

УДК 349.2

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2024.04.36>

МОЖЛИВОСТІ ТА ВИКЛИКИ НАЙМУ МЕДІАТОРА: ПРАВОВИЙ ТА ПРАКТИЧНИЙ АСПЕКТИ

Ковалко Н.М.,*доктор юридичних наук, професор,**професор кафедри фінансового права**Навчально-наукового інституту права**Київського національного університету імені Тараса Шевченка**ORCID: 0000-0001-5550-9267*

Ковалко Н.М. Можливості та виклики найму медіатора: правовий та практичний аспекти.

Стаття присвячена дослідженню організаційно-правових форм діяльності медіатора в контексті їх застосування суб'єктами господарювання для найму медіаторів. Автором розглянуто два основні підходи здійснення медіатором своєї діяльності: 1) за наймом, через суб'єкта, що забезпечує проведення медіації, або через об'єднання медіаторів; 2) індивідуально, як фізична особа, яка провадить незалежну професійну діяльність, або як фізична особа – підприємець.

З урахуванням зазначених підходів проаналізовано правові та практичні аспекти вибору суб'єктами господарювання того чи іншого підходу для найму медіаторів. Відзначається, що згідно з першим підходом суб'єкт господарювання повинен отримати статус суб'єкта, що забезпечує проведення медіації. Водночас такий підхід через наявність прогалин у законодавстві викликає дискусії щодо його практичної застосовності, а також обмежений можливостями врегулювання конфліктів (спорів), у яких відповідний суб'єкт господарювання не є стороною конфлікту (спору).

Здійснюючи аналогію з досвідом суб'єктів господарювання взаємодії з «внутрішніми адвокатами», розглянуто можливості застосування другого підходу для найму медіаторів. Зокрема, автором проаналізовано позиції органів податкової служби, Ради адвокатів України, Верховного Суду щодо можливості найманого працівника, який обіймає посаду, що не передбачає здійснення адвокатської діяльності, але водночас який має свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, представляти свого роботодавця в суді як адвокат. Окрему увагу приділено питанню обліку адвоката як самозайнятої особи, який водночас є найманим працівником на посаді, що не передбачає здійснення адвокатської діяльності. Крім того, висвітлено проблемні питання щодо нарахування та сплати єдиного соціального внеску в досліджуваних правовідносинах.

На підставі проаналізованого досвіду автор робить висновки щодо можливостей найму медіатора суб'єктом господарювання для врегулювання внутрішніх конфліктів (спорів) в контексті другого підходу, а також підкреслює недоліки правового регулювання здійснення медіаторами своєї діяльності за наймом, що обумовлює необхідність внесення законодавчих змін.

Ключові слова: медіатор, медіація, договір про проведення медіації, суб'єкт, що забезпечує проведення медіації, адвокат, самозайнята особа.

Kovalko N. Opportunities and challenges of hiring a mediator: legal and practical aspects.

The article is devoted to the study of organizational and legal forms of mediator activity in the context of their application by business entities for hiring mediators. The author considered two main approaches to conducting mediator activities: 1) for hire, through an entity, that ensures the conduct of mediation, or through an association of mediators; 2) individually, as an individual, that conducts independent professional activities, or as an individual entrepreneur.

Taking into account the mentioned approaches, the legal and practical aspects of choosing one or another approach for hiring mediators by business entities were analyzed. It is noted that according to the first approach, the business entity must obtain the status of the entity, that ensures the conduct of mediation. At the same time, this approach, due to the presence of gaps in the legislation, causes discussions about its practical applicability and is also limited by the possibilities of resolving conflicts (disputes) in which the relevant business entity is not a party to the conflict (dispute).

Making an analogy with the experience of business entities interacting with «in-house attorneys-at-law», the possibilities of applying the second approach to hiring mediators were considered. In particular, the author analyzes positions from the tax authorities, the Bar Council of Ukraine and the Supreme Court regarding the

possibility of an employee who holds a position that does not involve the activity of an attorney-at-law, but at the same time has a certificate of the right to practice the activity of an attorney-at-law, to represent his employer in court as an attorney-at-law. Special attention is given to the accounting of an attorney-at-law as a self-employed individual, who is also an employee in a position that does not involve the activity of an attorney-at-law. Additionally, problematic issues related to the calculation and payment of a unified social contribution in these legal relationships are highlighted.

Based on the analyzed experience, the author draws conclusions about the possibilities of hiring a mediator by a business entity to settle internal conflicts (disputes) in the context of the second approach and also emphasizes the shortcomings of the legal regulation of mediators' performance of their activities for hire, which causes the need for making legislative amendments.

Key words: mediator, mediation, agreement on conducting mediation, entity, that ensures the conduct of mediation, attorney-at-law, self-employed individual.

