.) (доступні на сайті < www.hcch.net > у розділі "Work in progress", потім "General Affairs"), п. 1, 3-й абзац (Транскордонна медіація у сімейних справах).

5 Крім того, Постійному бюро було запропоновано, в якості першого кроку, розпочати роботу над цим питанням:

> "Настанови з належної практики застосування медіації в контексті Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 25 жовтня 1980 року (...), який має бути представлений на розгляд на наступному засіданні Спеціальної комісії з розгляду практичного застосування цієї Конвенції (...) у 2011 році".[31]

6 У своїх Висновках і рекомендаціях засідання Ради 2009 року підтвердило це рішення:

> "Рада підтвердила своє рішення, прийняте на засіданні у квітні 2008 року щодо транскордонної медіації в сімейних справах. Вона схвалила пропозицію Постійного бюро про те, щоб Настанови з належної практики медіації в контексті Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей від 25 жовтня 1980 року було представлено для консультацій з членами Ради до початку 2010 року, а потім для затвердження Спеціальною комісією з розгляду практичного застосування Конвенції про викрадення дітей 1980 року та Гаазької конвенції про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей від 1 жовтня 2011 року на її наступному засіданні у 2011 році.[32]

7 Слід зазначити, що дискусія щодо використання медіації та подібних засобів у контексті Гаазької конвенції про запобігання та протидію викраденню дітей 1980 року також має багаторічну історію. Ця тема розглядалася на низці засідань Спеціальної комісії з розгляду практичного застосування Конвенції 1980 року. У жовтні 2006 року Постійне бюро опублікувало порівняльне дослідження[33] присвячене схемам медіації в контексті Конвенції 1980 року, для обговорення на Спеціальній комісії з розгляду практичної дії Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та імплементації Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року (жовтень/листопад 2006 року).

8 На засіданні Спеціальної комісії 2006 року було підтверджено Рекомендації № 1.10 та 1.11, прийняті на засіданні Спеціальної комісії 2001 року:

> "1.10 Договірні держави повинні заохочувати добровільне повернення, де це можливо. Пропонується, щоб Центральні органи на практиці прагнули досягти добровільного повернення, як це передбачено статтею 7(2)(c) Конвенції (1980), коли це можливо і доцільно, шляхом надання відповідних інструкцій залученим юридичним преставникам, як державним адвокатам, так і приватним юристам, або шляхом перенаправлення сторін до спеціалізованої організації, яка надає відповідні послуги посередництва. Визнається також роль, яку відіграють суди в цьому відношенні.
>
> 1.11 Заходи, що вживаються для сприяння добровільному поверненню дитини або для дружнього вирішення питань, не повинні призводити до невиправданої затримки у процедурі повернення".[34]

---

31 Там само.

32 Висновки та рекомендації, прийняті Радою з загальних питань та політики Конференції (31 березня - 2 квітня 2009 р.) (доступні на сайті < www.hcch.net > у розділі "Робота в процесі", потім "Загальні питання"), с. 1-2 (Транскордонна медіація у сімейних справах).

33 S. Vigers, Note on the development of mediation, conciliation and similar means (цит. праця, примітка 11).

34 Висновки та рекомендації Четвертого засідання Спеціальної комісії з розгляду виконання Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 25 жовтня 1980 року (22-28

9 Щодо самої медіації, то Спеціальна комісія 2006 року зробила висновок:

"1.3.2 Спеціальна комісія вітає медіаційні ініціативи та проекти, які здійснюються в Договірних державах у контексті Гаазької конвенції 1980 року, багато з яких описані в Попередньому документі № 5 (Записка про розвиток медіації, примирення та інших подібних засобів).

1.3.3 Спеціальна комісія пропонує Постійному бюро продовжувати інформувати держави про розвиток медіації в транскордонних спорах, що стосуються контактів і викрадень. Спеціальна комісія відзначає, що Постійне бюро продовжує свою роботу над більш загальним дослідженням доцільності транскордонної медіації в сімейних справах, включаючи можливу розробку правого інструменту з цього питання, як це було доручено Спеціальною комісією з загальних питань і політики у квітні 2006 року "[35].

10 Робота над Настановами з належної практики медіації відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року розпочалася у 2009 році. Групу незалежних експертів[36] з різних Договірних держав запросили надати допомогу в підготовці Настанов. Проект Настанов[37] був розісланий державам-учасницям Конвенції 1980 року та членам Гаазької конференції напередодні Частини I Шостого засідання Спеціальної комісії з питань практичного застосування Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року. Спеціальна комісія "вітає проект Настанов з належної практики медіації відповідно до Конвенції 1980 року" і просила Постійне бюро "внести зміни до Настанов у світлі обговорень у Спеціальній комісії, беручи до уваги також поради експертів" і розповсюдити переглянуту версію серед країн-членів і Договірних держав для остаточних консультацій.[38] Переглянута версія Настанов з належної практики була розісланий членам Гаазької конференції та державам-учасницям Конвенції 1980 року в травні 2012 року для отримання останніх коментарів, які згодом були враховані.

11 Відповідно до Рекомендації Шостого засідання Спеціальної комісії з питань практичного застосування Конвенцій 1980 та 1996 років, яка досить детально

березня 2001 року), квітень 2001 року, підтверджено у Висновках та рекомендаціях П'ятого засідання Спеціальної комісії з розгляду виконання Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 25 жовтня 1980 року та практичного виконання Гаазької конвенції про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, правозастосування та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей 1 жовтня 1991 року (30 жовтня - 9 листопада 2006 року), листопад 2006 року, Рекомендація № 1.3.1; обидва тексти доступні на < www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей".

35 Висновки та рекомендації п'ятого засідання Спеціальної комісії (там само).

36 Список членів групи незалежних експертів, які допомагали у підготовці Настанов, див. у примітці 25 вище.

37 "Проект Настанови з належної практики відповідно до Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей від 25 жовтня 1980 року - Частина V - Медіація", підготовлений Постійним бюро, Попередній документ № 5 від травня 2011 року для уваги Спеціальної комісії від червня 2011 року з питань практичного застосування Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року (доступний на сайті < www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей").

38 Висновки та рекомендації, прийняті в рамках Частини I Шостого засідання Спеціальної комісії з питань практичного виконання Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року (1-10 червня 2011 року) (доступні на сайті < www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей"), Рекомендація № 58.

обговорила проблему транскордонного виконання угод, укладених за допомогою медіації, Рада 2012 року доручила Гаазькій конференції

> "створити групу експертів для проведення подальших досліджень щодо транскордонного визнання та виконання угод, досягнутих у ході міжнародних спорів щодо дітей, у тому числі за допомогою медіації, беручи до уваги імплементацію та використання Конвенції 1996 року",

що вказує на те, що

> "така робота повинна включати визначення характеру та обсягу правових і практичних проблем, включаючи питання юрисдикції, а також оцінку переваг нового інструменту, як обов'язкового, так і необов'язкового до виконання, у цій сфері".[39]

12 Крім того, слід звернути увагу на діяльність Гаазької конференції з просування медіації та розвитку структур медіації у транскордонних сімейних спорах у контексті Мальтійського процесу.

13 Мальтійський процес - діалог між суддями та вищими державними посадовцями з деяких "держав-учасниць Гаазької конвенції" та деяких "держав, що не є учасницями конвенції", чиє законодавство базується на законах шаріату або зазнало впливу шаріату, спрямований на пошук рішень транскордонних спорів щодо опіки над дітьми, контактів з ними та їх викрадення, які є особливо складними через незастосовність відповідної міжнародної нормативно-правової бази. Для досягнення прогресу в цьому питанні на Мальті було проведено три конференції - у 2004, 2006 і 2009 роках.

14 За рекомендацією Третьої Мальтійської конференції[40], Рада у 2009 році в контексті Мальтійського процесу ухвалила рішення про створення

> "Робочої групи для сприяння розвитку медіаційних структур для вирішення транскордонних спорів, що стосуються опіки над дітьми або контактів з ними. Робоча група складатиметься з експертів з низки держав, що беруть участь у Мальтійському процесі, включаючи як держави-учасниці Конвенції про викрадення дітей 1980 року, так і держави, що не є її учасницями "[41].

15 Робоча група була створена в червні 2009 року і складається з невеликої кількості незалежних експертів з медіації, а також експертів з Австралії, Канади, Єгипту, Франції, Німеччини, Індії, Йорданії, Малайзії, Марокко, Пакистану, Сполученого Королівства та Сполучених Штатів Америки. Останній список включає як договірні, так і не договірні держави Гаазької конвенції про запобігання та протидію викраденню дітей 1980 року. Робоча група провела два селекторних засідання 30 липня та 29 жовтня 2009 року, а також одну особисту зустріч з 11 по 13 травня 2010 року в Оттаві (Канада). Під час підготовки до телефонних конференцій Робочої групи

---

39 Висновки та рекомендації, прийняті Радою з загальних питань та політики Конференції (17-20 квітня 2012 доступні на сайті < www.hcch.net > у розділі "Work in progress", потім "General Affairs"), Рекомендація № 7.

40 Для отримання додаткової інформації про Мальтійський процес і Мальтійські конференції див. Мальтійські декларації (доступні за посиланням < www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей"); див. також Інформаційний бюлетень суддів з питань міжнародного захисту дітей, том XVI (весна 2010 року) про Третю Мальтійську суддівську конференцію з питань транскордонного сімейного права (23-26 березня 2009 року) (доступний на < www.hcch.net > у розділі "Публікації").

41 Висновки та рекомендації, ухвалені Радою 2009 року (цит. праця, примітка 32), с. 2.

було розповсюджено два опитувальники, один щодо існуючих структур медіації, а другий - щодо забезпечення виконання угод, укладених за допомогою медіації, відповіді на які опубліковані на веб-сайті Гаазької конференції.[42] Після другої телефонної конференції було розроблено проект Принципів створення медіаційних стрктур, який потім було обговорено та доопрацьовано Робочою групою під час особистої зустрічі в Оттаві. Принципи були остаточно доопрацьовані восени 2010 року разом з Пояснювальною запискою, обидва документи доступні на веб-сайті Гаазької конференції англійською, французькою та арабською мовами.[43]

16 На початку 2011 року деякі держави розпочали імплементацію Принципів у своїх юрисдикціях і призначили Центральний контактний пункт для міжнародної сімейної медіації.[44] У квітні 2011 року Рада "привітала Принципи створення медіаційних структур в контексті Мальтійського процесу (...) і погодилася з тим, що Принципи повинні бути представлені для обговорення на шостому засіданні Спеціальної комісії".[45] У той же час Рада доручила Робочій групі продовжити роботу над створенням медіаційних структур в контексті Мальтійського процесу.[46]

17 На своєму засіданні в червні 2011 року Спеціальна комісія з питань практичного застосування Гаазьких конвенцій 1980 і 1996 років відзначила "зусилля, що вже докладаються в деяких державах для створення Центрального контактного пункту відповідно до Принципів" і закликала держави "розглянути питання про створення такого Центрального контактного пункту або призначення свого Центрального органу таким пунктом".[47]

18 Подальші кроки щодо впровадження Принципів ефективного створення медіаційних структур для вирішення транскордонних сімейних спорів були обговорені Робочою групою на очному засіданні в Гаазі 16 квітня 2012 року і представлені у звіті Раді 2012 року. Рада привітала звіт та "окреслені напрямки майбутньої роботи" і "погодилася з тим, що Робоча група продовжить свою роботу над впровадженням медіаційних структур, очікуючи, що наступний звіт про діяльність буде представлений Раді у 2013 році".[48]

---

42 На сайті < www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей", потім "Транскордонна сімейна медіація" ("Анкета I" та "Анкета II").

43 "Принципи створення медіаційних структур в контексті Мальтійського процесу", розроблені Робочою групою з медіації в контексті Мальтійського процесу за сприяння Постійного бюро, листопад 2010 року (далі - "Принципи створення структур медіації"), відтворені в Додатку 1 нижче (також доступні на сайті <www.hcch.net > в розділі "Викрадення дітей", потім "Транскордонна медіація в сімейних справах").

44 До таких держав належать Австралія, Франція, Німеччина, Пакистан і Сполучені Штати Америки. Додаткову інформацію про Центральні контактні пункти можна знайти на сайті < www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей", а потім "Транскордонна сімейна медіація".

45 Висновки та рекомендації, прийняті Радою з загальних питань та політики Конференції (5-7 квітня 2011 р.) (доступні на сайті < www.hcch.net > у розділі "Робота в процесі", потім "Загальні питання"), Рекомендація № 8.

46 Там само.

47 Див. Висновки та рекомендації частини I Шостого засідання Спеціальної комісії (цит. праця, примітка 38), Рекомендація № 61.

48 Висновки та рекомендації, ухвалені Радою 2012 року (цит. праця, примітка 39), Рекомендація № 9.

B. Робота інших органів

19 Медіація та інші засоби альтернативного вирішення спорів також підтримуються іншими багатосторонніми інструментами та ініціативами.

20 Прикладом регіонального правового інструменту, що заохочує використання медіації та подібних процесів, є Європейська конвенція про здійснення прав дітей, підготовлена Радою Європи та прийнята 25 січня 1996 року.[49]

21 Іншим прикладом є Регламент Ради (ЄС) № 2201/2003 від 27 листопада 2003 року про юрисдикцію, визнання та виконання судових рішень у сімейних справах та питаннях батьківської відповідальності, який скасовує Регламент (ЄС) № 1347/2000 (далі - "Брюссельський регламент IIa").[50]

22 Водночас дедалі ширше застосування медіації в національному та міжнародному комерційному і цивільному праві спонукало до низки міжнародних і регіональних ініціатив з розробки правил і мінімальних стандартів для самого процесу медіації.[51]

23 21 січня 1998 року Рада Європи прийняла Рекомендацію № R (98) 1 про сімейну медіацію[52], яка заохочує держави запроваджувати та підтримувати сімейну медіацію або зміцнювати існуючі інститути сімейної медіації, водночас вимагаючи дотримання принципів для забезпечення якості медіації та захисту вразливих осіб, залучених до неї. Принципи стосуються як національної сімейної медіації, так і міжнародної сімейної медіації.

---

49 Рада Європи - ETS-No 160, доступно за посиланням < http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/160.htm > (останній раз переглянуто 16 червня 2012 року), ст. 13 (Медіація або інші способи вирішення спорів):

> "З метою запобігання або врегулювання спорів чи уникнення розгляду справ у судовому органі, які стосуються дітей, Сторони заохочують застосування медіації або інших процесів для вирішення спорів, а також використання таких процесів для досягнення згоди у відповідних випадках, які визначаються Сторонами".

50 Брюссельський Регламент IIa, Преамбула, п. 25:

> "Центральні органи повинні співпрацювати як у загальних питаннях, так і в конкретних справах, у тому числі з метою сприяння мирному вирішенню сімейних спорів, у питаннях батьківської відповідальності. З цією метою Центральні органи повинні брати участь у Європейській судовій мережі з цивільних і комерційних справ, створеній Рішенням Ради 2001/470/ЄС від 28 травня 2001 року про заснування Європейської судової мережі з цивільних і комерційних справ".

Див. також ст. 55 e):

> "Центральні органи на запит центрального органу іншої держави-члена або особи, яка має батьківську відповідальність, співпрацюють у конкретних випадках для досягнення цілей цього Регламенту. З цією метою вони повинні, діючи безпосередньо або через органи державної влади чи інші органи, вжити всіх необхідних заходів відповідно до законодавства цієї держави-члена в питаннях захисту персональних даних, щоб: (...) e) сприяти досягненню згоди між особами, які мають батьківську відповідальність, за допомогою медіації або інших засобів, а також сприяти транскордонному співробітництву з цією метою".

51 Багато з цих регіональних та міжнародних інструментів зосереджені на альтернативному вирішенні спорів у комерційних справах, див., наприклад, Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру (див. вище, примітка 3) та Погоджувальний регламент ЮНСІТРАЛ, прийнятий у 1980 році, доступний за посиланням < http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-e.pdf > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

52 Рекомендація № R (98) 1 Комітету Міністрів державам-членам щодо сімейної медіації, прийнята Комітетом Міністрів 21 січня 1998 року, доступна за посиланням < https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1153972&SecMode=1&DocId=450792&Usage=2 > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

24 18 вересня 2002 року Рада Європи прийняла Рекомендацію Rec (2002)10 про медіацію в цивільних справах[53], яка є ширшою за обсягом і описує додаткові принципи, важливі для просування медіації у відповідальний спосіб.

25 У 2001 році Національна конференція уповноважених з уніфікованого законодавства штатів США розробила Єдиний закон про медіацію[54] як модельний закон, покликаний сприяти ефективному використанню медіації та забезпечити юридичну таємницю для всіх комунікацій, що здійснюються за допомогою медіації. Кілька штатів США, тим часом запровадили ці правила у своїй юрисдикції[55]. У 2005 році Американська арбітражна асоціація, Секція вирішення спорів Американської асоціації юристів та Асоціація для вирішення конфліктів ухвалила "Типові стандарти поведінки медіаторів", переглянувши стару версію стандартів 1994 року.[56] Типові стандарти призначені для надання рекомендацій медіаторам, а також слугують для інформування сторін медіації та сприяння підвищенню довіри громадськості до медіації.[57]

26 За сприяння Європейської Комісії група зацікавлених сторін розробила "Європейський кодекс поведінки медіаторів"[58], який було оприлюднено 2 липня 2004 року. Європейський кодекс поведінки встановлює низку принципів, яких можуть дотримуватися окремі медіатори в цивільних та комерційних справах на добровільній основі та під власну відповідальність.

27 21 травня 2008 року Європейський Парламент та Рада Європейського Союзу ухвалили Європейську Директиву про деякі аспекти медіації у цивільних та комерційних справах[59]. Відповідно до статті 12 Директиви, держави-члени ЄС були зобов'язані "ввести в дію закони, підзаконні акти та адміністративні положення, необхідні для виконання цієї Директиви, до 21 травня 2011 року, за винятком статті 10, для якої датою набрання чинності є 21 листопада 2010 року (...)"[60]. У цьому контексті слід згадати ще одну ініціативу Європейського Союзу: на міністерському семінарі, організованому бельгійським головуванням в Європейському Союзі 14 жовтня 2010 року, в рамках Європейської судової мережі з цивільних і комерційних

---

53 Рекомендація Rec (2002) 10 Комітету міністрів державам-членам щодо медіації в цивільних справах, прийнята Комітетом міністрів 18 вересня 2002 року, доступна за посиланням < https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=306401&Site=CM > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

54 Текст Єдиного закону про медіацію (далі - "Єдиний закон США про медіацію") у редакції від серпня 2003 року доступний на веб-сайті Комісії з уніфікованого законодавства за адресою <http://www.uniformlaws.org >.

55 Див. інформацію на веб-сайті Комісії з уніфікованого права за адресою < http://www.uniformlaws.org >.

56 Текст Типових стандартів поведінки медіаторів (далі - "Стандарти поведінки США") доступний за посиланням < http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

57 Преамбула Стандартів поведінки США, там само.

58 Доступно за посиланням < http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm > (останній раз переглянуто 16 червня 2012 року).

59 Європейська директива про медіацію (див. вище, примітка 5).

60 Щодо заходів, вжитих державами-членами Європейського Союзу на виконання Директиви, див. Європейський судовий атлас за адресою < http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_en.htm> у розділі "Медіація (Директива 2008/52/ЄС)" (останній перегляд 16 червня 2012 року).

справ[61] була створена робоча група з питань сімейної медіації у справах про міжнародне викрадення дітей з метою узагальнення різних пов'язаних з цим ініціатив і напрацювань, а також для того, щоб запропонувати шляхи просування і вдосконалення використання медіації в цій справі.

28 Крім того, кілька двосторонніх угод, розроблених для вирішення транскордонних сімейних спорів щодо дітей, сприяють мирному вирішенню цих спорів.[62]

C. Структура настанов

29 Принципи та найкращі практики в цих Настановах розглядаються в наступному порядку:

- У Главі 1 подано загальний огляд переваг та ризиків використання медіації в міжнародних сімейних спорах.
- У Розділі 2 досліджуються специфічні виклики, що постають перед медіацією у справах про міжнародне викрадення дітей в рамках Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року.
- Розділ 3 присвячений питанню спеціальної кваліфікації, необхідної для медіації у справах про міжнародне викрадення дітей.
- У розділах 4-13 у хронологічному порядку розглядається процес медіації у справах про міжнародне викрадення дітей - від питань доступу до медіації до результатів медіації та її правових наслідків.
- Останні розділи присвячені використанню медіації для запобігання викраденню дітей (Розділ 14), використанню інших альтернативних механізмів вирішення спорів для досягнення узгоджених рішень у справах про міжнародне викрадення дітей (Розділ 15) і, нарешті, спеціальним питанням щодо використання медіації у справах, які не підпадають під дію Конвенції (Розділ 16).

---

61 Додаткову інформацію про Європейську судову мережу у цивільних та комерційних справах можна знайти на веб-сайті Європейської Комісії за адресою < http://ec.europa.eu/civiljustice/index_en.htm >.

62 Див. наприклад, ст. 6 "Угоди між Урядом Австралії та Урядом Арабської Республіки Єгипет про співробітництво в галузі захисту добробуту дітей", Каїр, 22 жовтня 2000 р.; ст. 2 'Convention entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens', Алжир, 21 липня 1988; ст..2 'Protocole d'accord instituant une commission consultative belgo-marocaine en matière civile Бельгії та Марокко", Рабат, квітень 1981 р.; тексти всіх цих двосторонніх угод доступні на сайті < www.incadat.com > у розділі "Правові інструменти", потім "Двосторонні угоди".

D. Контекст - Деякі типові випадки

30 Деякі типові фактичні ситуації можуть проілюструвати корисність медіації в міжнародних сімейних спорах щодо дітей відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року.

a У контексті міжнародного викрадення дітей медіація між покинутими батьками та батьками, які забрали дітей, може сприяти добровільному поверненню дитини або досягненню іншого узгодженого результату. Медіація також може сприяти отриманню рішенню про повернення дитини за згодою сторін або іншому врегулюванню в суді.

b Медіація також може бути корисною, коли у випадку міжнародного викрадення дитини той з батьків, хто є покинутим, в принципі, готовий погодитися на зміну місця проживання дитини за умови, що його/її права на контакт дитиною будуть достатньою мірою забезпечені. У цьому випадку узгоджене рішення допоможе уникнути повернення дитини до держави її постійного проживання до вирішення питання про зміну місця проживання дитини.

c Під час розгляду справ про повернення відповідно до Гаазької процедури медіація може використовуватися для створення менш конфліктної атмосфери та полегшення контакту між покинутими батьками і дитиною під час розгляду справи.[63]

d Після винесення рішення про повернення медіація між батьками може сприяти швидкому та безпечному поверненню дитини.[64]

e На дуже ранній стадії сімейного конфлікту, що стосується дітей, медіація може допомогти запобігти викраденню. Якщо стосунки між батьками погіршуються і один з них хоче виїхати з країни разом з дитиною, медіація може допомогти батькам розглянути питання переїзду та його альтернативи, а також допомогти їм знайти узгоджене рішення.[65]

---

63 Ця тема також висвітлена в Настановах з належної практики транскордонних контактів (цит. праця, примітка 16).

64 Ця тема також висвітлена в Настановах з належної практики правозастосування (цит. праця, примітка 23).

65 Ця тема також висвітлена в Настановах з належної практики превентивних заходів (цит. праця, примітка 23).

Настанови

1 Загальна важливість сприяння укладанню угод у транскордонних сімейних спорах щодо опіки та контактів

31 У багатьох країнах світу медіація та подібні процеси, що сприяють дружньому вирішенню спорів у сімейному праві, дедалі ширше застосовуються. Водночас дедалі більше держав надають сторонам більшу автономію у вирішенні сімейних спорів, захищаючи при цьому права третіх осіб, зокрема дітей.

1.1 Переваги узгоджених рішень

➡ **Необхідно вжити всіх належних заходів, щоб заохотити сторони транскордонного сімейного спору щодо дітей знайти узгоджене рішення їхнього спору.**

32 Заохочення врегулювання спорів за допомогою домовленості виявилося особливо корисним у сімейних спорах, що стосуються дітей, де сторонам конфлікту, як правило, потрібно співпрацювати одна з одною на постійній основі. Таким чином, у спорах, що виникають внаслідок розлучення батьків, узгоджене рішення може бути особливо корисним для забезпечення "права дитини підтримувати на регулярній основі (...) особисті стосунки та прямі контакти з обома батьками", що гарантується Конвенцією Організації Об'єднаних Націй про права дитини (КПД ООН).[66]

33 Узгоджені рішення є більш стійкими, оскільки вони з більшою ймовірністю будуть дотримуватися сторонами. Водночас, "вони встановлюють менш конфліктні рамки для здійснення опіки та контактів, а отже, відповідають інтересам дитини".[67] Крім того, вважається, що узгоджені рішення є більш задовільними для сторін; кожна з них може вплинути на результат і долучитися до пошуку рішення, яке вважатиметься "справедливим" для обох сторін. Вирішення спорів шляхом домовленості дозволяє уникнути сприйняття результату як "перемоги" однієї сторони та "поразки" іншої. На противагу цьому, судові розгляди щодо питань опіки та контактів можуть погіршити стосунки між батьками, та призвести до моральних страждань дітей.[68]

---

66 Конвенція ООН про права дитини від 20 листопада 1989 року, див. ст. 10(2), текст доступний за посиланням < http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

67 У. Дункан, "Транскордонний доступ/контакт і Гаазька конвенція від 25 жовтня 1980 року про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей - остаточний звіт", Попередній документ № 5 від липня 2002 року, підготовлений для уваги Спеціальної комісії у вересні/жовтні 2002 року (доступний на сайті <www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей"), п. 89; див. також Настанови з належної практики щодо транскордонних контактів (цит. праця, примітка 16), розділ 2.1, с. 6.

68 Наприклад, для Німеччини див. висновки оціночного звіту про порівняння медіації та судового розгляду в національних сімейних спорах щодо опіки та контактів, підготовленого на замовлення Федерального міністерства юстиції Німеччини, підготовленого Р. Грегером, "Mediation und Gerichtsverfahren in Sorge- und Umgangsrechtskonflikten", січень 2010 р., с. 118, доступно за посиланням < http://www.reinhard-greger.de/ikv3.pdf > (останній раз переглянуто 16 червня 2012 р.).

34 Серед різних методів досягнення узгоджених рішень у сімейних спорах процес медіації має особливі переваги: він сприяє спілкуванню між сторонами в неформальній атмосфері та дозволяє сторонам виробити власну стратегію щодо того, як подолати конфлікт. Медіація - це структурований, але гнучкий процес, який можна легко адаптувати до потреб конкретної справи. Він дозволяє одночасно обговорювати юридичні та неюридичні аспекти, а також неформально залучати (третіх) осіб, які, можливо, не мають юридичного статусу у справі.[69] Ще однією дуже важливою перевагою медіації є те, що вона дає сторонам можливість більш конструктивно вирішувати майбутні конфлікти.[70] Крім того, оскільки поріг для звернення до медіації, як правило, нижчий, ніж для звернення до суду, медіація може бути корисною на ранній стадії конфлікту, ще до його можливої ескалації. Медіація може дозволити сторонам уникнути обтяжливого судового розгляду. У транскордонних сімейних спорах щодо дітей, коли судовий розгляд в одній країні може супроводжуватися або супроводжується судовим розглядом в іншій країні щодо різних аспектів одного і того ж спору, рішення, засноване на домовленості, може бути особливо вигідним.

35 Це вказує на ще одну перевагу медіації - її економічну ефективність. Медіація може запропонувати шлях до уникнення дорогого судового розгляду - дорогого як для сторін, так і для держави.[71] Однак, оскільки витрати на медіацію дуже відрізняються в різних юрисдикціях, і оскільки деякі юрисдикції можуть пропонувати правову допомогу для судового розгляду, але не для медіації, не можна стверджувати, що медіація в кожному випадку буде менш витратною для сторін, ніж судовий розгляд. Але при порівнянні витрат у кожному конкретному випадку необхідно враховувати можливість того, що медіація з більшою ймовірністю призведе до стійкого рішення, а отже, дозволить уникнути можливих судових розглядів між тими ж сторонами в майбутньому. З іншого боку, необхідні витрати для того, щоб зробити досягнуту за допомогою медіації угоду обов'язковою і такою, що підлягає виконанню в обох відповідних юрисдикціях може вимагати залучення судових органів, тоді це необхідно включити в розрахунок витрат на медіацію.[72]

36 На прикладі проілюструємо деякі переваги, які медіація може запропонувати у справі про міжнародне викрадення дітей:

У 2005 році Ф і М, неодружені громадяни держави А, переїжджають з держави А до далекої держави Z разом зі своєю 2-річною донькою, над якою вони мають спільну опіку за законами як держави А, так і держави Z. Причиною переїзду є працевлаштування батька (Ф) на фірму в державі Z. У наступні роки сім'я оселяється в державі Z, однак матері (М) важко адаптуватися до нового середовища через мовні та культурні відмінності. Оскільки держава А знаходиться за кілька тисяч кілометрів від неї, родина відвідує її рідко; тому бабуся і дідусь по материнській лінії тиснуть на М, щоб вона повернулася до держави А. Після проблем у стосунках М нарешті

---

69 Н. Александер (цит. праця, примітка 7), с. 48.

70 Див. також K.J. Hopt and F. Steffek (цит. праця, примітка 2), с. 10.

71 Наприклад, для Німеччини див. висновки оціночного звіту про порівняння медіації та судового розгляду в національних сімейних спорах щодо опіки та контактів, у R. Greger (цит. праця, примітка 68), с. 115; див. також для Сполученого Королівства (Англія та Уельс), звіт Національного аудиторського офісу, "Правова допомога та медіація для людей, які переживають розпад сім'ї", березень 2007 р., с. 8, 10, доступно за посиланням < http://www.nao.org.uk/publications/0607/legal_aid_for_family_breakdown.aspx > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

72 Детальніше про витрати на медіацію див. розділ 4.3.

вирішує повернутися до держави A у 2010 році. Вона таємно готується і після різдвяних свят 2010 року, які вона проводить разом з дитиною в будинку своїх батьків у державі A, повідомляє чоловікові, що вона з дитиною не повернеться до держави Z. Ф шокований і, дізнавшись про Гаазьку конвенцію про викрадення дітей 1980 року, яка діє між державою A і державою Z, подає заяву про повернення, і в державі A розпочинається процедура повернення. Водночас Ф звертається до суду в державі Z з проханням надати йому тимчасову одноосібну опіку над дочкою.

Окрім очевидних переваг узгодженого рішення для дитини в такій справі з точки зору збереження особистих стосунків і прямого контакту з обома батьками, мирне врегулювання може допомогти сторонам уникнути громіздкого і тривалого судового вирішення питання в судах двох відповідних держав. А саме: (1) провадження у справі про повернення в державі A, яке, якщо не буде застосовано жодного з обмежених винятків для повернення, призведе до швидкого повернення дитини до держави Z, (2) поточного провадження у справі про опіку в державі Z, за яким, можливо, послідує (3) провадження у справі про зміну місця проживання з держави Z до держави A, ініційованої матір'ю. Тривалий судовий розгляд батьківського спору не тільки виснажить фінансові ресурси сторін, але й, швидше за все, поглибить конфлікт між батьками. Крім того, якщо процедура повернення в державі A закінчиться відмовою у поверненні, то, якщо батьківський конфлікт не буде врегульовано, ймовірно, розпочнуться подальші провадження (а саме провадження щодо опіки та контактів).

Якщо батьки зможуть знайти спільне рішення, вони зможуть "рухатися далі" і зосередитися на виконанні своїх батьківських обов'язків у неконфліктній атмосфері.

Медіація є гнучкою і може адаптуватися до потреб конкретної справи. Наприклад, якщо обидві сторони згодні, і це вважається доцільним і можливим, процес медіації може включати обговорення з бабусями і дідусями з боку матері, які не мають юридичного статусу в судовому провадженні[73], але мають сильний вплив на одну зі сторін. Забезпечення їхньої підтримки у вирішенні конфлікту може зробити рішення більш стійким. Медіація також може бути вигідною на організаційному рівні, оскільки вона може бути організована на міжнародному рівні, наприклад, за допомогою відеозв'язку, якщо участь сторін в особистій зустрічі неможлива.

1.2 Обмеження, ризики та гарантії

➡ **Необхідно запровадити запобіжники та гарантії для того, що участь у медіації не ставить жодну зі сторін у невигідне становище.**

37 Обмеження та ризики, які можуть бути пов'язані з узгодженими рішеннями, досягнутими в медіації або за допомогою подібних механізмів вирішення спорів, зазвичай не повинні сприйматися як причина для відмови від використання цих засобів в цілому, але повинні призвести до усвідомлення необхідності встановлення необхідних запобіжних заходів.

---

73 У деяких державах бабусі та дідусі можуть мати власне право на контакт з дитиною і, таким чином, можуть бути стороною в судовому процесі щодо контакту з дитиною.

38 Не всі сімейні конфлікти можна вирішити мирним шляхом. Це очевидний факт, але його важко переоцінити. Деякі випадки вимагають втручання судового органу. Це може бути пов'язано з характером конфлікту, особливими потребами сторін або конкретними обставинами справи, а також з певними вимогами законодавства. Сторони, які потребують судового рішення, не повинні бути позбавлені доступу до правосуддя. Дорогоцінний час може бути втрачений на спроби медіації у випадках, коли одна зі сторін явно не бажає брати участь у процесі медіації, або у справах, які з інших причин не підходять для вирішення в медіації.[74]

39 Навіть якщо обидві сторони погоджуються на медіацію, необхідно звертати увагу на конкретні обставини, такі як можливі ознаки домашнього насильства.[75] Сам факт спільної зустрічі сторін під час сесії медіації може поставити під загрозу фізичну або психологічну недоторканність однієї зі сторін, а також медіатора. Крім того, необхідно враховувати можливість того, що зловживання наркотиками або алкоголем однією зі сторін може призвести до того, що ця особа не зможе захистити свої інтереси.

40 Оцінка справ на предмет можливості проведення медіації (медіабельності) є важливим інструментом для виявлення справ особливого ризику.[76] Потенційні справи для медіації слід перевіряти на наявність домашнього насильства, а також зловживання наркотиками та алкоголем та інших обставин, які можуть вплинути на можливість проведення медіації. Якщо медіація у справі про домашнє насильство все ж таки вважається можливою,[77] необхідно вжити необхідних заходів для захисту безпеки постраждалих осіб. Крім того, необхідно звернути увагу на різницю в переговорній силі, яка може бути зумовлена домашнім насильством або іншими обставинами, або просто випливати з особистісних якостей сторін.

41 Також, існує ризик, що узгоджене рішення не матиме юридичної сили, а отже, не зможе забезпечити захист прав сторін у разі подальшого спору. Це може статися з різних причин. Угода, досягнута за допомогою медіації, або її частина може суперечити чинному законодавству або не мати юридичної сили через те, що вона не була зареєстрована, не була затверджена судом та/або не була включена до судового рішення, якщо це вимагається. У цьому контексті слід підкреслити, що деякі юрисдикції обмежують автономію сторін щодо певних аспектів сімейного права.[78] Наприклад, у деяких системах угоди про батьківську відповідальність можуть не мати юридичної сили, якщо вони не схвалені судом. Крім того, багато правових систем обмежують можливість батьків лімітувати розмір аліментів на дитину за домовленістю.

42 У транскордонних сімейних спорах юридичний контекст є особливо складним. Необхідно враховувати взаємодію двох або більше правових систем. Важливо, щоб батьки були добре поінформовані про право, яке застосовується до питань, що розглядаються в медіації, а також про право, яке застосовується до самого процесу

---

74 Питання оцінки медіабельності детально розглядається в розділі 4.2 нижче.
75 Див. розділ 10 про домашнє насильство.
76 Детальніше див. розділ 4.2 нижче.
77 Див. розділ 10 про домашнє насильство.
78 Більш детальну інформацію ви знайдете в розділі 12.

медіації, включаючи конфіденційність, і про те, як надати юридичної сили їхнім домовленостям в обох (усіх) відповідних правових системах.[79]

43 Деякі з ризиків, які можуть виникнути, коли угоди складаються без урахування всіх необхідних аспектів правової ситуації, ілюструються наступними варіаціями прикладу, наведеного вище в пункті 36.

ВАРІАНТ 1
Після неправомірного переміщення дитини з Держави Z до Держави A матір'ю (M), батьки погоджуються, що M повернеться до Держави Z з дитиною за умови, що батько (Ф) забезпечить, до завершення процедури визначення опіки в Державі Z, необхідне утримання, яке дозволить тому з батьків, хто повертається (M), залишатися в Державі Z з дитиною, включаючи використання сімейного будинку. При цьому Ф обіцяє проживати в іншому місці, щоб уникнути подальших суперечок. Згодом M, покладаючись на угоду, повертається з дитиною до держави Z, але Ф відмовляється покинути сімейний дім і фінансово підтримувати M. Враховуючи, що батьківська угода не була визнана законною ні в державі A, ні в державі Z до її укладення, а також те, що жодна з держав не вважає, що батьківська угода такого роду має якусь юридичну силу без схвалення суду, один з батьків може легко відмовитися від угоди на шкоду іншому.

ВАРІАНТ 2
Після незаконного переміщення дитини з держави Z до держави A матір'ю (M), батьки домовилися, що дитина залишиться з M у державі A і щороку проводитиме частину шкільних канікул з батьком (Ф) у державі Z. Через три місяці після дати незаконного переміщення дитина їде до держави Z, щоб провести великодні канікули з Ф. Наприкінці канікул Ф відмовляється відправити дитину назад до держави A. Він стверджує, що правомірно утримує дитину, оскільки вона повернулася до місця свого постійного проживання звідки її було незаконно переміщено M. Ф. також посилається на тимчасове рішення про одноосібну опіку, видане йому компетентним судом держави Z одразу після незаконного переміщення M. Знову ж таки, у випадках, коли рішення, ухвалене за допомогою медіації, не набуває обов'язкової юридичної сили у відповідних юрисдикціях, воно може бути легко порушене одним із батьків.

ВАРІАНТ 3
Дитину неправомірно вивозять з держави Z до третьої держави T, куди мати (M) хоче переїхати з метою працевлаштування. Батьки дитини не перебували у шлюбі. У той час як батько (Ф), який залишився без дитини, має ex lege (за законом) право на опіку за законодавством держави A та держави Z, він не має права на опіку за законами держави T. Гаазька конвенція про захист дітей 1996 не є чинною між цими державами. Не знаючи про цю ситуацію, Ф дає згоду на переміщення матері та дитини до держави T за умови, що він зможе мати регулярні особисті контакти з дитиною. Угода за результатами медіації, складена без урахування правової ситуації, не реєструється і не оформлюється в будь-який інший спосіб; вона не має юридичної сили ні за законодавством держави Z, ні за законодавством держави T. Через рік M перериває контакт між батьком і дитиною. Відповідно до законодавства держави T, яке в даному випадку застосовується до прав опіки та контактів у зв'язку зі зміною

79 Див. розділ 6.1.7 про прийняття обґрунтованих рішень, а також розділи 12 і 13 нижче.

постійного місця проживання дитини, батько, з яким не укладено шлюб, не має жодних батьківських прав щодо дитини.[80]

44 Ще одним складним питанням медіації міжнародних сімейних спорів щодо опіки та контактів є те, як найкраще захистити права дітей, яких це стосується. Відповідно до законодавства більшості країн, суд, приймаючи рішення щодо контактів або опіки, повинен враховувати найкращі інтереси дитини, а в багатьох юрисдикціях - голос самої дитини. І якщо дитина достатньо доросла і зріла, вона буде прямо чи опосередковано почута в контексті цього спору. Медіація суттєво відрізняється від судового розгляду, коли йдеться про врахування думки дитини в процесі. Суддя може, залежно від віку та зрілості дитини, заслухати її особисто або доручити, щоб з дитиною було проведено інтерв'ю з фахівцем із дотриманням відповідних гарантій захисту психологічного здоров'я неповнолітнього. Таким чином, думка дитини може бути безпосередньо врахована суддею. Процесуальні повноваження медіатора, навпаки, обмежені. Він не має і не може мати повноважень допиту, і не може як судді у деяких країнах, викликати дитину на засідання або призначити експертне опитування дитини.[81] Необхідно вживати заходів для захисту прав і добробуту дітей у медіації.[82]

1.3 Загальна важливість зв'язку з відповідними правовими процедурами

- **Медіація та інші процеси, спрямовані на досягнення узгоджених рішень сімейних спорів, як правило, повинні розглядатися як доповнення до судових процедур, а не як їхня заміна.**
- **Доступ до судових засідань не повинен обмежуватися.**
- **Медіація в міжнародних сімейних спорах повинна враховувати відповідні національні та міжнародні закони, щоб підготувати підґрунтя для укладення угоди за результатами медіації, яка відповідає відповідному законодавству.**
- **Повинні бути доступні юридичні процедури для надання юридичної сили угоді, досягнутій за допомогою медіації.**

45 Важливо зазначити, що медіацію та подібні процеси, які сприяють досягненню узгоджених рішень, слід розглядати не як повну заміну судових процедур, а як їх доповнення.[83] Тісний зв'язок між цими процесами може бути плідним у багатьох

---

80 Якщо Гаазька конвенція про захист дітей 1996 року є чинною між державою T і державою Z, батьківська відповідальність батька ex lege зберігається; див. ст. 16(3) Конвенції. Див. також П. Лагард, Пояснювальна доповідь щодо Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року, в матеріалах вісімнадцятої сесії (1996), том II, Захист дітей, Гаага, SDU, 1998, с. 535-605, на с. 579, 581 (також доступно на < www.hcch.net > в розділі "Публікації").

