

Автономная некоммерческая организация
«Научно-методический центр медиации и права»



CODE OF CONDUCT

Европейский кодекс поведения для медиаторов

Европейский кодекс поведения для медиаторов был разработан инициативной группой практикующих посредников при поддержке Европейской Комиссии, и принят на конференции в Брюсселе 2 июня 2004 года. Его перевод на русский язык осуществлен Научно-методическим центром медиации и права, и прошел экспертизу правового управления ГД РФ. Данный документ может быть взят за основу при разработке отечественного кодекса поведения для медиаторов.

Настоящий кодекс поведения определяет ряд принципов, придерживаться которых медиаторы обязуются добровольно под свою ответственность. Кодекс разработан для всех видов медиации по гражданским и коммерческим делам.

Организации, предоставляющие услуги медиации, также могут брать на себя указанные обязательства, требуя от медиаторов, действующих под эгидой этих организаций, соблюдать кодекс. Организации имеют возможность предоставлять информацию о мерах, принимаемых ими для обеспечения соблюдения кодекса медиаторами посредством, например, обучения, оценки и мониторинга.

Для целей данного кодекса медиация определяется как любой процесс, при котором две и более стороны соглашаются на привлечение третьей стороны (далее «медиатора») для оказания им помощи при разрешении их спора путём достижения согласия без судебного решения независимо от того, как этот процесс может называться или характеризоваться в общепринятом смысле в каждой из стран-членов.

Ссылки на кодекс не затрагивают действие национального законодательства или правил, регулирующих отдельные сферы деятельности.

Организации, предоставляющие услуги медиации, могут разрабатывать более подробные кодексы, применяемые к конкретному контексту или к видам предлагаемых ими услуг медиации, а также к конкретным сферам, таким как, например медиация в семейных делах или в сфере потребления.

1. КОМПЕТЕНТНОСТЬ И НАЗНАЧЕНИЕ МЕДИАТОРА

1.1 Компетентность медиатора

Медиаторы должны быть компетентными и иметь необходимые знания в сфере медиации. Важными факторами являются надлежащее обучение и постоянное совершенствование их теоретических и практических навыков в области медиации с учётом всех относящихся к этому стандартов или требований, связанных с их аккредитацией.

1.2 Назначение медиатора

Медиатор обсуждает со сторонами приемлемые даты проведения медиации. Медиатор прежде чем принять предложение выступить в качестве медиатора, должен убедиться в том, что он имеет достаточный опыт работы и компетентность для проведения медиации, и, по требованию сторон, предоставить им информацию о своей предыдущей деятельности и об имеющемся опыте работы.

1.3 Рекламирование медиаторами своих услуг

Медиаторы вправе рекламировать свою деятельность профессиональным, правдивым и достойным образом.

2. НЕЗАВИСИМОСТЬ И БЕСПРИСТРАСТНОСТЬ

2.1 Независимость и нейтралитет

Медиатор не вправе действовать или, если он начал действовать, продолжать действовать, без выяснения предварительно всех обстоятельств, которые могут или могли бы повлиять на его независимость или вызвать конфликт интересов. Обязанность выяснения таких обстоятельств является постоянным требованием на протяжении всего процесса медиации.

К таким обстоятельствам относятся:

- любые личные или деловые отношения с одной из сторон,
- любая, будь то прямая или косвенная, финансовая либо иная заинтересованность в результатах медиации,
- предыдущая деятельность медиатора или кого-либо из его компании, предприятия в любом ином качестве, кроме медиатора, в пользу одной из сторон.

- В таких случаях медиатор может согласиться на проведение медиации или продолжить проведение медиации только, если он уверен в своей способности осуществлять медиацию с соблюдением полной независимости и нейтралитета, обеспечивающих полную объективность, и при определенно выраженном согласии сторон.

2.2. Беспристрастность

Медиатор всегда должен действовать абсолютно объективно по отношению к каждой из сторон и стремиться быть воспринятым как действующий и стремящийся предоставлять услуги каждой из сторон относительно того, что касается медиации одинаковым образом, с уважением к процессу медиации.