Постановка проблеми. Прийняття Закону України «Про медіацію» від 16.11.2021 № 1875-IX (далі – Закон № 1875-IX) стало значним кроком у врегулюванні багатьох правових питань, що виникали в контексті впровадження медіації як позасудової процедури врегулювання конфліктів (спорів) в Україні. Новий закон відкрив широкі перспективи для розвитку цієї процедури в різних сферах, зокрема й у сфері господарювання. Проте разом з новими можливостями з'явилися й нові виклики. Зростаючий попит на медіацію обумовив інтерес багатьох суб'єктів господарювання до залучення медіаторів на умовах найму. Проте відсутність усталеної практики та чіткого законодавчого врегулювання цього питання ускладнює реалізацію таких ініціатив.

Мета дослідження. Метою статті є проведення комплексного дослідження організаційно-правових форм діяльності медіатора, визначених чинним законодавством України, у контексті їх застосування суб'єктами господарювання для найму медіаторів.

Стан опрацювання проблематики. Окремі питання правового регулювання організаційно-правових форм діяльності медіатора були предметом дослідження наукових праць вітчизняних науковців. Однак комплексне наукове дослідження саме особливостей найму медіаторів суб'єктами господарювання в контексті визначених законодавством організаційно-правових форм не проводилося.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до частини 2 статті 11 Закону № 1875-IX медіатор

може надавати послуги з медіації на платній чи безоплатній основі, за наймом, через суб'єкта, що забезпечує проведення медіації, через об'єднання медіаторів або індивідуально. Медіатор проводить медіацію індивідуально як фізична особа, яка провадить незалежну професійну діяльність, або як фізична особа – підприємець [1].

У світлі вище зазначених положень перш за все виникає питання, як медіатор може надавати послуги з медіації за наймом. Зокрема, не зрозуміло чи є «за наймом» окремою підставою для надання медіатором послуг, чи передбачається надання відповідних послуг за наймом через суб'єкта, що забезпечує проведення медіації, або через об'єднання медіаторів. Закон № 1875-IX не дає відповіді на ці питання.

Науково-практичний коментар до Закону України «Про медіацію», аналізуючи положення частини 2 статті 11, визначає, що медіатор має право: 1) проводити медіацію індивідуально як фізична особа, яка провадить незалежну професійну діяльність, або як фізична особа – підприємець, зареєстрована в порядку, визначеному Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань»; 2) працювати за наймом, через суб'єкта, що забезпечує проведення медіації, через об'єднання медіаторів [2, с. 134].

Таким чином, авторами науково-практичного коментаря висловлена думка, що частиною 2 статті 11 Закону № 1875-IX передбачено право медіатора надавати послуги з медіації за наймом саме через суб'єкта, що забезпечує проведення медіації, або через об'єднання медіаторів.

На підставі аналізу вищезазначених положень можна зробити висновок, що на сьогодні існують такі основні підходи здійснення медіатором своєї діяльності:

- перший підхід – за наймом, через суб'єкта, що забезпечує проведення медіації, або через об'єднання медіаторів;
- другий підхід – індивідуально, як фізична особа, яка провадить незалежну професійну діяльність, або як фізична особа – підприємець.

Відповідно до першого підходу для найму медіатора необхідно отримати статус суб'єкта, що забезпечує проведення медіації. Пункт 8 частини 1 статті 1 Закону № 1875-IX визначає суб'єкта, що забезпечує проведення медіації, як юридичну особу будь-якої організаційно-правової форми, що забезпечує надання послуги з медіації та веде реєстр медіаторів [1]. Отже, для отримання статусу суб'єкта, що забезпечує проведення медіації, суб'єкт господарювання має внести відповідні зміни до своїх установчих документів щодо переліку видів діяльності та створити реєстр медіаторів.

Однак впровадження цього підходу викликає низку дискусійних питань.

По-перше, на етапі підготовки до медіації має укладатися договір про проведення медіації. Відповідно до пункту 1 частини 1 статті 1 Закону № 1875-IX договір про проведення медіації укладається сторонами можливого або наявного конфлікту (спору) та медіатором (медіаторами) у погодженій ними усній чи письмовій формі, яка відповідає вимогам закону [1]. На практиці ж непоодинокими є випадки, коли відповідний договір укладається сторонами конфлікту (спору) з суб'єктом, що забезпечує проведення медіації, який потім окремо укладає з медіатором (медіаторами) угоду про доручення на проведення послуги медіації. Ураховуючи те, що в такому випадку медіатор є найманим працівником, який здійснює свою діяльність через суб'єкта, що забезпечує проведення медіації, укладення договору про проведення медіації має бути між сторонами конфлікту (спору) та відповідним суб'єктом, що забезпечує проведення медіації. Наприклад, договір про надання правничої допомоги відповідно до пункту 4 частини 1 статті 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 № 5076-VI (далі – Закон № 5076-VI) укладається між клієнтом, з одного боку, та адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням, з іншого [3]. Отже, визначення договору про проведення медіації, закріплене положеннями пункту 1 частини 1 статті 1 Закону № 1875-IX, потребує внесення законодавчих змін у частині доповнення до переліку суб'єктів, з якими сторони конфлікту (спору) укладають відповідний договір, суб'єктом, що забезпечує проведення медіації, та об'єднанням медіаторів.