81 Див. також розділ "Медіація" вище, "Термінологія".

82 Див. розділ 6.1.6 про врахування інтересів та добробуту дитини в медіації, а також розділ 7 про залучення дитини.

83 Див. також Рекомендацію Ради Європи Rec (2002)10 про медіацію в цивільних справах (вище, примітка 53), Преамбула: "Відзначаючи, що хоча медіація й може сприяти зменшенню числа конфліктів й навантаження на суди, не є заміною ефективному, справедливому та легкодоступному судоустрою"; та Принцип III, 5 (Організація медіації): "Якщо сторони і вдаються до медіації, їм слід забезпечити право доступу до суду, бо ж воно є вирішальною гарантією захисту прав сторін".

відношеннях і водночас допомогти подолати певні недоліки, які існують як у судовому провадженні, так і в механізмах мирного вирішення спорів, зокрема медіації[84]. Слід підкреслити, що навіть у тих випадках, коли медіація та подібні процеси, запроваджені на ранній стадії міжнародного сімейного спору, та дозволяють уникнути судового розгляду, часто потрібні додаткові "судові процеси", щоб зробити узгоджене рішення юридично обов'язковим і таким, що підлягає виконанню в усіх відповідних правових системах.[85]

46 Коли сторонам міжнародного сімейного спору пропонується медіація, вони повинні бути поінформовані про те, що медіація - це не єдиний їхній засіб правового захисту. Необхідно забезпечити доступ до судового розгляду.[86]

47 Правова ситуація в міжнародних сімейних спорах часто буває складною. Важливо, щоб сторони мали доступ до відповідної правової інформації.[87]

48 У міжнародних сімейних спорах особливо важливо забезпечити, щоб угода за результатами медіації, мала юридичну силу у відповідних юрисдикціях до того, як почнеться виконання угоди.[88] Для надання юридичної сили угодам, досягнутим за допомогою медіації, повинні бути передбачені відповідні процедури, будь це затвердження судом, реєстрація в суді або інший спосіб.[89] Знову ж таки, тісна співпраця між медіаторами та юридичними представниками сторін може бути дуже корисною в цьому відношенні. Також корисним є надання відповідної інформації Центральними органами або Центральними контактними пунктами з питань міжнародної медіації в сімейних справах.[90]

---

84 Слід додати, що якщо у справі про міжнародне викрадення дітей будуть використані засоби мирного врегулювання спорів, тісний зв'язок із судовим розглядом є не просто продуктивним, а майже неминучим (див. далі, зокрема, розділ 2.2).

85 Процедури, необхідні для того, щоб зробити угоду, досягнуту за допомогою медіації, юридично обов'язковою і такою, що підлягає виконанню, відрізняються в різних правових системах. Більш детальну інформацію на цю тему ви знайдете в розділах 12 і 13 нижче.

86 Див. також Рекомендацію Ради Європи Rec (2002)10 про медіацію в цивільних справах (вище, примітка 53), Принцип III, 5 (Організація медіації): "Навіть якщо сторони вдаються до медіації, доступ до суду повинен бути доступним, оскільки він є найвищою гарантією захисту прав сторін". Див. також S. Vigers, Note on the development of mediation, conciliation and similar means (цит. праця, примітка 11), 5.1, с. 17.

87 Див. розділ 6.1.7 та глави 12 і 13 нижче; про роль центральних органів влади та інших органів у сприянні наданню такої інформації, а також про роль представників сторін див. розділ 4.1 нижче.

88 Див. також Принципи створення структур медіації в Додатку 1 нижче; див. глави 11, 12 і 13 нижче.

89 Див. також Європейську директиву про медіацію (вище, примітка 5), ст. 6 (Виконання угод, досягнутих в результаті медіації):

'1. 1. Держави-члени мають подбати про можливість для сторін або однієї сторони, що отримала недвозначну згоду від інших сторін, вимагати забезпечення виконання змісту письмової угоди, укладеної в результаті медіації. Виконання змісту такої угоди буде забезпечено, за винятком випадків, коли у конкретній ситуації зміст угоди суперечить законодавству держави-члена, на території якої подається запит, або законодавство цієї держави члена не передбачає забезпечення її виконання.

2. Виконання змісту угоди може бути забезпечене судом або іншим органом, компетентним у виконанні постанови або рішення чи іншого належного документу, згідно з законодавством держави-члена, де подається запит.

3. Держави-члени інформують Комісію про суди або інші органи, уповноважені отримувати запити відповідно до параграфів 1 і 2.

4. Жодне положення цієї статті не впливає на правила, які застосовуються до визнання та забезпечення виконання в іншій державі-члені угоди, що підлягає виконанню згідно з параграфом 1

90 Про роль центральних органів влади та інших органів у сприянні наданню такої інформації, а також про роль представників сторін див. розділ 4.1 нижче.

2 Використання медіації в рамках Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 - огляд конкретних викликів

49 Гаазька конвенція про викрадення дітей 1980 року заохочує пошук мирних рішень. Стаття 7 стверджує, що Центральні органи "вживають усіх необхідних заходів (...) c) для забезпечення добровільного повернення дитини або досягнення дружнього вирішення питань", що частково повторюється у статті 10: "Центральний орган держави, де знаходиться дитина, вживає або забезпечує вживання всіх належних заходів для добровільного повернення дитини".

50 Розділ 2 цих Настанов має на меті привернути увагу до специфічних викликів у застосуванні медіації у справах про міжнародне викрадення дітей відповідно до Гаазької конвенції про боротьбу з викраденням дітей 1980 року.

51 Неможливо переоцінити відмінність між національною сімейною медіацією та міжнародною сімейною медіацією. Медіація в міжнародних сімейних спорах набагато складніша і вимагає від медіаторів відповідної додаткової підготовки. Взаємодія двох різних правових систем, різних культур і мов значно ускладнює медіацію в таких справах. Водночас, ризики, на які наражаються сторони, покладаючись на досягнуті за допомогою медіації домовленості, які не враховують правову ситуацію і не мають юридичної сили у відповідних юрисдикціях, є набагато вищими. Сторони можуть не знати, що транскордонне переміщення осіб або товарів, на яке вони погодилися, призведе до зміни їхнього правового становища. Наприклад, коли мова йде про права опіки або контакту, звичайне місце проживання є широко використовуваним "сполучним фактором" у міжнародному приватному праві. Таким чином, зміна звичайного місця проживання дитини з однієї країни в іншу після виконання батьківського договору може вплинути на юрисдикцію та застосовне законодавство щодо опіки та контактів, а отже, на правову оцінку прав та обов'язків сторін.[91]

52 Випадки міжнародного викрадення дітей, як правило, супроводжуються високим рівнем напруженості у відносинах між сторонами. Покинуті батьки, часто перебувають у шоковому стані через раптову втрату, можуть керуватися страхом більше ніколи не побачити свою дитину, тоді як батьки, які незаконно перемістили дитину, усвідомивши всю повноту відповідальності за викрадення, можуть боятися судових розглядів, примусового повернення та можливого негативного впливу на розгляд справи про опіку. Окрім практичних труднощів, пов'язаних із залученням батьків до конструктивного процесу медіації, існує всеохоплююча потреба в оперативних діях. Додаткові труднощі можуть виникнути через кримінальне провадження, порушене проти того з батьків, хто забрав дитину, в країні постійного проживання дитини, а також через візові та імміграційні питання.

---

91 Див. розділи 12 і 13 нижче.

2.1 Часові рамки / Прискорені процедури

- **Медіація у справах про міжнародне викрадення дітей має бути проведена якнайшвидше.**
- **Медіація не повинна призводити до затримок у Гаазькій процедурі повернення.**
- **Сторони повинні бути поінформовані про можливість застосування медіації якомога раніше.**
- **Доцільність медіації слід оцінювати в кожному конкретному випадку.**
- **Послуги медіації, що використовуються у справах про міжнародне викрадення дітей, повинні передбачати планування сесій медіації в найкоротші терміни.**
- **Слід розглянути можливість ініціювання процедури повернення до початку медіації.**

53 Час має вирішальне значення у справах про міжнародне викрадення дітей. Гаазька конвенція про викрадення дітей 1980 року спрямована на забезпечення якнайшвидшого повернення дитини до держави її постійного проживання[92]. Метою Конвенції 1980 року є якнайшвидше відновити статус-кво, що існував до викрадення, максимально зменшити шкідливі наслідки незаконного переміщення або утримання для дитини. Конвенція 1980 року захищає інтереси дитини, запобігаючи отриманню переваг одним із батьків шляхом встановлення "штучних юрисдикційних зв'язків на міжнародному рівні з метою отримання ((одноосібної)) опіки над дитиною".[93]

54 Слід підкреслити, що у справах про викрадення час грає на боці "батьків, які забирали дитину"; чим довше дитина перебуває в країні викрадення без вирішення сімейного конфлікту, тим складніше стає відновити стосунки між дитиною та покинутими батьками. Затримка може вплинути на права покинутих батьків, але, що більш важливо, вона підриває право дитини на підтримку постійного контакту з обома батьками, право, закріплене в Конвенції ООН про права дитини.[94]

55 Якщо справа про повернення порушується в суді більш ніж через рік після викрадення, Гаазька конвенція про викрадення дітей 1980 року надає суду право на власний розсуд відмовити у поверненні за умови, що буде доведено, що дитина адаптувалася в новому середовищі (ст. 12(2)).

56 Медіація у справах про викрадення дітей повинна проводитися швидко, незалежно від того, на якому етапі її запроваджено. Обхід Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року на шкоду дітям є однією з головних проблем, від яких необхідно встановити захист при вирішенні можливості застосування медіації[95]. Хоча це в інтересах усіх залучених осіб - намагатися мирно вирішити міжнародний сімейний

---

92 Див. преамбулу Конвенції 1980 року.

93 E. Pérez-Vera, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, в Actes et documents de la Quatorzième session (1y80), Tome II, Child abduction, The Hague, Imprimerie Nationale, 1998, pp. 425-476, at p. 428, para. 11 (також доступно на < www.hcch.net > в розділі "Публікації").

94 Див. ст. 10(2) КПД ООН.

95 Див. також С. Вігерс, "Посередництво у справах про міжнародне викрадення дітей – Гаазька конвенція", Hart Publishing, Oxford,, 2011 р., с. 42 та далі.

конфлікт, необхідно запобігати зловживанню медіацією з боку одного з батьків як тактикою затягування часу.

57 Центральні органи, яким доручено розгляд заяви про повернення, відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року, як тільки стане відомо місцезнаходження дитини, як правило, намагатимуться забезпечити добровільне повернення дитини (статті 7(2)(c) і 10). Вже на цій ранній стадії, якщо доступні відповідні послуги для випадків викрадення дітей, слід запропонувати медіацію. Див.також Главу 4 нижче ("Доступ до медіації").

58 Доцільність медіації у конкретній справі про викрадення дитини слід оцінити до того, як розпочати медіацію, щоб уникнути будь-яких непотрібних затримок[96].

59 Послуги медіації, що пропонуються у справах про викрадення дітей відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року, повинні забезпечувати оперативне планування сесій медіації. Це вимагає від залучених медіаторів значної гнучкості. Однак цей тягар можна зменшити за допомогою пулу кваліфікованих медіаторв, які беруть на себе зобов'язання працювати в системі, що забезпечує їхню доступність у найкоротші терміни.

60 У деяких державах схеми медіації, спеціально розроблені для випадків міжнародного викрадення дітей, вже успішно реалізують надання таких послуг[97]. Як правило, вони можуть запропонувати дві або три медіаційні сесії, розподілені протягом щонайменше двох (часто наступних) днів, кожна з яких триває до трьох годин[98].

---

96 Для отримання додаткової інформації про початковий скринінг, зокрема про те, які питання можуть вплинути на можливість проведення медіації, а також про те, хто може проводити скринінг, див. розділ 4.2.

97 Наприклад, у Сполученому Королівстві (Англія та Уельс) неурядова організація Reunite International Child Abduction Centre (далі - Reunite) вже більше 10 років пропонує спеціалізовані послуги медіації у справах про міжнародне викрадення дітей, див. веб-сайт Reunite за адресою < www.reunite.org >; див. також звіт від жовтня 2006 року "Медіація у справах про міжнародне викрадення дітей батьками - пілотна схема медіації reunite" (далі - "Звіт 2006 року про пілотну схему медіації Reunite"), доступний за посиланням < http://www.reunite.org/edit/files/Library%20-%20reunite%20Publications/Mediation%20Report.pdf >. У Німеччині некомерційна організація MiKK e.V., заснована в 2008 році німецькими асоціаціями BAFM і BM, продовжує роботу останніх у сфері "Медіації в міжнародних спорах за участю батьків і дітей", включаючи спеціалізовану медіацію у справах про викрадення по Гаазькій конвенції. Наразі послуги медіації надаються в рамках чотирьох двонаціональних програм спільної медіації: німецько-польського проекту (розпочався у 2007 році), німецько-американського проекту (розпочався у 2004 році), німецько-британського проекту у співпраці з організацією Reunite (розпочався у 2003/4 році) та німецько-французького проекту, який продовжує роботу франко-німецької схеми медіації, організованої та фінансованої за рахунок Міністерства юстиції Франції та Німеччини (2003-2006). П'ята схема медіації за участю німецьких та іспанських медіаторів знаходиться на стадії підготовки, див. < www.mikk-ev.de >. У Нідерландах неурядова організація Centrum Internationale Kinderontvoering (IKO) пропонує спеціалізовані послуги медіації у справах про викрадення дітей по Гаазькій конвенції, організовані через її Бюро медіації з 1 листопада 2009 року, див. < www.kinderontvoering.org > (останнє звернення 16 червня 2012 року); див. також R.G. de Lange-Tegelaar, 'Regiezittingen en mediation in internationale kinderontvoeringszaken', Trema Special, № 33, 2010, с. 486, 487.

98 наприклад, послуги медіації, що пропонуються у Сполученому Королівстві (Англія та Уельс) організацією Reunite (< www.reunite.org >), та Звіт про пілотну схему медіації Reunite 2006 року (цит. праця, примітка 97), с. 11. Див. також послуги медіації, що пропонуються в Німеччині через асоціацію MiKK e.V., та S. Kiesewetter and S.S. Paul,"Family Mediation in an International Context: Транскордонні конфлікти щодо викрадення дітей батьками, опіки та доступу: Риси та рекомендації", в S.S. Paul and S.

61 Перед початком медіації слід розглянути можливість ініціювання Гаазької процедури повернення до початку медіації. Досвід кількох країн показав, що негайне ініціювання процедури повернення з подальшим, за необхідності,[99] призупиненням провадження для проведення медіації, добре працює.[100] Такий підхід має кілька переваг:[101]

a Це може позитивно вплинути на мотивацію батьків, які забрали дитину, долучитися до пошуку мирного вирішення, коли в іншому випадку вони стикаються з конкретною можливістю судового розгляду.

b Суд може встановити чіткі часові рамки, в межах яких мають бути проведені сесії медіації. Таким чином можна уникнути зловживання медіацією як тактикою затягування часу, а батьки, які забрали дитину, не зможуть отримати жодних переваг від застосування статті 12(2) Гаазької конвенції про запобігання викраденню дітей 1980 року.

c Суд може вжити необхідних захисних заходів, щоб запобігти вивезенню дитини до третьої країни або її переховуванню тим з батьків, хто її забрав.

d Можливу присутність покинутих батьків в країні, до якої була переміщена дитина, для участі в слуханнях у суді за Гаазькою процедурою, можна використати для організації короткої послідовності очних сесій медіації без додаткових витрат на проїзд для покинутих батьків.

e Визначений суд, може, залежно від своєї компетенції в цьому питанні, прийняти рішення про тимчасові заходи щодо контактів між покинутими батьками і дитиною, що запобігає відчуженню і може мати позитивний вплив на сам процес медіації.

f Може бути доступним фінансування медіації за направленням суду.

g Крім того, той факт, що на цьому етапі сторони, найімовірніше, матимуть спеціалізоване юридичне представництво, вже допомагає забезпечити сторонам доступ до відповідної правової інформації під час медіації.

h Нарешті, суд може простежити за результатами медіації та забезпечити, щоб угода мала юридичну силу в правовій системі, в яку дитина була викрадена, перетворивши угоду на судове рішення або вживши інших заходів.[102] Суд також може допомогти в забезпеченні юридичної сили угоди в іншій відповідній юрисдикції.

Kiesewetter (Eds), "Транскордонна сімейна медіація – міжнародні справи про викрадення дітей батьками, опікунство та доступ до дітей", Wolfgang Metzner Verlag, 2011, с. 39 та наступні. Див. також голландську пілотну програму медіації, яка використовує 3x3-годинні сесії протягом двох днів, див. I. Bakker, R. Verwijs та ін., Evaluatie Pilot Internationale Kinderontvoering, липень 2010 р., с. 77.

99 Державами, які не зупиняють провадження у справі про повернення для проведення медіації, є, наприклад, Франція, Німеччина та Нідерланди. У Німеччині та Нідерландах медіація у справах про міжнародне викрадення інтегрована в графік судового розгляду, тобто медіація відбувається протягом короткого періоду 2-3 тижнів до (наступного) судового засідання. Тому в цих державах немає необхідності зупиняти провадження у справі. У Франції медіація проводиться як процес, паралельний і незалежний від Гаазької процедури повернення, тобто процедура повернення відбувається за звичайним графіком, незалежно від того, чи відбувається медіація, чи ні. Дружній результат, досягнутий у паралельному процесі медіації, може бути використаний у процедурі повернення в будь-який час.

100 Наприклад, Німеччина та Велика Британія; див. також S. Vigers, Mediating International Child Abduction Cases - The Hague Convention (цит. праця, примітка 95), с. 45 та далі.

101 Див. також S. Vigers, Note on the development of mediation, conciliation and similar means (цит. праця, примітка 11), 2.4, с. 10.

102 Про те, як зробити угоду такою, що підлягає виконанню, і про питання юрисдикції див. глави 12 і 13 нижче.

62 Однак питання про те, коли розпочинати процедуру повернення, коли медіація є можливим варіантом, може вирішуватися по-різному. Залежно від того, як організована Гаазька процедура повернення у відповідній правовій системі та залежно від обставин справи, початок медіації може бути можливим до відкриття процедури повернення. У Швейцарії, наприклад, законодавство про імплементацію Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року передбачає чітку можливість для Центрального органу ініціювати процедури примирення або медіації до початку процедури повернення.[103] Крім того, швейцарське законодавство про імплементацію підкреслює важливість спроб мирного врегулювання конфлікту, вимагаючи, щоб суд, який розпочав процедуру повернення в рамках Гаазької конвенції, ініціював процедуру медіації або примирення, якщо Центральний орган ще не зробив цього.[104]

63 Незалежно від того, чи запроваджується медіація або подібні процеси у справах про міжнародне викрадення дітей відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року до або після початку процедури повернення, надзвичайно важливо, щоб Договірні держави вживали заходів для забезпечення проведення медіації та подібних процесів в чітко визначених і обмежених часових рамках.

64 Що стосується обсягу медіації, то необхідно знайти баланс між наданням достатнього часу для процесу комунікації між сторонами та недопущенням затягування можливих процедур повернення.[105]

2.2 Тісна співпраця з адміністративними / судовими органами

➡ **Медіатори та органи, що пропонують медіацію у справах про міжнародне викрадення дітей, повинні тісно співпрацювати з Центральними органами та судами.**

65 Медіатори та організації, що пропонують медіацію у справах про міжнародне викрадення дітей, повинні тісно співпрацювати з Центральними органами та судами на організаційному рівні для забезпечення швидкого та ефективного вирішення справи. Медіатори повинні робити все можливе для того, щоб зробити організаційні аспекти процедури медіації максимально прозорими, зберігаючи при цьому конфіденційність медіації. Наприклад, Центральний орган та суд повинні бути

---

103 Див. ст. 4 Федерального закону Швейцарії від 21 грудня 2007 року про міжнародне викрадення дітей та Гаазькі конвенції про захист дітей та дорослих, який набув чинності 1 липня 2009 року (Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE) vom 21 Dezember 2007), доступний за посиланням < http://www>.admin.ch/ch/d/sr/2/211.222.32.de.pdf > (останній перегляд 16 червня 2012 року), неофіційний переклад англійською мовою доступний за посиланням <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/211.222.32.en.pdf > (останній перегляд 16 червня 2012 року); див. також A. Bucher, 'The new Swiss Federal Act on International Child Abduction', Journal of PIL, 2008, pp. 139 et seq, с. 147.

104 Ст. 8 Федерального закону Швейцарії від 21 грудня 2007 року.

105 Див. розділ 5 нижче; див. також Висновки та рекомендації четвертого засідання Спеціальної комісії (цит. праця, примітка 34), Рекомендація № 1.11 "Заходи, що вживаються з метою сприяння добровільному поверненню дитини або дружньому вирішенню питань, не повинні призводити до будь-яких невиправданих затримок у процедурі повернення", підтверджена у Висновках та рекомендаціях п'ятого засідання Спеціальної комісії (там само), Рекомендація № 1.3.1.

поінформовані про те, чи буде проводитися медіація у справі, чи ні. Те ж саме стосується і випадків, коли медіація припиняється або переривається. Ця інформація повинна бути негайно передана до Центрального органу та суду. Тому у справах про міжнародне викрадення дітей рекомендується, щоб Центральний орган та/або відповідний суд підтримували тісні зв'язки зі спеціалізованими службами медіації на адміністративному рівні.[106]

2.3 Задіяно більше однієї правової системи; можливість виконання угоди в обох (усіх) відповідних юрисдикціях

- **Медіатори повинні усвідомлювати, що медіація у справах про міжнародне викрадення дітей має відбуватися на тлі взаємодії двох або більше правових систем і застосовної міжнародної правової бази.**
- **Сторони повинні мати доступ до відповідної правової інформації.**

66 Специфічні труднощі для самого процесу медіації можуть виникати через те, що в ньому задіяно більше однієї правової системи. Тому, щоб знайти прийнятне для сторін рішення, яке може мати юридичну силу, важливо враховувати законодавство обох (усіх) відповідних правових систем, а також регіональне або міжнародне право, яке може бути застосоване в даній справі.

67 Вище, в розділі 1.2, вже підкреслювалося, наскільки небезпечним може бути, коли сторони покладаються на досягнуті за допомогою медіації домовленості, які не мають юридичної сили у відповідних юрисдикціях. Медіатори, які проводять медіацію в міжнародних сімейних спорах, що стосуються дітей, зобов'язані звертати увагу сторін на важливість отримання відповідної правової інформації та фахової юридичної консультації. У цьому контексті необхідно підкреслити, що медіатори, навіть ті, які мають відповідну спеціальну юридичну підготовку, не можуть надавати юридичні консультації сторонам.

68 Правова інформація набуває особливої актуальності у двох аспектах: по-перше, зміст угоди за результатами медіації, який повинен відповідати вимогам законодавства, і, по-друге, питання про те, як надати юридичної сили угоді за результатами медіації у двох або більше відповідних правових системах. Ці два аспекти тісно пов'язані між собою.

69 Сторони повинні бути поінформовані про те, що їм може знадобитися консультація юриста щодо підходів відповідних правових систем до регулювання питань, які обговорюються під час медіації. Автономія батьків щодо укладення угод про опіку та контакти з дитиною може бути обмежена, оскільки закон може передбачати обов'язкове затвердження судом будь-якої такої угоди з метою забезпечення найкращих інтересів дитини.[107] Водночас батьки повинні розуміти, як тільки угода,

---

106 Наприклад, у Німеччині Центральний орган уклав договір про співпрацю зі спеціалізованою організацією медіації MiKK e.V., який включає, серед іншого, умови щодо швидкого обміну інформацією на організаційному рівні.

107 Див. розділ 12.

укладена за допомогою медіації, набула юридичної сили в одній юрисдикції, можуть знадобитися подальші кроки для надання їй юридичної сили в іншій правовій системі (правових системах).[108]

70 В ідеалі сторони повинні мати доступ до відповідної юридичної інформації протягом усього процесу медіації. Саме тому багато медіаторів, які працюють у сфері міжнародного викрадення дітей, рекомендують сторонам залучати спеціалізованих юридичних представників протягом усього процесу медіації. Відповідна інформація також може бути надана Центральними органами або Центральними контактними пунктами міжнародної сімейної медіації.[109]

2.4 Різний культурний та релігійний контекст

➡ **У медіації в міжнародних сімейних спорах необхідно враховувати ймовірне різне культурне та релігійне походження сторін.**

71 Однією з особливих проблем міжнародної сімейної медіації загалом є те, що сторони часто мають різне культурне та релігійне походження. Їхні цінності та очікування щодо багатьох аспектів виконання батьківських обов'язків, таких як виховання дітей, можуть суттєво відрізнятися.[110] Культурне та релігійне походження сторін також може впливати на те, як вони спілкуються між собою та з медіатором.[111] Медіатор повинен усвідомлювати, що частина сімейного спору може бути спричинена непорозуміннями через відсутність визнання культурних відмінностей іншої сторони.[112]

72 Медіатори, які проводять медіацію в таких справах, повинні добре розуміти культурний та релігійний контекст сторін.[113] У зв'язку з цим необхідна спеціальна підготовка.[114] Там, де сторони мають можливість вибору спеціалізованих медіаторів, може бути корисним залучення медіаторів, обізнаних з культурним та релігійним контекстом сторін, або тих, хто має однакове походження з однієї із сторін, і добре обізнаний з культурою та релігією другої сторони.

---

108 Див. розділи 12 і 13.

109 Про роль Центральних органів та інших органів у сприянні наданню такої інформації, а також про роль представників сторін див. розділ 4.1 нижче.

110 Див. напр, K. K. Kovach. «Mediation in a nutshell», St. Paul, 2003, c. 55, 56; D. Ganancia, 'La médiation familiale internationale', Érès, Ramonville Saint-Agne 2007, 132 ff; R. Chouchani Hatem, 'La différence culturelle vécue au quotidien dans les couples mixtes franco-libanais', Revue Scientifique de L'AIFI, Vol. 1, No 2, Automne 2007, pp. 43-71; K. Kriegel, 'Interkulturelle Aspekte und ihre Bedeutung in der Mediation', in S. Kiesewetter and C.C. Paul (Eds), Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten - Rechtliche Grundlagen, Interkulturelle Aspekte, Handwerkszeug für Mediatoren, Einbindung ins gerichtliche Verfahren, Muster und Arbeitshilfen, Verlag C.H. Beck, 2009, pp. 91-104; M.A. Kucinski, 'Culture in International Parental Kidnapping Mediations', Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2009, pp. 555-582, at 558 et seq.

111 Наприклад, K.K. Kovach (цит. праця, примітка 110), який вказує на те, що в деяких культурах зоровий контакт може розглядатися як образа або демонстрація відсутності поваги, тоді як у більшості західних культур він, навпаки, є ознакою активного слухання. D. Ganancia, "La médiation familiale internationale" (id.), 132 і далі.

112 K.K. Kovach (цит. праця, примітка 110), с. 56.

113 Див. також розділ 6.1.8 нижче.

114 Див. розділ 3 про підготовку медіаторів.

73 Модель, яка успішно застосовується в деяких схемах медіації і яка була спеціально розроблена для транскордонних викрадень дітей за участю батьків з різних держав походження, - це модель "двонаціональної" медіації.[115] У цьому випадку вимога, щоб медіатори добре розуміли культурні особливості сторін, виконується шляхом залучення до спільної медіації двох медіаторів з двох зацікавлених держав, кожен з яких добре обізнаний з культурою іншої держави. У цьому контексті "двонаціональний" може також означати "двокультурний". Важливо підкреслити, що медіатори є нейтральними та неупередженими і не представляють жодну зі сторін.[116]

2.5 Мовні труднощі

➡ **У медіації кожна сторона повинна, наскільки це можливо, мати можливість розмовляти мовою, якою їй комфортно.**

74 Ще один виклик для медіації в міжнародних сімейних спорах виникає тоді, коли сторони спору розмовляють різними рідними мовами. Якщо у сторін різні рідні мови, то під час медіації, принаймні тимчасово, кожна з них може віддати перевагу розмовляти своєю рідною мовою. Це може бути навіть у тому випадку, якщо одна зі сторін володіє мовою іншої сторони або їй комфортно використовувати мову, відмінну від її рідної, у повсякденному контексті їхніх стосунків. В емоційно напружених обставинах обговорення спору сторони можуть просто віддавати перевагу спілкуванню рідною мовою, і це також може дати їм відчуття, що вони перебувають у рівних умовах.

75 З іншого боку, сторони з різними рідними мовами можуть відчувати себе комфортно, спілкуючись під час медіації третьою мовою, тобто такою, яка не є рідною для жодної зі сторін, або одна зі сторін може захотіти розмовляти мовою іншої сторони. У будь-якому випадку, медіатор повинен усвідомлювати додатковий ризик непорозумінь через мовні труднощі.

76 Слід максимально поважати побажання сторін щодо мови (мов), яка (які) використовується в медіації. В ідеалі, сам(і) медіатор(и) повинен(ні) розуміти ці мови і розмовляти ними.[117] Комедіація дозволяє залучати медіаторів, які є носіями рідної мови сторін і вільно володіють або добре володіють іншою відповідною мовою (так звана "двомовна" комедіація).[118] Комедіація може також включати одного медіатора, який розмовляє лише рідною мовою однієї зі сторін, а інший - вільно володіє двома відповідними мовами. Однак у цьому випадку медіатор, який володіє двома мовами, частково виконує роль перекладача.

77 Надання сторонам можливості безпосередньо спілкуватися під час медіації мовою, якій вони надають перевагу, є, безумовно, найкращим вибором; однак можуть бути випадки, коли це неможливо. Спілкування мовою, якій сторони надають перевагу,

---

115 Франко-німецький проект двонаціональної професійної медіації (2003-2006); американсько-німецький проект двонаціональної медіації; польсько-німецький проект двонаціональної медіації; див. також розділ 6.2.3 нижче.

116 Див. далі в розділі 6, підрозділ 6.2.3.

117 Див. також розділ 3.3 щодо списків медіаторів.

118 Двонаціональні програми медіації, згадані у примітці 115 вище, є двомовними програмами медіації.

можна також полегшити за допомогою усного перекладу. Якщо переклад розглядається як варіант, перекладача слід обирати з обережністю, він повинен бути добре підготовленим і усвідомлювати надзвичайно делікатний характер розмови та емоційну атмосферу медіації, щоб не створювати додатковий ризик непорозуміння і не ставити під загрозу мирне врегулювання конфлікту. Крім того, гарантії конфіденційності спілкування в медіації мають бути поширені на перекладача (перекладачів).[119]

2.6 Відстань

➡ **Географічну відстань між сторонами спору необхідно враховувати, коли йдеться про організацію медіаційної зустрічі, а також щодо умов, узгоджених в угоді за результатами медіації.**

78 Ще однією проблемою медіації у справах про викрадення дітей з однієї країни в іншу є географічна відстань між сторонами. Відстань між державою постійного проживання дитини, де проживають покинуті батьки, і державою, до якої дитину було вивезено, може бути дуже великою.

79 Відстань може, з одного боку, впливати на практичну організацію сесій медіації. З іншого боку, відстань може відігравати певну роль щодо змісту самого рішення, досягнутого за допомогою медіації, яке може враховувати можливість того, що в майбутньому між батьками залишиться значна географічна відстань. Останнє може мати місце, наприклад, коли покинуті батьки, погоджуються на переїзд дитини разом з тим з батьків, хто її забрав, або у випадках, коли дитину повертають до держави постійного проживання, а той з батьків, хто її забрав, вирішує залишитися за кордоном.

80 Коли справа доходить до організації сесії медіації, відстань між сторонами та потенційно високі витрати на проїзд впливають на вибір місця проведення медіації, а також на питання про те, чи слід використовувати пряму або непряму медіацію. Обидві теми детально розглядаються нижче (місце проведення медіації - у розділі 4.4, а питання прямої чи непрямої медіації - у розділі 6.2). Звичайно, сучасні засоби комунікації, такі як відеозв'язок або інтернет-зв'язок, можуть допомогти в медіації[120].

81 Що стосується змісту можливої угоди, яка дозволяє здійснювати транскордонну опіку та / або права на контакт, тобто коли батьки вирішують проживати в різних країнах, то географічна відстань, а також пов'язані з цим транспортні витрати повинні бути належним чином враховані. Будь-які домовленості мають бути реалістичними та здійсненними з точки зору часу та витрат. Ця тема буде розглянута далі в Розділі 11 ("Перевірка реальності").

---

119 Щодо конфіденційності, див. розділ 6.1.5 нижче.

120 Для більш детальної інформації див. розділ 4.4 нижче.

2.7 Візові та імміграційні питання

- **Необхідно вжити всіх належних заходів, щоб полегшити отримання необхідних проїзних документів, таких як віза, для батьків, які бажають взяти участь в особистій медіаційній зустрічі в іншій державі.**
- **Необхідно вжити всіх належних заходів для сприяння наданню необхідних проїзних документів, таких як віза, кожному з батьків, яким необхідно в'їхати в іншу країну, щоб здійснити свої права на опіку чи контакт зі своєю дитиною.**
- **Центральний орган повинен вжити всіх необхідних заходів для надання допомоги батькам з отриманням необхідних документів шляхом надання інформації та консультацій або сприяння в отриманні конкретних послуг.**

82 У випадках міжнародних сімейних спорів візові та імміграційні питання часто додають складнощів до справи. З метою сприяння дружньому вирішенню міжнародних сімейних спорів держави повинні вжити заходів для забезпечення того, щоб покинуті батьки могли отримати необхідні проїзні документи для участі в сесії медіації в країні, до якої була викрадена дитина, або навіть для участі в судовому процесі.[121] Водночас, держави повинні вжити заходів для полегшення надання необхідних проїзних документів тому з батьків, хто забрав дитину, для в'їзду в державу постійного проживання дитини для участі в медіації та/або судовому розгляді.[122]

83 Надання проїзних документів також може відігравати важливу роль у результаті судового розгляду або медіації в міжнародному батьківському спорі. Наприклад, якщо в рамках Гаазької процедури повернення дитини прийнято рішення про її повернення, тому з батьків , хто забрав дитину, можуть знадобитися проїздні документи для в'їзду в державу постійного проживання дитини разом з дитиною. Держави повинні сприяти наданню необхідних проїзних документів у таких випадках. Те саме стосується випадків, коли той з батьків, хто забрав дитину, вирішує повернути її добровільно, в тому числі, коли повернення дитини та батьків було узгоджено за допомогою медіації. Візові та імміграційні питання також не повинні бути перешкодою для транскордонного здійснення права на контакт; право дітей на контакт з обома батьками, підтримане КПД ООН, має бути захищене.[123]

84 Центральний орган повинен допомагати батькам у швидкому отриманні необхідних проїзних документів шляхом надання інформації та консультацій або шляхом надання допомоги у подачі заяви на отримання будь-якої необхідної візи.[124]

---

121 Інформацію про можливу допомогу у візових та імміграційних питаннях див. у Профілях країн відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року, розроблених Постійним бюро і завершених у 2011 році (доступно за посиланням < www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей"), у розділах 10.3 j) та 10.7 l).

122 Див. також Висновки та рекомендації частини I Шостого засідання Спеціальної комісії (цит. праця, примітка 38), Рекомендація № 31.

123 Див. також Настанови з належної практики транскордонних контактів (цит. праця, примітка 16), розділ 4.4, с. 21, 22.

124 Там само. Див. також Висновки та рекомендації частини I Шостого засідання Спеціальної комісії (op. cit.). примітка 38), Рекомендація № 31:

2.8 Кримінальне провадження проти батьків, які забрали дитину

- **Медіація у справах про міжнародне викрадення дітей повинна враховувати можливі кримінальні провадження, розпочаті проти батьків, які викрали дитину, в країні, з якої вона була викрадена.**
- **Якщо було відкрито кримінальне провадження, це питання має бути обговорене в медіації. Може знадобитися тісна співпраця між відповідними судовими та адміністративними органами, щоб гарантувати, що будь-яка угода, досягнута в ході медіації, не буде порушена в ході відкритого кримінального провадження.**

85 Хоча Гаазька конвенція про викрадення дітей 1980 року стосується лише цивільних аспектів міжнародного викрадення дітей, кримінальне провадження проти батьків, які викрали дитину в країні її постійного проживання, може вплинути на процедуру повернення відповідно до Конвенції 1980 року.[125] Кримінальні звинувачення можуть включати викрадення дитини, неповагу до суду та правопорушення з документами. Кримінальні справи, що перебувають на розгляді в державі, де дитина проживала до викрадення, може - за певних обставин - призвести до того, що суд, який розглядає Гаазьку заяву про повернення, відмовить у поверненні дитини. Це може, зокрема, статися у випадку, коли дитина була викрадена фактичним опікуном, а рішення про повернення призведе до розлучення фактичного опікуна з дитиною[126], і таке розлучення - через вік дитини або інші обставини - становитиме серйозний ризик фізичної або психологічної шкоди у розумінні статті 13(1)(b) Конвенції 1980 року.[127]

"За наявності будь-яких ознак імміграційних труднощів, які можуть вплинути на здатність дитини (негромадянина) або одного з батьків, що її забрав, повернутися до запитуючої держави або на здійснення особою контактів чи прав доступу, Центральний орган повинен оперативно реагувати на запити про надання інформації, щоб допомогти особі без зволікань отримати від відповідних органів, що перебувають під його юрисдикцією, необхідні дозволи або візи". Держави повинні діяти якомога швидше при видачі дозволів або віз з цією метою і повинні переконати свої національні імміграційні органи в тій важливій ролі, яку вони відіграють у виконанні цілей Конвенції 1980 року".

125 Відповіді на Анкету 2006 року показали, що кримінальне переслідування зазвичай, але не обов'язково, розглядається як таке, що має негативний вплив, див. питання № 19 "Анкети щодо практичного застосування Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей від 25 жовтня 1980 року (включаючи питання про виконання Гаазької конвенції про юрисдикцію, застосовне право, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей від 1 жовтня 1991 року)", підготовленої Постійним бюро, Попередній документ № 1 квітень 2006 р. до уваги П'ятого засідання Спеціальної комісії з цивільно-правових аспектів міжнародного викрадення дітей у жовтні/листопаді 2006 р.; див. також "Звіт про П’яте засідання Спеціальної комісії з розгляду дії Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей від 25 жовтня 1980 р.", "Цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей", "Цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей", "Цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей та практичне виконання Гаазької конвенції про юрисдикцію, застосовне право, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей 1 жовтня 2006 року (30 жовтня - 9 листопада 2006 року)", підготовлений Постійним бюро, березень 2007 року, с. 56; обидва документи доступні на сайті < www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей".

126 Тому що єдиним вибором батьків було не повертатися з дитиною або потрапити до в'язниці після повернення.

127 "Ця проблема іноді вирішується шляхом призупинення (виконання) рішення про повернення до моменту зняття звинувачень проти батьків-викрадачів", див. Настанови з належної практики транскордонних контактів (цит. праця, примітка 16), розділ 4.4, с. 21, 22 і примітка 118.

86 Засоби, за допомогою яких можна притягнути до кримінальної відповідальності того з батьків, хто викрав дитину, а також те, чи можуть покинуті батьки впливати на порушення кримінального провадження щодо викрадення дитини, залежать від відповідної правової системи та обставин справи. Слід зазначити, що навіть у випадках, коли кримінальне провадження було розпочато за заявою або за згодою покинутих батьків, питання про можливість закриття кримінального провадження може вирішуватися виключно прокурором або судом. Це означає, що якщо кримінальне провадження проти того з батьків, хто забрав дитину, виявляється можливою перешкодою для повернення дитини, покинуті батьки можуть мати незначний вплив на усунення цієї перешкоди, незалежно від того, чи було порушено кримінальну справу за їх клопотанням або за їх згодою, чи ні.