3. СОГЛАШЕНИЕ О ПРОВЕДЕНИИ МЕДИАЦИИ, ПРОЦЕСС, УРЕГУЛИРОВАНИЕ СПОРА И ВОЗНАГРАЖДЕНИЕ

3.1. Процедура

Медиатор должен убедиться в том, что стороны понимают особенности процесса медиации и роль медиатора и сторон в этом процессе.

В частности, медиатор должен перед принятием на себя обязательств по проведению медиации убедиться в том, что стороны поняли условия и положения соглашения о проведении медиации, включая, в частности, все положения, касающиеся обязательств медиатора и сторон в отношении конфиденциальности, и выразили свое согласие с этими условиями и положениями.

По требованию сторон соглашение о проведении медиации заключается в письменной форме.

Медиатор должен проводить процедуру надлежащим образом, принимая во внимание обстоятельства дела, в том числе возможный дисбаланс сил и нормы права, возможные пожелания сторон и необходимость быстрого урегулирования спора. Стороны полностью свободны в отношении выражения согласия с медиатором – со ссылкой на правила или иным образом с теми методами, которые должны использоваться при проведении медиации.

Медиатор, если он считает это целесообразным, может заслушивать стороны по отдельности.

3.2. Честность процесса

Медиатор, если он считает это целесообразным, может, проинформировав стороны, прекратить процедуру медиации в случае если:

- он, с учётом обстоятельств дела и своей компетенции, считает, что намечающееся соглашение является невыполнимым или незаконным,
- он считает, что продолжение процедуры медиации вряд ли приведёт к положительному результату.

3.3. Окончание процесса

Медиатор должен принимать все соответствующие меры к тому, чтобы взаимопонимание достигалось всеми сторонами на основе осознанной информации и согласия, и чтобы все стороны понимали условия соглашения.

Стороны вправе отказаться от продолжения процедуры медиации в любой момент без объяснения причин.

Медиатор по требованию сторон и в пределах своей компетенции может информировать стороны о том, как они могут оформить соглашение, и о возможностях по обеспечению исполнения соглашения.

3.4. Вознаграждение

В случаях, если это не сделано заранее, медиатор должен в каждом случае предоставлять сторонам полную информацию о способе его вознаграждения, который он имеет в виду. Медиатор не должен соглашаться на проведение медиации до получения согласия всех заинтересованных сторон на соответствующее вознаграждение.

4. КОНФИДЕНЦИАЛЬНОСТЬ

Медиатор должен хранить в качестве конфиденциальной всю информацию, полученную в процессе проведения медиации или связанную с ней, включая факт, что медиация будет проведена или уже имела место, за исключением случаев, если это связано с требованиями закона или основ общественной политики. Любая информация, доведённая конфиденциально до сведения медиатора одной из сторон, не должна доводиться им до сведения другой стороны, за исключением случаев, если на это имеется согласие другой стороны или этого требует закон.

ОСНОВЫ МЕДИАЦИИ (ПОСРЕДНИЧЕСТВА) КАК ПРОЦЕДУРЫ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ

Предлагаемые вашему вниманию Основы медиации, разработанные Научно-методическим центром медиации и права, являются попыткой создания универсальной модели проведения процедуры медиации (посредничества) при разрешении споров и конфликтов, которая бы отражала основополагающие принципы медиативного подхода, отличающие его от других альтернативных методов разрешения споров. Формирование подобных базовых правил особенно важно на начальном этапе внедрения медиации(посредничества) в российскую правовую культуру в условиях недостаточной информированности о нем потребителей данной «услуги» (то есть всего населения в целом) и самих потенциальных медиаторов (представителей различных профессиональных групп).