По-друге, пунктом 1 частини 2 статті 7 Закону № 1875-IX визначено, що медіатор не може суміщати функцію медіатора з функцією іншого учасника медіації в одному конфлікті (спорі) [1]. У світлі цього виникає питання: чи може суб'єкт, що забезпечує проведення медіації, залучати медіатора, який є його найманим працівником, для проведення медіації, у якій цей суб'єкт є стороною конфлікту (спору)? На нашу думку, оскільки медіатор за таких умов має трудові відносини з суб'єктом, що забезпечує проведення медіації, та відповідно в статусі медіатора він діє від імені свого роботодавця, можливість його залучення для проведення медіації виглядає спірною.

Таким чином, якщо суб'єкт господарювання для найму медіатора обирає перший підхід, що передбачає набуття статусу суб'єкта, що забезпечує проведення медіації, у такому разі медіація за участі штатного медіатора може використовуватися для врегулювання конфліктів (спорів), у яких відповідний суб'єкт не є стороною конфлікту (спору).

Якщо суб'єкт господарювання зацікавлений у наймі медіатора для вирішення внутрішніх

конфліктів (спорів), можливою альтернативою є застосування другого підходу. Цей підхід передбачає, що медіатор здійснює свою діяльність індивідуально як фізична особа, яка провадить незалежну професійну діяльність, або як фізична особа - підприємець. Для кращого розуміння практичних аспектів цього підходу для аналогії варто звернути увагу на досвід суб'єктів господарювання у взаємодії з «внутрішніми адвокатами».

Так, у зв'язку із запровадженням в законодавстві України у 2017 році виключного права адвокатів на представництво інтересів у суді, роботодавці почали направляти своїх штатних юристів на складання адвокатського іспиту. Однак, після отримання цими юристами свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, виникли різні підходи та тлумачення норм права щодо оформлення таких правовідносин. Це вимагало пошуку шляхів для узгодженого розуміння зазначених обставин.

Перше питання, яке потребувало вирішення в контексті досліджуваних правовідносин: чи може найманий працівник, який обіймає посаду, що не передбачає здійснення адвокатської діяльності, але водночас який має свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, представляти свого роботодавця в суді як адвокат?

З цього приводу Державною фіскальною службою України в Індивідуальній податковій консультації від 15.08.2017 р. № 1603/С/99-99-13-01-02-14/ІПК, зазначалось, що згідно з підпунктом 14.1.226 Податкового кодексу України (далі – ПК України) незалежна професійна діяльність – це діяльність адвокатів, за умови, що такий адвокат не є працівником у межах такої незалежної професійної діяльності. Отже, фізична особа, яка провадить незалежну адвокатську діяльність, може бути найманим працівником у юридичної особи та/або фізичної особи – підприємця на посаді, яка не передбачає здійснення адвокатської діяльності та надання адвокатських послуг, та не може представляти свого роботодавця як адвокат [4].

Іншу позицію з цього питання висловила Рада адвокатів України. Зокрема, у додатку 1 до Рішення Ради адвокатів України від 16 листопада 2017 року № 254 «Про затвердження роз'яснення щодо можливості представництва юридичної особи адвокатом, який працює в ній за трудовим договором» (далі – додаток 1 до Рішення № 254) зазначено, що відповідно до частини 3 статті 4 Закону № 5076-VI адвокат може здійснювати адвокатську діяльність індивідуально або в організаційно-правових формах адвокатського бюро чи адвокатського об'єднання. Фундаментальним принципом здійснення адвокатської діяльності є незалежність інститу-

ту адвокатури та кожного адвоката, яка забезпечується на законодавчому (національному і міжнародному) та практичному рівнях недопущенням будь-якого втручання, переслідування, насильства щодо адвоката з боку держави, суспільства, органів місцевого самоврядування, юридичних та фізичних осіб. З огляду на зазначене, уведення до штатного розпису посади «адвокат» можливе лише в адвокатському бюро та адвокатському об'єднанні або в адвоката як визначених законом формах здійснення адвокатської діяльності, а здійснення адвокатом адвокатської діяльності в межах виконання ним трудових обов'язків у державній установі чи іншому суб'єкті (окрім визначених законом форм здійснення адвокатської діяльності) суперечить чинному законодавству та принципам здійснення адвокатської діяльності і є недопустимим. Разом з тим, адвокат може представляти юридичну особу, з якою він перебуває у трудових відносинах, за умови укладення з такою юридичною особою договору про правову допомогу з дотриманням усіх вимог Закону № 5076-VI, зокрема й щодо конфлікту інтересів. Укладення юридичною особою договору про правову допомогу зі своїм штатним працівником, який одночасно є адвокатом, не суперечить чинному законодавству України і є можливим виключно з дотриманням вимог Закону № 5076-VI та залежно від правового статусу клієнта за договором про надання правової допомоги - законодавства про публічні закупівлі та законодавства у сфері запобігання корупції [5].