87 Під час медіації у справах про міжнародне викрадення дітей важливо враховувати, що кримінальне провадження, особливо якщо воно загрожує ув'язненням викрадачеві, могло бути розпочато або існує потенційний ризик того, що таке кримінальне провадження може бути розпочато в майбутньому, навіть після узгодженого повернення викрадачів і дитини. З огляду на можливі наслідки, які може мати таке провадження, дуже важливо вирішити це питання під час медіації.

88 Залучені Центральні органи та суди повинні, наскільки це можливо, підтримувати сторони в отриманні необхідної загальної інформації про відповідні закони, що регулюють порушення та припинення кримінального провадження, а також про конкретний статус кримінального провадження. Тісна співпраця між відповідними судовими та адміністративними органами може бути необхідною для забезпечення того, щоб кримінальне провадження не очікувало на укладення угоди за результатами медіації, яка передбачає, що батько або мати, які забрали дитину, або дитина їде до держави, де вона проживала до викрадення, або що таке провадження не може бути розпочате після їх повернення. Що стосується співпраці між відповідними судовими органами, особливо корисною може бути Міжнародна гаазька мережа суддів.[128]

89 Загальну інформацію про кримінально-правові аспекти міжнародного викрадення дітей у різних Договірних державах, включаючи інформацію про те, хто може ініціювати, відкликати або призупинити кримінальне провадження, пов'язане з незаконним переміщенням або незаконним утриманням дитини, можна знайти в Профілях країн відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року.[129]

---

128 Для отримання додаткової інформації про Міжнародну гаазьку мережу суддів та функціонування прямих судових зносин див. "Нові правила щодо розвитку Міжнародної гаазької мережі суддів та проект загальних принципів для судових зносин, включаючи загальноприйняті гарантії для прямих судових зносин у конкретних справах, в контексті Міжнародної гаазької мережі суддів", підготовлений Постійним бюро, Попередній документ № 3 A, березень 2011 р., і P. Lortie, "Звіт про судові зносини у зв'язку з міжнародним викраденням дітей, Попередній документ № 3 B, квітень 2011 р. Обидва документи були представлені до уваги Спеціальної комісії в червні 2011 р. і доступні на сайті < www.hcch.net > в розділі "Викрадення дітей".

129 Див. розділ 11.3. "Профілі країн відповідно до Конвенції 1980 року" (див. вище, примітка 121).

3 Спеціалізований тренінг з медіації у справах про міжнародне викрадення дітей / забезпечення якості медіації

3.1 Навчання медіаторів - Існуючі правила та стандарти

90 Щоб гарантувати якість медіації, необхідно, щоб особи, які проводять медіацію, пройшли відповідну підготовку. У деяких державах прийнято законодавство, що регулює підготовку медіаторів або кваліфікацію чи досвід[130], які повинна мати особа, щоб отримати певне звання, бути зареєстрованою як медіатор або отримати дозвіл на проведення медіації чи певних форм медіації (наприклад, медіації, що фінансується державою).

91 Наприклад, Австрія створила державний реєстр медіаторів у 2004 році. Реєстрація вимагає від медіаторів дотримання регламентованих вимог щодо навчання.[131] Реєстрація дійсна лише протягом п'яти років; для її поновлення потрібне підтвердження безперервного навчання, як це передбачено законом.[132]

92 Франція також запровадила законодавство щодо навчання сімейній медіації та медіації у кримінальних справах.[133] Державний диплом з сімейної медіації було запроваджено у 2004 році.[134] До навчання допускаються лише кандидати з професійним досвідом та/або національним дипломом у соціальній сфері або сфері охорони здоров'я,[135] і вони повинні успішно пройти процес відбору.[136] Навчальна програма детально регламентована і складається з 560 годин навчання, зокрема, з права, психології та соціології, 70 годин з яких мають бути присвячені практиці.[137] Інший спосіб отримання диплому - це визнання професійного досвіду.[138]

---

130 Наступні держави зазначили у своїх національних профілях відповідно до Конвенції 1980 року (див. вище, примітка 121), що законодавство про медіацію (а у випадку деяких держав - спеціальне законодавство про сімейну медіацію) вирішує питання необхідної кваліфікації та досвіду медіаторів: Аргентина, Бельгія, Фінляндія, Франція, Греція, Угорщина, Норвегія, Панама, Парагвай, Польща, Румунія, Словенія, Іспанія, Швейцарія, Сполучені Штати Америки та Фінляндія.

131 Bundesgesetz über die Mediation in Zivilrechtssachen (ZivMediatG) від 6 червня 2003 року, доступний за посиланням < http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/2003_29_1/2003_29_1.pdf > (останній перегляд 16 червня 2012 року) та Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung (ZivMediatAV) від 22 січня 2004 року, доступне за посиланням < http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2004_II_47/BGBLA_2004_II_47.html > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

132 Статті 13 і 20 Федерального закону "Про медіацію в цивільних справах" (ZivMediatG) від 6 червня 2003 року (див. вище, примітка 131).

133 K. Deckert, "Mediation in Frankreich - Rechtlicher Rahmen und praktische Erfahrungen", в K.J. Hopt and F. Steffek (цит. праця, примітка 2), с. 183-258, с. 242, 243.

134 Див. Décret No 2003-1166 du 2 décembre 2003 portant création du diplôme d'État de médiateur familial and Arrêté du 12 février 2004 relatif au diplôme d'État de médiateur familial – Version consolidée au 28 juillet 2007, доступна за посиланням < http://www.legifrance.gouv.fr > (останній перегляд 16 червня 2012 року); див. також S. Vigers, Note on the development of mediation, conciliation and similar means (op. cit. note 11), 7, p. 22.

135 Детальніше див. Закон від 12 лютого 2004 року щодо диплома держави про сімейну медицину – версія консолідована від 28 червня 2007 року (див. вище примітку 134), ст. 2. 2.

136 Там само, ст. 3.

137 Там само, ст. 4 і далі.

138 Для визнання професійного досвіду необхідні два етапи: спочатку державні органи оцінюють прийнятність заявника, а потім комісія екзаменаторів оцінює розвиток навичок, набутих завдяки досвіду, див. також S. Vigers Note on the development of mediation, conciliation and similar means (op. cit. note 11), 7, p. 22.

93 У багатьох правових системах, де підготовка медіаторів не врегульована на законодавчому рівні, організації медіаторів та асоціації, з метою гарантування якості медіації, встановили мінімальні вимоги до підготовки, які вони вимагають від медіаторів при вступі до мережі. Однак часто через відсутність центральної точки відліку щодо вимог до навчання у відповідній юрисдикції не існує єдиного підходу до стандартів навчання.

94 Прикладом юрисдикції, в якій централізовані вимоги до навчання розвивалися опосередковано через саморегулювання, є Англія та Уельс, де лише медіатори, які пройшли визнану Комісією з юридичних послуг (КЮП) підготовку та успішно склали оцінювання компетентності для сімейної медіації, можуть здійснювати медіацію за державні кошти.[139]

95 Крім того, питання підготовки медіаторів розглядається в декількох національних[140] та регіональних необов'язкових документах, таких як стандарти та кодекси поведінки медіаторів[141] або рекомендації, що не мають обов'язкової сили. Втім, між різними організаціями, що займаються підготовкою медіаторів, не завжди існує консенсус щодо стандартів навчання.[142] Крім того, багато правил і стандартів стосуються підготовки медіаторів загалом і не зосереджуються на підготовці медіаторів для сімейної медіації, не кажучи вже про міжнародну сімейну медіацію.

96 Серед ініціатив, спрямованих на регіональне просування стандартів підготовки медіаторів для сімейної медіації, є ініціатива AIFI[143] - міждисциплінарної неурядової організації з членами в Європі та Канаді. У Настановах AIFI з належної практики сімейної медіації, розробленому в 2008 році, розглядається питання спеціалізованого навчання та акредитації для міжнародної сімейної медіації.[144] Ще однією організацією, яка активно працює в цій сфері медіації, є Європейська асоціація суддів з питань медіації (GEMME, Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation),[145] яка складається з декількох національних секцій. Організація об'єднує суддів з різних європейських держав з метою просування методів мирного вирішення спорів, зокрема медіації. У 2006 році GEMME France опублікувала

---

139 Стандарт якості медіації Комісії з правових послуг, 2-е видання, вересень 2009 р., доступний в Інтернеті за посиланням < http://www.justice.gov.uk/downloads/legal-aid/quality/mediation-quality-mark-standard.pdf > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

140 Наприклад, про навчальну модель, розроблену Національним центром медіації та вирішення конфліктів при Міністерстві юстиції Ізраїлю, див. E. Liebermann, Y. Foux-Levy and P. Segal, "Beyond Basic Training – A Model for Developing Mediator Competence", в Conflict Resolution Quarterly 23 (2005) pp. 237-257.

141 Наприклад, Європейський кодекс поведінки медіаторів (див. вище, примітка 58), який встановлює низку принципів, яких окремі медіатори можуть дотримуватися на добровільній основі, зазначає, що "медіатори повинні бути компетентними та обізнаними в процесі медіації", і підкреслює, що "відповідні фактори включають належну підготовку та постійне оновлення їхньої освіти та практики в галузі медіації (...)", див. пункт 1.1.

142 Див. також "Legislating for Alternative Dispute Resolution - A Guide for Government Policy Makers and Legal Drafters", листопад 2006 р., с. 49 і далі, підготовлений Австралійською національною консультативною радою з альтернативного вирішення спорів (NADRAC), доступно за посиланням < http://www.nadrac.gov.au/publications/PublicationsByDate/Pages/LegislatingforAlternativeDisputeResolution.aspx > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

143 Міжнародна франкомовна асоціація інтерв'юерів, які надають допомогу окремим сім'ям.

144 Оригінальна назва: "Guide de bonnes pratiques en médiation familiale à distance et internationale", див. ст. 5.

145 Веб-сайт GEMME можна знайти за адресою < www.gemme.eu/en >.

Практичні настанови з використання судової медіації, які також торкаються питань підготовки медіаторів та професійної етики.[146]

97 Деякі необов'язкові регіональні правові інструменти медіації заохочують держави створювати відповідні структури для забезпечення якості медіації. Наприклад, Рекомендація Ради Європи № R (98) 1 про сімейну медіацію закликає держави забезпечити наявність "процедур відбору, підготовки та кваліфікації медіаторів" і підкреслює, що, "беручи до уваги особливий характер міжнародної медіації, міжнародні медіатори повинні бути зобов'язані проходити спеціальну підготовку".[147] Крім того, Рекомендація Ради Європи Rec (2002) 10 про медіацію в цивільних справах закликає держави " розглянути можливість ужиття заходів, щоб сприяти встановленню належних стандартів щодо добору, визначення відповідальності, навчання й кваліфікації медіаторів, включаючи медіаторів, які мають справу з міжнародними питаннями".[148] Також Європейська директива про медіацію - обов'язковий регіональний документ, закликає держави-члени Європейського Союзу "заохочувати початкову та подальшу підготовку медіаторів з метою забезпечення ефективного, неупередженого та компетентного проведення медіації по відношенню до сторін "[149].

3.2 Спеціальна підготовка для медіації у справах про міжнародне викрадення дітей

- **Медіація у справах про міжнародне викрадення дітей повинна проводитися тільки досвідченими сімейними медіаторами, які, бажано, пройшли спеціальну підготовку з медіації у справах про міжнародне викрадення дітей.**
- **Медіатори, які працюють у цій сфері, потребують постійного навчання, щоб підтримувати їхню професійну компетентність.**
- **Держави повинні підтримувати створення навчальних програм і стандартів для транскордонної сімейної медіації та медіації у справах про міжнародне викрадення дітей.**

98 З огляду на особливий характер медіації у справах про міжнародне викрадення дітей, медіацію в таких справах повинні проводити лише досвідчені сімейні медіатори, які бажано щоб пройшли спеціальну підготовку з міжнародної сімейної медіації та, зокрема, медіації у справах про міжнародне викрадення дітей.[150] Менш досвідчені медіатори в ідеалі повинні проводити медіацію в таких справах лише у комедіації з більш досвідченими колегами.

---

146 Настанови доступні на веб-сайті GEMME за адресою <http://www.gemme.eu/nation/france/article/leguide > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

147 Вище примітка 52, див. частини II, c) і VIII e).

148 Вище, примітка 53, див. Принцип V.

149 Див. ст. 4 Європейської директиви про медіацію (див. вище примітку 5).

150 Див. також Рекомендацію Ради Європи № R (98) 1 про сімейну медіацію (вище, примітка 52), VIII (Міжнародні питання): «Беручи до уваги особливий характер міжнародної медіації, міжнародні медіатори повинні проходити спеціальну підготовку".

99 Навчання медіації у справах про міжнародне викрадення дітей має підготувати медіатора до вирішення специфічних проблем, пов'язаних з транскордонними викраденнями дітей, як зазначено вище, спираючись при цьому на фундамент звичайної підготовки медіаторів.[151]

100 Як правило, медіатор повинен володіти соціально-психологічними та юридичними знаннями, необхідними для проведення медіації у висококонфліктних сімейних справах. Медіатор повинен мати належну підготовку для оцінки можливості проведення медіації (медіабельності) у конкретній справі. Він повинен вміти оцінювати здатність сторін до медіації, наприклад, розпізнавати психічні розлади та мовні труднощі, а також вміти виявляти патерни домашнього насильства та жорстокого поводження з дітьми і робити необхідні висновки.

101 Крім того, підготовка до міжнародної сімейної медіації повинна охоплювати розвиток або закріплення необхідної крос-культурної компетентності, а також необхідних мовних навичок.

102 У той же час, навчання повинно давати знання і розуміння відповідних регіональних і міжнародних правових інструментів, а також застосовного національного законодавства. Хоча в обов'язки медіатора не входить надання юридичних консультацій, базові правові знання мають вирішальне значення в транскордонних сімейних справах. Це дозволяє медіатору розуміти загальну картину і проводити медіацію відповідально.

103 Відповідальна медіація у справах про міжнародне викрадення дітей передбачає заохочення батьків зосередитися на потребах дітей і нагадування їм про їхню головну відповідальність за своїх дітей та їх добробут. Наголошується на необхідності інформування дітей та консультацій з ними, а також звертається увага сторін на те, що узгоджене ними рішення може бути стійким лише тоді, коли воно прийнято у відповідності до обох (всіх) залучених правових систем і є юридично обов'язковим в цих правових системах, що буде потребувати спеціальної юридичної консультації. Для проведення медіації з урахуванням інтересів дитини, яка враховує погляди дитини у справах про викрадення дітей, необхідна спеціальна підготовка.

104 Посередники, які працюють у сфері міжнародного викрадення дітей, потребують постійного навчання для підтримки своєї професійної компетентності.

105 Держави повинні підтримувати створення навчальних програм з медіації та подальшу розробку стандартів транскордонної сімейної медіації та медіації у справах про міжнародне викрадення дітей.

---

151 Прикладом спеціалізованої навчальної програми є проект TIM (Навчання міжнародній сімейній медіації), співзасновником якого є ЄС, спрямований на створення мережі міжнародних сімейних медіаторів у Європі (див. веб-сайт мережі) < http://www.crossbordermediator.eu >. Більш детальну інформацію про проект TIM, який реалізується бельгійською НУО "Child Focus" у співпраці з Католицьким університетом м. Левен та німецькою спеціалізованою організацією медіації MiKK e.V. за підтримки Нідерландського центру з питань міжнародного викрадення дітей, можна знайти на веб-сайті німецької організації MiKK e.V. за адресою < http://www.mikk-ev.de/english/eu-training-project-tim/ > (останнє відвідування 16 червня 2012 р.).

3.3 Створення списків медіаторів

➡ **Державам слід розглянути можливість підтримки створення загальнодоступних списків сімейних медіаторів, за допомогою яких можна знайти спеціалістів-медіаторів.**

106 З метою сприяння створенню структур медіації для вирішення транскордонних сімейних спорів державам слід розглянути можливість створення на національному або наднаціональному рівні загальнодоступних списків сімейних медіаторів, за допомогою яких можна було б визначити спеціалізованих медіаторів та послуг медіації.[152] В ідеалі ці списки повинні містити контактні дані медіаторів, інформацію про їхню спеціальність, підготовку, мовні навички, міжкультурну компетентність та досвід.

107 Держави також можуть сприяти наданню інформації про спеціалізовані послуги міжнародної сімейної медіації, доступні в їхній юрисдикції, через Центральний контактний пункт з питань міжнародної сімейної медіації.[153]

3.4 Забезпечення якості медіації

➡ **Послуги медіації, що використовуються в транскордонних сімейних спорах, повинні контролюватися та оцінюватися, бажано нейтральним органом.**

➡ **Держави заохочуються до підтримки створення спільних стандартів оцінки послуг медіації.**

108 Щоб забезпечити якість міжнародної сімейної медіації, послуги медіації повинні контролюватися та оцінюватися, в ідеалі - нейтральним органом. Однак, якщо такого органу не існує, медіатори та організації медіаторів повинні самі встановити прозорі правила моніторингу та оцінки своїх послуг. Зокрема, сторони повинні мати можливість надавати свої відгуки про медіацію, а також повинна бути передбачена процедура подання скарг.

109 Медіатори та організації медіаторів, які працюють у сфері міжнародного викрадення дітей, повинні мати структурований та професійний підхід до адміністрування, ведення обліку та оцінки послуг, а також мати доступ до необхідної адміністративної та професійної підтримки.[154]

---

152 Наприклад, Франція, одна з перших держав, яка створила Центральний контактний пункт для міжнародної сімейної медіації, готує центральний список спеціалізованих медіаторів; Австрія створила центральний реєстр медіаторів у 2004 році (докладніше див. пункт 91 вище), який доступний в Інтернеті за адресою < http://www.mediatoren.justiz.gv.at/mediatoren/mediatorenliste.nsf/contentByKey/VSTR-7DXPU8-DE-p > (останній перегляд 16 червня 2012 року). Крім того, у Профілях країн відповідно до Конвенції 1980 року (див. вище, примітка 121) зазначено наявність списків медіаторів (хоча не обов'язково одного центрального списку) для наступних правових систем і вказано, в яких органах ці списки можна отримати: Аргентина, Бельгія, Китай (САР Гонконг), Чеська Республіка, Данія, Естонія, Франція, Греція, Угорщина, Ірландія, Норвегія, Панама, Парагвай, Польща, Румунія, Словенія, Іспанія, Чехія, Швейцарія, Сполучене Королівство (Англія та Уельс, Північна Ірландія) та Сполучені Штати Америки.

153 Щодо Центрального контактного пункту з питань міжнародної сімейної медіації, див. розділ 4.1 нижче.

154 Принципи створення структур медіації наведені в Додатку 1 нижче.

110 Держави повинні працювати над створенням загальних стандартів для оцінки послуг медіації.

4 Доступ до медіації

- **Інформація про доступні послуги медіації у справах про міжнародне викрадення дітей, а також інша пов'язана з цим інформація, наприклад, вартість медіації, повинна надаватися через Центральний орган або Центральний контактний пункт з питань міжнародної сімейної медіації.**
- **Держави-учасниці Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та інших відповідних Гаазьких конвенцій[155] заохочуються до створення Центрального контактного пункту з питань міжнародної сімейної медіації для полегшення доступу до інформації про наявні послуги медіації та пов'язані з ними питання щодо транскордонних сімейних спорів за участю дітей, або можуть доручити це завдання своїм Центральним органам.**

111 Важливо полегшити доступ до медіації. Це починається з надання сторонам, які бажають розглянути можливість медіації, інформації про послуги медіації, доступні у відповідній юрисдикції, а також іншої пов'язаної з цим інформації.

112 Слід зазначити, що Принципи створення структур медіації[156], розроблені Робочою групою з медіації в контексті Мальтійського процесу, метою якого є створення структур для транскордонної сімейної медіації, заохочують держави, які погоджуються впроваджувати ці принципи, створити "Центральний контактний пункт для міжнародної сімейної медіації", який повинен, серед іншого, "надавати інформацію про послуги сімейної медіації, доступні в цій країні", наприклад, перелік медіаторів та організацій, що надають послуги медіації в міжнародних сімейних спорах, інформацію про вартість медіації та інше. Крім того, Принципи вимагають, щоб Центральний контактний пункт "пропонував інформацію про те, де можна отримати консультації з питань сімейного права та судових процедур, (...) про те, як надати угоді за результатами медіації, обов'язкової сили (а також) про примусове виконання угоди, досягнутої за допомогою медіації".

113 Згідно з цими Принципами, "інформація повинна надаватися офіційною мовою цієї держави, а також англійською або французькою мовами". Крім того, Принципи вимагають, щоб "Постійне бюро Гаазької конференції було поінформоване про відповідні контактні дані Центрального контактного пункту, включаючи поштову адресу, номер телефону, адресу електронної пошти та імена відповідальних осіб, а також інформацію про те, якими мовами вони володіють" і що " запити на

---

155 Щодо заохочення медіації іншими Гаазькими конвенціями про права дітей, див. "Цілі та сфера застосування" вище.

156 Принципи створення медіаційних структур (див. Додаток 1 нижче). Див. також "Пояснювальний меморандум щодо принципів створення медіаційних структур в контексті Мальтійського процесу", відтворений у Додатку 2 нижче (також доступний на сайті < www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей", потім "Транскордонна сімейна медіація").

інформацію або допомогу, адресовані Центральному контактному пункту, повинні оброблятися оперативно".

114 Хоча ці Принципи були розроблені з метою створення структур транскордонної медіації для справ, які не розглядаються за Гаазькою конвенцією, вони також є актуальними і для справ, що підпадають під дію Гаазької конвенції 1980. У зв'язку зі стрімким і різноманітним розвитком послуг сімейної медіації в останні роки важко отримати огляд пропонованих послуг або визначити, які з них можуть бути придатними для медіації у справах про транскордонне викрадення дітей. Тому було б надзвичайно корисно, якби держави-учасниці Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та/або інших відповідних Гаазьких конвенцій збирали та надавали інформацію про послуги медіації, доступні для вирішення міжнародних сімейних спорів у їхній юрисдикції, а також іншу інформацію, яка може мати відношення до медіації у транскордонних сімейних спорах, зокрема, у справах про міжнародне викрадення дітей.

115 У державах-учасницях Гаазької конвенції про запобігання викраденню дітей 1980 року Центральний орган, передбачений Конвенцією, може бути ідеальним кандидатом, щоб взяти на себе цю роль.[157] Однак деякі держави-учасниці Конвенції 1980 року можуть надати перевагу створенню незалежного Центрального контактного пункту з питань міжнародної сімейної медіації для надання відповідної інформації. У такому випадку Центральний орган може направляти зацікавлені сторони до такого Центрального контактного пункту з питань міжнародної сімейної медіації за умови, що співпраця між Центральним органом і Центральним контактним пунктом буде врегульована на організаційному рівні таким чином, щоб направлення сторін до такого пункту не призводило до затримки в розгляді заяви про повернення.

116 Якщо зовнішній орган призначається Центральним контактним пунктом для міжнародної сімейної медіації, слід вжити заходів для уникнення будь-яких конфліктів інтересів, особливо якщо цей орган сам пропонує послуги медіації.

117 Слід зазначити, що крім того, Профіль країни відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року, розроблений Постійним бюро, завершений у 2011 році і згодом заповнений Договірними державами, може бути корисним джерелом інформації про послуги медіації, доступні в цих державах.[158]

---

157 На своєму засіданні в червні 2011 року Спеціальна комісія з питань практичного застосування Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року закликала держави "розглянути можливість створення такого Центрального контактного пункту або призначення свого Центрального органу центральним контактним пунктом", див. Висновки та рекомендації частини I шостого засідання Спеціальної комісії (цит. праця, примітка 38), Рекомендація № 61.

158 Див. частину V "Профілі країн відповідно до Конвенції 1980 року" (див. вище, примітка 121).

4.1 Доступність медіації - стадія Гаазької процедури повернення; направлення/самостійне звернення до медіації

- **Можливість використання медіації або інших процесів для досягнення узгоджених рішень повинна бути якомога раніше доведена до відома сторін міжнародного сімейного спору щодо дітей.**
- **Доступ до медіації та інших процесів для досягнення у згодженого рішення не повинен обмежуватися досудовим етапом, а повинен бути доступним протягом усього провадження, в тому числі на стадії примусового виконання.**

118 Можливість використання медіації або інших засобів мирного врегулювання спорів слід запроваджувати якомога раніше. Медіація може бути запропонована як превентивний захід вже на ранній стадії сімейного конфлікту, щоб уникнути подальшого викрадення.[159] Це особливо важливо у випадках, коли після розлучення подружжя один з батьків розглядає можливість переїзду в іншу країну. Хоча необхідно підвищувати обізнаність про те, що, як правило, один з батьків не може залишити країну без згоди іншого, який має (фактично здійснює) право опіки, або без дозволу компетентного органу[160], медіація може надати цінну підтримку в пошуку дружнього рішення.

119 Слід підкреслити, що спосіб, у який "батькам пропонують розглянути можливість медіації, є дуже важливим "[161] і може бути "критично важливим для її успіху".[162] Оскільки медіація все ще є відносно новим явищем у багатьох юрисдикціях, "батьки потребують повного та щирого пояснення того, що таке медіація, а що нею не є, щоб вони могли прийти на медіацію з відповідними очікуваннями".[163]

120 Після викрадення дитини батьки повинні бути якомога раніше поінформовані про можливість медіації, якщо для таких випадків існують спеціальні служби медіації. Слід, однак, підкреслити, що медіація "не є єдиним засобом правового захисту, який мають батьки, і що наявність медіації не впливає на право батьків подавати позов до суду, якщо вони цього бажають".[164]

---

159 Настанови з належної практики превентивних заходів (цит. праця, примітка 23), розділ 2.1, с. 15-16; див. також Главу 14 нижче.

160 Вашингтонська декларація про міжнародне переміщення сімей, Міжнародна судова конференція з питань транскордонного переміщення сімей, Вашингтон, округ Колумбія, Сполучені Штати Америки, 23-25 березня 2010 року, спільно організована Гаазькою конференцією з міжнародного приватного права та Міжнародним центром допомоги зниклим та експлуатованим дітям (ICMEC) за підтримки Державного департаменту США: "Держави повинні забезпечити наявність правових процедур для звернення до компетентного органу з метою отримання права на переїзд з дитиною. Сторонам слід наполегливо рекомендувати використовувати правові процедури і не діяти в односторонньому порядку". З Вашингтонською декларацією можна ознайомитися на сайті < www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей".

161 С. Вігерс, Зауваження щодо розвитку медіації, примирення та подібних засобів (цит. праця, примітка 11), 5.1, с. 17.

162 2006 Звіт про пілотну програму медіації щодо возз'єднання (цит. праця, примітка 97), с. 8.

163 С. Вігерс, Зауваження щодо розвитку медіації, примирення та подібних засобів (цит. праця, примітка 11), 5.1, с. 18.

164 С. Вігерс, (там само), (5.1), с. 17.

121 З метою підвищення шансів на мирне врегулювання спору медіація або подібні засоби повинні бути доступними не лише на досудовій стадії, але й протягом усього судового провадження, в тому числі на стадії примусового виконання рішення.[165] Найбільш прийнятний з наявних процесів, що сприяють досягненню узгоджених рішень на конкретній стадії провадження, залежатиме від обставин справи.

122 Як детально обговорювалося в розділі 2.1 (Часові рамки / Прискорені процедури), надзвичайно важливо вжити заходів для того, щоб медіація не могла бути використана як тактика затягування часу з боку батьків, які забрали дитину. Корисним заходом у цьому відношенні може бути ініціювання процедури повернення та, за необхідності, призупинення цієї процедури на час проведення медіації.[166]

4.1.1 Роль Центрального органу

- **Центральні органи повинні безпосередньо або через будь-якого посередника вжити всіх необхідних заходів для досягнення мирного врегулювання спору.**
- **При отриманні заяви про повернення Центральний орган у запитуваній державі повинен сприяти наданню інформації про послуги медіації, які підходять для випадків транскордонного викрадення дітей, що підпадають під дію Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року, якщо такі послуги доступні в цій юрисдикції.**
- **Держави повинні включати інформацію про медіацію та подібні процеси та їх можливе поєднання при підготовці персоналу їх центральних органів.**

123 Центральні органи відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року відіграють ключову роль у сприянні мирному вирішенню міжнародних сімейних спорів щодо дітей. І Конвенція 1980 року, і Конвенція 1996 року визнають необхідність сприяння узгодженим рішенням і вимагають від центральних органів влади відігравати активну роль у досягненні цієї мети. Стаття 7(2)(c) Конвенції 1980 року вимагає від центральних органів влади вживати всіх необхідних заходів для "забезпечення добровільного повернення дитини або дружнього вирішення питань". Аналогічно, стаття 31 b) Конвенції 1996 року вимагає від Центральних органів влади вживати всіх необхідних заходів для "сприяння, за допомогою посередництва, примирення або інших подібних засобів, досягненню погоджених рішень щодо захисту особи або майна дитини в ситуаціях, на які поширюється дія цієї Конвенції".

124 Таким чином, центральні органи обох конвенцій повинні якомога раніше сприяти наданню інформації про послуги медіації або аналогічні засоби, які можуть допомогти знайти узгоджене рішення, коли сторони звертаються за підтримкою до

---

165 Див. також Настанови з належної практики правозастосування (цит. праця, примітка 23), розділи 5.1, 5.2, с. 25.

166 Див. розділ 2.1 вище.

Центрального органу у транскордонному сімейному спорі.[167] Однак така інформація повинна надаватися не замість, а на додаток до інформації про процедури, передбачені Гаазькими конвенціями, та іншої пов'язаної з ними інформації.

125 Наприклад, у справі про міжнародне викрадення дитини Центральний орган запитуваної держави повинен при зверненні покинутих батьків (безпосередньо або через Центральний орган запитуючої держави) надати їм інформацію про медіацію та подібні послуги, доступні в цій юрисдикції, а також інформацію про Гаазькі процедури. У той же час, звертаючись до батьків, які забрали дитину, з метою заохочення добровільного повернення[168] дитини, Центральний орган може поінформувати їх про можливості медіації та подібних процесів, що сприяють досягненню узгоджених рішень. Крім того, Центральний орган у запитуючій державі може надати покинутим батькам інформацію про методи мирного вирішення спорів, а також інформацію про Гаазьку процедуру повернення. Завдання надання інформації про відповідні послуги медіації також може бути делеговане іншому органу.[169]

126 Однак обов'язок центрального органу розглядати заяви про повернення в найкоротші терміни не повинен ставитися під сумнів. Центральні органи несуть особливу відповідальність за те, щоб підкреслити, що справи про викрадення є темпорально чутливими. Якщо Центральний орган делегує надання інформації про відповідні послуги медіації іншому органу, Центральний орган повинен забезпечити, щоб звернення сторін до не призводив до затримки. Крім того, якщо сторони вирішують спробувати медіацію, їх слід поінформувати про те, що медіація та процедура повернення можуть здійснюватися паралельно.[170]

127 У 2006 році порівняльне дослідження схем медіації в контексті Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року[171] встановило, що деякі Центральні органи, які активно просувають медіацію, або самі пропонують медіацію в певних випадках, або використовують послуги місцевих провайдерів медіації. Сьогодні, як також зазначено у Профілях країн Конвенції 1980 року[172], дедалі більше Центральних органів активно заохочують сторони до медіації або подібних процесів для досягнення узгодженого вирішення їхніх спорів[173].

---

167 У зв'язку з цим центральний орган може виконувати функції центрального контактного пункту у значенні, визначеному в Принципах створення медіаційних структур (див. Додаток 1 нижче); більш детальну інформацію про Принципи див. у вступі до Глави 4 вище. Див. також розділ 4.1.4 нижче.

168 ст. 7 (2) c) і ст. 7(2) c) та ст. 10 Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року.

169 Наприклад, запитувана держава може призначити орган, відмінний від Центрального органу, Центральним контактним пунктом з питань міжнародної сімейної медіації (див. пункти 111 і далі) і доручити Центральному контактному пункту не тільки надавати інформацію про медіацію в справах, що не належать до сфери дії Гаазької конвенції, а й надавати інформацію про спеціалізовані послуги з медіації у справах про міжнародне викрадення дітей, що підпадають під дію Конвенції 1980 року.

170 Щодо переваг ініціювання розгляду за Конвенцією 1980 до початку медіації, див. розділ 2.1 вище.

171 С. Вігерс, Зауваження щодо розвитку медіації, примирення та подібних засобів (цит. праця, примітка 11), 2.4, с. 10.

172 Див. примітку 121.

173 Наприклад: У Франції в квітні 2007 року Центральний орган перебрав на себе завдання, які раніше виконувала Місія сприяння міжнародній медіації для сімей (Mission d'aide à la médiation internationale pour les familles, MAMIF), офіс, створений для сприяння медіації транскордонних сімейних спорів, який брав участь в успішній франко-німецькій двонаціональній програмі медіації; для отримання додаткової інформації про Місію сприяння міжнародній медіації для сімей (aide à la médiation familiale internationale, AMIF), яка зараз виконується Центральним органом Франції,

128 Державам рекомендується включити в програму навчання співробітників Центрального органу загальну інформацію про медіацію та подібні процеси, а також конкретну інформацію про доступні послуги з медіації та подібні послуги у справах про міжнародне викрадення дітей.

4.1.2 Роль судді (суддів) / судів

129 Роль, яку суди відіграють у сімейних спорах, значно змінилася за останні десятиліття в багатьох правових системах. У цивільному судочинстві загалом, але особливо в сімейному судочинстві, сприяння узгодженим рішенням було законодавчо закріплено в багатьох державах.[174] Сьогодні судді часто зобов'язані намагатися мирно врегулювати спір. У деяких правових системах у сімейних спорах, що стосуються дітей, участь в інформаційній зустрічі з питань медіації або спроба медіації чи інших процесів для досягнення узгоджених рішень може бути навіть обов'язковою для сторін за певних обставин.[175]

див.< http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/enlevement-parental-12063/la-mediation-21106.html > (останній перегляд 16 червня 2012 року). У Швейцарії Федеральний закон від 21 грудня 2007 року про міжнародне викрадення дітей та Гаазькі конвенції про захист дітей та дорослих, який набув чинності 1 липня 2009 року, запровадив конкретні зобов'язання для Центрального органу Швейцарії щодо сприяння процедурам примирення та медіації, див. ст. 3, ст. 4 (Bundesgesetz über international Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE) vom 21 Dezember 2007) (вище, примітка 103). У Німеччині Центральний орган повідомляє батьків про можливість медіації. Крім того, перелічені нижче держави, зазначили в Профілях країн відповідно до Конвенції 1980 року (див. вище, примітка 121), що їхні Центральні органи надають інформацію про медіацію: Бельгія, Китай (Гонконг), Чеська Республіка, Естонія, Греція, Угорщина, Парагвай, Польща (лише заявнику), Румунія, Словенія, Іспанія, Сполучене Королівство (Англія та Уельс, Північна Ірландія), Сполучені Штати Америки та Венесуела. В Аргентині та Чеській Республіці медіацію пропонує Центральний орган, див. розділ 19.3 Профілю країн (там само).

174 Наприклад, в Ізраїлі державні суди, які розглядають цивільну справу, можуть на будь-якій стадії провадження запропонувати сторонам передати справу або її частину на розгляд медіації, розділ 3 Постанови Держави Ізраїль № 5539 від 10 серпня 1993 року. Див. також щодо Австралії, ст. 13 C і далі Закону про сімейне право 1975 року (з останніми змінами, внесеними Законом № 147 від 2010 року), згідно з якою "(a) суд, який здійснює юрисдикцію у провадженнях відповідно до цього Закону, може на будь-якій стадії провадження винести одне або декілька з таких розпоряджень: (...) (b) щоб сторони провадження взяли участь у процедурі врегулювання сімейних спорів", яка включає медіацію; з повним текстом закону можна ознайомитися за посиланням: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2010C00870 > (останній перегляд 16 червня 2012 року). Див. також більш загальну інформацію про сприяння альтернативному вирішенню спорів в Австралії на веб-сайті Національної консультативної ради з питань альтернативного вирішення спорів (NADRAC) за адресою < http://www.nadrac.gov.au/ >; NADRAC є незалежним органом, створеним у 1995 році для надання консультацій Генеральному прокурору Австралії з питань розвитку системи ABC. У Південній Африці Закон про дітей № 38 від 2005 року (з останніми змінами від 2008 року), доступний за посиланням < http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf > (останній перегляд 16 червня 2012 року), також заохочує мирне вирішення сімейних спорів і дозволяє суддям передавати певні справи на розгляд медіації або подібних процесів.

175 Наприклад, у Сполученому Королівстві (Англія та Уельс) Практичний посібник 3A – Передапікаційний протокол щодо інформації про медіацію та її оцінки - Керівництво для HMCS, який набув чинності 6 квітня 2011 року, доступний за посиланням < http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/family/practice_directions/pd_part_03a > (останній раз переглянуто 16 червня 2012 року), який передбачає наступний порядок розгляду сімейних справ, якщо не застосовується один із винятків, зазначених у Протоколі: "Перед тим, як заявник звертається до суду із заявою про видачу судового рішення у відповідному сімейному провадженні, заявник (або адвокат заявника) повинен зв'язатися з сімейним медіатором для організації участі заявника в інформаційній зустрічі про сімейну медіацію та інші форми альтернативного вирішення спорів (далі в цьому Протоколі - "інформаційно-оціночна зустріч з питань медіації")".

- **Суддя (судді), який (які) розглядає(ють) справу про міжнародне викрадення дитини, повинен (повинні) розглянути питання про доцільність звернення до медіації у справі, що перебуває у його (їх) провадженні, за умови, що послуги медіації, які підходять для транскордонних справ про викрадення дітей, що підпадають під дію Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року, доступні в даній юрисдикції. Те саме стосується й інших доступних процесів для досягнення узгоджених рішень.**
- **Державам рекомендується включати інформацію про медіацію та подібні процеси та їх можливе поєднання з судовим процесом у навчанні суддів.**

130 У справах про міжнародне викрадення дітей суди відіграють важливу роль у просуванні узгоджених рішень. Незалежно від того, чи була вже запропонована медіація компетентним центральним органом, суд, який розглядає справу про повернення в рамках Гаазького процесу, повинен розглянути питання про направлення сторін до медіації або подібних послуг, якщо вони доступні і вважаються доцільними. Серед кількох факторів, які можуть вплинути на цей розгляд, є питання, що стосуються загальної придатності конкретної справи для медіації[176], а також питання про те, чи є відповідні послуги медіації, тобто послуги які відповідають стислим часовим рамкам та іншим специфічним вимогам до медіації у справах про міжнародне викрадення дітей. Якщо медіація вже була безуспішною до початку Гаазької процедури повернення, звернення до медіації вдруге може бути недоцільним.

131 Коли суддя передає справу на медіацію, він повинен контролювати часові рамки. Залежно від застосовного процесуального законодавства, суддя може відкласти розгляд справи[177] для проведення медіації на короткий період часу або, якщо перерва не потрібна, призначити наступне судове засідання, до якого медіація має бути завершена, в межах розумно короткого строку, наприклад, від двох до чотирьох тижнів.[178]

132 Крім того, якщо суддя передає справу на медіацію, бажано, щоб він залишив за собою головування у справі в інтересах безперервності судового процесу.

---

176 Див. нижче в розділі 4.2.

177 Наприклад, у Сполученому Королівстві (Англія та Уельс) суд, який розглядає справу про повернення за Конвенцією 1980, може направити сторони на медіацію, яка може відбутися під час перерви у розгляді справи, див. S.Vigers, Note on the development of mediation, conciliation and similar means (цит. праця, примітка 11), 5.2, с. 18, з посиланням на Сполучене Королівство та Пілотну схему медіації щодо возз'єднання (Reunite Mediation Pilot Scheme) (див. вище примітку 97). Щодо переваг ініціювання розгляду по Конвенції 1980 року до початку медіації, див. розділ 2.1 вище. Щодо обов'язкових сесій медіації, див. розділ 6.1.1 нижче.

178 Наприклад, щодо сімейного суду Нової Зеландії, див. Практичну записку "Справи за Гаазькою конвенцією: Процес медіації - вилучення, збереження та доступ", доступну за посиланням < http://www.justice.govt.nz/courts/family-court/practice-and-procedure/practice-notes/ > (останній перегляд 16 червня 2012 року), яка передбачає період від 7 до 14 днів, протягом якого має відбуватися медіація у справах про викрадення дітей за Гаазькою конвенцією.