ОСНОВОПОЛАГАЮЩИЕ ПРИНЦИПЫ МЕДИАЦИИ (ПОСРЕДНИЧЕСТВА)

Медиация (посредничество) – это путь к осмысленному взаимоприемлемому решению, основанному на консенсусе между сторонами, вовлеченными в спор. Медиация представляет собой форму участия нейтрального лица – медиатора (посредника) в процедуре разрешения спора. Роль медиатора как беспристрастной третьей стороны заключается в содействии сторонам, добровольно участвующим в процедуре медиации (посредничества), при выработке взаимоприемлемого и жизнеспособного решения. Это решение должно служить обоюдному удовлетворению спорящих сторон. При успешном исходе медиации нет ни победителей, ни побежденных, выигрывают все стороны, вовлеченные в спор.

Следует подчеркнуть: процесс медиации характеризуется тем, что именно сами стороны, вовлеченные в спор, добровольно участвуя в процедуре медиации, вырабатывают возможные варианты решения проблемы. Медиатор не принимает, не выносит и не навязывает им никаких готовых решений. Он лишь ведет и направляет процесс взаимодействия сторон, создавая условия для лучшего понимания спорящими как самих себя, так и друг друга. Именно это и является одним из необходимых условий для выработки взаимоприемлемого, взаимовыгодного, отражающего реальность, жизнеспособного решения.

Причиной обращения к медиации является спор, конфликт. Но от характера конфликта во многом зависит применимость к нему метода медиации. Поэтому сначала нужно оценить, применима ли к этому конкретному случаю медиация как наиболее эффективный метод разрешения спора.

Следует выделить критерии, по которым случаи могут быть отнесены к тому или иному способу разрешения споров, в зависимости от его процессуальной компетенции. Это позволит более четко отличать случаи, в которых наивысшей процессуальной компетенцией обладает медиация или другие процедуры альтернативно разрешения споров (АРС), от случаев, которые

необходимо или предпочтительнее поручить судам (либо использовать сочетанную процедуру рассмотрения спора).

Методы АРС, в особенности медиация, наиболее применимы в случаях, когда:

- в фокусе интересов спорящих сторон находятся не правовые претензии, связанные с прошлым, а будущие интересы участников конфликта и возможность сохранения нормальных партнерских отношений в перспективе (после развода, в бизнесе и т.д.);
- речь идет о длительных, значимых отношениях (например, при последствиях развода, когда затронуты интересы детей, или при длительных деловых отношениях);
- на ситуацию оказывают сильное влияние личные отношения и эмоциональная сторона конфликта (как, например, при разногласиях между акционерами); стороны предпочитают сохранить полную конфиденциальность (судебные процессы, как правило, публичны);
- необходимо выработать всеобъемлющее генеральное решение, а правовой спор охватывает (или может охватить) лишь часть проблемы;
- имеют место сложные случаи, которые не могут быть разрешены в интересах обеих сторон (либо могут быть разрешены неудовлетворительно) с помощью права с его бинарным конструктом «да/нет».

Здесь встает вопрос о границах применимости медиации, другими словами, вопрос о том, при каких условиях она является уместной процедурой, а при каких – нет. Говоря об уместности медиации, в первую очередь необходимо помнить о равенстве сторон. Там, где у участников отсутствует хотя бы приблизительное равенство сил, надлежащее примирение интересов без нанесения ущерба одной из сторон (слабой стороне) не может быть обеспечено с помощью медиации. Медиация неуместна там, где «слабый» защищен законом, и при этом не может должным образом выразить себя вне правового процесса. В этом случае «слабому» необходим защитник, адвокат, который будет защищать его права и интересы в суде. Если не соблюдать эти границы применимости, медиация и процедуры АРС могут быть использованы со злоупотреблением, и приводить к несправедливости.

Альтернативное разрешение споров (АРС) также неуместно (и ему следует предпочесть судебную процедуру) в следующих случаях:

- если императивное право, с достаточными на то основаниями, сильно ограничивает дееспособность сторон; при необходимости руководящего решения, когда общественность заинтересована в использовании права или в его развитии;
- при необходимости однозначного решения;
- при необходимости быстрого, подлежащего исполнению решения или временной гарантии.