Вищезазначена позиція відображена й у додатку до Рішення Ради адвокатів України від 15 жовтня 2020 року № 98 «Про затвердження роз'яснення щодо підстав для здійснення адвокатської діяльності» (далі – додаток до Рішення № 98), у якому відзначається, що адвокат, який вказав в Єдиному реєстрі адвокатів України інформацію про те, що він здійснює адвокатську діяльність індивідуально та при цьому не вказав інших форм здійснення ним адвокатської діяльності (адвокатське бюро чи об'єднання), однак при цьому є найманим працівником у інших юридичних особах (за винятком адвокатського бюро та об'єднання) або фізичних осіб-підприємців, може бути представником цих та інших осіб у суді, виключно уклавши договір з клієнтом як адвокат відповідно до вимог Закону № 5076-VI [6].

Верховний Суд також дійшов висновку, що адвокат може представляти юридичну особу, з якою він перебуває у трудових відносинах. Так, у постанові Верховного Суду від 09.07.2020 № 826/15943/17 зазначається, що за висновком судів попередніх інстанцій, поняття «самозайнятої особи» не виключає можливості працевлаштування такої особи за трудовим договором, як і

отримання нею заробітної плати, оскільки чинні нормативні документи, що регулюють адвокатську діяльність в Україні, зокрема нормативні акти Ради адвокатів України, не містять будь-яких інших заборон для реалізації адвокатом права на працю. З огляду на викладене колегія суддів погоджується з висновками судів попередніх інстанцій про те, що адвокат може представляти юридичну особу, з якою він перебуває у трудових відносинах, за умови укладення з такою юридичною особою договору про правову допомогу з дотриманням усіх вимог Закону № 5076-VI. Укладення юридичною особою договору про правову допомогу зі своїм штатним працівником, який одночасно є адвокатом, не суперечить чинному законодавству України [7].

Таким чином, з огляду на позицію Верховного Суду та Ради адвокатів України найманий працівник, який обіймає посаду, що не передбачає здійснення адвокатської діяльності, але водночас який має свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, може представляти свого роботодавця в суді як адвокат. У такому випадку особа, з одного боку, як найманий працівник має трудові правовідносини зі своїм роботодавцем, а з іншого, як адвокат здійснює незалежну професійну діяльність з дотриманням усіх вимог Закону № 5076-VI. Тобто, як адвокат вона не є найманим працівником, а на відповідні правовідносини не поширюватимуться положення трудового законодавства.

Друге питання, яке виникло в цій ситуації: чи повинен адвокат, який одночасно є найманим працівником на посаді, що не передбачає здійснення адвокатської діяльності, стати на облік як самозайнята особа?

У світлі цього Малиновська Державна податкова інспекція Головного управління Державної податкової служби в Одеській області зазначає, що згідно з підпунктом 14.1.226 ПК України самозайнята особа – це платник податку, який є фізичною особою – підприємцем або провадить незалежну професійну діяльність за умови, що така особа не є працівником у межах такої підприємницької чи незалежної професійної діяльності. Відповідно до пункту 63.5 ПК України та пункту 5 частини 1 статті 4 Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» від 08.07.2010 № 2464-VI (далі – Закон № 2464-VI) фізичні особи, які мають намір провадити незалежну професійну діяльність, підлягають взяттю на облік як самозайняті особи – платники податків та є платниками єдиного внеску. Отже, з урахуванням в тому числі пункту 3 статті 4 та статті 13 Закону № 5076-VI, обов'язок адвоката стати на облік у контролюючому органі як особа, яка провадить незалежну професійну діяльність, виникає за умови, якщо адвокатська

діяльність здійснюється індивідуально та таку діяльність не припинено (зупинено) [8].

Своєю чергою Головне управління Державної податкової служби в Івано-Франківській області відзначає, що якщо адвокат здійснює свою діяльність виключно у рамках трудових відносин з роботодавцем (адвокатським бюро або адвокатським об'єднанням), усі договори про надання правової допомоги укладаються від імені роботодавця та оплата за послуги адвоката здійснюється від імені роботодавця, то такий адвокат не повинен ставати на облік в контролюючому органі як особа, що здійснює незалежну професійну діяльність. Якщо хоча б одна з вищевказаних умов не виконується, то адвокат повинен стати на облік у контролюючому органі як самозайнята особа [9].

Водночас Рада адвокатів України має іншу позицію щодо обов'язку адвоката стати на облік як самозайнята особа. Так, у додатку до Рішення № 98 відзначається, що фізична особа, яка має статус адвоката та бажає здійснювати адвокатську діяльність індивідуально, однак усупереч вимогам ПК України не стала на облік у контролюючих органах як самозайнята особа, але при цьому зареєстрована як фізична особа-підприємець, має право бути захисником у розумінні статті 45 Кримінального процесуального кодексу України чи здійснювати представництво іншої особи в суді як адвокат, виключно уклавши договір з клієнтом як адвокат відповідно до вимог Закону № 5076-VI [6].