133 Коли йдеться про медіацію на стадії судового провадження, можна виділити два види медіації: "присудова медіація" та "позасудова медіація "[179].

134 Кілька "схем присудової медіації " були розроблені для вирішення цивільних спорів, у тому числі сімейних.[180] У цих схемах медіація пропонується або медіатором, який працює в суді, або суддею, який пройшов підготовку медіатора, але не є суддею, який розглядає справу.[181] Однак у більшості держав ці "служби присудової медіації" були створені з чітким фокусом на суто національні спори, тобто спори без міжнародних зв'язків. Тому слід ретельно розглянути можливість адаптації існуючих "схем присудової медіації " до особливих потреб у міжнародних сімейних спорах, особливо у спорах, що підпадають під дію Гаазької конвенції про запобігання та врегулювання випадків викрадення дітей 1980 року. Тільки якщо існуюча "служба присудової медіації" відповідає основним критеріям, викладеним у цих Настановах як важливі для схем медіації у справах про викрадення дітей, слід розглядати можливість перенаправлення до цієї служби в рамках Гаазького провадження про повернення.

135 Звернення до медіації на стадії судового розгляду також можливе до "позасудових" служб медіації, тобто служб медіації, які працюють медіаторами або організаціями медіаторів, безпосередньо не пов'язаними з судом.[182] Що стосується "служб присудової медіації ", то слід ретельно розглянути можливість адаптації існуючих "позасудових" служб медіації до особливих потреб у міжнародних сімейних спорах.

136 Багато схем медіації, спеціально розроблених для справ про викрадення дітей в рамках Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року, наразі працюють як "позасудова медіація".[183]

---

179 Див. вище, у розділі "Термінологія"; див. також Рекомендацію Ради Європи Rec (2002)10 про медіацію в цивільних справах (вище, примітка 53), Принцип III (Організація медіації): '4. Медіація може відбуватися в рамках судових процедур або поза ними".

180 Серед багатьох держав, в яких наразі існують схеми присудової медіації: Аргентина (Ley 2G.58y - Mediación y Conciliación від 03.05.2010, Boletín Oficial de 0G.05.2010, який замінив попереднє законодавство від 1995 року; участь у медіації є обов'язковою у більшості цивільних справ, за винятком деяких особливих питань, таких як опіка, див. статті 1 та 5 закону); Німеччина (схеми медіації при суді діють у кількох федеральних землях у цивільних справах питаннях, див., зокрема, звіт про пілотний проект медіації в Нижній Саксонії на замовлення Міністерства юстиції, економіки та культури Нижньої Саксонії, підготовлений Г. Шпіндлером (G. Spindler, "Gerichtsnahe mediation in Lower Saxon", Геттінген, 2006 р.). Spindler, "Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen", Göttingen, 2006); та Мексиці (див. Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal від 8 січня 2008 року, востаннє переглянутий 8 лютого 2011 року, опублікований в Gaceta Oficial del Distrito Federal el 08 de enero de 2008, № 248 та Gaceta Oficial del Distrito Federal el 08 de febrero de 2011, № 1028; медіація здійснюється через Centro de Justicia Alternativa (Центр альтернативного вирішення спорів) при Вищому суді правосуддя округу (Tribunal Superior de Justicia del Distrito) Федеральний (Вищий суд Федерального округу; центр адмініструє процеси медіації, включаючи призначення медіатора зі списку зареєстрованих медіаторів).

181 Щодо відмінності між медіацією, що проводиться суддею та примиренням, що проводиться суддею див. розділ "Термінологія" вище.

182 Див. вище, у розділі "Термінологія"; див. також «Дослідження із здійсненності транскордонної медіації в сімейних справах" (цит. праця, примітка 13), розділ 2.4, с. 6.

183 Наприклад, у Німеччині, Нідерландах та Сполученому Королівстві (Англія та Уельс), докладніше див. у примітці 97 вище.

137 Після того, як сторони досягли домовленості за допомогою медіації або інших подібних засобів, можна, залежно від змісту домовленості та юрисдикції суду[184], звернутися з проханням закріпити цю домовленість у судовому рішенні до суду, який здійснює провадження у справі про повернення.

138 Дуже важливо, щоб судді, які розглядають міжнародні сімейні спори, були добре поінформовані про функціонування медіації та подібних процесів, що сприяють дружньому вирішенню спорів, а також про їхнє можливе поєднання із судовим розглядом. Тому державам рекомендується включати загальну інформацію з цих питань до програми підготовки суддів.

139 Зокрема, підготовка суддів, які розглядають справи про повернення за Гаазькою конвенцією, повинна включати детальну інформацію про схеми медіації та подібні процеси, придатні для використання у справах про міжнародне викрадення дітей.

4.1.3 Роль юристів та інших фахівців

140 Останніми роками в багатьох юрисдикціях роль адвокатів у сімейних спорах змінилася, так само як і роль судів, причому більший акцент робиться на пошук узгоджених рішень. Визнаючи важливість стабільної та мирної основи для сімейних відносин, юристи сьогодні більш схильні сприяти досягненню узгодженого рішення, а не дотримуватися принципового підходу від імені своїх клієнтів.[185] Такі явища як колаборативне право (collaborative law) та право співпраці (co-operative law)[186], а також зростання кількості юристів, які пройшли підготовку медіаторів, відображають цю тенденцію.

- **Інформація про медіацію та подібні процеси має бути включена до програми підготовки юристів.**
- **Юристи та інші фахівці, які мають справу зі сторонами конфлікту у міжнародному сімейному спорі повинні, де це можливо, сприяти його мирному вирішенню.**
- **Якщо сторони міжнародного сімейного спору вирішили спробувати медіацію, юридичні представники повинні підтримувати сторін, надаючи їм правову інформацію, необхідну для прийняття обґрунтованого рішення. Крім того, юридичні представники повинні підтримувати сторони в наданні юридичної сили угоді, досягнутої за допомогою медіації в обох (усіх) правових системах, задіяних у справі.**

141 Як зазначалося вище у зв'язку з підготовкою суддів, важливо, щоб держави підвищували обізнаність представників юридичної професії щодо мирного врегулювання спорів. Інформація про медіацію та подібні процеси має бути включена до навчальної програми підготовки юристів.

---

184 Див. розділи 12 і 13 нижче.

185 N. ver Steegh (цит. праця, примітка 8), с. 666 і далі, з подальшими посиланнями.

186 Розділ 15 присвячений розгляду інших способів мирного вирішення спорів та їх придатності у справах про міжнародне викрадення дітей.

142 Представляючи сторону в міжнародному сімейному спорі щодо дітей, юристи повинні усвідомлювати, що їхня відповідальність перед клієнтом включає певну відповідальність за інтереси та благополуччя відповідної дитини. З огляду на те, що узгоджене рішення, як правило, відповідає найкращим інтересам дитини, юридичний представник повинен, якщо батьки бажають спробувати медіацію, підтримувати їх і, наскільки це дозволяють його повноваження, тісно співпрацювати з законним представником іншої сторони.

143 Після того, як сторони вирішили розпочати медіацію, юридичні представники відіграють важливу роль у наданні правової інформації, необхідної для прийняття сторонами обґрунтованих рішень, а також у забезпеченні юридичної сили угоди, досягнутої за допомогою медіації, в обох (усіх) відповідних правових системах. Слід підкреслити, що через складність правової ситуації в міжнародних сімейних конфліктах адвокати повинні погоджуватися представляти сторону в такому конфлікті лише тоді, коли вони мають необхідні спеціальні знання. Залучення неспеціалізованого юриста у справах про міжнародне викрадення дітей може мати негативні наслідки і створити додаткові перешкоди в пошуку мирного вирішення питання. У медіації це може призвести до дисбалансу сил між сторонами.

144 Залежно від того, як організовано процес медіації та як бажають діяти медіатор(и) і сторони, юридичні представники можуть бути присутніми під час усіх або частини сесій медіації. Однак важливо, щоб юристи, які беруть участь у медіації разом зі своїми клієнтами, розуміли, що їхня роль під час сесії медіації зовсім інша і є допоміжною.

145 Тісна співпраця зі спеціалізованими юридичними представниками є особливо важливою, коли йдеться про оцінку того, чи буде рішення, якому віддають перевагу сторони, відповідати вимогам законодавства в обох відповідних юрисдикціях, а також про те, які додаткові кроки можуть знадобитися для того, щоб узгоджене рішення стало юридично обов'язковим і таким, що підлягає виконанню.

146 Адвокат, звичайно, також може проводити медіацію самостійно, якщо він відповідає будь-яким існуючим вимогам для виконання функцій медіатора у своїй юрисдикції. Однак адвокат не може бути медіатором у справі, в якій він представляє сторону, через конфлікт інтересів[187].

147 Адвокат також може долучитися до мирного вирішення сімейного спору в інший спосіб. Про інші механізми заохочення узгоджених рішень, такі як право співпраці, див. розділ 15 нижче.

---

187 Адвокат не може бути нейтральною та неупередженою третьою особою і водночас дотримуватися професійного обов'язку захищати інтереси свого клієнта.

4.2 Оцінка можливості проведення медіації (медіабельності)

➡ **Необхідно провести початковий скринінг, щоб оцінити можливість проведення медіації у конкретній справі.**

148 Перед початком медіації у справах про міжнародне викрадення дітей слід провести початковий скринінг, щоб оцінити можливість проведення медіації у конкретній справі.[188] Це допомагає уникнути затримок, які можуть бути спричинені спробою медіації у справах, у яких вона не підходить. Водночас початковий скринінг допомагає виявити справи, які несуть особливі ризики, наприклад, справи, пов'язані з домашнім насильством або зловживанням алкоголем чи наркотиками, де необхідно вжити особливих запобіжних заходів, або ж медіація може бути недоречною взагалі.[189]

149 У цьому контексті виникають два важливих питання: (1) які питання слід розглядати при оцінці придатності до медіації та (2) хто може/повинен здійснювати таку оцінку.

150 Питання про те, чи підходить справа для медіації, має вирішуватися в кожному конкретному випадку окремо. Слід зазначити, що універсальних правил з цього питання не існує. Придатність справи для медіації залежатиме від обставин конкретної справи та, певною мірою, від можливостей і характеристик доступних послуг медіації, а також стандартів, що застосовуються медіатором/ організацією медіаторів до таких справ.

151 Серед багатьох питань, які можуть вплинути на можливість медіації у справі про міжнародне викрадення дітей, є такі:

- готовність сторін до медіації,[190]
- чи є погляди однієї або обох сторін занадто поляризованими для медіації,
- ознаки домашнього насильства та його ступінь.[191]
- недієздатність внаслідок зловживання алкоголем або наркотиками[192]
- інші ознаки серйозного дисбалансу переговорних позицій,
- ознаки жорстокого поводження з дітьми.

152 Оцінка можливості проведення медіації (медіабельності) повинна включати конфіденційні зустрічі з кожною стороною окремо, щоб дати можливість кожній стороні вільно висловити свої можливі побоювання щодо медіації.

---

188 Інформацію про оцінку можливості проведення медіації в різних державах-учасницях Конвенції 1980 року див. у розділах 19.4 c) і d) "Профіль країн за Конвенцією 1980 року" (див. вище, примітка 121).

189 Див. також Розділ 10 нижче про медіацію та звинувачення в домашньому насильстві.

190 Звичайно, якщо сторона, яка не знає про процес медіації, виступає проти ідеї медіації, то надання їй більш детальної інформації про те, як працює медіація, може позитивно вплинути на готовність спробувати медіацію. Однак, див. розділ 6.1 нижче щодо принципу добровільності медіації.

191 Наприклад, у справах, пов'язаних із передбачуваним домашнім насильством, деякі медіатори зазвичай відмовляються проводити медіацію. Інші можуть вважати справу про передбачуване домашнє насильство придатною для медіації, залежно від передбачуваного ступеня насильства та наявних захисних заходів для уникнення будь-яких ризиків, пов'язаних з процесом медіації (див. Розділ 10 нижче).

192 Якщо в окремій справі все ж є можливість провести медіацію, можливо необхідно вжити запобіжних заходів, щоб уникнути несприятливих наслідків для сторони, про яку йде мова.

153 Початковий обмін інформацією зі сторонами для оцінки медіабельності може бути використаний для вирішення різних логістичних питань, що виникають, наприклад, через інвалідність однієї зі сторін, які, можливо, потрібно буде врахувати під час практичної підготовки до медіаційної сесії. Крім того, під час початкового обміну інформацією можна обговорити мову(и), якою(ими) буде проводитися медіація. У той же час можна оцінити, чи потрібно організувати тимчасовий контакт з дитиною і чи досягла відповідна дитина віку або ступеня зрілості, при якому її думка має бути почута. Про те, як вислухати дитину в медіації, див. далі в Главі 7.

154 Початкова скринінгова зустріч також є ідеальною нагодою для інформування сторін про деталі процесу медіації та про те, як медіація та Гаазька процедура повернення впливають одна на одну.[193]

155 Оцінка можливості проведення медіації (медіабельності) повинна бути доручена медіатору або іншому досвідченому фахівцю, який володіє знаннями про функціонування міжнародної сімейної медіації. Необхідна відповідна підготовка для розпізнавання випадків особливого ризику та ознак відмінності в переговорних можливостях. Питання про те, чи повинна оцінка проводитися особою, пов'язаною з відповідною службою медіації, чи особою, яка працює в Центральному органі, іншому органі або суді, значною мірою залежить від того, як організована медіація у відповідній юрисдикції. Деякі медіатори підкреслюють важливість того, щоб оцінку проводили медіатор (медіатори), яких запросили провести медіацію у справі.[194] Інші медіатори вважають за краще, щоб оцінку проводив колега-медіатор, знайомий з послугою медіації, запропонованою сторонам.

156 Якщо оцінка можливості проведення медіації (медіабельності) здійснюється особою, яка не знайома з послугою медіації, існує ризик того, що може знадобитися повторна оцінка іншою особою, яка знає про медіацію, або медіатором (медіаторами), яких запросили провести медіацію у справі. Це в свою черг може призвести до невиправданої затримки справи і, можливо, додаткових витрат.

157 Багато служб медіації, створених для вирішення справ про міжнародне викрадення дітей, успішно використовують початковий скринінг.[195] У деяких програмах можливість медіації у справі оцінюється за допомогою письмового опитувальника в поєднанні з телефонною розмовою.

---

193 Див. також розділ 6.1.2 нижче про інформовану згоду.

194 У цьому контексті необхідно підкреслити, що питання про те, чи готовий медіатор взятися за медіацію в конкретній справі, слід відрізняти від питання про придатність справи для медіації. Після встановлення можливості проведення медіації у справі медіатор, до якого звернулися сторони, як правило, має право на власний розсуд взяти на себе роль медіатора у цій справі.

195 Наприклад, у Сполученому Королівстві (Англія та Уельс) діє схема возз'єднання, див. "Брошуру про медіацію", доступну за посиланням < http://www.reunite.org/edit/files/Downloadable%20forms/Mediation%20Leaflet.pdf > (останній перегляд 16 червня 2012 року); див. також Звіт 2006 року про пілотну програму медіації для возз'єднання (цит. праця, примітка 97), с. 10, 13, в якому зазначено, що ознаками недоречності медіації у справах про викрадення дітей є: (1) один з батьків не бажає брати участь у медіації; (2) погляди батьків надто поляризовані; (3) є занепокоєння щодо домашнього насильства або його передбачуваного рівня; (4) є звинувачення у жорстокому поводженні з дитиною.

4.3 Витрати на медіацію

- **Необхідно докласти всіх належних зусиль, щоб уникнути ситуації, коли витрати на медіацію стають перешкодою або стримуючим фактором для використання медіації.**
- **Державам слід розглянути можливість включити медіацію в систему надання правової допомоги в справах про міжнародне викрадення дітей.**
- **Інформація про витрати на послуги медіації та можливі подальші фінансові наслідки, а також взаємозв'язок з витратами на процедуру повернення за Конвенцією 1980 повинна бути доступною та прозорою.**

158 На готовність сторін спробувати медіацію, ймовірно, впливають загальні витрати, пов'язані з медіацією. Ці витрати можуть включати витрати на первинну оцінку медіабельності, гонорар медіатора, витрати на проїзд, витрати на бронювання приміщення, в якому буде проводитися медіація, можливі витрати на усний переклад або залучення інших експертів, а також можливі витрати на юридичне представництво. Гонорар медіатора, який може стягуватися на погодинній або щоденній основі, може суттєво відрізнятися в різних юрисдикціях і між різними службами медіації.

159 Деякі пілотні проекти, спеціально розроблені для медіації у справах про міжнародне викрадення дітей, пропонують сторонам медіацію безкоштовно.[196] Однак у багатьох юрисдикціях виявилося складно забезпечити фінансування для надання таких послуг сторонам на довгостроковій основі.

160 У багатьох юрисдикціях не існує законодавчих обмежень щодо гонорарів медіаторів; це питання залишається на розсуд саморегулювання "ринку".[197] Однак багато медіаторів підписують схему оплати при вступі до асоціації медіаторів або кодексів поведінки, які вимагають від них "стягувати розумні гонорари, беручи до уваги тип і складність предмета спору, очікуваний час, який займе медіація, і досвід медіатора".[198] У той же час кілька кодексів поведінки підкреслюють, що "гонорар, який стягується медіатором, не повинен залежати від результату".[199] В інших державах гонорари за медіацію регулюються законодавством або можуть бути визначені судом і розподілятися між сторонами.[200]

---

196 Наприклад, франко-німецький двонаціональний проект медіації, а також Звіт про пілотну програму медіації " Reunite " за 2006 рік (цит. праця, прим. 97). Див. також S. Vigers, Note on the development of mediation, conciliation and similar means (цит. праця, прим. 11); щодо пілотної схеми медіації Reunite, див. 5.3, с. 19: "Для реалізації пілотного проекту " Reunite " отримав грант на дослідження від Фонду Наффілда. Усі витрати, пов'язані з посередництвом, включаючи проїзд до Великої Британії та назад, були повністю профінансовані для батьків-заявників у межах верхньої межі. Проживання в готелі та додаткові витрати на проїзд і добові також були повністю профінансовані. Гонорари медіаторів, адміністративні витрати та витрати на перекладачів також були покриті грантом. Батькам, які проживають у Великій Британії, також були відшкодовані всі витрати на проїзд і добові, а за необхідності їм було надано житло".

197 K.J. Hopt and F. Steffek (цит. праця, примітка 2), с. 33.

198 Дослідження із здійсненності транскордонної медіації в сімейних справах (цит. праця, примітка 13), розділ 2.7.3,

199 Там само., розділ 2.7.3, с. 12, 13, з подальшими посиланнями.

200 S. Vigers, Note on the development of mediation, conciliation and similar means (цит. праця, примітка 11), 5.3, с. 19, з посиланням, серед іншого, на Францію, де встановлено судовий контроль над гонорарами

161 Необхідно докласти всіх зусиль, щоб вартість медіації не стала перешкодою або стримуючим фактором для її використання. Визнаючи переваги просування медіації у справах про міжнародні викрадення дітей, деякі держави пропонують медіацію у таких справах безкоштовно. або включили послугу медіації до системи правової допомоги.[201] Державам, які ще не зробили цього, слід розглянути доцільність надання правової допомоги для медіації або іншим чином забезпечити, щоб послуги медіації були доступними або безкоштовно, або за розумну ціну для осіб з обмеженими коштами.[202]

162 Слід зазначити, що великим досягненням Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року є те, що в деяких державах процедура повернення доступна для батьків-заявників абсолютно безкоштовно[203]; в інших державах національні системи правової допомоги можуть бути використані для участі в гаазьких процедурах[204]. Було б обнадійливо, якби подібна підтримка була доступна для медіації у справах про міжнародне викрадення дітей в контексті Конвенції 1980 року.

163 Витрати, пов'язані з медіацією, є важливим аспектом доступу до медіації на практиці. Інформація про розмір гонорару за медіацію та інші можливі супутні витрати, такі як плата за визнання угоди за результатами медіації обов'язковою для виконання у двох (усіх) відповідних правових системах, важлива для сторін для прийняття рішення про те, чи варто звертатися до медіації чи ні.

медіації, призначеної судом; див. також K.J. Hopt and F. Steffek (цит. праця, примітка 2), с. 34 для отримання додаткових прикладів.

201 Безкоштовна медіація у справах про міжнародне викрадення дітей відповідно до Гаазької конвенції про запобігання та протидію викраденню дітей 1980 року доступна, наприклад, у: Данії, Франції (медіація, організована Центральним органом), Ізраїлі (для медіації через підрозділ судової допомоги), Норвегії та Швеції (якщо суд призначає медіатора), див. також Профілі країн відповідно до Конвенції 1980 року (вище, примітка 121) у розділі 19.3 d). Правова допомога для медіації у справах про міжнародне викрадення дітей доступна за певних умов, наприклад, у Сполученому Королівстві (Англія та Уельс), де медіатори або організації медіаторів, які мають франшизу на державне фінансування від Комісії з правових послуг, можуть запропонувати фінансовану державою медіацію клієнтам, які мають право на безоплатну правову допомогу, див. < http://www.legalservices.gov.uk >. Аналогічно, у Нідерландах правова допомога доступна для покриття витрат на медіацію за умови, що медіація проводиться медіаторами, зареєстрованими в Раді з питань правової допомоги Нідерландів (офіційний веб-сайт < www.rvr.org >), див. Закон Нідерландів про правову допомогу (Wet op de rechtsbijstand). Крім того, згідно з Профілями країн відповідно до Конвенції 1980 року (там само), правова допомога може покривати витрати на медіацію у справах про міжнародне викрадення дітей, наприклад, у наступних юрисдикціях: Аргентина, Ізраїль, Словенія, Швейцарія та Сполучене Королівство (Північна Ірландія).

202 Див. також Рекомендацію Ради Європи Rec (2002)10 про медіацію в цивільних справах (вище, примітка 53), Принцип III (Організація медіації):

> '9. Держави повинні розглянути можливість створення та забезпечення медіації, повністю або частково безкоштовно, або включення медіації до системи безоплатної правової допомоги, якщо інтереси однієї зі сторін потребують особливого захисту.
>
> 10. Якщо медіація пов'язана з витратами, вони повинні бути обґрунтованими та пропорційними важливості питання, що розглядається, та обсягу роботи, виконаної медіатором".

203 Ст. 26(2) Конвенції 1980 року просить Договірні держави "не вимагати від заявника жодних платежів на покриття витрат, пов'язаних з провадженням (за Конвенцією)", але багато Договірних держав скористалися можливістю заявити застереження щодо ст. 26 і тим самим підпорядкували провадження за Конвенцією 1980 звичайним правилам надання правової допомоги в їхній юрисдикції (див. "Профілі країн за Конвенцією 1980 року") вище, примітка 121).

204 Див. також Дослідження із здійсненності транскордонної медіації в сімейних справах (цит. праця, примітка Розділ 2.7.3, с. 12; докладніше див. також Профілі країн відповідно до Конвенції 1980 року (вище, примітка 121).

164 Тому батькам слід надати детальну та чітку інформацію про всі можливі витрати, пов'язані з медіацією, щоб вони могли правильно оцінити свій можливий фінансовий тягар.[205]

165 "Часто рекомендується, щоб така інформація була викладена в письмовій формі до початку медіації "[206]; вона може бути частиною договору про проведення медіації, який часто укладається між медіатором і сторонами перед початком медіації[207].

4.4 Місце проведення медіації

166 Як зазначено в розділі 2.6, географічна відстань створює особливі проблеми для медіації у справах про міжнародне викрадення дітей. Організація особистої зустрічі для проведення однієї або декількох сесій медіації може бути дорогою і тривалою. Тим не менш, багато досвідчених медіаторів рекомендують проводити особисті зустрічі, якщо це можливо.

- **Погляди та занепокоєння обох батьків мають бути враховані при визначенні, в якій державі слід проводити особисті медіаційні сесії.**
- **Місце, обране для проведення очних сесій медіації, має бути нейтральним і доречним для медіації в конкретній справі.**
- **Якщо фізична присутність обох сторін на сесії медіації є недоцільною або неможливою, слід розглянути можливість дистанційної та непрямої медіації.**

167 Медіатори, до яких звернулися із запитом на медіацію у справі про міжнародне викрадення дітей, повинні будуть обговорити зі сторонами можливість проведення особистої медіації, а також відповідне місце для проведення такої особистої медіації, що буде залежати від обставин конкретної справи.

168 Дуже часто сесії медіації у справах про викрадення дітей проводяться в країні, до якої дитина була викрадена. Однією з переваг такої домовленості є можливість організувати проміжний контакт між покинутими батьками і дитиною під час перебування таких батьків в країні викрадення. Це може позитивно вплинути на медіацію.[208] Ще однією перевагою є те, що це спрощує зв'язок процесу медіації з розглядом справи про повернення у суді. Однак вибір місця проведення медіації в державі, до якої було вивезено дитину, може бути розцінений як додаткова несправедливість з боку покинутих батьків, які вже можуть вважати свою згоду на спробу медіації як поступку (замість того, щоб просто слідувати процедурі

---

205 Див. також Європейський кодекс поведінки медіаторів (вище, примітка 58), 1.3 (Гонорари): "Якщо це ще не передбачено, медіатори повинні завжди надавати сторонам повну інформацію про спосіб винагороди, який вони мають намір застосувати. Вони не повинні погоджуватися на участь у медіації до того, як принципи їхньої винагороди будуть прийняті всіма зацікавленими сторонами".

206 Дослідження із здійсненності транскордонної медіації в сімейних справах (цит. праця, примітка 13), розділ 2.7, с. 12.

207 Див. розділ 4.5 нижче про договір про медіацію.

208 S. Kiesewetter, C. C. Paul. Family Mediation in an International Context: Cross-Border Parental Child Abduction, Custody and Access Conflicts: Traits and Guidelines. Див. в: S. Kiesewetter, C. C. Paul (цит. праця, примітка 98), с. 46, 47.

повернення за Конвенцією 1980). Окрім практичних перешкод, таких як витрати на проїзд, покинуті батьки можуть також зіткнутися з юридичними труднощами при в'їзді в державу, до якої була викрадена дитина, через візові та імміграційні проблеми (див. вище), розділ 2.7). З іншого боку, можлива присутність того з батьків, кого залишили, в державі, до якої вивезли дитину, для участі в Гаазькій процедурі повернення (для якої також потрібна віза - див. розділ 2.7), може бути використана як можливість спробувати посередництво в цій державі. У такому випадку, принаймні, покинутий батько не повинен нести жодних додаткових витрат на проїзд.

169 Проведення особистої медіації в країні, з якої дитину було незаконно вивезено, навпаки, може спричинити додаткові практичні труднощі. Батьки, які забрали дитину, можуть зіткнутися з кримінальним переслідуванням у цій країні (див. розділ 2.8 вище) або не захотіти залишати дитину під опікою третьої особи під час своєї відсутності.

170 У виняткових випадках можна розглянути можливість проведення особистої медіаційної зустрічі в третій "нейтральній" країні. Однак на заваді можуть стати витрати на проїзд та візові питання.

171 Що стосується місця проведення особистої медіації, то очевидно, що зустріч має відбуватися в нейтральному приміщенні, наприклад, у залі суду або в приміщенні незалежного органу, який пропонує послуги медіації. Релігійні або громадські будівлі також можуть розглядатися сторонами як нейтральне місце. Місце проведення медіаційної зустрічі має відповідати конкретній справі, наприклад, забезпечувати належну безпеку для осіб, які беруть участь у медіації, якщо це необхідно[209].

172 Хоча медіатори зазвичай вважають, що атмосфера особистої зустрічі сприяє досягненню дружнього врегулювання, обставини конкретної справи визначають, який варіант є можливим і найбільш прийнятним. Якщо проведення особистої медіації є недоцільним або неможливим, можна скористатися дистанційною медіацією. За допомогою сучасних технологій віртуальні зустрічі може бути відносно легко організувати.[210] У деяких державах, таких як Австралія, через їхню велику географічну територію, послуги медіації на відстані, телефоном, відеозв'язком або в Інтернеті (також відомі як онлайн-вирішення спорів - ОВС), швидко розвинулися в минулі роки.[211]

173 Однак дистанційна медіація стикається з низкою специфічних проблем[212], одна з яких полягає в тому, як забезпечити конфіденційність медіаційної сесії. Водночас,

---

209 Наприклад, про специфічні потреби у справах про домашнє насильство див. нижче, розділ 10.

210 Щодо використання технологій у міжнародній сімейній медіації див., наприклад, M. Kucinski, 'The Pitfalls and possibilities of using technology in mediating trans-border child custody cases', Journal of Dispute Resolution, 2010, стор. 297 і далі, на стор. 312 і далі.

211 Щодо розвитку онлайн-сервісу з вирішення сімейних спорів в Австралії див., наприклад, T. Casey, E. Wilson-Evered и S. Aldridge. «The Proof is in the Pudding: The Value of Research in the Establishment of a National Online Family Dispute Resolution Service», 11th Australian Institute of Family Studies conference proceedings, матеріали якої доступні за посиланням < http://www.aifs.gov.au/conferences/aifs11/ > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

212 Щодо особливих викликів медіації на відстані, див. Проект принципів належної практики "Вирішення спорів та інформаційні технології", розроблений Австралійською національною консультативною радою з альтернативного вирішення спорів (NADRAC), 2002 р., доступний за посиланням

слід ретельно продумати практичні заходи щодо проведення сесії медіації. Наприклад, щоб уникнути будь-яких сумнівів щодо справедливості та нейтральності медіації, у випадку одноосібної медіації може бути корисним уникати того, щоб медіатор приєднувався до відеозв'язку разом з однією зі сторін (тобто перебував у тій самій кімнаті, що й сторона).

174 Дистанційна медіація може також представляти інтерес у випадках, коли є звинувачення в домашньому насильстві, а одна зі сторін вказує, що, незважаючи на бажання брати участь у медіації, перспектива перебувати в одній кімнаті з іншою стороною буде дуже складною.[213]

4.5 Договір про проведення медіації - Інформована згода на проведення медіації

- **Для того, щоб сторони були добре поінформовані про умови надання послуг медіації, доцільним є укладання договору між медіатором та сторонами (договір про проведення медіації).**
- **Договір про проведення медіації має бути чітким і передбачати необхідну інформацію про процес медіації, включаючи детальну інформацію про можливі витрати.**
- **Якщо такого договору про проведення медіації не укладено, необхідно забезпечити його укладення, щоб сторони були належним чином поінформовані про умови надання послуг медіації до початку медіації.**

175 З метою забезпечення інформованої згоди сторін на проведення медіації слід розглянути можливість укладення письмового договору про проведення медіації між медіатором та сторонами, якщо інше не врегульовано відповідною правовою системою.[214] Такий договір про проведення медіації має бути чітким і містити необхідну інформацію про процес медіації.

176 У договорі слід пояснити роль медіатора як нейтральної та неупередженої третьої особи. Слід підкреслити, що медіатор лише допомагає у спілкуванні між сторонами і не представляє (одну зі сторін). Останнє має особливе значення, коли медіація проводиться як двонаціональна, двомовна комедіація, у транскордонному сімейному конфлікті, де сторони можуть відчувати більш тісний зв'язок з медіатором, який розмовляє тією ж мовою і має те ж культурне походження.[215]

177 У договорі про проведення медіації, складеному для міжнародного сімейного спору, слід звернути увагу на важливість отримання відповідної юридичної інформації/консультації щодо батьківських угод та їх виконання в різних правових системах, вказуючи при цьому, що сам медіатор, навіть якщо він посилається на

< http://www.nadrac.gov.au/publications/PublicationsByDate/Pages/PrinciplesonTechnologyandADR.aspx > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

213 Про медіацію та звинувачення в домашньому насильстві див. розділ 10 нижче.

214 Див. також розділ 6.1.2.

215 Див. також розділ 6.2.3 про концепцію бікультурної, двомовної медіації.

юридичну інформацію, не надаватиме юридичних консультацій.[216] Саме тут тісна співпраця зі спеціалізованими юридичними представниками сторін/сторони можуть допомогти їм у доступі до джерел незалежних спеціалізованих юридичних консультацій.

178 У договорі про проведення медіації слід підкреслити важливість конфіденційності процесу медіації та звернути увагу на положення чинного законодавства.[217] Крім того, договір може містити умови, що зобов'язують сторони не викликати медіатора до суду.[218]

179 У договорі слід зазначити використані методи/моделі медіації та обсяг медіації.[219]

180 Договір також повинен містити детальну інформацію про можливі витрати на медіацію[220].

181 Якщо договір про проведення медіації не укладається, вищезазначена інформація повинна бути надана сторонам у письмовій формі, наприклад, у вигляді інформаційних листівок, персонального листа або загальних положень та умов, доступних на веб-сайті, на який робиться посилання перед початком медіації.

5 Застосування медіації у справах про міжнародне викрадення дітей

182 Коли йдеться про переваги медіації порівняно з судовим розглядом, завжди підкреслюється питання про сферу застосування медіації. Вважається, що медіація може краще впоратися з усіма аспектами конфлікту, оскільки медіація може також включати теми, які не мають юридичного значення і, отже, не мають місця в судовому розгляді. У сімейних спорах медіація може допомогти розплутати старі, довготривалі сімейні чвари, симптомом яких може бути поточний спір. Однак це може означати, що процес може зайняти багато часу.

---

216 Див. також Рекомендацію Ради Європи № R (98) 1 про сімейну медіацію (вище, примітка 52), III (Процес медіації): "Держави повинні забезпечити наявність відповідних механізмів, що дозволяють здійснювати процес медіації відповідно до наступних принципів: (...) x. "Медіатор може надавати правову інформацію, але не повинен надавати юридичні консультації. У відповідних випадках він повинен поінформувати сторони про можливість звернутися до адвоката або іншої відповідної професійної особи".

217 Для більш детальної інформації про конфіденційність див. розділ 6.1.5 нижче.

218 Приклад включення стримуючого положення про те, що "сторона повинна сплатити гонорар адвоката, який представлятиме медіатора, якщо сторона викликає медіатора до суду, а свідчення не є обов'язковими", якщо закон не захищає конфіденційність медіації, див. K.K. Kovach (цит. праця, примітка 110), с. 197, 198.

219 Про сферу застосування медіації див. розділ 5 нижче.

220 Див. також Стандарт VIII Стандартів поведінки США, підготовлений Американською асоціацією юристів, Американською арбітражною асоціацією та Асоціацією з вирішення конфліктів у 1994 році, переглянутий у 2005 році (див. вище примітку 56).

5.1 Увага на нагальних питаннях

- **Медіація у справах про міжнародне викрадення дітей відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року повинна відповідати дуже жорстким часовим вимогам і тому може бути обмежена в обсязі.**
- **Необхідно досягти хорошого балансу між включенням тем необхідних для вироблення стійкого узгодженого рішення та дотримання суворих часових вимог.**

183 Медіація в особливих обставинах міжнародного викрадення дітей повинна проводитися на тлі чинної міжнародної правової бази. Щоб бути сумісною з Гаазькою конвенцією про викрадення дітей 1980 року, медіація повинна відповідати дуже жорстким часовим вимогам і, таким чином, може бути обмежена в обсязі. Крім того, Конвенція 1980 року може містити вказівки щодо питань, які можуть бути предметом медіації.

184 Очевидно, що першочерговим питанням, яке стоїть на порядку денному, є повернення дитини. Як підкреслювалося в порівняльному дослідженні, підготовленому для Спеціальної комісії 2006 року:

> "(Заява) відповідно до Конвенції (1980 р.) стосується насамперед повернення дитини, яка зазвичай проживає в одній Договірній державі і була неправомірно вивезена до іншої Договірної держави або залишається в іншій Договірній державі (...) Основна передумова Конвенції полягає в тому, що держава звичайного місця проживання дитини зберігає юрисдикцію вирішувати питання опіки/контактів і що швидке повернення дитини до цієї держави дозволить оперативно приймати такі рішення в інтересах дитини, не даючи їй часу на облаштування в іншій державі "[221].

185 Гаазька конвенція про викрадення дітей 1980 року спрямована на якнайшвидше відновлення статус-кво, що існував до викрадення, залишаючи прийняття довгострокових рішень щодо опіки та контактів, включаючи питання можливого переміщення дитини, на розсуд компетентного суду, який, відповідно до Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року та інших відповідних документів, що підтримують цей принцип, знаходиться в державі постійного проживання дитини. Якщо жоден з винятків не застосовується, суддя, до якого надійшло клопотання про повернення, зобов'язаний винести рішення про повернення дитини.

186 Отже, можна поставити питання про те, чи повинна медіація у справах про викрадення дітей відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року обмежуватися обговоренням питання негайного повернення дитини до компетентної юрисдикції. Однозначна відповідь - ні. Медіація в контексті Конвенції 1980 року може також обговорювати можливість неповернення, його умови, аспекти пов'язані з цим питання, тобто довгострокове рішення про переміщення дитини. Вирішення цих питань під час медіації, в принципі, не суперечить Конвенції 1980 року

---

221 С. Вігерс, Зауваження щодо розвитку медіації, примирення та подібних засобів (цит. праця, примітка 11), 3.1, с. 10, 11.

та іншим відповідним інструментам, хоча правові рамки, звичайно впливають на те, про що конкретно можна домовитися.[222]

187 Слід зазначити, що на медіацію не поширюються ті ж юрисдикційні обмеження, що й на судовий розгляд. У той час як судовий розгляд може стосуватися лише тих питань, щодо яких суд має (міжнародну) юрисдикцію, медіація не має таких обмежень, хоча питання юрисдикції відіграють певну роль, коли йдеться про надання юридичної сили угоді, укладеній за допомогою медіації, в різних правових системах, що залучені у справі. Тому широко визнано, що медіація у справах про міжнародне викрадення дітей може стосуватися не лише умов і способів повернення або неповернення, а й інших довгострокових питань, що впливають на батьківську відповідальність сторін, включаючи опіку, контакти або навіть домовленості про аліменти.

188 На противагу цьому, Гаазька процедура повернення, як правило, не може розглядати питання опіки по суті. Стаття 16 Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року говорить, що "після отримання повідомлення про незаконне переміщення або утримання дитини (...) судові або адміністративні органи Договірної Держави, до якої дитину було переміщено або в якій її утримували, не вирішують по суті питання про право опіки доти, доки не буде встановлено, що дитина не підлягає поверненню (...)". Гаазька конвенція про захист дітей 1996 року працює в консенсусі із Конвенцією 1980 року в цьому відношенні: довгострокові рішення щодо опіки залишаються під юрисдикцією компетентного суду в державі постійного місця проживання дитини безпосередньо перед викраденням. Відповідно до статті 16 Конвенції 1980 року, можливість зміни юрисдикції у питаннях опіки на суд запитуваної держави, як правило, виникає лише тоді, коли завершиться поточне провадження щодо заяви про повернення за Гаазькою конвенцією[223].

189 Коли йдеться про те, які саме питання можуть бути розглянуті під час медіаційних сесій у конкретній справі про міжнародне викрадення дітей, необхідно знайти оптимальний баланс між розглядом тем, необхідних для вироблення стійкого узгодженого рішення, і дотриманням жорстких часових меж. Крім того, при прийнятті рішення щодо обсягу питань в медіації необхідно ретельно розглянути можливі (додаткові) кроки, необхідні для того, щоб зробити угоду з певного питання юридично обов'язковою і такою, що підлягає виконанню в обох правових системах, про які йде мова. Наприклад, можна припустити, що в конкретному випадку включення питань утримання в угоду про повернення дитини може призвести до значної затримки визнання угоди за результатами медіації, такою, що підлягає виконанню в обох правових системах, через складні питання юрисдикції.[224] Тут може бути доцільним відокремлення питання утримання від питань, які в першу чергу важливі в ситуації міжнародного викрадення дитини, тобто питання повернення або

---

222 Див. також S. Vigers, Mediating International Child Abduction Cases - The Hague Convention (цит. праця, примітка 95), с. 39 і далі; див. також E. Carl and M. Erb-Klünemann, "Integrating mediation into court proceedings in cross-border family cases", in S. Kiesewetter and C.C. Paul (Eds) (цит. праця, примітка 98), с. 59-76.

223 Про питання юрисдикції та норм застосовного права див. главу 13 нижче; про зміну юрисдикції відповідно до ст. 7 Конвенції 1996 р. див. також главу 13 Практичного посібника з питань захисту дітей 1996 р. (див. "Публікації"). 7 Конвенції 1996 року, див. також Главу 13 Практичного посібника з Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року (доступний на сайті < www.hcch.net > у розділі "Публікації").