Медиация возможна лишь тогда, когда участники конфликта готовы сотрудничать в процессе работы над разрешением конфликтной ситуации и, таким образом, для них сохраняется возможность дальнейших отношений и партнерства. Иными словами, одной из главных предпосылок для медиации является воля сторон к мирному разрешению спора и добровольность их участия в процедуре медиации.

В медиации вместо поиска судебных решений идет выработка решений при условии сотрудничества сторон. Если в судебной процедуре право применяется, то в медиации оно используется.

В медиации выдвигаются на передний план интересы сторон, причем выявляются истинные различия интересов и обозначается их возможная общность. Идет создание условий для нахождения такой формы взаимоотношений, которая позволила бы конфликтующие стороны превратить в сотрудничающие. Это отчасти достигается уже самим их участием в процедуре медиации, что позволяет осознать возможности и преимущества сотрудничества, партнерских отношений. Несмотря на существующие в данный момент трудности и кажущиеся неразрешимыми разногласия, у сторон есть возможность сохранить партнерские отношения, и даже найти новую форму сотрудничества. И медиация нацелена именно на формирование таких партнерских отношений и на будущее сотрудничество между спорящими сторонами.

В отличие от судебного решения, не каждая медиация приводит к результату в смысле полного разрешения конфликтной ситуации. Но когда

такой результат все-таки достигнут, он значительно более прочен, чем решение суда. Медиация позволяет рассмотреть конфликт во всем многообразии его аспектов, и выработать решения, отражающее истинное положение вещей, а потому реалистичное, выполнимое, т.е. жизнеспособное.

Медиация позволяет достичь результатов, при реализации которых обе спорящих стороны могут сохранить репутацию (избежать публичной огласки).

Одним из основополагающих принципов медиации является полная конфиденциальность.

Медиация требует от участников значительно большей вовлеченности, нежели судебный процесс. Им вверяется право самостоятельно отстаивать свои интересы и при этом предлагается принять тот факт, что другой имеет право на противоположные интересы и мнения. За результат, которого партнеры по конфликту добились сообща, несут ответственность только они сами. То есть они не могут, как обычно бывает, переложить ответственность за непродуктивные переговоры или неправильные решения на других (на судей, адвокатов или третейских судей).

Одной из основных особенностей и важнейшим принципом медиации является толерантность. Принцип толерантности в медиативном подходе подразумевает не только принятие сторонами друг друга, но и принятие права каждой из сторон на отстаивание собственных интересов (но не в ущерб интересам другой стороны).

В ходе процесса медиации внимание спорящих не заостряется на изучении прошлой ситуации с целью определить, кто виноват в возникновении конфликта. Скорее, здесь задается вопрос о том, как должно выглядеть будущее взаимодействие сегодняшних спорщиков. Вырабатываются ориентированные на будущее решения, которые приемлемы для обеих сторон. Только так можно достичь результата, при котором нет проигравших и побежденных. Таким образом, медиацию можно назвать методом разрешения споров с результатом «win-win».

Итак, медиация – это альтернативный метод разрешения спора при участии третьей беспристрастной нейтральной стороны, медиатора (посредника),

оказывающей содействие сторонам, вовлеченным в спор, и добровольно участвующим в процедуре медиации, с целью выработки взаимоприемлемого и жизнеспособного решения по разрешению спора, на условиях взаимного уважения и принятия права каждой из сторон защищать свои интересы.

И хотя медиации даются самые различные определения, все они сходятся в том, что третья сторона поддерживает партнеров по конфликту в поиске совместного решения. Но на то, как медиатор должен исполнять эту роль, существуют различные точки зрения. Ограничивается ли медиатор поддержкой сторон в самостоятельном поиске решения или он вносит в процесс медиации собственную оценку проблемы, при случае делая свои предложения? В последнем случае медиация приближается к примирительной процедуре, которой как раз свойственна оценка и предложение решений. При этом такая оценивающая позиция медиатора, предлагающего свои решения, все еще называется медиацией. Но ни «пассивный», ни «активный» вариант тактики при медиации не должен считаться лучше или хуже. Важно, чтобы медиатор осознавал свою позицию и выбор в пользу той или иной формы вмешательства.