Окремої уваги в контексті досліджуваного питання потребує позиція Верховного Суду, викладена в постанові від 27.05.2020 № 500/576/19. За обставинами справи, позивач звернувся до суду з позовом до Головного управління Державної фіскальної служби в Тернопільській області, у якому просив визнати протиправною та скасувати індивідуальну податкову консультацію № 5263/6/19-00-08-15-03 від 17 грудня 2018 року щодо роз'яснення, чи зобов'язана особа, яка є адвокатом та не має наміру здійснювати незалежну професійну діяльність, реєструватися як самозайнята особа. Суди першої та апеляційної інстанцій у задоволенні позову відмовили, внаслідок чого позивач подав касаційну скаргу. Позивач (скаржник) наголошував, що він не мав наміру здійснювати незалежну професійну діяльність, а необхідність отримання Свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю та набуття статусу адвоката була зумовлена виключно його роботою за трудовим договором у результаті впровадження правової реформи. Зокрема, з 2013 року він перебував у трудових відносинах з КП «Тернопільводоканал», а з серпня 2016 року – обіймав посаду начальника юридичного відділу. На переконання позивача (скаржника), судами попередніх інстанцій не враховано

того, що особа, яка працює за трудовим договором, не є самозайнятою особою у розумінні цього поняття, яке міститься у ПК України [10].

Верховний Суд, проаналізувавши положення ПК України та Закону № 5076-VI, дійшов висновку, що касаційна скарга підлягає задоволенню. На обґрунтування такої позиції Верховний Суд відзначив таке:

1) Фізична особа, яка має намір провадити незалежну професійну діяльність, у тому числі й адвокатську, підлягає взяттю на облік у контролюючому органі. Поряд з тим особа, яка провадить незалежну професійну діяльність, вважається самозайнятою лише за умови, що вона не є найманим працівником. Такий висновок випливає з буквального тлумачення положень підпункту 14.1.226 пункту 14.1 статті 14 ПК України.

2) Адвокат може здійснювати свою діяльність у таких організаційних формах: індивідуально, у складі адвокатського бюро чи адвокатського об'єднання. Водночас, посада юриста на підприємстві (установі, організації), що не займається адвокатською діяльністю, у такому переліку відсутня, а тому адвокат, який працює за трудовим договором на подібній посаді, як у випадку позивача, не зможе відобразити це місце роботи в Єдиному реєстрі адвокатів України і буде змушений обрати у ньому інформацію щодо своєї індивідуальної адвокатської діяльності як єдиний із дозволених Законом варіантів організаційних форм діяльності адвоката. Тобто адвокат, який працює за трудовим договором на такій посаді, одночасно перебуває у двох статусах: з одного боку – найманого працівника, який працює за трудовим договором, а з іншого – адвоката, який здійснює адвокатську діяльність індивідуально.

3) Якщо адвокат обирає індивідуальну діяльність, цьому кореспондує обов'язок стати на облік в контролюючому органі та сплачувати єдиний соціальний внесок (далі – ЄСВ) на умовах, визначених Законом № 2464-VI. Поряд з тим позивач реалізовує своє право на заняття адвокатською діяльністю не як самозайнята особа, а як найманий працівник, який з 2013 року працює на КП «Тернопільводоканал» за трудовим договором на різних посадах. Тому Верховний Суд вважає, що трактування положень законодавства, викладене в індивідуальній податковій консультації, щодо обов'язку позивача реєструватися в контролюючому органі як самозайнята особа, є хибним, оскільки позивач є найманим працівником, працює за трудовим договором та не має наміру здійснювати незалежну професійну діяльність у статусі адвоката [10].

На нашу думку, наведена вище правова позиція Верховного Суду, з огляду на встановлені у справі обставини, є дискусійною.

По-перше, Верховний Суд дійшов висновку, що особа, яка провадить незалежну професійну діяльність, вважається самозайнятою лише за умови, що вона не є найманим працівником [10]. Однак Верховний Суд не врахував уточнення, яке міститься в підпункті 14.1.226 пункту 14.1 статті 14 ПК України, а саме, що самозайнятою особою є «платник податку...за умови, що така особа не є працівником в межах такої підприємницької чи незалежної професійної діяльності». Тобто, у своєму рішенні Верховний Суд дійшов висновку, що статус самозайнятої особи виключає можливість бути найманим працівником взагалі, навіть поза межами такої підприємницької чи незалежної професійної діяльності. Наприклад, якщо адвокат здійснює адвокатську діяльність як самозайнята особа (як особа, що здійснює незалежну професійну діяльність, або як фізична особа – підприємець), то в такому випадку він не може одночасно бути найманим працівником на посаді, що не передбачає здійснення адвокатської діяльності. Проте така позиція є хибною з урахуванням вище проведеного дослідження першого питання, що також підтверджується позицією Верховного Суду, викладеною в постанові від 09.07.2020 № 826/15943/17.