224 Більш детально про питання юрисдикції див. розділ 5.2 нижче та главу 13.

неповернення дитини і, можливо, пов'язаних з ним питань, що стосуються батьківської відповідальності. Сторони повинні бути поінформовані про те, що виключення будь-яких питань зі сфери медіації на цьому етапі не є перешкодою для розгляду цих питань на окремих сесіях медіації на більш пізньому етапі.

5.2 Важливість юрисдикції та застосовного права щодо батьківської відповідальності та інших питань, які розглядаються в угоді за результатами медіації

➡ **У міжнародній сімейній медіації необхідно враховувати взаємозв'язок між питаннями, що є предметом медіації та аспектами юрисдикції і застосовного права.**

190 Медіація в міжнародних сімейних спорах повинна враховувати взаємозв'язок між питаннями, що розглядаються в медіації, та питаннями застосовного права і юрисдикції. Надання юридичної сили угоді, досягнутій в результаті медіації, часто вимагає залучення суду - чи то для реєстрації, чи то для перетворення угоди в судове рішення. Тому важливо з'ясувати, який суд (суди) може мати юрисдикцію щодо питань, які будуть включені до угоди, укладеної за результатами медіації, а також питання застосовного права. Якщо угода, укладена за результатами медіації, охоплює широке коло питань, може виникнути потреба в залученні більш ніж одного судового або адміністративного органу до процесу надання юридичної сили змісту цієї угоди.[225]

6 Принципи / моделі / методи медіації

191 З метою гарантування якості медіації було розроблено кілька принципів медіації, багато з яких можна знайти в законодавстві про медіацію, кодексах поведінки та інших відповідних документах. Деякі з цих принципів, такі як неупередженість та нейтральність, часто навіть містяться у визначенні самої медіації.

192 Незважаючи на те, що принципи медіації, які просуваються в різних юрисдикціях окремими органами медіації, можуть відрізнятися, можна виділити багато спільних елементів. У цих Настановах розглядається передовий досвід щодо найбільш поширених принципів, які мають особливе значення для медіації у справах про міжнародне викрадення дітей.

193 Коли мова йде про моделі та методи медіації, що застосовуються в різних державах і в рамках різних схем медіації, картина ще більш різноманітна, і ці Настанови не можуть дати вичерпного огляду. Поважаючи різноманітність підходів до методів і моделей медіації, Настанови мають на меті привернути увагу до певних позитивних практик, корисних для медіації у справах про міжнародне викрадення дітей.

---

225 Про питання юрисдикції та застосовного права див. розділ 13 нижче.

6.1 Принципи медіації - міжнародні стандарти

6.1.1 Добровільний характер медіації

- **Медіація - це добровільний процес.**
- **Початок процедури повернення за Гаазькою конвенцією не повинен залежати від участі в медіації або в інформаційній сесії з питань медіації.**
- **Готовність або неготовність до медіації не повинна впливати на процедуру повернення за Гаазькою конвенцією.**

194 Сама природа медіації полягає в тому, щоб залучити сторони до добровільного процесу пошуку мирного вирішення їхнього спору. "Добровільність" є основним і беззаперечним принципом медіації, який зазвичай використовується у визначеннях медіації, і тому він також включений у визначення медіації у цих Настановах[226].

195 Принцип "добровільності" не суперечить вимогам деяких юрисдикцій щодо проведення обов'язкових інформаційних зустрічей про медіацію.[227] Навіть у тих юрисдикціях, де сторони спору зобов'язані звертатися до медіації,[228] можна стверджувати, що це сумісно з добровільним характером медіації, якщо сторони не змушені фактично врегульовувати свій спір за допомогою медіації.

196 У справах про міжнародне викрадення дітей використання медіації не повинно затримувати прискорену процедуру повернення, а тому використання "примусових" заходів для сприяння медіації має бути ретельно продуманим.

197 Початок процедури повернення за Гаазькою конвенцією не повинен залежати від присутності обох сторін на медіаційній інформаційній сесії, особливо якщо в результаті цього стороні, яка забрала дитину, буде надано можливість в односторонньому порядку затримати відкриття провадження. Крім того, будь-які примусові заходи, що заохочують батьків до медіації, не можуть ігнорувати специфічні обставини справ про міжнародне викрадення. Державам необхідно розглянути питання про те, чи підходять механізми, які використовуються в національному сімейному праві для заохочення використання медіації, у випадках міжнародного викрадення дітей відповідно до Гаазької конвенції про запобігання викраденню дітей 1980 року.

---

226 Дивіться розділ "Термінологія" вище.

227 Наприклад, у Франції та Німеччині, у випадку батьківського спору щодо дітей, суддя у сімейних справах може зобов'язати батьків відвідати інформаційну зустріч про медіацію, але не може зобов'язати їх спробувати медіацію, див. ст. 373-10 (остання редакція 2004 року) та ст. 373-2-10 (остання редакція 2004 року) та ст. 255 (остання редакція 2002 року) Цивільного кодексу Франції та § 156 абз. 1, речення 3 (остання редакція 2002 року). 1, речення 3 (остання редакція 2012 року) та § 81, абзац 2, номер 5 (остання редакція 2012 року) Німецького внутрішнього процесуального закону про сімейне право (FamFG); також в Австралії суд може постановити, "щоб сторони провадження були присутніми при вирішенні сімейного спору (...)", що включає медіацію, див. ст. 13 C та наступні статті Закону про сімейне право 1975 року (останні зміни внесені Законом № 147 від 2010 року) (див. вище, примітка 174). Для отримання додаткової інформації про обов'язкові зустрічі щодо медіації в цивільних справах у деяких державах див. також K.J. Hopt and F. Steffek (цит. праця, примітка 2), с. 12.

228 H. Joyce, 'Mediation and Domestic Violence: Legislative Responses', Comment, 14 J. Am. Acad. Matrimonial Law (1997), p. 451.

198 Наприклад, повторюваною схемою таких випадків є те, що покинуті батьки не знайомі з правовою системою запитуваної держави (держави, до якої забрали дитину) і не володіють мовою цієї держави, в той час як той з батьків, хто забрав дитину, зазвичай має принаймні мовний зв'язок із запитуваною державою. У цьому випадку на покинутих батьків чиниться тиск з метою примусити їх до участі в медіації, доступній лише мовою запитуваної держави, тобто в якій покинуті батьки не матимуть можливості спілкування рідною мовою, що може сприйматися як несправедлива пропозиція. Створення у покинутих батьків враження, що початок провадження за Гаазькою конвенцією 1980 залежить від їх спроб в медіації, може бути сприйняте ними як неправомірний тиск, а отже, буде контрпродуктивним.

199 Обоє батьків повинні бути поінформовані про те, що медіація - це лише один з варіантів, який існує на додаток до звернення до Гаазької процедури повернення. Бажання або небажання батьків брати участь у медіації або продовжувати медіацію після її початку не повинно впливати на рішення суду[229].

6.1.2 Інформована згода

➡ **Рішення сторін про застосування медіації має ґрунтуватися на інформованій згоді.**

200 Уся необхідна інформація про медіацію та пов'язані з нею питання повинна бути надана сторонам до початку процесу медіації, щоб сторони могли прийняти обґрунтоване рішення про участь у медіації.[230] Ця інформація повинна включати: детальну інформацію про процес медіації та принципи, що визначають цей процес, зокрема конфіденційність; детальну інформацію про метод і модель, що використовуються, а також інформацію про практичні умови; можливі витрати, пов'язані з медіацією для сторін. Крім того, слід надати інформацію про взаємозв'язок медіації та судового розгляду. Сторони повинні бути поінформовані про те, що медіація є лише одним із варіантів, і що спроба медіації не обмежує доступ до судового розгляду.

201 Якщо між медіатором та сторонами укладається договір про проведення медіації, відповідна інформація може бути відображена в цьому договорі; див. також розділ 4.5 вище про "договір про проведення медіації".

202 Оскільки правова ситуація в міжнародних сімейних спорах є особливо складною, слід звернути увагу сторін на те, що їм необхідна спеціальна юридична інформація для обговорення в ході медіації та підготовки проекту угоди за результатами медіації, а також для надання угоді юридичної сили у відповідних юрисдикціях. Доступ до цієї інформації може бути забезпечений Центральним органом або Центральним контактним пунктом з питань міжнародної сімейної медіації,

---

229 Див. також S. Vigers, Note on the development of mediation, conciliation and similar means (цит. праця, примітка 11), 5.1, с. 17, 18, де йдеться про пілотну схему медіації щодо возз'єднання (reunite Mediation Pilot Scheme) (вище, примітка 97): "Під час спілкування з потенційними учасниками пілотного проекту "Reunite" обом батькам було наголошено, що медіація може бути проведена лише за повної згоди обох сторін, і що небажання брати участь у медіації не вплине на результат розгляду заяви за процедурою Конвенції 1980".

230 Дивіться Принципи створення структур медіації у Додатку 1 нижче, включаючи загальний принцип "інформованої згоди".

створеним з цією метою (див. Главу 4 вище, "Доступ до медіації"), або може бути наданий спеціалізованими юридичними представниками сторін.[231]

6.1.3 Оцінка можливості проведення медіації (медіабельності)

Для оцінки можливості проведення медіації у конкретній справі слід застосовувати процес скринінгу.

203 Переваги первинного скринінгу були викладені вище, в розділах 2.1 та 4.2.

6.1.4 Нейтральність, незалежність, неупередженість та справедливість

Загальні принципи нейтральності, незалежності, неупередженості та справедливості є необхідними для медіації; їх необхідно захищати.

204 Принципи нейтральності, незалежності, неупередженості та справедливості мають вирішальне значення для медіації.[232] Вони тісно пов'язані між собою, хоча і стосуються різних аспектів процесу медіації. Медіація повинна бути нейтральною по відношенню до результату процесу. Медіатор повинен бути незалежним у тому, як він чи вона проводить медіацію. Водночас, медіатор повинен бути неупередженим по відношенню до сторін.[233] Нарешті, медіація повинна проводитися справедливо. Останнє означає, що сторонам повинні бути надані рівні можливості для участі в процесі медіації. Процес медіації повинен бути адаптований до кожного окремого випадку, щоб забезпечити збалансовані переговорні можливості. Наприклад, бажання сторін використовувати рідну мову або мову, з якою вони почуваються комфортно, слід поважати настільки, наскільки це можливо.[234]

---

231 Див. нижче, розділ 6.1.7, щодо прийняття поінформованих рішень; див. також Рекомендацію Ради Європи № R (98) 1 про сімейну медіацію (вище, примітка 52), III (Процес медіації): "Держави повинні забезпечити наявність відповідних механізмів, що дозволяють здійснювати процес медіації відповідно до наступних принципів: (...) x. "Медіатор може надавати правову інформацію, але не повинен надавати юридичні консультації. У відповідних випадках він повинен поінформувати сторони про можливість звернутися до адвоката або іншої відповідної професійної особи".

232 Див. також S. Vigers, Note on the development of mediation, conciliation and similar means (цит. праця, примітка 11), 3.2-3.4, с. 11-13, а також Рекомендацію Ради Європи № R (98) 1 про сімейну медіацію (вище, примітка 52), III (Процес медіації):

> "Держави повинні забезпечити наявність відповідних механізмів, що дозволяють здійснювати процес медіації відповідно до наступних принципів:
>
> i. медіатор є неупередженим між сторонами;
>
> ii. медіатор є нейтральним щодо результату процесу медіації;
>
> iii. медіатор поважає точку зору сторін і зберігає рівність їхніх переговорних позицій".

233 Див. також Стандарт II Стандартів поведінки США (див. вище, примітка 56); див. також ст. 8 Настанов AIFI з належної практики сімейної медіації (цит. праця, примітка 144); див. також J. Zawid, 'Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A New Frontier for Mediators", Inter-American Law Review, Vol. 40, 2008, 1 et seq.

234 Див. розділ 2.5 вище.

6.1.5 Конфденційність

- **Держави повинні забезпечити наявність належних гарантій для підтримки конфіденційності медіації.**
- **Державам слід розглянути можливість запровадження правил, які б гарантували, що медіатор та інші особи, залучені до медіації, не можуть бути примушені давати свідчення щодо повідомлень, пов'язаних з медіацією, у цивільному або господарському процесі, за винятком передбачених випадків.**
- **У міжнародній сімейній медіації сторони повинні бути повністю поінформовані про правила, що застосовуються до конфіденційності в різних юрисдикціях.**

205 Відповідно до чинного законодавства,[235] всі повідомлення в ході та в контексті медіації повинні бути конфіденційними, якщо сторони не домовилися про інше.[236] Конфіденційність повідомлень, пов'язаних з медіацією, допомагає створити атмосферу довіри, необхідну для відкритого обговорення сторонами всього спектру можливих варіантів вирішення їхнього спору. Сторони можуть менш охоче розглядати різні варіанти, якщо вони побоюються, що їхні пропозиції можуть бути сприйняті як поступки і використані проти них у судовому процесі. Наприклад, у справі про викрадення дитини той з батьків, кого залишили, швидше за все, не захоче вказувати на те, що він або вона може погодитися на те, щоб дитина залишилася в іншій юрисдикції, якщо побоюється, що це може бути витлумачено як "мовчазна згода" у розумінні статті 13(1)(a) Гаазької конвенції про запобігання викраденню дітей від 1980 року.

206 Передача суто адміністративної інформації про те, чи розпочалася медіація, чи триває вона, чи була припинена, до компетентного суду або центрального органу влади, який був залучений до до направлення на медіацію не порушує конфіденційності.[237] Навпаки, обмін цією інформацією є важливою частиною організаційної співпраці між медіаторами, Центральними органами та судами у справах про міжнародне викрадення дітей.[238]

207 Для забезпечення конфіденційності медіації застосовуються різні заходи. У багатьох державах-учасницях Гаазької конвенції про запобігання викраденню дітей 1980 року конфіденційність медіації гарантується законом.[239] Крім того, договори, укладені між

---

235 Винятки з принципу конфіденційності див. нижче, п. 211.

236 Див. також Стандарт V Стандартів поведінки США (див. вище, примітка 56); див. також ст. 7 Настанов AIFA з належної практики сімейної медіації (цит. праця, примітка 144).

237 Див. також Рекомендацію Ради Європи № R (98) 1 про сімейну медіацію (див. вище, примітка 52):
'V. Зв'язок між медіацією та провадженням у судовому або іншому компетентному органі (...)
b. Державам слід запровадити механізми, які забезпечуватимуть: (...)
iii. інформування судового чи іншого повноважного органу щодо продовження або припинення медіації сторонами та стосовно досягнення чи недосягнення ними згоди ".

238 Див. розділ 2.1.2 вище.

239 Див. розділ 19.2 "Профілі країн відповідно до Конвенції 1980 року" (вище, примітка 121); до держав, які мають законодавство про конфіденційність медіації, належать: Бельгія, Данія, Естонія, Фінляндія, Франція, Греція, Угорщина, Ірландія, Ізраїль, Литва, Норвегія, Панама, Парагвай, Польща, Румунія, Словенія, Іспанія, Швеція, Швейцарія та Сполучені Штати Америки (у різних федеральних штатах США застосовуються різні правила).

медіатором і сторонами до початку медіації, часто містять правила конфіденційності.[240] Наприклад, договір може містити умови, які забороняють сторонам викликати медіатора до суду, і навіть включати як стримуючий фактор положення, згідно з яким сторона, яка викликає медіатора до суду, зобов'язана оплатити гонорар адвоката, який представлятиме медіатора.[241]

208 Однак, за відсутності законодавчих або інших обов'язкових для судів норм, що звільняють медіатора та інших осіб, залучених до процесу медіації, від обов'язку давати свідчення щодо інформації, отриманої у зв'язку з медіацією, у цивільному або господарському процесі, конфіденційність медіації може бути порушена в ході такого судового розгляду.

209 Державам слід розглянути можливість запровадження правил, які б гарантували, що цього не станеться, за винятком певних випадків.[242] Різні регіональні інструменти, такі як Європейська директива про медіацію[243] або типовий закон Сполучених Штатів Америки про медіацію (Сполучені Штати УМА)[244] закликають, щоб конфіденційність

---

240 Див. розділ 4.5 вище; див. також S. Vigers, Mediating International Child Abduction Cases - The Hague Convention (цит. праця, примітка 95), с. 47 і далі.

241 Див. K.K. Kovach (цит. праця, примітка 110), с. 197, 198.

242 Винятки див. у п. 211 нижче.

243 Європейська директива про медіацію (вище, примітка 5), див. ст. 7 (Конфіденційність медіації):

'1. Зважаючи на те, що медіація має проводитися з урахуванням вимог конфіденційності, держави-члени зобов'язані подбати про те, щоб, за винятком випадків, коли сторони не домовляться інакше, ані медіатори, ані особи, залучені до адміністрування процесу медіації, не примушувалися давати свідчення у цивільному або господарському судових процесах чи арбітражі стосовно інформації щодо або у зв'язку з процесом медіації, окрім: (a) коли це необхідно для заперечення міркувань державної політики держави-члена, якої це стосується, зокрема, коли йдеться про забезпечення захисту найкращих інтересів дітей або попередження шкоди фізичному чи психічному здоров'ю особи; або (b) коли розголошення змісту угоди, укладеної в результаті медіації, необхідне для реалізації або забезпечення виконання цієї угоди.

2. Жодне положення параграфу 1 не заважає державам-членам впроваджувати більш суворі заходи для захисту конфіденційності медіації. ". Див. також Рекомендацію Ради Європи № R (98) 1 про сімейну медіацію (вище, примітка 52), III (Процес медіації):

" Державам потрібно забезпечити належні механізми проведення процесу медіації згідно з наступними принципами: (…)

v) умови проведення медіації в сімейних справах мають гарантувати таємність особистої інформації;

vi) зміст обговорень в перебігу медіації є конфіденційним і не може бути в подальшому використаний, окрім як за згодою сторін або у випадках, дозволених національним законодавством".

244 УМА США (див. вище примітку 54), див. розділ 4 (Привілеї на нерозголошення; допустимість; відкриття):

"(a) Якщо інше не передбачено в Розділі 6, зміст обговорень в медіації є конфіденційним, як це передбачено в підрозділі (b) і не підлягає розкриттю, та не допускається як доказ у судовому провадженні, за винятком випадків відмови від конфіденційності або її виключення, як це передбачено Розділом 5.

(b) Під час судового розгляду застосовуються такі привілеї:

(1) Сторона медіації може відмовитися розголошувати і може заборонити будь-якій іншій особі розголошувати зміст обговорень в медіації.

(2) Медіатор може відмовитися розголошувати зміст обговорень в медіації і може заборонити будь-
якій іншій особі розголошувати зміст повідомлень медіатора в медіації.

(3) Учасник, який не є стороною, може відмовитися розголошувати зміст обговорень в медіації і може заборонити будь-якій іншій особі розголошувати повідомлення учасника, який не є стороною.

медіації була захищена такими законодавчими заходами. І багато держав дійсно вже запровадили такі заходи.

210 Медіатор повинен повністю проінформувати сторони про застосовні правила конфіденційності. У міжнародній сімейній медіації надзвичайно важливо враховувати погляди обох (усіх) відповідних юрисдикцій на питання конфіденційності. Сторони повинні знати чи може інформація, якою обмінюються під час медіації, бути використана в суді в будь-якій з юрисдикцій, про які йдеться. Якщо медіатор не знає про правила конфіденційності в іншій юрисдикції, він повинен звернути увагу сторін на те, що ці правила можуть відрізнятися і що повідомлення в ході медіації можуть не вважатися конфіденційними в іншій юрисдикції. Можна заохочувати сторони отримати консультацію з цього питання від спеціалізованих юридичних представників сторін. Крім того, корисним джерелом інформації про чинне законодавство щодо конфіденційності медіації в державах-учасницях Гаазької конвенції про запобігання та протидію викраденню дітей 1980 року можуть бути "Профілі країн", що містяться в Гаазькій конвенції.[245]

211 Звичайно, існують винятки з принципу конфіденційності, коли йдеться про інформацію про вчинені або заплановані злочинні дії. Багато правил, що регулюють конфіденційність медіації, містять чіткі винятки з цього приводу.[246] Крім того, винятки можуть безпосередньо випливати з інших правил, таких як норми кримінального права. Згідно з цими правилами, медіатор або інша особа, яка бере участь у медіації, може бути зобов'язаний повідомляти певну інформацію в поліцію і, якщо ця

(c) Докази або інформація, які в іншому випадку є допустимими або підлягають розкриттю, не стають недопустимими або захищеними від розкриття виключно з причини їх розкриття або використання в медіації".

245 Вище примітка 121, див. також примітку 239. Відповідне законодавство, згадане в Профілях країн, якщо воно надане відповідними Договірними державами, також доступне на веб-сайті Гаазької конференції разом з Профілями країн.

246 Див. також Європейську директиву про медіацію (див. вище примітку 5), ст. 7 (a). 7 (a), яка передбачає виняток, "коли це необхідно для заперечення міркувань державної політики держави- члена, якої це стосується, зокрема, коли йдеться про забезпечення захисту найкращих інтересів дітей або попередження шкоди фізичному чи психічному здоров'ю особи "; див. також UMA США (див. вище, примітка 54), розділ 6 (Винятки з привілеїв):

"(a) Розділ 4 не передбачає жодних привілеїв для змісту обговорень в медіації, які є:

(1) викладеними в угоді, що підтверджується протоколом, підписаним усіма сторонами угоди;

(2) доступні для громадськості відповідно до (вкажіть законодавче посилання на закон про відкриті документи) або зроблені під час сесії медіації, яка є відкритою або повинна бути відкритою для громадськості відповідно до закону;

(3) погрозою або заявою про намір завдати тілесних ушкоджень або вчинити насильницький злочин;

(4) навмисно використовується для планування злочину, замаху на злочин або його вчинення, а також для приховування злочину, що триває, або злочинної діяльності, що триває;

(5) спробою довести або спростувати позов або скаргу про професійну неправомірну поведінку або недобросовісну практику, подану проти медіатора;

6) за винятком випадків, передбачених у підрозділі (c), спробою довести або спростувати позов або скаргу про професійну неправомірну поведінку або недобросовісну практику, подану проти сторони медіації, учасника, який не є стороною медіації, або представника сторони, на підставі поведінки, що мала місце під час медіації; або

(7) спробою довести або спростувати жорстоке поводження, нехтування, залишення або експлуатацію в провадженні, в якому орган захисту дітей або дорослих є стороною, за винятком випадків, коли (Альтернатива A: (вказати, наприклад, захист дітей або дорослих) справу передано судом на медіацію, і в ній бере участь державний орган).

(Альтернатива B: державна установа бере участь у медіації (вказати державу, наприклад, захист дітей або дорослих) (...)".

інформація є пов'язаною з потенційним ризиком заподіяння психологічної або фізичної шкоди дитині, можливо, визначеним організаціям у справах дітей або іншим органам захисту дітей. Питання про те, чи можна в таких випадках попросити медіатора дати свідчення в суді щодо інформації, отриманої в контексті медіації, є іншим питанням і залежить від чинного законодавства.

6.1.6 Врахування інтересів та добробуту дитини

- **Медіація у справах про міжнародне викрадення дітей повинна враховувати інтереси та благополуччя конкретної дитини.**
- **Посередник повинен заохочувати батьків зосередитися на потребах дітей і нагадувати їм про їхню головну відповідальність за благополуччя своїх дітей, а також про необхідність інформувати дітей та радитися з ними[247].**

212 З огляду на те, що результат медіації в батьківських конфліктах щодо опіки та контактів безпосередньо впливає на дитину, медіація повинна враховувати інтереси та благополуччя дитини. Звичайно, медіація не є директивним процесом; медіатор лише сприяє комунікації між сторонами, даючи їм змогу знайти самостійне вирішення конфлікту. Однак медіатор: "повинен мати особливу турботу про добробут і найкращі інтереси дітей, заохочувати батьків зосереджуватися на потребах дітей і нагадувати батькам про їхню головну відповідальність за добробут своїх дітей і необхідність інформувати дітей та радитися з ними".[248]

213 Крім того, Принципи створення структур медіації в контексті Мальтійського процесу[249] визнають важливість цього питання, зазначаючи, що батькам слід допомагати в досягненні угоди, "яка враховує інтереси та благополуччя дитини".

214 Врахування інтересів та добробуту дитини не лише надає належного значення правам дитини, але й може бути вирішальним, коли йдеться про надання юридичної сили угоді, укладеній за допомогою медіації. У багатьох державах угоди між батьками, що стосуються батьківської відповідальності, повинні бути затверджені судом, який зобов’язаний переконатися, що угода відповідає найкращим інтересам дитини.

6.1.7 Поінформоване прийняття рішень та належний доступ до юридичних консультацій

- **Медіатор, який проводить медіацію у справах про міжнародне викрадення дітей, повинен звернути увагу сторін на важливість врахування правової ситуації в обох (усіх) відповідних правових системах.**
- **Сторони повинні мати доступ до відповідної правової інформації.**

---

247 Цей принцип включено до Рекомендації Ради Європи № R (98) 1 про сімейну медіацію (див. вище, примітка 52), розділ III (Процес медіації).

248 Там само.

249 Дивіться Додаток 1 нижче.

215 Узгоджене рішення сторін має бути результатом усвідомленого прийняття рішень.[250] Вони повинні повністю усвідомлювати свої права та обов'язки, а також юридичні наслідки своїх рішень. Як вже зазначалося, правова ситуація в міжнародних сімейних спорах є особливо складною. Тому слід звернути увагу сторін на те, що спеціальна юридична інформація є необхідною для обговорення під час сесій медіації, як для того, щоб допомогти у підготовці проекту угоди за результатами медації, так для надання їй юридичної сили у відповідних юрисдикціях.

216 Сторони повинні мати доступ до спеціалізованої юридичної консультації.[251] Доступ до відповідної юридичної інформації може бути забезпечений Центральним органом або Центральним контактним пунктом з питань міжнародної сімейної медіації, створеним з цією метою (див. розділ 4.1.4 вище), або може бути наданий спеціалізованими юридичними представниками сторін.[252]

217 Якщо юридично представлена лише одна сторона, медіатор повинен звернути увагу іншої сторони на необхідність доступу до правової інформації. Певну правову інформацію також може надати сам медіатор, звісно ж, чітко зазначивши, що він не може надавати юридичні консультації.

6.1.8 Міжкультурна компетенція

➡ **Медіація в міжнародних сімейних спорах повинна проводитися медіаторами з міжкультурною компетенцією.**

218 Як зазначалося вище, у медіації в міжнародних сімейних спорах регулярно беруть участь сторони з різною культурною і релігійною приналежністю.[253] Медіатори, які проводять медіацію в таких справах, повинні бути обізнаними і чутливими до культурних і релігійних питань, які можуть виникнути. У зв'язку з цим необхідна спеціальна підготовка.[254]

---

250 Див. там само, зокрема загальні принципи "Прийняття поінформованих рішень та належний доступ до юридичних консультацій".

251 Див. також розділ 6.1.2 вище про інформовану згоду, п. 202.

252 Див. також Рекомендацію Ради Європи № R (98) 1 про сімейну медіацію (вище, примітка 52), III (Процес медіації):

> "Держави повинні забезпечити наявність відповідних механізмів, що дозволяють здійснювати процес медіації відповідно до наступних принципів: (...)
>
> x. "Медіатор може надавати правову інформацію, але не повинен надавати юридичні консультації. У відповідних випадках він повинен поінформувати сторони про можливість звернутися до адвоката або іншої відповідної професійної особи".

253 Див. розділ 2.4 вище; див. також, наприклад, K. Kriegel, "Interkulturelle Aspekte und ihre Bedeutung in der Mediation", в S. Kiesewetter and C.C. Paul (Eds) (цит. праця, примітка 98), с. 91-104; R. Chouchani Hatem (цит. праця, примітка 110), с. 43-71; D. Ganancia (цит. праця, примітка 110), с. 132 і далі; M.A. Kucinski (цит. праця, примітка 110), с. 555-582.

254 Щодо навчання, див. розділ 14 нижче.

6.1.9 Кваліфікація медіаторів або суб'єктів медіації - мінімальні стандарти навчання

Медіація у справах про міжнародне викрадення дітей повинна проводитися досвідченими сімейними медіаторами, спеціально підготовленими для цього виду медіації.

219 Для медіаторів, які проводять медіацію у справах про міжнародне викрадення дітей, необхідна спеціальна підготовка. Для отримання додаткової інформації див. Розділ 3 вище.

6.2 Моделі та методи медіації

220 Як зазначалося вище, коли йдеться про моделі та методи медіації, що застосовуються в різних державах і в рамках різних схем медіації, ці Настанови не можуть дати вичерпного огляду. У ньому також не можна зробити висновок про те, що одна модель або метод є кращою за іншу. Настанови мають на меті привернути увагу до конкретних позитивних практик, корисних для медіації у справах про міжнародне викрадення дітей, що стосуються певних моделей або методів медіації.

6.2.1 Пряма або непряма медіація

➡ **Пряма чи непряма медіація є найбільш прийнятною в конкретному випадку, залежить від обставин справи.**

221 Рішення про використання прямої чи непрямої медіації[255] або їхньої комбінації залежатиме від обставин справи, таких як витрати, пов'язані з географічним розташуванням, можливі звинувачення в домашньому насильстві (див. Розділ 10) тощо. Це рішення також тісно пов'язане з визначенням місця проведення медіації, якщо було вирішено, що найкращим варіантом буде особиста зустріч (див. вище, розділ 4.4).

6.2.2 Одноосібна чи комедіація

➡ **У дуже конфліктних справах про міжнародне викрадення дітей слід заохочувати використання комедіації, якщо це можливо.**

222 Комедіація, тобто медіація, що проводиться двома медіаторами, успішно використовується у справах про міжнародні викрадення дітей за допомогою різних схем медіації, створених спеціально для цих справ.

223 Медіація у висококонфліктних міжнародних справах про викрадення дітей є дуже інтенсивною і складною; дискусія сторін може бути дуже емоційною і потенційно вибухонебезпечною. Використання комедіації за таких обставин виявилося

---

255 Визначення див. у розділі "Термінологія" вище.

особливо корисним.[256] Комедіація вигідна тим, що дає змогу використовувати досвід, знання та методологію двох медіаторів, що підвищує ймовірність досягнення узгодженого результату в цих дуже конфліктних справах. Вже сама присутність двох медіаторів у кімнаті може полегшити створення спокійної та конструктивної атмосфери для обговорення. Співпраця медіаторів може слугувати прикладом для батьків. Крім того, перевагою є те, що комедіація може гарантувати, що сторони ніколи не залишаються наодинці одна з одною під час сесій медіації, а також те, що сторони не залишаються наодинці. У той же час, необхідно враховувати, що медіація у справах про міжнародне викрадення дітей повинна відбуватися в стислі терміни , тобто медіаційні сесії можуть бути організовані у вигляді короткої послідовності медіаційних сесій тривалістю дві-три години. Беручи до уваги, що медіація за таких обставин є великим навантаженням на медіатора, комедіація може бути корисною для всіх учасників процесу.[257]

224 Однак можуть бути випадки, коли комедіація неможлива. Комедіація, ймовірно, буде дорожчою, ніж одноосібна медіація. Крім того, знайти двох відповідних медіаторів за короткий проміжок часу може бути складно. Також, якщо обидва медіатори раніше не здійснювали спільну медіацію, існує ризик того, що їм знадобиться час, щоб адаптуватися до іншої динаміки спільної медіації. Це вказує на переваги одноосібної медіації медіатором, який має досвід медіації спорів щодо міжнародного викрадення дітей, яка, ймовірно, буде менш затратною, може бути простішою щодо складання її графіку і не включатиме ризик конфлікту методик двох медіаторів, які раніше не співпрацювали між собою.

225 Тим не менш, зважаючи на різноманітні переваги комедіації, при плануванні створення схеми медіації у справах про викрадення дітей відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року слід розглянути можливість запровадження комедіації у справах з високим рівнем конфліктності.[258]

6.2.3 Дотримання принципів бікультурної, двомовної медіації

- **Там, де це доречно і можливо, слід заохочувати використання бікультурної, двомовної спільної медіації у справах про транскордонне викрадення дітей.**
- **Інформація про можливі моделі та процедури медіації повинні бути доступними для зацікавлених сторін через Центральний орган або Центральний контактний пункт з питань міжнародної сімейної медіації.**

226 Особливою формою спільної медіації є бікультурна, двомовна медіація. У бікультурній, двомовній комедіації є можливість застосувати міжкультурні

---

256 Наприклад, Звіт 2006 року про пілотну програму медіації "Reunite" (цит. праця, примітка 97), с. 42-44, про досвід роботи медіаторів у справах про міжнародне викрадення дітей.

257 У Звіті 2006 року про пілотну програму медіації для возз'єднання (там само), на стор. 11, медіатори наполегливо рекомендували проводити медіацію як комедіацію в таких випадках.

258 Держави-учасниці Конвенції 1980 року, в яких можлива медіація, див. також у розділі 19.1 d) у розділі "Профілі країн" (вище, примітка 121). Наприклад, комедіація доступна в Австралії, Бельгії, Франції, Німеччині, Угорщині, Литві, Словенії, Сполученому Королівстві (Англія та Уельс, Північна Ірландія), Сполучених Штатах Америки та Франції.

компетенції, а також мовні навички у взаємодії між сторонами з різних держав походження, які розмовляють різними рідними мовами.

227 Відповідно до цієї моделі, медіація проводиться двома досвідченими сімейними медіаторами: по одному з держави походження та культурного походження кожної сторони. Якщо в державах походження розмовляють різними мовами, медіатори повинні мати необхідні мовні навички, хоча слід підкреслити, що принаймні один з них повинен добре розуміти іншу мову. Є ще два аспекти, які намагаються збалансувати деякі схеми медіації у справах про міжнародне викрадення дітей із залученням двонаціональних медіаторів, а саме: гендерну приналежність та професійний досвід медіаторів. Спільну медіацію в цих схемах проводять медіатор-жінка і медіатор-чоловік, один з яких має юридичну освіту, а інший - соціально-психологічну. Це дозволяє поєднувати професійний досвід і культурну компетентність у роботі з різними питаннями в медіації. Такі схеми спільної медіації за участю медіаторів різної статі та з різним професійним досвідом можна назвати бікультурними, двомовними, двогендерними та двопрофесійними схемами медіації.[259]

228 Історично розвиток схем міжкультурної медіації в контексті викрадень дітей відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року бере свій початок у двонаціональній франко-німецькій парламентській ініціативі щодо медіації. Щоб допомогти у вирішенні особливо складних справ про викрадення дітей між Німеччиною та Францією, в яких фігурують громадяни обох країн, міністри юстиції Франції та Німеччини у 1998 році вирішили створити групу парламентських медіаторів і профінансувати її роботу. Група, до складу якої увійшли три французькі та три німецькі парламентарі, по одному з яких були членами Європейського парламенту, розпочала свою роботу в 1999 році. Медіація проводилася в комедіації з одним французьким та одним німецьким медіаторами.[260] У 2003 році парламентська схема була замінена схемою за участю непарламентських професійних медіаторів з обох країн, яка діяла до 2006 року.[261] Відхід від залучення

---

259 Наприклад, схеми медіації, які наразі доступні через німецьку некомерційну організацію MiKK e.V.: німецько-польський проект (розпочатий у 2007 році), німецько-американський проект (розпочатий у 2004 році), німецько-американський проект (розпочатий у 2005 році), німецько-американський проект (розпочатий у 2006 році), німецько-американський проект (розпочатий у 2007 році). Німецько-французький проект, що продовжує роботу франко-німецької схеми медіації, організованої та фінансованої міністерствами юстиції Франції та Німеччини (2003-2006 рр.), німецько-британський проект у співпраці з організацією Reunite (розпочався у 2003/4 рр.), докладніше див. у примітці 97 вище. Див. також Вроцлавську декларацію 2008 року щодо принципів, яких прагнуть дотримуватися ці "бікультурні" схеми медіації, про які йдеться в S. Kiesewetter, C.C. Paul and E. Dobiejewska, 'Breslauer Erklärung zur binationalen Kindschaftsmediation', в FamRZ 8/2008, с. 753 і далі; Вроцлавська декларація також доступна за посиланням: < http://www.mikk-ev.de/english/codex-and-declarations/wroclaw-declaration/ > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

260 Короткий опис проекту "Ініціатива парламентської медіації" див. у звіті про франко-німецьку професійну двонаціональну медіацію: T. Elsen, M. Kitzing and A. Böttger, "Professionelle binationale Co-Mediation in familienrechtlichen Streitigkeiten (insbesondere Umgang) - Endbericht", Hannover 2005. У франко-німецькому проекті парламентської медіації також брали участь професійні медіатори, див. там само.

261 Див. також там само, "За оцінками Міністерства юстиції Німеччини, близько 30 справ, в яких проводилась медіація, були розглянуті цією групою за період з моменту її створення в жовтні 2003 року до припинення її діяльності в березні 2006 року". Знаючи, що державне фінансування проекту закінчується в 2006 році, професійні медіатори, які брали участь у цих справах, створили в 2005 році Асоціацію двонаціональної сімейної медіації в Європі - Médiation familiale binationale en Europe (MFBE) - для того, щоб проект міг продовжуватися.

парламентаріїв і перехід до комедіації за участю професійних незалежних медіаторів став кроком уперед, що дозволило уникнути політизації та націоналістичного характеру деяких приватних сімейних спорів.[262]

229 Після позитивного досвіду франко-німецького проекту медіації[263] в Німеччині було ініційовано подальші двонаціональні проекти медіації (один зі Сполученими Штатами Америки, а також польсько-німецьку двонаціональну пілотну схему медіації).

230 Звичайно, не національність професійних медіаторів сама по собі робить їх особливо вдалими для проведення комедіації у справах, де беруть участь сторони з країн, звідки вони родом. Важливим є радше культурне підгрунтя медіатора і, як наслідок, його здатність зрозуміти цінності та очікування сторони, а також здатність перекладати культурно зумовлену вербальну та невербальну комунікацію таким чином, щоб зробити її більш зрозумілою для іншої сторони. Останнє, очевидно, передбачає, що медіатор добре знає культуру іншої сторони.

231 Визнаючи, що на культуру людини впливає багато факторів, серед яких національність є лише одним, і що в конкретному випадку інші аспекти, такі як релігія та приналежність до певної етнічної групи, можуть впливати на культуру людини набагато сильніше, ніж її громадянство, можна говорити про заохочення "бікультурної" медіації як про принцип.[264]

232 Великою перевагою "бікультурної", "двомовної" комедіації є те, що вона може забезпечити основу для зміцнення довіри між сторонами, створюючи атмосферу, в якій сторони відчувають, що їх розуміють і допомагають у спілкуванні люди з їхнього власного мовного та культурного середовища. Однак, зважаючи на можливу небезпеку того, що сторона може ототожнити себе з одним із медіаторів і розглядати цю особу як представника в медіації, медіатори повинні підкреслювати свою роль як нейтральної та неупередженої третьої особи.

233 Модель "бікультурної" медіації також може бути корисною, коли сторони походять з однієї держави походження, але мають різну культурну ідентичність, оскільки належать до різних релігійних чи етнічних спільнот, і тоді медіація може бути проведена у комедіації медіаторами з однаковою культурною приналежністю.

234 Недоліками "бікультурної", "двомовної" комедіації можуть бути фінансові наслідки. Крім того, може бути ще складніше знайти відповідних, доступних медіаторів за

---

262 На жаль, багато особливо складних міжнародних справ про викрадення дітей додатково поляризуються засобами масової інформації, які регулярно переоцінюють національні аспекти цих справ. Для відповідної міжнародної правової бази, особливо Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року, а також інших документів, таких як Гаазька конвенція про захист дітей 1996 року та Брюссельський регламент IIa, громадянство сторін не відіграє жодної ролі. Згідно з цими документами, важливим є звичайне місце проживання дитини, яка є об'єктом викрадення.

263 Детальніше див. звіт про проект "Німецька двонаціональна професійна медіація", підготовлений на замовлення Міністерства юстиції Німеччини: T. Elsen, M. Kitzing and A. Böttger (op. cit. note 260); див. також E. Carl, J.-P. Copin and L. Ripke, Das deutsch-französische Modellprojekt professioneller Mediation, KindPrax 2005, 25-28.

264 Див. також С. Вігерс, Посередництво у справах про міжнародне викрадення дітей - Гаазька конвенція (цит. праця, примітка 95), с. 34 і далі.

короткий проміжок часу, ніж у випадку звичайної медіації, особливо якщо медіація є "бігендерною", "біпрофесійною" медіацією.