Медиатор решает, будет ли он проводить отдельные встречи с участниками спора, т.н. «коко-синг». При этом не следует забывать, что позиция медиатора и методика ведения процедуры может меняться вследствие таких отдельных бесед со сторонами. И основное правило этих бесед – передавать дальше только ту информацию, которая была свободно предоставлена одной или другой стороной. В этом случае медиатор оказывается единственным человеком, обладающим информацией о том, что движет участниками конфликта на самом деле. Действительно благодаря отдельным беседам со сторонами он становится обладателем уникальной информации, позволяющей составить наиболее полное представление о сути конфликта, о мотивах движущих сторонами, что дает ему возможность выдвигать более эффективные варианты решений по существу спора.

В зависимости от сферы, к которой относится рассматриваемый спор, можно условно выделить следующие разновидности ведения процедуры медиации:

«Оказание услуги», когда главная цель – как можно быстрее достичь согласия. При этой форме процедуры медиации, эмоциональная сторона спора по возможности игнорируется. Но здесь возникает риск, что ради лежащего на поверхности прагматичного соглашения придется отказаться от анализа непосредственных причин конфликта, и тем самым мы ограничиваем возможности сторон для принятия самостоятельного, полностью осознанного решения по разрешению конфликта.

«Доступ к справедливости», когда медиация рассматривается как неофициальная и более доступная процедура (доступная в первую очередь для тех групп населения, которые в силу своего положения часто оказываются обделенными). Благодаря медиации удается преодолеть влияние невыгодного положения более «слабых» участников, возникающее из-за дисбаланса сил, и позволить им защитить свои права. Эта процедура нейтральна по отношению к самоопределению. Именно по этой причине она может привести в случаях неравного распределения власти к результатам в пользу социально более слабой стороны.

«Примирение», когда основная цель – именно примирение сторон. Но в случаях, когда примирение рассматривается как необходимость, стороны испытывают на себе давление, которое может помешать им самостоятельно найти взаимовыгодное решение. Если же примирение означает не примирение любой ценой, а признание точки зрения и аргументов другой стороны, это может особым образом способствовать самоопределению сторон и выработке взаимоприемлемого решения.

«Социальное преобразование» – в том случае, когда мы имеем дело с конкретным конфликтом, вызвавшим общественную дискуссию с последующими изменениями и преобразованиями в обществе. Если привлечение общественного уровня разрешения конфликта предлагается сторонам лишь в качестве стимула к размышлениям, такое предложение может содействовать их самоопределению.

«Индивидуальная автономность», когда основная цель – посредством медиации содей-

ствовать конфликтующим сторонам в проявлении большей самостоятельности в поиске путей разрешения конфликта. Эта цель подразумевает осуществление принципа автономности. Наиболее эффективна данная форма в тех случаях, когда противостоящие друг другу стороны равно сильны. Поиск взаимопонимания происходит за счет использования определенных форм коммуникации, позволяющих выявить непосредственные интересы каждой стороны. И здесь, если согласие не достигнуто, особый вес в качестве альтернативы медиации приобретает право.

В зависимости от формы вмешательства, и от того, как медиатор ведет процедуру в медиации, различают две основных стратегии:

Содействующая медиация: медиатор является катализатором диалога между участниками. Он лишь следит за соблюдением регламента и за структурой процесса.

Оценочная медиация: медиатор влияет на процесс медиации, оценивая происходящее, а при определенных обстоятельствах и оказывает влияние на результат диалога, при необходимости предлагая свои варианты разрешения конфликта.

Различают следующие роли медиаторов в ведении процесса медиации:

Медиатор как «председатель» (chairman): он только регулирует процедуру и не оказывает никакого влияния на содержание медиации.

Медиатор как «формулировщик», (enunciator): своим участием он расширяет информационную и аргументационную базу участников, используя свои профессиональные знания и навыки.

Медиатор как «подсказчик» (prompter): он пытается не только направлять процесс, но и координировать его содержание.