По-друге, Верховний Суд зазначає, що адвокат, який працює за трудовим договором на такій посаді (*ред.* – посаді юриста на підприємстві (установі, організації), що не займається адвокатською діяльністю), одночасно перебуває у двох статусах: з одного боку – найманого працівника, який працює за трудовим договором, а з іншого – адвоката, який здійснює адвокатську діяльність індивідуально. Водночас Верховний Суд робить висновок, що позивач не зобов'язаний реєструватися як самозайнята особа, оскільки він реалізовував своє право на заняття адвокатською діяльністю не як самозайнята особа, а як найманий працівник [10].

Тобто, з одного боку, Верховний Суд визнав, що особа, яка є адвокатом, що здійснює адвокатську діяльність індивідуально, та водночас найманим працівником за трудовим договором на підприємстві (установі, організації), що не займається адвокатською діяльністю, має два різні статуси. Як нами вже відзначалось вище, у такому випадку є два види правовідносин:

1) між найманим працівником та роботодавцем, що здійснюються на підставі трудового договору та регулюються положеннями трудового законодавства;

2) між адвокатом та клієнтом, що здійснюються на підставі договору про правову допомогу з дотриманням вимог Закону № 5076-VI.

Проте, з іншого боку, Верховний Суд дійшов висновку про можливість особи, яка одночасно має два різні статуси – адвоката та найманого

працівника на підприємстві (установі, організації), що не займається адвокатською діяльністю, реалізувати своє право на заняття адвокатською діяльністю саме в статусі найманого працівника, а не самозайнятої особи. За таких умов законність підстав реалізації права на заняття адвокатською діяльністю є спірною, оскільки адвокат може здійснювати адвокатську діяльність у межах виконання ним трудових обов'язків лише у визначених законом формах здійснення адвокатської діяльності, про що наголошено Радою адвокатів України у додатку 1 до Рішення № 254 [5]. Водночас, як відзначає Верховний Суд у постанові від 27.05.2020 № 500/576/19, посада юриста на підприємстві (установі, організації), що не займається адвокатською діяльністю, у переліку форм здійснення адвокатської діяльності відсутня [10]. Отже, реалізація права на заняття адвокатською діяльністю не як самозайнята особа, а як найманий працівник на підприємстві (установі, організації), що не займається адвокатською діяльністю, суперечить чинному законодавству та принципам здійснення адвокатської діяльності.

По-третє, Верховним Судом встановлено, що адвокат може здійснювати свою діяльність у таких організаційних формах: індивідуально, у складі адвокатського бюро чи адвокатського об'єднання. Якщо адвокат обирає індивідуальну діяльність, цьому кореспондує обов'язок стати на облік в контролюючому органі та сплачувати ЄСВ на умовах, визначених Законом № 2464-VI [10]. Тобто, Верховний Суд підкреслив, що вибір адвокатом індивідуальної форми діяльності обумовлює його обов'язок стати на облік у контролюючому органі.

Таким чином, на підставі проведеного вище аналізу положень законодавства та позицій органів податкової служби, Ради адвокатів України, Верховного Суду можемо зробити висновок, що адвокат, який одночасно є найманим працівником на посаді, що не передбачає здійснення адвокатської діяльності, зобов'язаний стати на облік як самозайнята особа, якщо він обрав індивідуальну форму здійснення адвокатської діяльності.

Третє питання, яке стало наслідком оформлення правовідносин суб'єктами господарювання з «внутрішніми адвокатами»: чи повинен адвокат як самозайнята особа сплачувати ЄСВ, якщо він одночасно є найманим працівником на посаді, що не передбачає здійснення адвокатської діяльності?

Тривалий час в контексті досліджуваних правовідносин адвокати як самозайняті особи були зобов'язані сплачувати за себе ЄСВ, навіть якщо вони не отримували доходи від провадження незалежної професійної діяльності й незважаючи на те, що за них як найманих праців-

ників ЄСВ сплачували роботодавці. Але згодом Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» щодо усунення дискримінації за колом платників» від 13.05.2020 № 592-IX [11] були врегульовані проблемні питання щодо нарахування та сплати ЄСВ. Зокрема, статтю 4 Закону № 2464-VI було доповнено частиною шостою, якою передбачено звільнення фізичних осіб – підприємців та осіб, які провадять незалежну професійну діяльність, від сплати ЄСВ за ті місяці, за які їх роботодавцем за основним місцем роботи сплачено страховий внесок у розмірі не менше мінімального страхового внеску. Такі особи можуть бути платниками ЄСВ за умови самостійного визначення ними бази нарахування за місяці звітного періоду, за які роботодавцем сплачено страховий внесок за таких осіб у розмірі менше мінімального страхового внеску [12].