235 Очевидно, що у випадках, коли сторони походять з одного культурного середовища, "бікультурна" медіація не приносить додаткової цінності; однак "двогендерна", "двопрофесійна" комедіація може бути корисною.

236 Інформація про моделі медіації повинна бути доступною для зацікавлених сторін через Центральний орган або Центральний контактний пункт з питань міжнародної сімейної медіації (див. Главу 4 вище).

7 Залучення дитини

237 У міжнародних сімейних спорах, що стосуються дітей, залучення дитини до вирішення спору може слугувати різним цілям. По-перше, вислуховування думки дитини дає змогу зрозуміти її почуття та бажання, що може бути важливою інформацією для визначення того, чи відповідає рішення найкращим інтересам дитини. По-друге, це може відкрити батькам очі на бажання дитини та допомогти їм дистанціюватися від власних позицій заради прийнятного спільного рішення.[265] По-третє, залучення дитини до процесу забезпечує повагу до її права бути вислуханою[266] і водночас надає можливість дитині бути поінформованою про те , що відбувається.

238 Розглядаючи питання про те, якою мірою діти можуть і повинні бути залучені до медіації у справах про міжнародне викрадення дітей, корисно коротко розглянути участь дітей у Гаазькій процедурі повернення та сімейному судочинстві загалом у різних правових системах. Зокрема, коли йдеться про надання угоді за результатами медіації юридично обов'язкового характеру та можливості примусового виконання, необхідно враховувати стандарти, встановлені відповідними правовими системами.

7.1 Участь дитини у процедурі повернення відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та сімейному судочинстві

239 У процедурах повернення відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року погляди дитини, залежно від її віку та зрілості, можуть бути враховані при прийнятті рішення суддею. Особлива увага приділяється запереченню дитини проти повернення. Стаття 13(2) Конвенції 1980 року передбачає, що суд може "відмовити у видачі рішення про повернення дитини, якщо він встановить, що дитина заперечує

---

265 Наприклад, J. McIntosh, Child inclusion as a principle and as a evidence-based practice: Застосування в службах сімейного права та суміжних секторах, Австралійський інформаційний центр сімейних відносин, 2007, с. 1-23.

266 Див. ст. 12 КПД ООН, яка заохочує право дитини " бути заслуханою в ході будь-якого судового чи адміністративного розгляду, що торкається дитини, безпосередньо або через представника чи відповідного органу у порядку, передбаченому процесуальними нормами національного законодавства"; щодо ефективного виконання ст. 12 див. Зауваження загального порядку № 12 (липень 2009 р.) - Право дитини бути заслуханою, підготовлене Комітетом з прав дитини, доступне за посиланням < http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

проти повернення і досягла віку та ступеня зрілості, коли доцільно враховувати її погляди "[267].

240 Історично це положення слід розглядати у зв'язку зі статтею 4 Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року, яка обмежує застосування Конвенції дітьми віком до 16 років і визнає, що "особа, яка досягла шістнадцятирічного віку, як правило, має власний погляд, який не може бути легко проігнорований ні одним, ні обома її батьками, ні судовим органом, ні адміністративним органом".[268] Стаття 13(2) була запроваджена для того, щоб надати суду дискреційні повноваження щодо рішення про повернення, якщо старша дитина віком до 16 років заперечує проти повернення.[269]

241 Однак сьогодні це положення все частіше розглядається в більш широкому контексті права дитини бути вислуханою,[270] як це визнано КПД ООН,[271] Гаазькою конвенцією про захист дітей 1996 року,[272] та кількома регіональними документами,[273] та ініціативами.[274]

---

267 Крім того, спілкування з дитиною може бути важливим при розгляді питання про те, чи існує "серйозний ризик того, що її повернення може завдати дитині фізичної або психологічної шкоди або іншим чином поставити її в нестерпну ситуацію", в розумінні ст. 13(1)(b) Конвенції 1980 року. 13(1)(b) Конвенції 1980 року.

268 E. Pérez-Vera, Пояснювальна доповідь до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року (цит. праця,примітка 93), с. 450, параграф. 77; див. також P. Beaumont and P. McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford 1999, pp. 177, 178.

269 Про подальший контекст ст. 13(2) Конвенції 1980 року див. 13(2) Конвенції 1980 року, див. E. Перез-Вера (цит. праця, примітка 268). Див. також P. McEleavy, INCADAT- -Case Law Analysis Commentary: Exceptions to Return – Child's Objection – Requisite Age and Degree of Maturity, доступний на < www.incadat.com > у розділі "Аналіз судової практики".

270 P. Beaumont and P. McEleavy (цит. праця, примітка 268).

271 Див. ст. 12 КПД ООН (відтворена у примітці 266 вище), яка заохочує право дитини бути вислуханою; щодо ефективної імплементації ст. 12 див. Зауваження загального порядку № 12 (липень 2009 р.) - Право дитини бути вислуханою (цит. праця, примітка 266).

272 У слід за статтею 12 Конвенції ООН про права дитини, Гаазька конвенція про захист дітей 1996 року передбачає в ст. 23(2)(b), що у визнанні заходу, вжитого в Договірній державі, може бути відмовлено, "якщо цей захід було вжито, за винятком випадків крайньої необхідності, в контексті судового або адміністративного провадження, без надання дитині можливості бути заслуханою, в порушення основоположних принципів процедури запитуваної держави"; див. також П. Лагард, Пояснювальна доповідь щодо Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року (цит. праця, примітка 80), с. 585, п. 123.

273 Наприклад, у 1996 році Рада Європи прийняла Європейську конвенцію про здійснення прав дитини, яка набула чинності 1 липня 2000 року, спрямовану на захист найкращих інтересів дітей за допомогою низки процесуальних заходи, що дозволяють дітям здійснювати свої права, зокрема, в рамках судового розгляду сімейних справ. На момент написання цього звіту Конвенція була чинною в Австрії, Хорватії, Кіпрі, Чеській Республіці, Фінляндії, Франції, Німеччині, Греції, Італії, Латвії, Чорногорії, Польщі, Словенії, Колишній Югославській Республіці Македонія, Туреччині, Україні та Фінляндії, див. < http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=160&CM=8&DF=05/12/2010&CL=ENG > (останній перегляд 16 червня 2012 р.); а також Брюссельський Регламент IIa, чинний з 1 березня 2005 Р. для всіх держав-членів ЄС, окрім Данії, який доповнює застосування Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 р. у цих державах, відображає нещодавні швидкі зміни у просуванні прав дітей у судовому провадженні. Базуючись значною мірою на Гаазькій конвенції про захист дітей 1996 року, Брюссельський Регламент IIa заохочує ще активніше враховувати побажання дітей.

274 Наприклад, "Керівні принципи Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дітей", прийняті 17 листопада 2010 року Комітетом міністрів Ради Європи, доступні за посиланням <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1705197&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383 > (останній перегляд 16 червня 2012 року); див. також "Повідомлення Комісії Європейському Парламенту, Раді, Європейському економічному і соціальному комітету та Комітету регіонів - Порядок денний ЄС у сфері прав дитини", COM(2011)60 final від 15.2.2011, зокрема п. 6, доступне за посиланням < http://ec.europa.eu/justice/policies/

242 Ця тенденція відображена в інформації, наданій Договірними державами у Профілях країн[275] Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року, і обговорювалася на Шостому засіданні Спеціальної комісії з питань практичного застосування конвенцій 1980 і 1996 років. Спеціальна комісія "вітає переважну підтримку надання дітям, відповідно до їхнього віку та зрілості, можливості бути заслуханими в ході провадження у справах про повернення відповідно до Конвенції 1980 року, незалежно від того, чи був висунутий захист за статтею 13(2)".[276] Спеціальна комісія також визнала "необхідність інформування дитини про поточний процес і можливі наслідки у відповідний спосіб, враховуючи вік і зрілість дитини".[277]

243 Слід додати, що судова практика багатьох Договірних держав також відображає зростаюче усвідомлення необхідності окремого представництва дитини в певних складних випадках викрадення.[278]

244 Тим не менш, слід зазначити, що шляхи, які держави обирають для захисту прав та інтересів дітей у судовому процесі, є різноманітними, і спосіб, у який дитина може бути залучена або представлена в судовому процесі, або методи, за допомогою яких можна з'ясувати погляди дитини, значно відрізняються.[279] У деяких державах судді у сімейних справах щодо батьківської відповідальності заслуховують дітей безпосередньо; дитина може бути опитана у звичайному судовому засіданні або на спеціальному засіданні, де суддя опитує дитину наодинці або в присутності соціального працівника тощо.[280] Але навіть у країнах, де діти безпосередньо залучаються до судового розгляду, погляди на найраніший вік, з якого дитина може бути залучена до участі у справі, різняться. В інших державах, де судді неохоче заслуховують дітей безпосередньо, думка дитини може бути представлена суду у

---

children/docs/com_2011_60_en.pdf > (останній перегляд 16 червня 2012 року). Див. також підготовчий звіт У. Кілкеллі "Слухати дітей у питаннях щодо правосуддя: Звіт Ради Європи про правосуддя, дружнє до дітей", доступний за посиланням < http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/CJ-S-CH%20_2010_%2014%20rev.%20E%205%20oct.%202010.pdf > > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

275 Див. розділ 10.4 "Профілі країн відповідно до Конвенції 1980 року" (див. вище, примітка 121).

276 Висновки та рекомендації частини I Шостого засідання Спеціальної комісії (цит. праця, примітка 38),Рекомендація № 50.

277 Там само.

278 Див. розділ 10.4 d) "Профілі країн за Конвенцією 1980 року" (вище, примітка 121) та Висновки та рекомендації частини I Шостого засідання Спеціальної комісії (цит. праця, примітка 38), Рекомендація № 51. Див. також щодо Сполученого Королівства: M. Freeman and A.-M. Hutchinson, "Abduction and the Voice of the Child: Re M and After", IFL 2008, 163-167; див. також, наприклад, у Новій Зеландії, Практичну записку "Справи за Гаазькою конвенцією: Настанови сімейного суду Нової Зеландії", доступну за посиланням < http://www.justice.govt.nz/courts/family-court/practice-and-procedure/practice-notes > (останній перегляд 16 червня 2012 р.) та ст. 106 і 6 Закону Нової Зеландії "Про охорону дитинства" 2004 р. 106 та 6 Закону Нової Зеландії "Про опіку над дітьми" 2004 року № 90 (станом на 29 листопада 2010 року), доступний за посиланням < http://www.legislation.govt.nz/act/public/2004/0090/latest/DLM317233.html > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

279 Наприклад, порівняння різних європейських держав див. у M. Reich Sjögren, "Protection of Children in Proceedings", Записка, підготовлена для Комітету з правових питань Європейського парламенту, Брюссель, листопад 2010 р., PE 432.737.

280 Наприклад, Німеччина: діти повинні бути заслухані у віці 14 років або молодше, якщо погляди дитини вважаються особливо важливими для провадження (§ 159 FamFG, вище, примітка 227, замінює § 50 b FGG), що, як правило, має місце у справах про опіку (тут дітей іноді заслуховують вже у віці 3-4 років); див. також дослідження, проведене на замовлення Міністерства юстиції щодо заслуховування дітей, M. Karle, S. Gathmann, G. Klosinski, 'Rechtstatsächliche Untersuchung zur Praxis der Kindesanhörung nach § 50 b FGG', 2010. У Франції діти можуть бути заслухані суддею або особою, призначеною суддею для заслуховування дитини відповідно до ст. 388-1 Цивільного кодексу Франції.

звіті, підготовленому, наприклад, соціальним працівником або психологом, який з цією метою проводить з дитиною бесіду.[281]

245 Окрім питання про те, яким чином погляди дитини можуть бути доведені до відома судді, що розглядає справу, постає питання про те, наскільки важливою є думка та побажання дитини, що залежатиме від предмета спору, віку та ступеня зрілості дитини.

246 На Шостому засіданні Спеціальної комісії з питань практичного застосування Конвенцій 1980 та 1996 років Спеціальна комісія "відзначила різні підходи в національному законодавстві (держав) щодо способу отримання та введення в процес поглядів дитини" та підкреслила "важливість забезпечення того, щоб особа, яка опитує дитину, будь то суддя, незалежний експерт або будь-яка інша особа, мала відповідну підготовку для виконання цього завдання, якщо це можливо".[282]

7.2 Голос дитини в медіації

- **Погляди дитини слід враховувати під час медіації відповідно до її віку та ступеню зрілості.**
- **Яким чином погляди дитини можуть бути представлені в медіації, і чи слід залучати дитину прямо чи опосередковано, має бути ретельно продуманим і залежати від обставин конкретного випадку.**

247 Під час медіації сімейних спорів, що стосуються дітей, необхідно брати до уваги погляди дитини.[283] Те саме стосується й інших механізмів альтернативного вирішення спорів. Зокрема, з огляду на розвиток захисту прав та інтересів дітей у контексті судового розгляду, слід паралельно забезпечувати дотримання прав та інтересів дітей, зокрема права дитини на врахування її поглядів, в альтернативних формах вирішення спорів.

248 Підтверджуючи цей принцип, Комітет з прав дитини у своєму Зауваженні загального порядку 2009 року щодо права дитини бути заслуханою заявив, що право "бути заслуханою у будь-якому судовому чи адміністративному провадженні, що стосується дитини" також має бути дотримане, якщо це провадження "передбачає використання альтернативних механізмів вирішення спорів, таких як медіація та арбітраж "[284].

---

281 Див. з подальшими посиланнями: M. Reich Sjögren (op. cit., примітка 279); у Сполученому Королівстві суд може замовити звіт про соціальне забезпечення у спеціаліста – соціального працівника Служби консультування та підтримки судів у справах дітей та сім'ї (CAFCASS) у контексті провадження щодо опіки або контактів; див. також M. Potter, 'The Voice of the Child: Children's 'Rights' in Family Proceedings', IFL 2008, 140-148, с. 143.

282 Висновки та рекомендації частини I Шостого засідання Спеціальної комісії (цит. праця, примітка 38),Рекомендація № 50.

283 Див. також "Залучення дітей до медіації у справах про розлучення та опікунство - огляд літератури", опублікований Відділом послуг сімейного правосуддя Сектору послуг правосуддя (Міністерство юстиції Британської Колумбії), березень 2003 р., доступний за посиланням <http://www.ag.gov.bc.ca/dro/publications/index.htm > (останній перегляд - 16 червня 2012 р.).

284 Зауваження загального порядку № 12 (2009) - Право дитини бути вислуханою (цит. праця, примітка 266), с. 12, пп. 33; див. також п. 15, параграф. 52.

249 Коли йдеться про те, щоб "почути голос дитини" в медіації, існують дві основні відмінності порівняно з судовим процесом. По-перше, засоби, за допомогою яких голос дитини може бути врахований у процесі медіації, можуть значно відрізнятися від тих, що доступні в контексті судового розгляду. По-друге, існує різниця в тому, яким чином можуть бути враховані думки та побажання дитини.

250 Те, чи буде голос дитини в процесі медіації враховано, і якщо так, то яким чином, певною мірою залежатиме від згоди батьків на певну процедуру. Це пов'язано з тим, що в більшості юрисдикцій медіатори не мають владних повноважень, тобто, на відміну від суддів, медіатори, як правило, не можуть викликати дитину на слухання або призначити експертне опитування дитини та складання звіту. Медіатор може лише звернути увагу батьків на важливість почути голос дитини та вказати, де це доречно, що суд, до якого звернулися з проханням зробити угоду юридично обов'язковою та такою, що підлягає виконанню, може розглянути питання про те, чи були погляди дитини достатньою мірою враховані. Медіатор повинен рекомендувати процедуру включення голосу дитини в медіацію, беручи до уваги обставини конкретного випадку (наприклад, вік дітей, ризик повторного викрадення, наявність історії домашнього насильства тощо). Одним із можливих варіантів є безпосередня участь дитини в одній або декількох сесіях медіації. Інша можливість - організувати окреме інтерв'ю з дитиною та повідомити про результати батькам.[285] Однак особа, яка проводить інтерв'ю з дитиною, повинна мати спеціальну підготовку,[286] щоб гарантувати, що консультація з дитиною проводиться в "підтримуючому та відповідному до її розвитку стилі", а також "щоб стиль консультації уникав та знімав з дитини будь-який тягар прийняття рішень".[287]

251 Після того, як погляди дитини були представлені в процесі медіації, спосіб прийняття до уваги думки дитини також відрізняється від судового розгляду. У судовому розгляді суддя робить свої висновки на основі слухання і, залежно від віку та зрілості дитини, бере до уваги думку дитини при прийнятті рішення щодо її найкращих інтересів. На відміну від цього, медіатор може лише привернути увагу сторін до точки зору дитини або до аспектів, які можуть мати відношення до інтересів та добробуту дитини, але рішення про зміст угоди залишається повністю за батьками. Як уже зазначалося вище, у зв'язку з цим необхідно підкреслити, що медіатор "повинен виявляти особливу турботу про добробут і найкращі інтереси дітей (і)

---

285 У пілотному проекті з медіації Міжнародного центру захисту дітей (Centrum Internationale Kinderontvoering) у Нідерландах спеціально підготовлений медіатор, який не проводив медіацію в конкретній справі, проводив бесіду з відповідною дитиною та надавав звіт про бесіду; у Сполученому Королівстві медіатори, залучені до схеми медіації з метою возз'єднання, за необхідності, звертаються до суду, який розглядає справу про повернення, з проханням видати наказ про проведення бесіди з дитиною співробітником Служби консультативної підтримки судів у справах дітей та сім'ї (CAFCASS) та надання звіту батькам і медіаторам, див. Звіт 2006 року про пілотну схему медіації з метою возз'єднання (указ. праця, с. 97). цит. праця, примітка 97), с. 10.

286 Наприклад, у Сполученому Королівстві (Англія та Уельс) "Кодекс практики для сімейних медіаторів" Ради сімейної медіації, погоджений організаціями-членами у 2010 році, доступний на сайті < www.familymediationcouncil.org.uk > (останній перегляд 16 червня 2012 року), передбачає, що "(м)едіатори можуть проводити прямі консультації з дітьми лише тоді, коли вони успішно пройшли спеціальну підготовку, схвалену організацією-членом та/або Радою, та отримали спеціальний дозвіл від Бюро кримінального обліку" (пп. 3.5 та 5.7.3), див. також Главу 14 нижче.

287 J. McIntosh (цит. праця, примітка 265), с. 5.

повинен заохочувати батьків зосередитися на потребах дітей і нагадувати батькам про їхню головну відповідальність щодо добробуту своїх дітей (...)"[288].

252 Залежно від правової системи, медіатор може також нагадати батькам, що затвердження угоди в суді може залежати від того, чи були належним чином захищені права та інтереси дітей.

8 Можливе залучення третіх осіб

➡ **Якщо сторони конфлікту згодні, і якщо медіатор вважає це можливим і доцільним, медіація може бути відкритою для залучення третіх осіб, присутність яких може допомогти в пошуку узгодженого рішення.**

253 Для досягнення стійкого рішення в сімейному спорі іноді буває корисно залучити до процесу медіації особу, яка має тісні зв'язки з однією або обома сторонами і чия співпраця є необхідною для успішної реалізації узгодженого рішення. Це може бути, наприклад, новий партнер одного з батьків або бабуся чи дідусь. Залежно від культурних особливостей сторін, сторони можуть висловити бажання, щоб у медіації взяв участь високопоставлений представник їхньої громади.

254 Однією з переваг медіації є те, що цей процес є достатньо гнучким, щоб дозволити залучати до нього осіб, які не мають юридичного статусу у справі, але можуть мати значний вплив на успіх вирішення спору. Однак медіатор повинен вирішувати в кожному конкретному випадку, чи можлива і доцільна участь третьої особи в сесії медіації або її частині, не ставлячи під загрозу ефективність медіації. Присутність третьої особи на сесії медіації або організація медіатором бесіди з третьою особою, звичайно, передбачає згоду обох сторін. Залучення третьої особи може становити певні труднощі, особливо коли йдеться про забезпечення відсутності дисбалансу сил між сторонами. Крім того, якщо третя особа бере участь у обговоренні в медіації, необхідно вирішити питання конфіденційності.

255 Коли наближається укладення узгодженого рішення, досягнутого в результаті медіації, слід підкреслити, що третя особа не стає стороною цієї угоди через свою участь у медіації. Однак у деяких випадках може бути корисним, якщо третя особа, від співпраці з якою залежить виконання угоди, схвалює угоду сторін на знак свого зобов'язання підтримувати цю угоду.

9 Організація контакту між покинутими батьками та дитиною під час процесу медіації

256 Викрадення дітей часто призводить до раптового і повного розриву контакту між покинутими батьками і дитиною. Це дуже болісно для обох і може, залежно від тривалості розриву контакту, призвести до відчуження. Щоб захистити дитину від

---

288 Рекомендацію Ради Європи № R (98) 1 про сімейну медіацію (див. вище, примітка 52), розділ III (Процес медіації); про принцип врахування інтересів та добробуту дитини див. розділ 6.1.6 вище.

подальшої шкоди та з огляду на право дитини підтримувати контакт з обома батьками, важливим є якнайшвидше відновлення контакту між дитиною та тим з батьків, якого покинули. Існують різні способи відновлення контакту на тимчасовій основі одразу після викрадення. Можна розглянути сучасні засоби зв'язку (включаючи електронну пошту, миттєві повідомлення, інтернет-дзвінки тощо).[289]

257 Якщо той з батьків, кого покинули, їде до запитуваної держави з нагоди судового засідання у зв'язку з Гаазькою процедурою повернення або для участі в медіації, наполегливо рекомендується розглянути можливість проведення особистої зустрічі між дитиною та тим з батьків, кого покинули.[290] Це цінний крок до деескалації конфлікту. Особливо в медіації, де конструктивний діалог між сторонами має вирішальне значення, такі особисті зустрічі можуть бути дуже корисними. Медіатори, які мають досвід у справах про міжнародне викрадення дітей, визнають позитивний вплив таких особистих контактів на сам процес медіації.[291]

9.1 Запобіжні заходи / Уникнення повторного викрадення

➡ **Можливо виникне потреба запровадити запобіжні заходи, щоб забезпечити дотримання умов тимчасових домовленостей про контакт та усунути будь-який ризик повторного викрадення.**

➡ **Такі гарантії можуть включати:**[292]

- **здати паспорт або проїзні документи з проханням до іноземних консульств/посольств не видавати нові паспорти/проїзні документи для дитини;**
- **вимагати від батьків, які подали заяву, регулярно звітувати про контакт в поліцію або інший орган протягом періоду контакту;**
- **внесення грошової застави або поруки;**
- **нагляд за контактом з боку фахівця або члена сім'ї;**
- **обмеження місць, де можуть відбуватися відвідування, тощо.**

258 Для більш детальної інформації див. Настанови з належної практики транскордонних контактів з дітьми,[293] Глава 6, яка також враховує цілі Конвенції Ради Європи про контакти з дітьми від 1 травня 2003 року.[294]

---

289 Настанови з належної практики транскордонних контактів (цит. праця, примітка 16), розділ 6.7, с. 33.

290 Див. також S. Vigers, Note on the development of mediation, conciliation and similar means (op. cit. note 11), 6.1, p. 20.

291 наприклад, S. Kiesewetter and C.C. Paul, 'Family Mediation in an International Context: Cross-Border Parental Child Abduction, Custody and Access Conflicts: Traits and Guidelines', in S. Kiesewetter and C.C. Paul (Eds) (цит. праця, примітка 98), с. 47.

292 Посібник з належної практики транскордонних контактів (цит. праця, примітка 16), розділ 6.3, с. 31-32.

293 Там само, с. 31 і далі.

294 CETS 192; текст Конвенції доступний за посиланням < http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/192.htm> (останній перегляд 16 червня 2012 року).

9.2 Тісна співпраця з центральними органами, адміністративними та судовими органами

➡ **При організації контакту між покинутими батьками і викраденою дитиною в процесі медіації може знадобитися співпраця з органами влади для усунення будь-яких ризиків для дитини, в тому числі повторного викрадення.**

259 Відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року Центральний орган зобов'язаний "у відповідних випадках вживати заходів для організації або забезпечення ефективного здійснення права на доступ" (див. ст. 7(2) f); див. також Ст. 21).[295] У той же час стаття 7(2) b) Конвенції 1980 року зобов'язує Центральні органи вживати всіх необхідних заходів "для запобігання подальшому заподіянню шкоди дитині або шкоди зацікавленим сторонам шляхом вжиття або забезпечення вжиття тимчасових заходів". Як було визнано на Шостому засіданні Спеціальної комісії з питань практичного застосування Конвенцій 1980 і 1996 років, "відповідно до статей 7(2)(b) і 21 Конвенції 1980 року, під час розгляду справи про повернення запитувана Договірна держава може надати заявникові, який перебуває в процедурі повернення, можливість контактувати з дитиною (дітьми) у відповідному випадку".[296]

260 Центральним органам рекомендується "застосовувати проактивний і практичний підхід при виконанні своїх функцій у справах про міжнародний доступ/контакт".[297] Медіатори повинні знати про значну допомогу, яку можуть надати Центральні органи в організації тимчасового контакту між покинутими батьками і викраденими дітьми. Вони також повинні усвідомлювати необхідність тісної співпраці з Центральними органами та іншими органами влади щодо організації необхідних запобіжних заходів. Для більш детальної інформації див. Настанови з належної практики транскордонних контактів щодо дітей.[298]

---

295 Детальніше див. Настанови з належної практики транскордонних контактів (цит. праця, примітка 16), розділ 4.6, с. 23.

296 Висновки та рекомендації Частини I Шостого засідання Спеціальної комісії (цит. праця, примітка 38), Рекомендація № 20; див. також Настанови з належної практики транскордонних контактів (цит. праця, примітка 16), розділ 4.4, стор. 21, 22.

297 Висновки та рекомендації Частини I Шостого засідання Спеціальної комісії (цит. праця, примітка 38), Рекомендація № 18; див. також Настанови з належної практики транскордонних контактів (цит. праця, примітка 296).

298 Цит. праця, примітка 16.

10 Медіація та звинувачення в домашньому насильстві

261 Домашнє насильство, на жаль, є широко розповсюдженим явищем, яке може набувати різних форм: воно може полягати у фізичному або психологічному насильстві[299]; воно може бути спрямоване на дитину ("жорстоке поводження з дітьми")[300] та/або на партнера[301]; і може варіюватися від одного окремого інциденту до стійкої та повторюваної моделі. Якщо домашнє насильство повторюється, типовий цикл насильства може складатися з (1) фази наростання напруги з незначними нападами; (2) гострого інциденту з ескалацією насильства; та (3) фази примирення, на якій кривдник часто просить пробачення та обіцяє більше ніколи не чинити насильства, а постраждала особа намагається повірити запевненням, іноді навіть відчуваючи відповідальність за психологічне благополуччя кривдника.[302] Характерною рисою повторюваного насильства є те, що постраждала особа відчуває себе замкненою в циклі насильства і безпорадною, вважаючи, що ситуація не може змінитися, і боїться піти від кривдника, побоюючись насильства у відповідь[303].

262 У справах про міжнародне викрадення дітей звинувачення в домашньому насильстві не є рідкістю. Деякі з цих звинувачень можуть виявитися необґрунтованими, але інші мають підстави і можуть бути причиною того, що батьки покинули країну викравши дитину. Домашнє насильство є дуже делікатним питанням і потребує відповідного реагування.

263 Думки щодо того, чи підходять сімейні спори, пов'язані з домашнім насильством, для медіації, дуже різняться. Деякі експерти вважають медіацію в таких випадках взагалі недоречною з низки причин. Вони вказують на те, що медіація може поставити постраждалу від домашнього насильства особу під загрозу. Виходячи з того, що момент розставання з кривдником є найнебезпечнішим для постраждалої особи, вони стверджують, що можливий особистий контакт з кривдником у цей час несе ризик подальшого насильства або травмування.[304] Крім того, існує думка, що медіація як засіб мирного вирішення спорів є неефективною у справах, пов'язаних з домашнім насильством, оскільки медіація ґрунтується на співпраці[305], а її успіх залежить від того, чи мають сторони рівні можливості для ведення переговорів. Стверджується, що, оскільки постраждалі від домашнього насильства особи часто мають труднощі у відстоюванні власних інтересів, при зустрічі з кривдником медіація

---

299 Фізичне та психологічне насильство може проявлятися у сексуальному, емоційному та навіть фінансовому насильстві. Домашнє насильство є "складним і культурно забарвленим явищем" і "пронизує гендерні, расові, етнічні, вікові та соціально-економічні межі", див. J. Alanen, 'When Human Rights Conflict: Mediating International Parental Kidnapping Disputes Involving the Domestic Violence Defense", 40 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 49 (2008-2009), с. 64.

300 Щодо насильства над дитиною, Настанови розрізняють пряме та непряме насильство. Пряме насильство визначається як насильство, спрямоване на дитину, а непряме - це насильство, спрямоване на одного з батьків або іншого члена домогосподарства, яке впливає на дитину. Див. також визначення домашнього насильства у розділі "Термінологія" вище та у п. 270 нижче.

301 У більшості випадків постраждалою домашнього насильства стає жінка в парі; див., наприклад, "Парламентський звіт про домашнє насильство у Сполученому Королівстві", опублікований у червні 2008 року, Резюме в IFL 2008, с. 136, 137, "переважна більшість випадків серйозного та повторюваного насильства вчиняється чоловіками по відношенню до жінок"; див. також H. Joyce (цит. праця, примітка 228), с. 449, "Жертвами у 95% випадків домашнього насильства стають жінки".

302 Там само, с. 499, 450.

303 Там само.

304 Для отримання додаткової інформації щодо цієї точки зору див. там само, с. 452.

305 Для отримання додаткової інформації щодо цієї точки зору див. там само.

неминуче призведе до несправедливих домовленостей.[306] Деякі з тих, хто виступає проти використання медіації у справах про домашнє насильство, вказують на те, що медіація легітимізує домашнє насильство замість того, щоб карати кривдників.

264 На противагу цьому, багато експертів виступають проти загального виключення медіації у справах, пов'язаних з домашнім насильством, за умови, що в них беруть участь добре підготовлені фахівці, обізнані в цьому питанні.[307] Вони вказують на той факт, що випадки домашнього насильства суттєво відрізняються, і що оцінка кожного конкретного випадку є ключовою: деякі випадки можуть піддаватися процесу медіації, тоді як деякі, безсумнівно, повинні розглядатися судом.[308] Якщо постраждала особа отримала достатню кількість інформації, вона має право звернутися до суду. Для того, щоб зробити усвідомлений вибір, слід поважати бажання постраждалої особи брати участь у процесі, який може бути корисним, якщо він безпечний.[309] Деякі автори стверджують, що участь постраждалої особи у відповідному та добре організованому процесі медіації може розширити її права та можливості.[310] Занепокоєння про безпеку постраждалих під час медіації наштовхуються на контраргумент, що медіація не обов'язково має включати особисті медіаційні сесії, а може також проводитися у формі телефонної конференції або човникової медіації.

265 Що стосується процесу медіації, то існує багато способів його адаптації для захисту та розширення можливостей особи, постраждалої від домашнього насильства. Наприклад, правила, встановлені для медіаційної сесії, можуть забороняти поведінку, що принижує гідність, у поєднанні з положенням про те, що медіатор негайно припиняє медіацію, якщо ці правила не виконуються. Фахівці з медіації повинні знати про реабілітаційні програми та інші ресурси, які можуть бути доступні для батьків, що чинять насильство.

266 Різні погляди також відображені в законодавстві. У деяких юрисдикціях законодавчі положення прямо забороняють використання медіації в сімейних спорах за участю дітей, якщо є докази "історії" домашнього насильства, або ставлять медіацію в таких випадках в залежність від певних умов.[311]

267 Слід підкреслити, що саме по собі домашнє насильство часто є серйозним правопорушенням і, звичайно, не є предметом медіації; предметом медіації є такі питання, як опіка над дитиною та доступ до неї, умови надання підтримки та інші питання організації сім'ї.[312]

---

306 Для отримання додаткової інформації щодо цієї точки зору див. там само, с. 451.

307 наприклад, Звіт 2006 року про пілотну програму медіації щодо возз'єднання (цит. праця, примітка 97), с. 53.

308 Див. з подальшими посиланнями: N. ver Steegh (цит. праця, примітка 8), с. 665.

309 Див. з подальшими посиланнями, там само.

310 J. Аланен (цит. праця, прим. 299), с. 69, прим. 69.

311 Див. також Г. Джойс (цит. праця, прим. 228), с. 459 і далі.

312 Дж. Аланен (цит. праця, примітка 299), с. 87-88, примітка 151.

10.1 Розгляд випадків домашнього насильства у Гаазькій процедурі повернення

268 Перш ніж перейти до питання медіації у справах про викрадення дітей, пов'язаних зі звинуваченнями в домашньому насильстві, важливо сказати кілька слів про звинувачення в домашньому насильстві в Гаазькій процедурі повернення в цілому.

269 Якщо сталося викрадення дитини, Центральні органи зобов'язані "запобігти подальшому заподіянню шкоди дитині або шкоди зацікавленим сторонам шляхом вжиття або забезпечення вжиття тимчасових заходів" відповідно до статті 7(2)(b) Гаазької конвенції про запобігання викраденню дітей 1980 року. Таким чином, якщо існує ризик того, що батьки, які вивозять дитину, можуть завдати їй шкоди, Центральний орган, залежно від повноважень, наданих йому відповідною Договірною державою, може вжити тимчасових заходів або зобов'язати компетентний орган вжити таких заходів. Це положення узгоджується зі статтею 11 Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року, яка у невідкладних випадках надає повноваження вживати необхідних захисних заходів органам влади Договірної держави, в якій перебуває дитина.

270 У більшості випадків, однак, звинувачення в домашньому насильстві висуваються не проти того з батьків, хто забрав дитину, а проти того з батьків, кого покинули.[313] Заходи щодо безпосереднього ризику для безпеки того з батьків, хто забрав дитину, та дитини будуть вживатися органами влади запитуваної держави відповідно до процесуального законодавства цієї держави. Центральним органом та/або судом можуть, наприклад, бути вжиті заходи, щоб уникнути розкриття поточного місцезнаходження постраждалої від домашнього насильства особи іншому з батьків або іншим чином унеможливити зустріч сторін без супроводу.[314]

271 Під час розгляду справ по Гаазькій процедурі повернення, звинувачення в домашньому насильстві відіграють важливу роль у вирішенні питання про те, чи можна зробити виняток щодо повернення дитини відповідно до статті 13(1)(b) Гаазької конвенції про запобігання та протидію викраденню дітей 1980 року. Згідно з цією статтею, судовий або адміністративний орган запитуваної держави не зобов'язаний видавати рішення про повернення дитини, якщо встановлено, що " існує серйозний ризик того, що повернення поставить дитину під загрозу заподіяння фізичної або психічної шкоди або іншим шляхом створить для дитини нетерпиму обстановку ". Причиною такого ризику може бути не лише жорстоке поводження з дитиною, але й домашнє насильство щодо батьків, що опосередковано впливає на дитину. Однак винятки, передбачені статтею 13, відповідно до цілей Конвенції 1980 року, тлумачаться вузько.[315] Чи виконуються умови винятку щодо серйозного ризику у випадку з заявами про домашнє насильство, окрім обставин конкретної справи, також залежатиме від можливості вжити захисних заходів для забезпечення

---

313 Ст. 7(2)(b) Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року була розроблена головним чином з метою уникнення повторного вивезення дитини. Е. Перез-Вера, Пояснювальна доповідь щодо Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року (цит. праця, примітка 93), п. 91.

314 Див. також пункт 277 нижче.

315 Е. Перез-Вера (там само.), p. 434, § 34; див. також Висновки та рекомендації четвертого засідання Спеціальної комісії (цит. праця, примітка 34), № 4.3, с. 12, та Висновки та рекомендації п'ятого засідання Спеціальної комісії (там само), № 1.4.2, с. 8.

безпечного повернення[316] дитини і, можливо, того з батьків, хто її вивіз, до держави його/її звичайного місця проживання.

272 Незважаючи на те, що Гаазька конвенція про викрадення дітей 1980 року стосується повернення дитини, безпечне повернення того з батьків, хто її викрав, часто є предметом занепокоєння для суду, який розглядає справу про повернення, особливо якщо той з батьків, хто забрав дитину, є її єдиним основним піклувальником. Забезпечення безпечного повернення того з батьків, хто забрав дитину, може бути необхідною умовою для прийняття рішення про повернення дитини, якщо розлучення батьків і дитини через нездатність того з батьків, хто забрав дитину, повернутися, може наразити дитину на серйозний ризик заподіяння їй шкоди. Див. також вище розділ 2.8 щодо кримінального провадження як перешкоди для повернення батьків, які забрали дитину.

273 Якщо буде встановлено, що повернення піддасть дитину серйозному ризику фізичної або психологічної шкоди або іншим шляхом створить для дитини нетерпиму обстановку, суд, який розглядає заяву про повернення, не зобов'язаний видавати рішення про повернення дитини.[317] Рішення про неповернення в більшості випадків в кінцевому підсумку призведе до зміни юрисдикції[318] з питань опіки до держави нового постійного місця проживання дитини.[319]

274 Розгляд звинувачень у домашньому насильстві в рамках Гаазької процедури повернення є дуже делікатним питанням і не може бути узагальненим, особливо з огляду на багатогранність справ, у яких стверджується про домашнє насильство. Шосте засідання Спеціальної комісії з питань практичного застосування Конвенцій 1980 і 1996 років підкреслило автономію суду, який розглядає справу про повернення, щодо "оцінки доказів і визначення винятку щодо серйозного ризику заподіяння шкоди (ст. 13(1)(b)), включаючи звинувачення в домашньому насильстві, (...) з належною увагою до цілей, які полягають у Конвенції 1980 року для забезпечення швидкого та безпечного повернення дитини".[320] У той же час, Спеціальна комісія запропонувала заходи для сприяння більшій послідовності у тлумаченні та застосуванні статті 13(1)(b).[321] Після цієї пропозиції Рада вирішила у

---

316 Заходи для забезпечення безпечного повернення можуть включати дзеркальні рішення, рішення про надання безпечного прихистку або інші захисні заходи. Див. далі Керівництво з належної практики виконання (цит. праця, примітка 23), глава 9, с. 35 і далі; див. також J.D. Garbolino, Handling Hague Convention Cases in U.S. Courts (3rd ed.), Nevada 2000, pp. 79 and seq.

317 Брюссельський Регламент IIa, який діє поряд із Гаазькою конвенцією про викрадення дітей 1980 року, містить додаткове правило в ст. 11(4), що "(a) суд не може відмовити у поверненні дитини на підставі статті 13b Гаазької конвенції 1980 року, якщо буде встановлено, що були вжиті адекватні заходи для забезпечення захисту дитини після її повернення".

318 Щодо питань юрисдикції див. Главу 13 нижче; див. також Главу 13 Практичного посібника з Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року (цит. праця, примітка 223) щодо зміни юрисдикції відповідно до ст. 7 Конвенції 1996 року.

319 Відповідно до ст. 11(8) Брюссельського регламенту IIa, дитина може бути повернута, незважаючи на рішення про неповернення, у разі "будь-якого подальшого рішення (що вимагає) повернення дитини, винесеного судом, який має юрисдикцію відповідно до цього Регламенту".

320 Висновки та рекомендації, прийняті в рамках Частини II Шостого засідання Спеціальної комісії з питань практичного застосування Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року (25-31 січня 2012 року) (доступні на сайті < www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей"), Рекомендація № 80.

321 Там само, Рекомендації № 81 і 82:

квітні 2012 року "створити Робочу групу у складі широкого кола експертів, включаючи суддів, представників Центральних органів та міждисциплінарних фахівців", щоб розробити Настанови з належної практики щодо тлумачення та застосування статті 13(1)(b) Конвенції про запобігання та протидію викраденню дітей 1980 року з компонентом, який би містив рекомендації, спеціально призначені для судових органів".[322]

10.2 Заходи безпеки в медіації / Захист вразливої сторони

- **Використання медіації у випадках, коли йдеться про домашнє насильство, має бути ретельно продуманим. Необхідне відповідне навчання для здійснення оцінки можливості проведення медіації у справі.**
- **Медіація не повинна ставити під загрозу життя чи безпеку жодної особи, особливо постраждалої від домашнього насильства, членів сім'ї або медіатора. Вибір між прямою та непрямою медіацією, місцем проведення медіації, а також моделлю та методом медіації повинен бути адаптований до обставин справи.**
- **Коли медіація вважається доцільною у справі, де є питання домашнього насильства, її мають проводити досвідчені медіатори, спеціально підготовлені для проведення медіації в таких обставинах.**

275 Можливість проведення медіації у справи про міжнародне викрадення дитини, в якій звинувачення в домашньому насильстві висунуті проти одного з батьків, потребує ретельного розгляду. Особа, яка оцінює, чи підходить справа для медіації, повинна пройти відповідну підготовку.[323] Навіть якщо звинувачення в домашньому насильстві не висувалися, оцінка медіабельності повинна враховувати, що домашнє насильство може мати місце у конкретній справі.

276 При оцінці того, чи можливо вирішувати конкретну справу у наявній службі медіації, можуть мати особливе значення такі фактори:[324] тяжкість і частота домашнього

'81. Спеціальна комісія рекомендує провести подальшу роботу з метою сприяння узгодженості у тлумаченні та застосуванні статті 13(1)(b), включаючи, зокрема, заяви про домашнє та сімейне насильство, але не обмежуючись ними.

82. Спеціальна комісія рекомендує Раді з загальних питань та політики надати дозвіл на створення Робочої групи у складі суддів, представників Центральних органів та міждисциплінарних експертів для розробки Настанов з належної практики щодо тлумачення та застосування статті 13(1)(b), з компонентом, що містить вказівки, спеціально призначені для судових органів, беручи до уваги Висновки та рекомендації попередніх засідань Спеціальної комісії та Настанови з належної практики".

322 Висновки та рекомендації, ухвалені Радою 2012 року (цит. праця, примітка 39), Рекомендація № 6.

323 Щодо важливості кваліфікованих процедур скринінгу, див. Л. Паркінсон, Сімейна медіація – належне вирішення спорів у новій системі сімейного правосуддя, 2-е вид., Сімейне право 2011, глава 3, с. 76 і далі.

324 Див. також ст. 48 Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (Стамбульська конвенція) від 11 травня 2011 року, доступну за посиланням < http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/210.htm > (останній раз переглянуто 16 червня 2012 року), в якій міститься прохання до держав-учасниць "вжити необхідних законодавчих або інших заходів для заборони на обов'язкові альтернативні процеси з вирішення

насильства;[325] об'єкт домашнього насильства; характер насильства;[326] фізичне та психічне здоров'я сторін;[327] ймовірна реакція основного кривдника ;[328] можливість провести спеціально адаптовану процедуру медіації у справі з ознаками домашнього насильства; яким чином наявна служба медіації може вирішити питання безпеки; чи представлені сторони.[329] Слід також підкреслити, що якщо під час первинної перевірки або пізніше в процесі медіації медіатор дізнається про обставини, які вказують на кримінальне правопорушення (наприклад, сексуальне насильство над дитиною), у багатьох юрисдикціях він або вона буде зобов'язаний повідомити про це органи влади, наприклад, поліцію та органи захисту дітей. Це зобов'язання може існувати, незважаючи на принцип конфіденційності медіації.[330]

277 Медіація не повинна ставити під загрозу життя або безпеку жодної особи, особливо потерпілої від домашнього насильства, членів сім'ї та медіатора. Особисті зустрічі, як під час медіації, так і в якості підготовки до неї, повинні проводитися тільки там, де можна забезпечити безпеку. Залежно від обставин справи, може знадобитися допомога державних органів.[331] В інших випадках достатньо уникнути ризику зустрічі сторін без супроводу. У таких випадках, наприклад, слід виключити можливість випадкової зустрічі сторін по дорозі до місця проведення медіації; слід організувати їх окремий приїзд і від'їзд.[332] Подальші заходи можуть включати встановлення кнопки екстреного виклику в приміщенні, де проводиться медіація. Під час сесії медіації сторони ніколи не повинні залишатися наодинці. У цьому відношенні особливо корисним може бути використання комедіації. Присутність двох досвідчених медіаторів буде заспокійливим для постраждалої особи і може допомогти зняти будь-яку напругу. Якщо одному з медіаторів з якихось причин доведеться покинути сесію, це також гарантує, що досвідчений медіатор залишиться в присутності сторін. Присутність інших осіб, таких як адвокат або особа, яка надає підтримку, також може бути розглянута, якщо це доречно.[333]

278 Якщо наявна служба медіації не обладнана таким чином, щоб усунути ризики безпеки, пов'язані з особистою зустріччю, або якщо така зустріч виявляється недоцільною з інших причин, можна розглянути можливість використання непрямої медіації шляхом проведення окремих зустрічей медіатора з кожною стороною (так звані кокуси) або використання сучасних технологій, таких як відеозв'язок або інтернет-зв'язок.

279 Після того, як будуть застосовані запобіжні заходи щодо ризику заподіяння шкоди в медіації, необхідно також вжити заходів, які гарантуватимуть, що медіація не буде упередженою через нерівні переговорні позиції.[334] Медіація повинна проводитися

спорів, у тому числі посередництво та примирення, стосовно всіх форм насильства, які підпадають під сферу застосування цієї Конвенції. ".

325 Див. з подальшими посиланнями: N. ver Steegh (цит. праця, примітка 8), с. 665.

326 Там само.

327 Там само.

328 Там само.

329 Там само.

330 Щодо винятків з принципу конфіденційності, див. пункт 211 вище.

331 Чим важчі обставини, тим менша ймовірність того, що справа в цілому підходить для медіації.

332 Див. також Л. Паркінсон (цит. праця, примітка 323).

333 Див. з подальшими посиланнями: Н. вер Стеегх (цит. праця, примітка 8), с. 666.

334 Див. також Рекомендацію Ради Європи № R (98) 1 про сімейну медіацію (вище, примітка 52), III (Процес медіації):

досвідченими та спеціально підготовленими медіаторами; медіатори повинні адаптувати процес медіації до викликів кожної окремої справи. Необхідно приділяти належну увагу питанням безпеки, пов'язаним з виконанням досягнутої за допомогою медіації угоди на більш пізньому етапі.

280 В цілому, тісна співпраця з судовими та адміністративними органами сприяє уникненню ризиків для безпеки.[335]

281 Медіатори загалом повинні звертати увагу та вміти розпізнавати[336] ознаки домашнього насильства та/або ризики майбутнього насильства, в тому числі, якщо жодна зі сторін не висунула жодних звинувачень, і повинні бути готовими вжити необхідних запобіжних заходів[337].

10.3 Інформація про заходи захисту

➡ **Повинна бути доступна інформація про можливі заходи захисту для батьків і дитини у відповідних юрисдикціях.**

282 Інформація про можливі заходи захисту, які можуть бути вжиті щодо батьків і дитини в державі, де дитина проживала до викрадення, а також у державі, до якої дитина була викрадена, повинна бути доступною для обговорення під час медіації. Надання такої інформації може бути забезпечено Центральним органом або Центральною контактною особою пункту міжнародної сімейної медіації.[338] Крім того, Профілі країн відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року можуть бути корисним джерелом інформації про наявні заходи захисту.[339]

"Державам потрібно забезпечити належні механізми проведення процесу медіації згідно з наступними принципами: (...) ix) медіатору належить приділяти особливу увагу тому, чи вже мало місце або може в майбутньому мати місце насильство між сторонами і як це може вплинути на позиції сторін у спорі, та відповідно вирішувати, чи за таких обставин процес медіації є доречним".

335 Інформацію про наявність певних конкретних гарантій див. у розділах 19.4 g) і h) Профілів країн відповідно до Конвенції 1980 року (див. вище, примітка 121).

336 Щодо різних видів насильства та жорстокого поводження, які медіатор повинен вміти розпізнавати та розрізняти, наприклад, див. Л. Паркінсон (цит. праця, примітка 323).

337 Див. також Рекомендацію Ради Європи № R (98) 1 про сімейну медіацію (вище, примітка 52), III (Процес медіації):

"Державам потрібно забезпечити належні механізми проведення процесу медіації згідно з наступними принципами: (...) ix) медіатору належить приділяти особливу увагу тому, чи вже мало місце або може в майбутньому мати місце насильство між сторонами і як це може вплинути на позиції сторін у спорі, та відповідно вирішувати, чи за таких обставин процес медіації є доречним".

338 Про роль Центральних контактних пунктів міжнародної сімейної медіації у сприянні наданню інформації див. розділ 4.1 вище.

339 Див. розділ 11.2 "Профілі країн відповідно до Конвенції 1980 року" (див. вище, примітка 121).

11 Умови угоди за результатами медіації - перевірка на реалістичність

➡ **Умови угоди, укладеної за допомогою медіації, повинні бути реалістичними і враховувати всі пов'язані з ними практичні питання, особливо щодо організації контактів і побачень.**

283 Після того, як узгоджене рішення досягнуто, медіатор має допомогти сторонам у розробці деталей угоди. У багатьох випадках саме медіатор складає проект "угоди" або "меморандуму про взаєморозуміння" відповідно до побажань сторін.[340]

284 Як зазначено вище в Главі 5 ("Сфера застосування медіації"), угоди, досягнуті за допомогою медіації у справах про міжнародне викрадення дітей, найімовірніше, включають такі пункти: угода про повернення або неповернення дитини, та в останньому випадку - угода про те, де дитина буде проживати на новому місці; з ким дитина буде жити; питання батьківських обов'язків та їх виконання. Крім того, в угоді, ймовірно, будуть розглянуті певні фінансові питання, такі як витрати на проїзд, а також, в деяких випадках, питання про утримання дитини та подружжя.

285 Важливо, щоб угода за результатами медіації, була складена відповідно до чинного законодавства, щоб вона могла мати юридичну силу в обох (усіх) відповідних юрисдикціях. У зв'язку з цим, хоча в обов'язки медіатора не входить надання юридичних консультацій, він може порекомендувати сторонам відповідну національну або міжнародну нормативно-правову базу. У будь-якому випадку, медіатор повинен звернути увагу сторін на важливість консультацій з їхніми спеціалізованими юридичними представниками з цього приводу або отримання в інший спосіб спеціалізованої юридичної консультації щодо правової ситуації в їхній справі.

286 Після того, як угоду підготовлено, може бути доцільно надати "обмежений час на роздуми (...) перед підписанням".[341] Цей час також слід використати для проведення необхідних юридичних запитів.[342]

287 Угода, досягнута за допомогою медіації, має бути реалістичною та максимально деталізованою щодо всіх зобов'язань і прав, про які в ній йдеться. Це важливо не лише для безперешкодного виконання угоди, але й для того, щоб вона могла бути примусово виконана (див. також Розділ 12). Наприклад, якщо батьки домовилися про повернення дитини, то необхідно вирішити питання, пов'язані з поверненням дитини, включаючи питання витрат на проїзд, а також з ким дитина буде повертатися

---

340 К.К. Ковач (цит. праця, примітка 110), с. 205.

341 Рекомендацію Ради Європи Rec (2002)10 про медіацію в цивільних справах (див. вище, примітка 53), Принцип VI (Угоди, досягнуті в процесі медіації):

'6. Для визначення предмета домовленості, обсягу обов'язків за нею і висновків по завершенні кожної процедури медіації слід, як правило, складати письмовий документ, а сторонам після складання документа й до його підписання слід надавати обмежений час для розмірковування, тривалість якого встановлюється за згодою сторін ".

342 Про те, як зробити угоду юридично обов'язковою і такою, що підлягає виконанню, див. главу 12 нижче.

назад і де вона залишиться відразу після повернення.[343] Якщо батьки будуть проживати в різних державах, транскордонне виконання батьківських обов'язків має бути реалістично врегульоване.[344] При розробці домовленостей про транскордонні контакти, наприклад, слід передбачити конкретні дати і періоди часу, щоб врахувати шкільні канікули тощо. Витрати на проїзд також повинні бути врегульовані. Важливо усунути, наскільки це можливо, будь-яке ймовірне джерело непорозумінь і практичних перешкод у реалізації домовленостей щодо контактів. У випадку наприклад, якщо той з батьків, кого покинули погоджується, щоб дитина залишилася з тим з батьків, хто її забрав, у державі, до якої її було вивезено, за умови, що його права на контакт з дитиною достатньою мірою забезпечені, то батьки можуть домовитися, що той з батьків, хто забрав дитину, придбає квитки на літні канікули, до країни проживання з тим з батьків, кого залишили. Необхідно розглянути майбутні фінансові можливості, і щоб уникнути будь-яких труднощів з придбанням квитків в останню хвилину, батьки можуть, наприклад, домовитися про внесення певної суми грошей на депозит задовго до подорожі, щоб той з батьків, кого залишили, міг здійснити організацію подорожі[345].

288 Необхідна обережність щодо умов, які виходять за межі сфери впливу сторін. Наприклад, угода не повинна покладати на одну зі сторін обов'язок закрити кримінальне провадження, якщо у відповідній правовій системі кримінальне провадження після його порушення може бути закрите лише прокурором або судом.[346]

12 Надання угоді юридично обов'язкової сили та можливості її примусового виконання

- **Умови угоди за результатами медіації, мають бути сформульовані таким чином, щоб вона набула юридичної сили і могла бути примусово виконана у відповідних юрисдикціях.**
- **Наполегливо рекомендується, до моменту остаточного затвердження угоди, надавати сторонам обмежений час на роздуми, щоб вони мали змогу отримати кваліфіковану юридичну консультацію щодо всіх правових наслідків та відповідності змісту їхньої "попередньої угоди" законодавству, яке застосовується в різних правових системах.**
- **Заходи, необхідні для надання юридичної сили угоді та набуття її чинності у відповідних юрисдикціях, слід здійснювати з належною швидкістю і до початку впровадження угоди.**

---

343 Щодо реквізитів, які необхідно включити до рішення про повернення, див. главу 4 Настанов з належної практики примусового виконання рішень (цит. праця, примітка 23), с. 21 і далі.

344 Принципи створення структур медіації див. у Додатку 1 нижче, частина B.3.

345 Див. також Настанови з належної практики транскордонних контактів (цит. праця, примітка 16).

346 Щодо особливої складності кримінальних проваджень, див. розділ 2.8 вище.

- **Доступ до інформації про відповідні процедури в юрисдикціях, які пов'язанні зі справою, повинен забезпечуватися за сприяння Центрального органу або Центрального контактного пункту з питань міжнародної сімейної медіації.**
- **Для сприяння у можливості виконання угоди в усіх задіяних державах знадобиться співпраця адміністративних / судових органів.**
- **Судам рекомендується використовувати національні, регіональні[347] та міжнародні судові мережі, такі як Міжнародна гаазька мережа суддів, та звертатися за допомогою до Центральних органів, у разі необхідності.[348]**
- **Держави повинні, за необхідності, вивчити доцільність запровадження нормативних або законодавчих положень, що полегшують процедури забезпечення виконання угод, укладених за результатами медіації.**

289 Для того, щоб слугувати основою для сталого вирішення спору, досягнуте в ході медіації узгоджене рішення повинно відповідати вимогам для набуття юридичної сили у відповідних державах, а також бути юридично обов'язковою і підлягати виконанню в цих державах до початку його практичної реалізації. Виконання рішення в обох (усіх) відповідних правових системах є особливо важливим, якщо узгоджене рішення передбачає транскордонне виконання батьківських обов'язків. Дитина повинна бути захищена від можливого повторного викрадення в майбутньому або від будь-якої іншої шкоди, заподіяної через недотримання батьками угоди. Водночас, як тільки батьки дійшли згоди, повернення дитини має бути здійснене якнайшвидше, щоб уникнути подальшої плутанини або відчуження для дитини.

290 Перш за все, угода за результатами медіації, має бути письмово оформлена і підписана обома сторонами. Залежно від питань, що розглядаються в угоді сторін, і залежно від застосовного законодавства, угода може становити юридично обов'язковий договір між сторонами з моменту її укладення. Однак багато правових систем певною мірою обмежують автономію сторін у сімейному праві, особливо коли йдеться про батьківську відповідальність.[349] Тут багато держав вважають, що права та добробут відповідної дитини повинні бути захищені шляхом залучення судових або адміністративних органів. Угоди про виконання батьківських обов'язків, які, тим не менш, заохочуються більшістю цих систем, можуть, наприклад, потребувати схвалення суду, який перевіряє, чи відповідають вони "найкращим інтересам дитини", щоб набути юридичної сили.[350]

---

347 Прикладом регіональної мережі є Європейська судова мережа з цивільних та комерційних справ, для отримання додаткової інформації див. < http://ec.europa.eu/civiljustice/index_en.htm > (останній перегляд 16 червня 2012 року).

348 Настанови з належної практики у сфері правозастосування (цит. праця, примітка 23), Принцип 8.2.

349 Див. також Дослідження із здійсненності транскордонної медіації в сімейних справах (цит. праця, примітка 13),пп. 5.4, p. 23.

350 Наприклад, Франція, див. статті 376 і 373-2-7 Цивільного кодексу або Німеччина, див. § 156, п. 2 Сімейного кодексу (див. вище, примітка 227); див. також відповіді на анкету II Робочої групи з питань медіації в контексті Мальтійського процесу (див. вище, примітка 42); див. також M. Lloyd, "The Status of mediated agreements and their implementation", в Family mediation in Europe - proceedings, 4th European

291 Крім того, можуть існувати обмеження автономії сторін щодо інших питань сімейного права, таких як аліменти на дитину. Деякі правові системи, наприклад, обмежують можливість батьків укладати договори, що випливають із зобов'язань по сплаті аліментів на дитину, які виникають відповідно до чинного законодавства.

292 Слід також зазначити, що може виникнути ситуація, коли серед різних питань, що розглядаються в угоді за результатами медіації, деякі можуть визначатися на вільний розсуд сторін, а деякі - ні, і що згідно зі застосовним законодавством угода стає зобов'язуючою для сторін щодо першого, тоді як друге залежить від судового визнання.[351] Такий стан речей може призвести до невдалої ситуації, якщо схвалення суду не буде отримано (або його отримання не є обов'язковим) для іншої частини угоди, оскільки сторони зазвичай домовляються про весь "пакет", а частково зобов'язуюча угода може бути вигідною лише для однієї зі сторін.[352]

293 Оскільки правова ситуація в міжнародних сімейних спорах часто є складною, наполегливо рекомендується, щоб до остаточного укладення угоди, досягнутої за допомогою медіації, сторони взяли "тайм-аут для отримання кваліфікованої юридичної консультації щодо усіх правових наслідків їхніх домовленостей, а також щодо того, чи відповідає зміст їхньої "попередньої угоди" законодавству, яке застосовується до цих питань у відповідних правових системах. Можливо, батьки не усвідомлюють, що вони погоджуються відмовитися від певних прав, або що угода або її практична реалізація може призвести до (довгострокової) зміни юрисдикції та законодавства, що застосовується до певних питань. Наприклад, якщо той з батьків, кого покинули, погоджується на переїзд дитини до іншого з батьків, це рано чи пізно призведе до зміни "звичайного місця проживання" дитини,[353] що, ймовірно, спричинить зміну юрисдикції та застосовного права щодо низки питань, пов'язаних з дитиною.[354]

294 Якщо дійсність угоди повністю або частково залежить від її затвердження судом, в умовах угоди слід передбачити, що набуття її чинності буде залежати від успішного отримання такого судового визнання. У таких випадках може бути доцільно назвати результат медіації "попередньою угодою" і відобразити це в назві та формулюванні документа, що фіксує узгоджене рішення. У деяких правових системах медіатори називають безпосередній результат медіації "меморандумом про взаєморозуміння", а не "угодою", щоб уникнути будь-яких натяків на те, що на цьому етапі угода має обов'язкову силу.

295 Слід підкреслити, що не кожна угода, яка є юридично обов'язковою для сторін в одній правовій системі, також автоматично підлягає примусовому виконанню в цій же правовій системі. Однак у тих правових системах, де угоди щодо батьківської

Conference on Family Law, Palais de l'Europe, Strasbourg, 1-2 October 1998, Council of Europe Publishing, April 2000, pp. 87-96.

351 Див. також п. 41 вище.

352 Зазвичай, проблеми виникатимуть лише тоді, коли сторона, якій надається перевага, заявлятиме про свої права, що випливають з часткової угоди, і багато правових систем можуть виправити таку ситуацію, але для цього буде необхідний судовий розгляд.

353 За умови, що звичайне місце проживання дитини ще не змінилося; для більш детальної інформації про значення "звичайного місця проживання" див. P. McEleavy, INCADAT-Case Law Analysis Commentary: Aims and Scope of the Convention – Habitual Residence, доступний за посиланням < www.incadat.com > у розділі "Аналіз судової практики".

354 Див. розділ 13 нижче.

відповідальності, потребують схвалення судових або адміністративних органів для набуття статусу юридично зобов'язуючого документу, заходи, що надають таке схвалення (наприклад, включення умов угоди до судового рішення) часто одночасно є і заходами, які роблять цю угоду придатною для примусового виконання в цій юрисдикції.[355] З іншого боку, батьківська угода, яка після укладення є юридично обов'язковою в правовій системі, може вимагати нотаріального посвідчення або затвердження судом, щоб надати їй сили виконавчого документа, якщо законодавство цієї держави не встановлює інше. Щодо формальностей, необхідних для забезпечення виконання угод укладених за результатами медіації, в державах-учасницях Гаазької конвенції про запобігання та протидію викраденню дітей 1980 року, корисним джерелом інформації можуть слугувати "Профілі країн за Конвенцією 1980 року "[356].

296 Що стосується надання угоді, яка набула чинності (шляхом закріплення в судовому рішенні або іншим чином) в одній правовій системі (держава А), юридично обов'язкової сили та примусового виконання у відповідній іншій правовій системі (держава Б), то тут, як правило, можна розглянути два шляхи:

(1) Шлях визнання та правозастосування в державі Б:
Судове рішення, отримане в державі А, що втілює угоду, може бути визнане в державі Б: 1) тому, що це передбачено міжнародним, регіональним чи двостороннім документом, 2) тому, що рішення іноземного суду може бути визнане в цій правовій системі відповідно до законодавства Держави Б. Коли справа доходить до примусового виконання узгодженого рішення, може знадобитися додаткове прохання про можливість виконання або реєстрація рішення в державі Б. У цьому сценарії можуть виникнути проблеми, коли суди держави Б вважатимуть, що суди держави А не мали міжнародної юрисдикції для винесення рішення з цього питання (докладніше про юрисдикційні проблеми у справах про міжнародне викрадення дітей див. у Розділі 13).
Як інший варіант, можна припустити, що між державою А і державою Б застосовуються правила, які дозволяють визнавати в державі Б угоду, що підлягає виконанню в державі А, без винесення судового рішення[357].

---

355 Деталі залежать від відповідного процесуального законодавства.

356 Див. розділ 19.5 b) "Профілі країн відповідно до Конвенції 1980 року" (див. вище, примітка 121). У деяких державах існує більше одного варіанту. Наступні держави зазначили, що для того, щоб угода набула чинності, необхідний дозвіл суду: Австралія, Аргентина, Бельгія, Бразилія, Буркіна-Фасо, Канада (Манітоба, Нова Шотландія), Китай (Гонконг), Коста-Ріка, Чеська Республіка, Данія, Естонія, Фінляндія (Рада соціального забезпечення), Франція, Греція, Гондурас, Угорщина (Орган опіки), Ірландія, Ізраїль, Латвія, Литва, Маврикій, Мексика, Норвегія, Парагвай, Польща, Румунія, Словенія, Іспанія, Швеція (Рада соціального забезпечення), Швейцарія, Сполучене Королівство (Англія та Уельс, Північна Ірландія), Сполучені Штати Америки, Фінляндія, Естонія, Фінляндія (Рада соціального забезпечення) і Венесуела; нотаріальне посвідчення є опцією в: Бельгії, Буркіна-Фасо, Данії, Естонії, Угорщині, Румунії, Словенії, Данії, Естонії, а також реєстрація в суді в: Австралії, Буркіна-Фасо, Канаді (Британська Колумбія, Нова Шотландія, Саскачеван), Естонії, Греції, Гондурасі (Профілі країн - станом на червень 2012 року).

357 Див. наприклад, ст. 46 Європейського Брюссельського Регламенту IIa, згідно з якою "угоди між сторонами, які мають юридичну силу в державі-члені (Європейського Союзу), в якій вони були укладені, визнаються і оголошуються такими, що підлягають виконанню, на тих же умовах, що і судові рішення (відповідно до Регламенту)". Див. також ст. 30(1) Гаазької конвенції про аліменти 2007 року, яка передбачає, що "(a) угода про утримання, укладена в Договірній державі, підлягає визнанню та виконанню як рішення (...) за умови, що вона є такою, що підлягає примусовому виконанню як рішення в державі походження".

(2) Шлях передачі самої угоди до держави Б та вжиття необхідних заходів для того, щоб зробити угоду обов'язковою та такою, що підлягає примусовому виконанню в державі Б:
Сторони можуть звернутися до органів влади держави Б з проханням надати угоді юридично обов'язкового характеру та забезпечити її виконання відповідно до внутрішніх процедур у державі Б. Це означає, що вони будуть діяти незалежно від правового статусу, який їхня угода має (отримала) в державі А. У зв'язку з таким рішенням можуть виникнути проблеми, пов'язані з юрисдикційними питаннями. Наприклад, органи влади держави Б можуть вважати, що їм бракує (міжнародної) юрисдикції, щоб перетворити угоду на судове рішення або вжити інших необхідних заходів для надання угоді обов'язкової сили, тому що вони вважають, що органи влади держави А мають виключну юрисдикцію вирішувати питання, що охоплюються угодою.

297 Ідеальною є ситуація, коли міжнародний, регіональний[358] або двосторонній документ передбачає спрощене визнання та виконання судових рішень однією державою в іншій. Таким документом є Гаазька конвенція про захист дітей 1996 року. Відповідно до Конвенції 1996 року, судове рішення, що містить угоду про опіку чи контакт в одній Договірній державі, є "заходом захисту" і, як таке, визнається в силу закону та підлягає виконанню в усіх Договірних державах. Це означає, що "не буде необхідності вдаватися до будь-якої процедури для отримання (...) визнання"[359] в інших Договірних державах. Однак, коли справа доходить до фактичного виконання заходу, необхідним є прохання про можливість виконання або реєстрації рішення з метою виконання (ч. 1 ст. 26). Але Конвенція 1996 року зобов'язує Договірні держави застосовувати "просту і швидку процедуру" в цьому відношенні (ст. 26(2). У проханні про надання чинності або реєстрацію може відмовлено, якщо застосовується одна з обмежених причин невизнання, перелічених у статті 23(2). Підставами для відмови є, наприклад, те, що "захід було вжито органом, юрисдикція якого не ґрунтується на одній з підстав, передбачених" Конвенцією 1996 року, або те, що " за винятком невідкладних випадків, у рамках судового або адміністративного провадження, без надання дитині можливості бути заслуханою в порушення основних принципів процедури Держави, в якій було подано прохання".

298 Можливі сумніви щодо підстав для невизнання можна розвіяти на ранній стадії, скориставшись процедурою "попереднього визнання", передбаченою статтею 24 Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року. Згідно з цією статтею, " будь-яка зацікавлена особа може звернутися до компетентних органів Договірної Держави з проханням про прийняття рішення щодо визнання або невизнання заходу, ужитого в іншій Договірній Державі ". (Див. Практичний посібник для отримання більш детальної інформації про Конвенцію 1996 року.[360])

---

358 Подібно до Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року, Європейський Брюссельський регламент IIa містить норми щодо спрощеного визнання та виконання рішень у справах про батьківські обов'язки. Крім того, ст. 46 Брюссельського регламенту IIa передбачає визнання та виконання самих угод, за умови, що вони можуть бути виконані в державі-члені, в якій вони укладені, див. примітку 357 вище.

359 П. Лагард, Пояснювальна доповідь щодо Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року (цит. праця, примітка 80), с. 585, параграф. 119.

360 Цит. праця, примітка 223.

299 Необхідно підкреслити, що у справах про викрадення дітей юрисдикційна ситуація є дуже складною.[361] Як Гаазька конвенція про викрадення дітей 1980 року, так і Гаазька конвенція про захист дітей 1996 року ґрунтуються на тому, що в ситуації викрадення дитини органи влади держави, до якої дитина була викрадена (запитувана держава), мають повноваження приймати рішення про повернення дитини, але не по суті опіки.[362] Тому суд, який займається Гаазьким провадженням про повернення в запитуваній державі, матиме труднощі з перетворенням угоди, досягнутої за допомогою посередників, на судове рішення, якщо ця угода, окрім питання повернення, також охоплює питання опіки або інші питання, щодо яких суд, який здійснює Гаазьке провадження, не має (міжнародної) юрисдикції (більш детально про особливу юрисдикційну ситуацію у справах про міжнародне викрадення дітей див. у Главі 13).

300 Подальше ускладнення юрисдикційної ситуації може виникнути в результаті включення в угоду додаткових питань, таких як питання подружнього життя та аліментів на дітей. Як наслідок, може виникнути необхідність у залученні різних органів влади, можливо, в різних державах, для надання усій угоді юридичної обов'язковості та можливості примусового виконання у відповідних правових системах. У таких випадках може знадобитися консультація фахівця щодо того, які кроки слід зробити і в якій із залучених держав.

301 Доступу до інформації про те, куди звертатися за юридичною консультацією та про кроки, необхідні для того, щоб угода мала юридичну силу у відповідних державах, може сприяти Центральний орган або інший орган, який виконує функції Центрального контактного пункту з питань міжнародної сімейної медіації у відповідних юрисдикціях.[363]

302 Співпраця між адміністративними / судовими органами різних зацікавлених держав може бути необхідною, коли йдеться про забезпечення примусового виконання угоди в різних юрисдикціях.

303 Суди повинні, наскільки це можливо, підтримувати сталість узгодженого рішення, допомагаючи сторонам у їхніх зусиллях зробити угоду юридично обов'язковою і такою, що підлягає виконанню в різних правових системах. Це може включати використання «дзеркальних» рішень або рішень "з надання прихистку".[364] Крім того,

---

361 Для більш детальної інформації див. Розділ 13.

362 Див. ст. 16 Конвенції 1980 року; ст. 7 Конвенції 1996 року.

363 Див. Принципи створення структур медіації в Додатку 1 нижче, частина C (Надання юридичної сили угодам, досягнутим за допомогою медіації). Додаткову інформацію про роль центральних контактних пунктів у міжнародній сімейній медіації див. у розділі 4.1 вище.

364 Термін "дзеркальне рішення" означає рішення, винесене судом у запитуючій державі, яке є ідентичним або подібним (тобто "дзеркальним") до рішення, винесеного в запитуваній державі. "рішення про надання прихистку" - це рішення, виданий судом запитуючої держави, часто за заявою покинутих батьків з метою забезпечення умов повернення. Більш детальну інформацію про використання дзеркальних рішень та рішень про надання прихистку у справах про міжнародне викрадення дітей див. у Настановах з належної практики правозастосування (цит. праця, примітка 23), Глава 5 ("Сприяння добровільному виконанню") та Глава 8 ("Транскордонне співробітництво з метою забезпечення безпечного повернення"). Див. також приклади: E. Carl and M. Erb-Klünemann, 'Integrating Mediation into Court Proceedings in Cross-Border Family Cases', in S. Kiesewetter and C.C. Paul (Eds) (цит. праця, примітка 98), с. 59 та ін., с. 72, с. 72; див. також K. Nehls, 'Cross-border family mediation – An innovative approach to a contemporary issue', in S. Kiesewetter and C.C. Paul ((Eds) (там само), с. 18 і далі, с. 27.

суди повинні, де це можливо і доцільно, використовувати існуючі судових мережі[365] та звертатися за допомогою до центральних органів влади. Судова мережа, яка має особливе значення в цьому відношенні, - це Міжнародна гаазька мережа суддів, що спеціалізуються на сімейних справах, яка була створена[366] для полегшення комунікації та співпраці між суддями на міжнародному рівні та сприяння забезпеченню ефективної дії міжнародних документів у сфері захисту дітей, включаючи Гаазьку конвенцію про викрадення дітей 1980 року.[367] Завдяки використанню прямих судових комунікацій суддя, у справі про повернення за Конвенцією 1980, може координувати підтримку батьківської угоди, включаючи питання опіки, із суддею, компетентним у питаннях опіки в державі повернення.[368]

304 Держави повинні створювати прості процедури, через які, угоди укладені за результатами медіації, можуть, на прохання сторін, бути затверджені та/або визнані такими, що підлягають примусовому виконанню, компетентним органом.[369] Якщо таких процедур в державі немає, вона повинна вивчити доцільність запровадження нормативних або законодавчих положень, що сприяють таким процедурам.[370]

---

365 Щодо використання прямих судових комунікацій для забезпечення юридичного визнання та виконання угод у справах про міжнародне викрадення дітей див. звіт двох німецьких суддів, E. Carl and M. Erb-Klünemann, 'Integrating Mediation into Court Proceedings in Cross-Border Family Cases', in S. Kiesewetter and C.C. Paul (Ред.) (цит. праця, примітка 98), стор. 59 і далі, на стор. 72, 73.

366 Мережа була створена за пропозицією, висловленою на семінарі для суддів Де Рувенберга 1998 року, присвяченому міжнародному захисту дітей; додаткову інформацію див. на сайті <www.hcch.net> у розділі "Секція з питань викрадення дітей". Для отримання додаткової інформації про Міжнародну гаазьку мережу суддів та функціонування прямих судових комунікацій див. примітку 128 вище.

367 Висновки та рекомендації Спільної суддівської конференції ЄК та Комітету з прав людини, 15-16 січня 2009 року, доступні на сайті < www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей"; прийняті консенсусом більш ніж 140 суддями з більш ніж 55 країн світу.

368 Наприклад, виступ австралійського експерта на Шостому засіданні Спеціальної комісії, "Висновки і рекомендації та доповідь частини I Шостого засідання Спеціальної комісії щодо практичного застосування Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року (1-10 червня 2011 р.)", підготовлений Постійним бюро, Попередній документ № 14 листопад 2011 року до уваги Спеціальної комісії січня 2012 року з питань практичної реалізації Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року (доступно на сайті < www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей"), п. 252; див. також E. Carl and M. Erb-Klünemann (цит. праця, прим. 364), с. 59 та ін., с. 72.

369 Щодо розвитку в Європейському Союзі, див. ст. 6 Європейської директиви про медіацію (див. вище примітку 5), відповідно до якої державам-членам Європейського Союзу пропонується "забезпечити можливість для сторін або для однієї з них за прямої згоди інших вимагати примусового виконання змісту письмової угоди, досягнутої в результаті медіації". Винятки, зазначені в ст. 6, стосуються випадків, коли "або зміст такої угоди, або зміст письмової угоди, укладеної в результаті медіації, не може бути примусово виконаний, оскільки угода суперечить законодавству держави-члена, в якій подається запит, або законодавство цієї держави-члена не передбачає можливості її примусового виконання". Стаття 6 підкреслює, що "ніщо в цій статті не впливає на правила, що застосовуються до визнання та виконання в іншій державі-члені угоди, яка набула чинності відповідно до (цієї статті)". Щодо заходів, вжитих у державах-членах Європейського Союзу на виконання Директиви, див. Європейський судовий атлас (вище, примітка 60).

370 Див. також Рекомендацію Ради Європи № R (98) 1 про сімейну медіацію (вище, примітка 52), IV (Статус угод, досягнутих за допомогою медіації):

" Державам слід сприяти затвердженню угод, досягнутих в результаті медіації, судовим або іншим повноважним органом, якщо того бажають сторони, та запровадити механізми забезпечення виконання таких затверджених угод відповідно до національного законодавства ".

13 Питання юрисдикції та норм застосовного права

- **При складанні угоди за результатами медіації необхідно враховувати питання юрисдикції та застосовного права.**
- **Судові та адміністративні органи запитуваної держави і запитуюча держава повинні співпрацювати одні з одними, наскільки це можливо, для подолання можливих труднощів у наданні угоді, яка мирно врегульовує міжнародний спір про викрадення дитини, юридично обов'язкової сили і можливості виконання в обох державах. Використання прямих судових зносин може бути особливо корисним у цьому відношенні.**

305 Як зазначалося в Главі 12, розгляд питань юрисдикції та застосовного права має вирішальне значення в міжнародних сімейних спорах, коли йдеться про забезпечення виконання угод, досягнутих за допомогою медіації, в різних державах. Цілком можливо, що перелік питань, що розглядаються в медіації повинні бути визначені з урахуванням складнощів, які може спричинити включення певних додаткових питань, таких як утримання.[371]

306 Що стосується юрисдикції у транскордонних сімейних спорах, то питання міжнародної юрисдикції (тобто, яка держава має юрисдикцію) необхідно відрізняти від питання внутрішньої юрисдикції (тобто, який суд або орган має юрисдикцію з певного питання в межах однієї держави). Багатосторонні договори, що містять норми про юрисдикцію, зазвичай стосуються лише міжнародної юрисдикції, залишаючи регулювання внутрішньої юрисдикції на розсуд окремих держав.

307 Що стосується міжнародної юрисдикції у справах про міжнародне викрадення дітей, особливу увагу слід звернути на наслідки, які можуть виникнути в результаті поєднання двох питань, що регулярно розглядаються в угодах за результатами медіації у справах про міжнародне викрадення дітей, а саме: (1) питання повернення або неповернення дитини та (2) регулювання прав опіки та контактів, які мають бути реалізовані після повернення або неповернення. Саме незаконне переміщення або утримання створює особливу юрисдикційну ситуацію у справах про міжнародне викрадення дітей, які підпадають під дію Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та/або Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року. А відповідно до широко застосовуваного принципу міжнародної юрисдикції, суд за місцем постійного проживання дитини має юрисдикцію приймати довгострокові рішення щодо опіки над дитиною та контактів з нею, а також рішення про транскордонне переміщення сім'ї. Цей принцип підтримується Конвенцією 1996 року[372], яка працює поруч із Конвенцією 1980 року, а також відповідними регіональними документами.[373] Згаданий принцип ґрунтується на міркуванні про те, що суд за місцем постійного проживання дитини, як правило, є найбільш підходящою площадкою для вирішення питання опіки, оскільки це суд, який має найтісніший

---

371 Ніщо не заважає сторонам повернутися до медіації після вирішення справи про викрадення дитини для вирішення цих додаткових питань.

372 Звичайне місце проживання є основним об’єднуючим фактором, який використовується в усіх сучасних Гаазьких сімейних конвенціях, а також у багатьох регіональних документах, пов'язаних із захистом дітей, таких як Брюссельський Регламент IIa.

373 Наприклад, Брюссельський Регламент IIa.

зв'язок з постійним оточенням дитини, тобто суд, який може легко оцінити умови життя дитини і найбільш придатний для прийняття рішення в найкращих інтересах дитини. У ситуації викрадення Конвенція 1980 року захищає інтереси дитини, запобігаючи встановленню батьками "штучних юрисдикційних зв'язків на міжнародному рівні з метою отримання ((одноосібної)) опіки над дитиною".[374] У цьому контексті стаття 16 Конвенції 1980 року гарантує, що "після отримання повідомлення про незаконне переміщення або утримання дитини" суди запитуваної держави" не будуть вирішувати по суті питання про піклування доти, поки не буде визначено, що дитина не повинна бути повернута відповідно до цієї Конвенції або поки не встановлено, що заява подана відповідно до цієї Конвенції протягом розумного періоду часу після одержання повідомлення ".

308 У тому ж дусі, підкріплюючи Гаазьку конвенцію про викрадення дітей 1980 року, стаття 7 Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року передбачає, що у випадку незаконного переміщення або утримання дитини органи влади держави, в якій дитина мала постійне місце проживання до переміщення або утримання, зберігають свою юрисдикцію у питаннях опіки до виконання ряду умов.[375]

309 Що стосується поєднання питань в угоді, що укладають батьки, про яку йшлося вище, суд, який розглядає справу про повернення за Конвенцією 1980, матиме юрисдикцію розглядати лише частину (1) цієї угоди, тобто повернення або неповернення, і не матиме міжнародної юрисдикції для затвердження частини (2) угоди про права опіки та довгострокові контакти. Якщо суд все ж таки включить повну згоду батьків у своє судове рішення, яким він припиняє Гаазьку процедуру повернення, це рішення може бути необов'язковим для судів запитуючої держави (тобто держави, з якої була викрадена дитина) в частині, що стосується питань довгострокової опіки, через відсутність міжнародної юрисдикції з цих питань.

310 Приклад ілюструє, як ці юрисдикційні питання можуть викликати труднощі на практиці:

Після серйозних проблем у стосунках молода подружня пара, батьки восьмирічної дитини, вирішують розлучитися. Подружжя, яке походить з Держави Б, зазвичай проживає в Державі А з моменту народження дитини. Під час шлюборозлучного процесу в державі А мати (М) неправомірно вивозить дитину до держави Б (запитуваної держави), побоюючись, що вона може втратити спільну опіку над дитиною. На вимогу батька (Ф) в державі Б розпочинається процедура повернення відповідно до Конвенції 1980. Тим часом Ф отримує тимчасове одноосібне право опіки над дитиною від суду в державі А (запитуючої держави). Поки Ф перебуває в державі Б для участі в судових засіданнях, спроба медіації виявляється успішною. Під час сесій медіації батьки розробляють детальний договір, згідно з яким вони

374 Е. Перез-Вера, Пояснювальна доповідь щодо Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року (цит. праця, примітка 93), с. 428, п. 11.