Таким чином, на підставі проведеного вище дослідження можна зробити такі висновки щодо можливостей найму медіатора суб'єктом господарювання для врегулювання внутрішніх конфліктів (спорів) у контексті другого підходу здійснення медіатором своєї діяльності.

Насамперед проаналізований досвід урегулювання організаційних форм здійснення адвокатської діяльності дає підстави для висновку щодо необхідності внесення до Класифікатора професій ДК 003:2010, затвердженого наказом Держспоживстандарту України від 28 липня 2010 р. № 327 (далі – Класифікатор професій) [13], окремої професії «медіатор». Наразі Класифікатор професій містить таку професію, як «фахівець з урегулювання конфліктів та медіації в соціально-політичній сфері» (код 2442.2), яку в спільноті медіаторів прирівнюють до професії «медіатора». Однак, Закон № 1875-IX не містить згадок про «фахівця з урегулювання конфліктів та медіації в соціально-політичній сфері», але визначає статус медіатора та в частині 2 статті 11 передбачає його право надавати послуги з медіації за наймом, через суб'єкта, що забезпечує проведення медіації, або через об'єднання медіаторів. Тобто, законодавством передбачена можливість надавати послуги з медіації за наймом саме для професії «медіатор», проте в Класифікаторі професій відповідна професія відсутня. Це, своєю чергою, обумовлює питання: яку посаду обійматиме особа, яка як медіатор є найманим працівником у суб'єкта, що забезпечує проведення медіації, або в об'єднанні медіаторів?

На прикладі адвокатської діяльності можна побачити, що є як окрема професія «адвокат», так і ті, що є подібними до неї, але не ідентичними, як, наприклад, «юрист» чи «юрисконсульт». Практичне значення такого розподілу професій

обумовлено насамперед тим, що, як відзначає Рада адвокатів України у додатку 1 до Рішення № 254, введення до штатного розпису посади «адвокат» можливе лише в адвокатському бюро та адвокатському об'єднанні або в адвоката як визначених законом формах здійснення адвокатської діяльності [5].

Отже, введення до Класифікатора професій окремої професії «медіатор» дозволить усунути правові колізії та забезпечити ясність щодо можливостей працевлаштування осіб, які надають послуги з медіації за наймом.

По-друге, за аналогією з адвокатом медіатор, який водночас є найманим працівником на посаді, що не передбачає надання послуг з медіації, може проводити медіацію за участі юридичної особи, з якою він перебуває у трудових відносинах, за умови укладення з такою юридичною особою договору про проведення медіації з дотриманням усіх вимог Закону № 1875-IX, зокрема й щодо конфлікту інтересів. У такому випадку медіатор під час проведення медіації має статус самозайнятої особи, а не найманого працівника, що своєю чергою забезпечує дотримання принципу незалежності медіатора, визначеного статтею 7 Закону № 1875-IX.

По-третє, медіатор, який проводить медіацію індивідуально, як фізична особа, яка провадить незалежну професійну діяльність, або як фізична особа – підприємець, та який одночасно є найманим працівником на посаді, що не передбачає надання послуг з медіації, має стати на облік як самозайнята особа.

У світлі цього варто відзначити лист Державної податкової служби України (далі – ДПС України) від 16.05.2023 № 11159/7/99-00-12-01-03-07, яким надано роз'яснення щодо обліку самозайнятої особи як медіатора. Зокрема, ДПС України наголошує, що відповідно до пункту 63.5 статті 63 розділу II ПК України фізичні особи – підприємці та особи, які мають намір провадити незалежну професійну діяльність, підлягають взяттю на облік як самозайняті особи в контролюючих органах згідно з ПК України. Якщо особа бажає надавати послуги з медіації як фізична особа – підприємець, вона має зареєструватися як підприємець згідно з Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» від 15 травня 2003 року № 755-IV (далі – Закон № 755-IV). У цьому випадку взяття на облік фізичної особи – підприємця в контролюючих органах здійснюється на підставі відомостей з Єдиного державного реєстру відповідно до статті 65 розділу II ПК України без вимоги пред'явлення будь-якого свідоцтва, дозволу, сертифіката на здійснення такої діяльності. Особа, яка надаватиме послуги з медіації, обліковуватиметься як фізична особа – підприємець з відповідним

видом діяльності, наданим державним реєстратором згідно із Законом № 755-IV. Відповідно до рекомендації, наданої Державною службою статистики України, діяльність з медіації згідно з Методологічними основами та поясненнями до позицій КВЕД-2010 класифікують у позиції 74.90 «Інша професійна, наукова та технічна діяльність, н.в.і.у.», де «н.в.і.у.» означає «не віднесена до інших угруповань». Якщо особа вже знаходиться на податковому обліку як самозайнята особа та планує проводити медіацію індивідуально як фізична особа, яка провадить незалежну професійну діяльність, така особа не підлягає додатковому (окремому) взяттю на облік у контролюючому органі. У цьому випадку особі достатньо буде подати заяву (для осіб, які провадять незалежну професійну діяльність) за формою № 5-ОПП з позначкою «Зміни», у якій зазначити вид діяльності відповідно до КВЕД-2010 74.90 «Інша професійна, наукова та технічна діяльність, н.в.і.у.» [14].

Висновки. Недотримання принципу юридичної визначеності як важливої складової принципу верховенства права призводить до непослідовної правозастосовної практики, що своєю чергою порушує права, свободи та інтереси громадян. Водночас в умовах довготривалої війни в Україні та її наслідків оперативне та ефективне врегулювання конфліктів за допомогою медіації набуває особливого значення для суб'єктів господарювання, оскільки ця процедура може допомогти, з одного боку, забезпечити дотримання внутрішньокорпоративного балансу, а з іншого, сформувати імідж надійного та відповідального партнера. У зв'язку з цим критично важливим є внесення законодавчих змін до Закону № 1875-IX та Класифікатора професій у частині здійснення медіаторами своєї діяльності за наймом. Це забезпечить ясність для суб'єктів господарювання щодо можливостей працевлаштування осіб, які надають послуги з медіації, та в цілому сприятиме утвердженню ціннісного ставлення суспільства до інституту медіації як каталізатора розвитку культури свідомого спілкування та взаємодії людей.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Про медіацію: Закон України від 16 листопада 2021 року № 1875-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1875-IX#Text> (дата звернення: 28.06.2024).
2. Закон України «Про медіацію»: науково-практичний коментар / за ред. О.О. Кармази, Т.В. Федоренко, П.О. Ізюїти. Київ: Талком, 2023. 241 с. URL: https://uu.edu.ua/upload/Nauka/naukovi_vydannia/komentar_pro_mediaciju_compressed.pdf.
3. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05 липня 2012 року № 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> (дата звернення: 28.06.2024).
4. Індивідуальна податкова консультація Державної фіскальної служби України від 15.08.2017 р. № 1603/С/99-99-13-01-02-14/ІПК. URL: <https://uteka.ua/publication/news-14-ezhednevnyj-buxgalterskij-obzor-39-ob-otdelnyx-voprosax-osushhestvleniya-nezavisimoj-professionalnoj-deyatelnosti> (дата звернення: 28.06.2024).
5. Про затвердження роз'яснення щодо можливості представництва юридичної особи адвокатом, який працює в ній за трудовим договором: Рішення Ради адвокатів України від 16 листопада 2017 року № 254. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2017-11-16-r-shennya-rau-254_5a449c10284ee.pdf (дата звернення: 28.06.2024).
6. Про затвердження роз'яснення щодо підстав для здійснення адвокатської діяльності: Рішення Ради адвокатів України від 15 жовтня 2020 року № 98. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2020-10-15-r-shennya-rau-98_5fa27e2264efc.pdf (дата звернення: 28.06.2024).
7. Постанова Верховного Суду від 09.07.2020 № 826/15943/17. URL: https://verdictum.ligakon.net/document/90300211?utm_source=biz.ligakon.net&utm_medium=news&utm_content=bizpress05 (дата звернення: 28.06.2024).
8. Коли адвокат повинен ставати на облік у контролюючому органі як особа, що здійснює незалежну професійну діяльність? *Головне управління Державної податкової служби в Одеській області*: вебсайт. URL: <https://od.tax.gov.ua/media-ark/local-news/732875.html> (дата звернення: 28.06.2024).
9. Чи необхідно адвокату ставати на облік в контролюючому органі як особі, що здійснює незалежну професійну діяльність, у випадку коли він перебуває у трудових відносинах з роботодавцем? *Головне управління Державної податкової служби в Івано-Франківській області*: вебсайт. URL: <https://if.tax.gov.ua/media-ark/news-ark/489417.html> (дата звернення: 28.06.2024).
10. Постанова Верховного Суду від 27.05.2020 № 500/576/19. URL: <https://verdictum.ligakon.net/document/89488836> (дата звернення: 28.06.2024).
11. Про внесення змін до Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на за-

- гальнообов'язкове державне соціальне страхування» щодо усунення дискримінації за колом платників: Закон України від 13 травня 2020 року № 592-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/592-IX#Text> (дата звернення: 28.06.2024).
12. Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування: Закон України від 08 липня 2010 року № 2464-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2464-17-n85> <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2464-17#Text> (дата звернення: 28.06.2024).
13. Класифікатор професій ДК 003:2010 : затв. наказом Держспоживстандарту України від 28 липня 2010 р. № 327. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/va327609-10#Text> (дата звернення: 28.06.2024).
14. Лист Державної податкової служби України від 16.05.2023 № 11159/7/99-00-12-01-03-07. URL: <https://tax.gov.ua/zakonodavstvo/podatkove-zakonodavstvo/listi-dps/78294.html> (дата звернення: 28.06.2024).