375 Відповідно до ст. 7(1) Конвенції 1996 року " органи Договірної Держави, в якій дитина мала звичайне місце проживання безпосередньо до переміщення або утримування, зберігають свою юрисдикцію доти, доки дитина не набуде звичайного місця проживання в іншій Державі та a) кожна особа, установа або інший орган, які мають права опіки, не погодяться з переміщенням або утримуванням або b) дитина не проживе в такій іншій державі протягом періоду, що становить принаймні один рік після того, як особа, установа або інший орган, які мають права опіки, дізналися або повинні були дізнатися про місцеперебування дитини; не триває розгляд прохання про повернення, поданого в цей період, та дитина прижилася в новому середовищі ".

погоджуються на спільну опіку та альтернативне місце проживання дитини. Крім того, вони домовилися, що повертатимуться до держави А, а М покриватиме витрати на дорогу.

М і Ф хочуть надати своїй угоді юридичної сили до її впровадження. Зокрема, оскільки батькові було надано тимчасову одноосібну опіку над дитиною в державі А як наслідок неправомірного переміщення дитини, мати хоче мати певні гарантії того, що суди в державі А поважатимуть батьківську угоду.

Вони дізнаються, що суд, який розглядає справу за Гаазькою процедурою в державі Б, може включити до судового рішення лише ту частину угоди, яка стосується повернення та умов повернення, частина угоди, яка стосується суті опіки, не можуть бути включена до судового рішення, або, принаймні, не таким чином, щоб це було обов'язковими для органів влади в державі А. Зокрема, М не задоволена включенням до рішення лише частини договору. Тому М і Ф розглядають можливість звернутися до органів держави А, які мають міжнародну юрисдикцію у справах про опіку над дитиною. Однак вони чують, що компетентний суд в державі А, хоча і може затвердити батьківську угоду, як правило, наполягатиме на присутності обох сторін і на заслуховуванні дитини в рамках встановленого законом обов'язку щодо перевірки найкращих інтересів дитини у справах про опіку. Але М не бажає повертатися до держави А з дитиною, поки не буде впевнена, що угода буде визнана владою держави А.

311 Практичні труднощі, які можуть виникнути внаслідок особливої юрисдикційної ситуації у справах про міжнародне викрадення дітей, досить детально обговорювалися в Частині I Шостого засідання Спеціальної комісії з розгляду практичної дії Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року в червні 2011 року.[376] Подальшу розробку цього питання також можна знайти в Попередньому документі № 13 від листопада 2011 року,[377] підготовленому в рамках підготовки до Частини II Шостого засідання Спеціальної комісії, що відбулося в січні 2012 року, де це питання було розглянуто в в більш широкому контексті, включаючи обговорення можливої потреби у спрощенні визнання та виконання угод у сімейному праві.[378]

---

376 Висновки і рекомендації та Звіт частини I Шостого засідання Спеціальної комісії, Попередній документ № 14 листопад 2011 року (цит. праця, примітка 368), пп. 247 і далі.

377 Див. "Путівник по Частині II Шостого засідання Спеціальної комісії та розгляд можливості подальшої роботи у зв'язку з конвенціями 1980 і 1996 років", підготовлений Постійним бюро, Попередній документ № 13 листопад 2011 року для уваги Спеціальної комісії січня 2012 року щодо практичного застосування Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року (доступний на сайті < www.hcch.net > у розділі "Викрадення дітей"), зокрема, пункти 29 та наступні.

378 Відповідно до рекомендації Шостого засідання Спеціальної комісії щодо практичного застосування Конвенцій 1980 та 1996 років (див. Висновки та рекомендації Частини II Шостого засідання Спеціальної комісії, указ. праця, примітка 320, Рекомендація № 77), Рада 2012 року доручила Гаазькій конференції "створити Групу експертів для проведення подальших досліджень з питань транскордонного визнання та виконання угод досягнутих у ході міжнародних спорів щодо дітей, у тому числі угод, досягнутих за допомогою медіації", беручи до уваги імплементацію та використання Конвенції 1996 року", вказуючи, що "така робота повинна включати визначення характеру та обсягу правових і практичних проблем, включаючи питання юрисдикції, та оцінку переваг нового інструменту, як обов'язкового, так і необов'язкового, у цій сфері", див. Висновки та рекомендації, ухвалені Радою 2012 року (op. cit. цит. праця, примітка 39), Рекомендація № 7.

312 У нинішній правовій ситуації стійкість узгодженого рішення, досягнутого у справі про міжнародне викрадення дитини, значною мірою залежатиме від співпраці між судовими органами запитуваної та запитуючої держав у наданні допомоги сторонам у їхніх зусиллях, спрямованих на те, щоб зробити угоду юридично обов'язковою і такою, що підлягає виконанню в обох державах. Як згадувалося в Главі 12, існує низка заходів, які можуть вжити як суд, що здійснює провадження у справі про повернення, так і суди запитуючої держави для підтримки угоди (докладніше про «дзеркальні» накази та накази «про надання прихистку» тощо, див. вище). Використання прямих судових комунікацій може бути особливо корисним у цих справах[379].

313 Для подолання описаних вище юрисдикційних проблем можна також розглянути можливість передачі юрисдикції відповідно до статей 8 і 9 Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року, якщо обидві зацікавлені держави є державами-учасницями Конвенції 1996 року. (Для отримання більш детальної інформації про передачу юрисдикції див. Практичний посібник з Конвенції 1996 року).

314 Зважаючи на вищезазначену складність надання юридичної сили угодам у справах про міжнародне викрадення дітей, батькам наполегливо рекомендується отримати кваліфіковану юридичну консультацію щодо їхньої справи. Центральні органи повинні надавати сторонам і судам якомога більше інформації та підтримувати їхні зусилля, спрямовані на подолання юрисдикційних перешкод на шляху до визнання угоди, укладеної за результатами медіації, юридично обов'язковою і такою, що підлягає виконанню, як у запитуваній, так і в запитуючій державі.

315 Окрім питань юрисдикції, важливу роль у медіації в міжнародному сімейному праві можуть відігр авати питання застосовного права. Угода, досягнута в результаті медіації, повинна бути сумісною із застосовним правом, щоб слугувати життєздатною основою для вирішення спору. Сторони міжнародного сімейного спору повинні бути поінформовані про те, що право, яке застосовується до певних питань, що розглядаються в ході медіації, не обов'язково є правом держави, в якій відбувається медіація. Вони повинні знати, що існує навіть ймовірність того, що до різних питань, які обговорюються в медіації, застосовуватиметься законодавство різних держав.

316 Наприклад, у справі про міжнародне викрадення дитини, де медіація відбувається в запитуваній державі (тобто держави, до якої було вивезено дитину) паралельно з процедурою повернення за Конвенцією 1980, матеріальним правом, що застосовується до питань опіки, зазвичай буде не право цієї держави, а, швидше за все, право запитуючої держави (тобто держави, в якій дитина зазвичай проживала безпосередньо перед викраденням). Звичайно, узагальнення в цьому питанні є складним, оскільки застосовне право в конкретному випадку залежить від міжнародних, регіональних або двосторонніх договорів, що діють у відповідних державах, а за відсутності таких договорів – від відповідних національних колізійних норм. Якщо до справи застосовна Гаазька конвенція про захист дітей 1996 року, то суд, який має юрисдикцію по суті справи про опікунство в момент безпосереднього викрадення дитини (яким, як зазначалося вище, є суд запитуючої держави)

---

379 Див. примітку 368 вище; для отримання додаткової інформації про прямі судові комунікації див. примітку 128 вище.

відповідно до Конвенції 1996 року за загальним принципом застосовує своє власне законодавство (див. ст. 15 Конвенції 1996 року). У цій ситуації положення угоди, укладеної за допомогою медіації, в тій мірі, в якій вони стосуються питань опіки та довгострокових контактів, повинні бути сумісними з матеріальним правом держави звичайного місця проживання дитини (див. Практичний посібник для отримання більш детальної інформації про Конвенцію 1996 року).

317 Що стосується інших питань, які визначаються в угоді, укладеній за результатами медіації, наприклад, положень про аліменти на дитину або утримання подружжя, то правила щодо юрисдикції та застосовного права можуть відрізнятися. Залежно від обставин справи та норм міжнародного приватного права, що застосовуються до справи, питання утримання можуть розглядатися в іншому суді, ніж той, що розглядає питання опіки, а питання утримання можуть регулюватися іншим матеріальним правом, ніж те, що застосовується до питань опіки. Це додаткове ускладнення, яке ще раз вказує на необхідність отримання сторонами спеціалізованої юридичної консультації щодо їхньої конкретної справи.

14 Використання медіації для запобігання викраденням дітей

- **Сприяння укладанню добровільних угод та сприяння медіації щодо питань утримання або контактів/доступу може допомогти запобігти подальшим викраденням.[380]**
- **Слід розглядати переваги надання спеціалізованої медіації для пар, які перебувають у кроскультурних відносинах.[381]**

318 Визнаючи, що розрив стосунків між особами з різних держав лежить в основі багатьох випадків міжнародного викрадення дітей, "забезпечення добровільної згоди на етапі, коли батьки розлучаються або обговорюють питання опіки чи контакту/доступу, є корисним превентивним заходом".[382]

319 Наприклад, якщо один з батьків бажає переїхати до іншої держави після розлучення з партнером, ініціювання медіації на ранній стадії може бути особливо корисним. Спеціалізована медіація може допомогти батькам краще зрозуміти точку зору один одного і знайти узгоджене рішення з урахуванням потреб дитини. Результати можуть бути настільки ж різноманітними, як і обставини кожного окремого випадку, включаючи переїзд обох батьків до нової держави, рішення обох батьків залишитися у тій самій державі або переїзд одного з батьків із достатнім забезпеченням прав на контакт з дитиною іншим з батьків.

320 Водночас, використання медіації для забезпечення дотримання домовленостей про контакт як у межах однієї держави, так і транскордонних допомагає у запобіганні ситуацій, які можуть призвести до міжнародного викрадення дітей. Більш детально

---

380 Принципи, взяті з Настанов з належної практики щодо превентивних заходів (цит. праця, примітка 23), п. 2.1, с. 15.

381 Принципи, взяті з Настанов з належної практики превентивних заходів, там само.

382 Там само.

про ситуації, в яких може існувати підвищений ризик викрадення дітей, див. у Настановах з найкращих практик щодо превентивних заходів[383] у пункті 2.1.

321 Розповсюдження інформації про медіацію та заходи, необхідні для того, щоб угода, укладена за результатами медіації, мала юридичну силу в обох залучених юрисдикціях, через Центральні органи або Центральні контактні пункти з питань міжнародної сімейної медіації, сприятиме просуванню медіації як заходу запобігання викраденню дітей[384].

322 Медіація, звичайно, залишається лише однією з багатьох можливостей. Доступ до судового розгляду справ про переміщення не повинен ставитися в залежність від участі сторін у сесіях медіації[385].

15 Інші процеси для досягнення узгоджених рішень

- **Окрім медіації, у міжнародних сімейних спорах, що стосуються дітей, слід заохочувати використання інших процесів для досягнення узгоджених рішень.**
- **Процеси для досягнення узгоджених рішень, доступні для національних кейсів слід розглядати як можливі для використання в міжнародних сімейних спорах, лише за умови перспективи їх адаптації до особливих потреб міжнародних спорів.**
- **Держави повинні надавати інформацію про процеси, спрямовані на досягнення узгоджених рішень, які доступні в їхній юрисдикції у справах про міжнародне викрадення дітей.**

323 Ці Настанови мають на меті сприяти використанню процесів для досягнення узгоджених рішень з метою мирного врегулювання міжнародних сімейних спорів, що стосуються дітей.

324 Окрім медіації, було розроблено багато інших процесів для досягнення узгоджених рішень, які успішно застосовуються для вирішення сімейних спорів у різних країнах.[386] До них відносяться "примирення", "координація батьківства ", "рання нейтральна оцінка", а також моделі адвокації вирішення конфліктів, такі як підходи " колаборативне право (Collaborative law) та право співпраці (Co-operative law).

325 "Примирення", яке часто проводиться в ході судового розгляду суддею, є одним з найбільш директивних процесів вирішення спорів у цьому переліку. Як зазначалося вище в розділі "Термінологія", примирення іноді плутають з медіацією. У медіації нейтральна третя особа не може бути особою, яка примає рішення за сторони; медіатор лише сприяє комунікації сторін, допомагаючи їм знайти самостійне

383 Там само.

384 Про роль центральних органів влади та інших органів у сприянні наданню такої інформації див. розділ.

385 Див. Вашингтонську декларацію про міжнародне переміщення сімей (див. вище, примітка 160).

386 Для отримання додаткової інформації про альтернативні способи вирішення спорів, доступні в різних державах-учасницях Гаазької конвенції про запобігання викраденню дітей 1980 року, див. Главу 20 "Профілі країн за Конвенцією 1980 року" (див. вище, примітка 121).

рішення у їхньому спорі . На відміну від цього, під час примирення нейтральна третя особа зазвичай має набагато більший вплив на вирішення конфлікту.[387] Примирення регулярно використовується в багатьох країнах у судових провадженнях щодо сімейних спорів, особливо в шлюборозлучних процесах і провадженнях щодо батьківської відповідальності.[388] Примирення, проведене суддею, може бути легко застосоване в Гаазькій процедурі повернення, якщо це вважається доцільним і можливим, для досягнення судового врегулювання без ризику затримки.

326 У Сполучених Штатах Америки деякі юрисдикції пропонують програми "координації батьківства" у справах з високим рівнем конфліктності щодо опіки та контакту, коли батьки вже неодноразово демонстрували свою нездатність або небажання виконувати судові рішення або батьківські угоди.[389] "Координація батьківства - це орієнтований на дитину альтернативний процес вирішення спорів, в якому фахівець з психічного здоров'я або юрист з досвідом медіації допомагає батькам з високим рівнем конфліктності реалізувати їхній план виховання дітей, сприяючи вирішенню їхніх суперечок своєчасно, розповідаючи батькам про потреби дітей та за попередньою згодою сторін та/або суду прийняттю рішень в межах судового рішення або договору "[390].

327 Координатор з питань батьківства призначається судом, компетентним у справах про опікунство. "Координація батьківства" була створена за рекомендацією міждисциплінарної конференції з питань вирішення складних спорів про опіку над дітьми, що фінансувалася Американською асоціацією юристів у 2000 році.

328 Ще одним засобом, що сприяє узгодженому вирішенню сімейних спорів, є "рання нейтральна оцінка"[391], за допомогою якої сторони отримують необов'язкову експертну оцінку своєї правової ситуації, після чого їм надається можливість провести переговори щодо узгодженого рішення.[392] Цей процес став доступним, наприклад, у деяких юрисдикціях Сполучених Штатів Америки, де сесії "ранньої нейтральної оцінки" тривають дві-три години, проводяться одним або кількома експертами та є конфіденційними.[393]

329 Сприяння процесам досягнення узгоджених рішень у різних правових системах також відображається у зміні підходу юристів до захисту сімейних прав. Сьогодні

---

387 Детальніше про відмінності між медіацією та примиренням див. у розділі "Медіація" вище, "Термінологія".

388 Наприклад, у Марокко, перш ніж суд прийме рішення про розлучення, необхідно спробувати примирити подружжя, див. ст. 81 та наступні статті Сімейного кодексу Марокко (Code de la Famille - Bulletin Officiel No j3j8 du 2 ramadan 142G, 6 жовтня 2005 Р., с. 667), доступно за посиланням < www.justice.gov.ma >. Аналогічно, в Італії спроба примирення між подружжям є обов'язковою в процесі роздільного проживання та розлучення, див. ст. 708 Цивільного процесуального кодексу та статті 1 і 4.7 італійського Закону про розлучення (Legge 1 December 1970, No 898, Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio, in Gazzetta Ufficiale n. 30G, 3 December 1970).

389 Див. Н. вер Стеегх (цит. праця, примітка 8), с. 663, 664.

390 Див. "Керівництво з координації батьківських прав", розроблене Робочою групою з координації батьківських прав Асоціації сімейних та примирних судів (AFCC), травень 2005 Р., доступне за посиланням < http://www.afccnet.org/Portals/0/PublicDocuments/Guidelines/AFCCGuidelinesforParentingcoordinationnew.pdf > (останній перегляд 14 червня 2012 року).

391 Для отримання додаткової інформації див., зокрема, N. ver Steegh (цит. праця, примітка 8), с. 663.

392 Там само.

393 Там само. Раннє нейтральне оцінювання також доступне в Канаді (Манітоба), див. розділ 20 а) Профілю країни відповідно до Конвенції 1980 року (вище, примітка 121).

юристи, як правило, більше зосереджуються на пошуку домовленостей які є найкращим можливим результатом для їх клієнтів.

330 Першим з двох цікавих процесів, про які слід згадати в цьому зв'язку, є модель "колаборативного права". Відповідно до цієї моделі, яка використовується в ряді юрисдикцій[394], сторонам допомагають "колаборативні адвокати", які використовують методи переговорів, засновані на вирішенні на основі інтересів сторін, щоб вирішити спір без звернення до суду.[395] Якщо згоди не досягнуто і питання має бути вирішене в судовому порядку, колаборативні адвокати, відсторонюються від подальшого представництва. Відтак, сторони потребують нового представника в такій справі. У деяких юрисдикціях, наприклад, у деяких штатах Сполучених Штатів Америки, модель колаборативних адвокатів, успішно використовується протягом тривалого часу. Деякі з цих правових систем тим часом запровадили законодавство або "етичний висновок" щодо "колаборативного права".[396]

331 Другою моделлю адвокації мирного врегулювання конфліктів є модель "права співпраці". Модель "права співпраці" слідує принципам моделі "колаборативного права ", за винятком дискваліфікації представників, коли справа має бути передана до суду.[397]

332 У міжнародних сімейних спорах слід розглянути можливість використання процесів, які існують для досягнення узгоджених рішень національних сімейних спорів. Але ці процеси повинні бути адаптовані до особливих викликів міжнародних сімейних спорів, зокрема, до специфічних викликів у справах про міжнародне викрадення дітей, як зазначено вище щодо медіації. Наприклад, використання моделі колаборативного права у справах про міжнародне викрадення дітей може бути недоцільним, оскільки сторони ризикують потребувати другої пари представників, якщо визнання досягнутої угоди, обов'язковою для виконання, передбачає звернення до суду, а їхні представники будуть зобов'язані відмовитися від своїх повноважень на цьому етапі.

333 Найкращі практики, викладені в цих Настановах щодо медіації, слід адаптувати до цих інших процесів.

334 Державам рекомендується надавати в межах своєї юрисдикції інформацію про процеси досягнення узгоджених рішень, які можуть бути застосовані у справах про міжнародне викрадення дітей. Ця інформація може бути надана через Центральні органи та Центральні контактні пункти з питань міжнародної сімейної медіації.[398]

---

394 Модель законодавства про співпрацю наразі використовується, зокрема, в Канаді (Альберта, Британська Колумбія, Манітоба, Нова Шотландія, Саскачеван), Ізраїлі, Сполученому Королівстві (Англія та Уельс, Північна Ірландія) та Сполучених Штатах Америки (див. розділ 20 a) "Профіль країн за Конвенцією 1980 року" (див. вище, примітка 121).

395 Детальніше див., зокрема, N. ver Steegh (цит. праця, примітка 8), с. 667.

396 Там само, с. 667, 668.

397 Там само, с. 668.

398 Про роль Центральних органів та інших органів у сприянні наданню такої інформації див. розділ 4.1 вище.

16 Використання медіації та подібних процесів для досягнення узгодженого рішення у справах, що не належать до сфери Гаазької конвенції

- **Використання медіації та подібних процесів для досягнення узгоджених рішень також слід заохочувати в міжнародних сімейних спорах, що стосуються дітей, і особливо у випадках викрадення дітей, до яких не застосовується Гаазька конвенція про викрадення дітей 1980 року або інші подібні документи.**
- **Держави повинні сприяти створенню медіаційних структур для таких випадків, як це викладено в Принципах створення структур медіації в контексті Мальтійського процесу.[399] Зокрема, державам слід розглянути можливість призначення Центральних контактних пунктів для міжнародної сімейної медіації з метою сприяння поширення інформації про наявні послуги медіації та інші супутні послуги, просування передового досвіду щодо спеціалізованої підготовки фахівців з міжнародної сімейної медіації, а також про процес міжнародної медіації. Водночас слід надавати допомогу в забезпеченні обов'язковості угод, досягнутих за допомогою медіації, у відповідних правових системах.**
- **Там, де це необхідно, країни повинні "вивчити доцільність запровадження нормативних або законодавчих положень щодо забезпечення виконання угод, досягнутих за допомогою медіації".[400]**

335 Якщо міжнародні сімейні спори щодо дітей стосуються двох держав, між якими не діє Гаазька конвенція про викрадення дітей 1980 року, Гаазька конвенція про захист дітей 1996 року або інша відповідна міжнародна чи регіональна правова база, медіація або інші процеси можуть бути єдиним засобом і допомогти відповідним дітям "підтримувати на регулярній основі (...) особисті стосунки і прямі контакти з обома батьками" - право, яке заохочується Конвенцією ООН про права дитини.[401]

336 Звичайно, незастосування відповідних регіональних або міжнародних інструментів не обмежує правові засоби захисту, передбачені національним законодавством. Однак у випадках, коли сталося міжнародне викрадення дитини або триває інший транскордонний спір щодо опіки над дитиною та контактів з нею, відсутність відповідної регіональної або міжнародної правової бази регулярно призводить до прийняття суперечливих рішень у різних юрисдикціях, що часто заводить у глухий кут правове вирішення конфлікту.

---

399 Дивіться Додаток 1 нижче.

400 Там само.

401 Див. у ньому ст. 10(2).

337 Як зазначалося вище,[402] Робоча група з питань медіації в контексті Мальтійського процесу розробила Принципи створення структур медіації в контексті Мальтійського процесу. Держави повинні сприяти створенню структур медіації, як зазначено в цих Принципах. Зокрема, державам слід розглянути питання про призначення Центральних контактних пунктів для міжнародної сімейної медіації з метою сприяння поширенню інформації про наявні послуги медіації та іншої відповідної інформації. Крім того, держави повинні сприяти поширенню передового досвіду щодо підготовки медіаторів для міжнародної сімейної медіації та щодо процесу міжнародної медіації.

338 Позитивні практики, викладені в цих Настановах щодо медіації у справах про міжнародне викрадення дітей відповідно до Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року, однаково застосовні до таких справ. Як і у справах про міжнародне викрадення дітей, що підпадають під дію Конвенції 1980 року, медіація повинна проводитися з особливою ретельністю, а угода за результатами медіації, повинна бути складена таким чином, щоб вона була сумісною з відповідними юрисдикціями і могла бути виконана в них. Час також має велике значення, якщо у справах про міжнародні викрадення не застосовується регіональна або міжнародна правова база; контакт між дитиною та покинутими батьками, повинен бути відновлений якомога швидше, щоб уникнути відчуження.

339 Загалом, медіація у справах про міжнародне викрадення дітей за відсутності відповідної регіональної або міжнародної правової бази проводиться за дуже особливих обставин. У разі невдалої медіації або якщо угода за результатами медіації набуває юридичної сили у відповідних юрисдикціях, але щось йде не так з її практичною реалізацією, тоді немає іншого запасного варіанту. Тому дуже важливо, щоб будь-яке узгоджене рішення, досягнуте в таких випадках, було юридично обов'язковим і підлягало примусовому виконанню у відповідних правових системах до початку його практичної реалізації. Таким чином, медіація може подолати колізію між різними правовими системами, а сама угода, досягнута за допомогою медіації, слугує основою для формування єдиної правової позиції у справі в різних правових системах.

340 Сторонам транскордонного сімейного конфлікту слід надавати всю можливу допомогу тому, щоб угоді за результатами медіації, набула обов'язкової юридичної сили у відповідних правових системах. Надання інформації про те, які кроки необхідні для набуття угодою юридичної сили, має сприяти Центральний орган, зокрема Центральний контактний пункт з питань міжнародної сімейної медіації.[403] За необхідності, держави повинні "вивчити доцільність запровадження нормативних або законодавчих положень щодо примусового виконання угод, досягнутих за результатами медіації".[404]

341 Медіатори в міжнародних сімейних спорах щодо опіки над дітьми та контактів з дітьми, до яких не застосовуються міжнародні або регіональні правові рамки, повинні усвідомлювати ступінь своєї відповідальності. Вони повинні звернути увагу сторін на правові наслідки незастосування відповідних регіональних або

---

402 Див. пункти 14, 112 і далі.

403 Для отримання більш детальної інформації про роль Центральних контрактних пунктів у міжнародній медіації див. Принципи створення медіаційних структур у Додатку 1 нижче, а також розділ 4.1 вище.

404 Принципи створення структур медіації (там само).

міжнародних правових інструментів, а також на необхідність отримання спеціалізованої юридичної консультації та забезпечення можливості виконання угоди у відповідній правовій системі до початку її практичної реалізації. Сторони повинні бути поінформовані про особливі наслідки відсутності наднаціональних правил визнання та виконання рішень щодо опіки та контактів у майбутньому. Вони повинні розуміти, що навіть якщо їхня угода набула чинності в обох (усіх) відповідних юрисдикціях після медіації, зміни обставин можуть вплинути на можливість виконання угоди в майбутньому. Будь-яка адаптація змісту угоди має бути визнана обома (всіма) правовими системами, а цей процес вимагає співпраці сторін.

Додатки

Додаток I

Принципи створення структури медіації в контексті мальтійського процесу

розроблені Робочою групою за сприяння Постійного бюро

A ЦЕНТРАЛЬНИЙ КОНТАКТНИЙ ПУНКТ

Державам слід створити/призначити Центральний контактний пункт для міжнародної сімейної медіації, який повинен виконувати, безпосередньо або через посередника, наступні завдання,

- Слугує контактним пунктом для приватних осіб і водночас мережевим пунктом для медіаторів, які працюють у транскордонних сімейних спорах.
- Надає інформацію про послуги сімейної медіації, доступні в цій країні, зокрема:
  - > Список сімейних медіаторів, включаючи контактні дані та інформацію про їх підготовку, мовні навички та досвід;
  - > Перелік організацій, що надають послуги медіації в міжнародних сімейних спорах;
  - > Інформацію про вартість медіації;
  - > Інформацію про моделі медіації, що використовуються / доступні; та
  - > Інформацію про те, як проводиться медіація та які теми можуть бути предметом медіації.
- Надає інформацію, щоб допомогти знайти другого з батьків / дитину в межах відповідної країни.
- Надає інформацію про те, де можна отримати консультацію з питань сімейного права та судових процедур.
- Надає інформацію про те, як зробити досягнуту за допомогою медіації угоду обов'язковою до виконання.
- Надає інформацію про виконання угоди, досягнутої за допомогою медіації.
- Надає інформацію про будь-яку доступну підтримку для забезпечення довгострокової життєздатності угоди, досягнутої за допомогою медіації.
- Заохочує співпрацю між різними експертами шляхом сприяння налагодженню контактів, навчальних програм та обміну передовим досвідом.
- За умови дотримання принципу конфіденційності, збирає та періодично оприлюднює інформацію про кількість та характер справ, якими займаються центральні контактні пункти, вжиті заходи та результати, у тому числі результати медіації, якщо вони відомі.

Інформація повинна бути надана офіційною мовою цієї держави, а також англійською або французькою мовами.

Постійне бюро Гаазької конференції має бути поінформоване про відповідні контактні дані Центрального контактного пункту, включаючи поштову адресу, номер телефону, адресу електронної пошти та імена відповідальної особи (осіб), а також інформацію про те, якими мовами вони володіють.

Запити на інформацію або допомогу, адресовані Центральному контактному пункту, повинні оброблятися оперативно.

Там, де це можливо, центральний контактний пункт повинен розміщувати відповідну інформацію про послуги медіації на веб-сайті державною мовою, а також англійською або французькою мовами. Якщо контактний пункт не може надати таку послугу, Постійне бюро може зробити інформацію, отриману центральним контактним пунктом, доступною в Інтернеті.

B МЕДІАЦІЯ

1 Вимоги до медіаторів/ організацій медіаторів, що повинні встановлюватися Центральними контактними пунктами для включення до списку

Нижче наведені характеристики, які Центральний контактний пункт повинен враховувати при визначенні та складанні списку міжнародних сімейних посередників або організацій, що надають послуги з медіації:

- Професійний підхід та відповідне навчання сімейній медіації (включаючи міжнародну сімейну медіацію).
- Значний досвід у міжкультурних міжнародних сімейних спорах
- Знання та розуміння відповідних міжнародних та регіональних правових інструментів
- Доступ до відповідної мережі контактів (як національних, так і міжнародних)
- Знання різних правових систем і того, як угоди, досягнуті за допомогою медіації, можуть бути примусово виконані або обов'язкові до виконання у відповідних юрисдикціях
- Доступ до адміністративної та професійної підтримки
- Структурований та професійний підхід до адміністрування, ведення обліку та оцінки наданої послуги
- Доступ до відповідних ресурсів (матеріальних/комунікаційних тощо) в контексті міжнародної сімейної медіації
- Юридичне визнання організації медіаторів державою, в якій вона працює, якщо існує така система
- Мовна компетенція

Визнається, що в державах, де розвиток послуг міжнародної медіації перебуває на ранній стадії, багато з перерахованих вище характеристик є бажаними і, якщо підходити реалістично, то на ранній стадії на них можна не наполягати.

2 Процес медіації

Загальновизнано, що в різних країнах у сімейній медіації використовується велика кількість різних процедур і різна методологія. Однак існують загальні принципи, на яких, з урахуванням законодавства, що застосовується до процесу медіації, має ґрунтуватися медіація:

- Перевірка на можливість медіації в конкретній справі (перевірка на медіабельнсть)
- Інформована згода
- Добровільна участь
- Допомога батькам у досягненні угоди, яка враховує інтереси та благополуччя дитини
- Нейтральність
- Справедливість
- Використання рідної мови або мови (мов), з якою учасники почуваються комфортно
- Конфіденційність
- Неупередженість
- Міжкультурна компетентність
- Інформоване прийняття рішення та належний доступ до юридичних консультацій

3 Угода за результатами медіації

Надаючи допомогу в розробці проектів угод, медіатори в транскордонних сімейних спорах завжди повинні мати на увазі фактичне виконання угоди. Угода повинна бути сумісною з відповідними правовими системами. Угоди, що стосуються опіки та контактів, повинні бути максимально конкретними і враховувати відповідні практичні аспекти. Якщо угода стосується двох юрисдикцій з різними мовами, її слід складати двома мовами, якщо це спрощує процес надання їй юридичної сили.

C ВИЗНАННЯ УГОДИ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ МЕДІАЦІЇ ОБОВ'ЯЗКОВОЮ ДЛЯ ВИКОНАННЯ

Медіатори, які займаються міжнародними сімейними спорами щодо опіки та контактів, повинні тісно співпрацювати з юридичними представниками сторін.

Перш ніж розпочати реалізацію угоди, її слід зробити такою, що підлягає примусовому виконанню або є обов'язковою до виконання у відповідних юрисдикціях.

Центральні контактні пункти у відповідних юрисдикціях повинні надавати сторонам інформацію про відповідні процедури.

За необхідності, країни можуть розглянути доцільність запровадження нормативних або законодавчих положень щодо забезпечення виконання угод, досягнутих за допомогою медіації.

Додаток II

Пояснювальна записка щодо принципів формування структури медіації у контексті мальтійського процесу

розроблений Робочою групою за сприяння Постійного бюро

ІСТОРІЯ ПИТАННЯ

На своєму засіданні, що відбулося у період з 31 березня по 2 квітня 2009 року, Рада з загальних питань та політики Гаазької конференції з міжнародного приватного права в контексті Мальтійського процесу санкціонувала створення Робочої групи для сприяння розвитку структур медіації для вирішення транскордонних сімейних спорів, що стосуються опіки над дітьми або контактів з ними, включаючи випадки одностороннього переміщення дитини до іншої держави, де не застосовуються Гаазька конвенція про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 2 жовтня 1980 року та Гаазька конвенція про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей 1 жовтня 2001 року.

Рекомендація про створення такої Робочої групи була прийнята на Третій судовій конференції з питань транскордонного сімейного права, що відбулася в Сент-Джуліані, Мальта, 23-26 березня 2009 року.

У червні 2009 року невеликій кількості держав-учасниць Гаазької конвенції про запобігання та протидію викраденню дітей 1980 року та держав, що не є її учасницями, відібраних на основі демографічних факторів та різних правових традицій, було запропоновано призначити експертів. Цими державами були Австралія, Канада, Єгипет, Франція, Німеччина, Індія, Йорданія, Малайзія, Марокко, Пакистан, Великобританія, Сполучені Штати Америки та Франція. Крім того, до складу Робочої групи було запрошено невелику кількість незалежних експертів з питань медіації.

Робоча група провела дві телефонні зустрічі - 30 липня 2009 року та 29 жовтня 2009 року, а також одну особисту зустріч 11-12 травня 2010 року в Оттаві, Канада. Засідання проходили під співголовуванням пані Ліліан Томсен з Канади та судді Тассадука Хусейна Джиллані з Пакистану. На всіх засіданнях був забезпечений синхронний переклад з англійської, французької та арабської мов. Під час підготовки до телефонних засідань Робочої групи було розповсюджено два опитувальники щодо існуючих провайдерів послуг медіації та можливості виконання угод, досягнутих за допомогою посередництва, відповіді на які можна знайти на веб-сайті Гаазької конференції за адресою: <www.hcch.net > у розділі "Робота в процесі", а потім "Викрадення дітей".

Під час першої телефонної зустрічі Робоча група дійшла висновку, що створення Центральних контактних пунктів у кожній країні, які б сприяли поширенню інформації про наявні послуги медіації у відповідних юрисдикціях, було б важливим. Після другої телефонної зустрічі Робоча група розпочала роботу над "Проектом принципів" для створення структур медіації, який було розроблено після всебічного обговорення під час особистої зустрічі в Канаді 11-12 травня 2010 року та подальших консультацій з експертами, які не змогли бути присутніми на зустрічі в Канаді.

Принципи створення структур медіації в контексті Мальтійського процесу

Ці "Принципи" були розроблені з метою створення ефективних структур медіації для вирішення транскордонних сімейних спорів щодо дітей за участю держав, які не є сторонами Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року або інших відповідних документів. За відсутності відповідної міжнародної або регіональної правової бази, медіація або подібні засоби вирішення

спорів на основі консенсусу часто є єдиним способом знайти рішення, яке дозволить дітям підтримувати постійний контакт з обома батьками.

Слід зазначити, що створення структур транскордонної сімейної медіації буде однаково актуальним для транскордонних сімейних спорів, які підпадають під дію Гаазької конвенції про викрадення дітей 1980 року та Гаазької конвенції про захист дітей 1996 року. Обидві конвенції сприяють дружньому вирішенню сімейних конфліктів за допомогою медіації або подібних засобів. Таким чином, Принципи можуть також бути корисними для доповнення міжнародно-правової бази, встановленої конвенціями.

"Принципи"

"Принципи" закликають до створення Центрального контактного пункту, який сприятиме наданню інформації, зокрема, про наявні послуги медіації у відповідних юрисдикціях, про доступ до медіації та про інші важливі питання, пов'язані з медіацією, такі як відповідна правова інформація.

ЧАСТИНА А

Частина А "Принципів" визначає, яку інформацію слід надавати і як зробити її доступною через Центральні контактні пункти.

Інформація про послуги медіації в міжнародному сімейному праві повинна включати, перш за все, списки медіаторів або організацій, що надають такі послуги. Переліки повинні містити інформацію про підготовку медіатора, його мовні навички та досвід, а також контактні дані. Крім того, Центральний контактний пункт повинен сприяти отриманню інформації про вартість медіації, яка повинна включати гонорар за медіацію, а також інші супутні витрати. Також, Центральний контактний пункт повинен надавати інформацію про сам процес медіації, тобто про моделі медіації, що використовуються/є доступними, про те, як проводиться медіація та які теми можуть бути охоплені в медіації. Інформація має бути якомога детальнішою; вона повинна містити відомості про можливість спільної медіації, а також про специфічні форми спільної медіації, такі як міжнаціональна медіація.

Центральний контактний пункт також повинен надавати інформацію, яка допоможе знайти другого з батьків/дитину в межах відповідної країни. Так само слід надавати інформацію про те, де можна отримати консультацію з питань сімейного права та судових процедур, про те, як зробити угоду за результатами медіації обов'язковою для виконання та як забезпечити її дотримання. З огляду на те, що сторони сімейного спору часто обмежені в коштах, слід включити детальну інформацію про витрати; слід звернути увагу на послуги pro-bono або послуги, що пропонують недорогі спеціалізовані юридичні консультації, якщо такі доступні. Центральний контактний пункт також повинен надавати інформацію про будь-яку підтримку, яка може бути надана для забезпечення довгострокової життєздатності угоди, досягнутої за допомогою медіації.

Центральний контактний пункт має покращити та консолідувати транскордонне співробітництво щодо мирного врегулювання міжнародних сімейних спорів шляхом сприяння співпраці між різними експертами через мережу, навчальні програми та обмін найкращими практиками.

Нарешті, за умови дотримання принципу конфіденційності, Центральний контактний пункт повинен збирати та оприлюднювати детальну статистику щодо розглянутих справ.

ЧАСТИНА B

У частині B "Принципи" регулюють (1) певні стандарти, що стосуються ідентифікації послуг міжнародної медіації центральними контактними пунктами, (2) процес медіації та (3) угоди, укладені за допомогою медіації.

У пункті B (1) "Принципів" викладено низку характеристик медіаторів або організацій медіаторів, які повинні враховуватися центральними контактними пунктами при визначенні та складанні переліку послуг міжнародної медіації. У той же час "Принципи" визнають, що багато держав все ще перебувають на ранній стадії розвитку послуг міжнародної медіації в сімейних справах і що деякі з перерахованих характеристик є бажаними. Однак є надія, що держави, які впроваджують "Принципи", заохочуватимуть поступовий розвиток послуг медіації, що відповідають цим характеристикам.

У пункті B (2) перераховано ряд широких загальних принципів, яких, залежно від застосовуваного до медіації законодавства, слід дотримуватися при проведенні міжнародної сімейної медіації. Визнаючи, що ці принципи можуть мати дещо інше тлумачення в різних правових системах, і з метою забезпечення можливості розвитку належної практики, у документі розробники утримались від надання фіксованих визначень цим загальним принципам. Слід зазначити, що Настанови з належної практики відповідно до Гаазької конвенції про запобігання та протидію викраденню дітей 1980 року, який наразі готується, буде набагато детальніше розглядати належну практику щодо цих загальних принципів.

Пункт B (3) підкреслює деякі важливі аспекти, які слід враховувати, коли йдеться про угоду за результатами медіації, щоб зробити її обов'язковою для виконання у відповідних правових системах.
Для отримання детальної інформації про належну практику щодо складання угоди за результатами медіації, знову ж таки, звертаємося до майбутніх Настанов з належної практики медіації відповідно до Гаазької конвенції про запобігання викраденню дітей 1980 року.

ЧАСТИНА C

Частина C визнає важливість надання угоді за результатами медіації обов'язкової сили або можливості примусового виконання в усіх відповідних правових системах до початку її реалізації. Вона також підкреслює необхідність тісної співпраці з юридичними представниками сторін. У той же час, Центральний контактний пункт повинен надавати сторонам інформацію про відповідні процедури.

Заключна примітка

Робоча група хотіла б включити до цього Пояснювального меморандуму викладення своєї думки про те, що держави, які не є сторонами Конвенції, повинні ретельно розглянути переваги ратифікації або приєднання до Гаазької конвенції про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей 1 жовтня 2005 року та Гаазької конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 2 жовтня 1980 року.

Постійне бюро Гаазької конференції з
міжнародного приватного права
Churchillplein 6b
2517 JW Гаага
Нідерланди

Телефон: +31 70 363 3303
Факс: +31 70 360 4867
Електронна пошта: secretariat@hcch.net
Веб-сайт: www.hcch.net

HCCH
Connecter Protéger Coopérer Depuis 1893
Connecting Protecting Cooperating Since 1893