Медиатор как «оценщик» (evaluator): здесь он действует, например, как «агент реальности», вскрывая нереалистичные ожидания сторон, давая свою оценку ситуации.

Медиатор как «лидер» (leader): здесь медиатор вносит свои предложения по решению вопроса.

Необходимо помнить, что на практике по ходу процедуры медиации эти роли постоянно перемежаются и сочетаются друг с другом.

Какими же качествами должен обладать медиатор, чтобы успешно справляться со столь разнообразными ролями? Здесь нужно остановиться на некоторых вопросах, связанных с профессиональной этикой и компетентностью медиатора. (подробно вопросы профессиональной этики и поведения медиатора освещены в принятом Европейским Советом Кодексе медиатора (Code Of Conduct), также публикуемом нами в данном приложении ниже.

Еще раз повторим: медиация – это четко структурированный метод посредничества в разрешении спора, где третья сторона – посредник-медиатор – сохраняет нейтральность. Цель медиации – содействовать способности участников спора разрешить свой конфликт самостоятельно, к взаимному согласию и к обоюдной пользе. Эффективность этого процесса может быть увеличена за счет техники медиации, способности к кооперации и коммуникации, а также за счет целенаправленных действий, ориентированных на будущее.

Роль медиатора состоит, с одной стороны, в том, чтобы следить за общими правилами (регламентом), которые обычно вырабатываются сторонами до начала процесса медиации, и, с другой стороны, сделать «невывыказанное» осознаваемым сторонами и обсуждаемым, за счет своих стараний обнаружить и сделать прозрачными специфические, постоянно встречающиеся дисфункциональные модели коммуникации участников.

Для того чтобы действовать в качестве медиатора, необходимо уметь принимать и признавать других людей в их индивидуальных проявлениях, при этом медиатор вовсе не обязан ни разделять их мнения, ни одобрять их поведение.

Работа медиатора должна отвечать следующим критериям:

1. Беспристрастность

Цель медиатора – поддерживать обоих партнеров по конфликту и оставаться «нейтральным». Медиатор не занимает выраженной позиции в отношении какой-либо из сторон, не играет роль третейского судьи. Медиатор старается сохранить нейтральную позицию, побуждая других участников к высказыванию своих мнений и ощущений на протяжении всего процесса медиации. Здесь важна справедливость, а также обеспечение всем участникам равных возможностей для высказывания своей точки зрения, позиции, интересов, мотивов и пожеланий.

2. Принятие участников

Это способность принимать другого человека с его сильными и слабыми сторонами.

3. Признание

Медиатор не только принимает человека, но и показывает ему, что ценит его, уважает и считается с его мнением. Из этого следует, что с обеими сторонами в споре нужно говорить достойно и уважительно. Им должна быть предложена возможность поочередно высказать свою точку зрения, которая непременно будет воспринята и принята во внимание.

4. Поддержка

Всем людям необходима поддержка. Медиатор должен уметь, сохраняя нейтральность, поддерживать обе стороны, чтобы они могли высказать свои мнения.

Есть также ряд общих для всех участников процедуры условий, необходимых для обеспечения успеха процесса медиации:

- уважение и терпимость, способность слушать и допускать другие точки зрения, отличные от собственных;
- исключение оскорблений, любых насильственных форм общения;
- добровольность;
- готовность к сотрудничеству и личная ответственность;
- конфиденциальность и неразглашение информации третьим лицам;
- открытость и честность по отношению друг к другу в том, что касается содержания конфликта; соблюдение договоренностей и претворение их в жизнь.

Благодаря выполнению этих условий появляется возможность:

- выслушать также и другую сторону, принять к сведению различные точки зрения;
- посмотреть на конфликт со стороны (посколькy часто «за деревьями не видно леса»);
- ясно понять, в чем, собственно, состоит конфликт, какие аспекты важно каждому урегулировать и что нуждается в улучшении;
- в итоге выработать совершенно новую позицию и найти творческие подходы к разрешению спора.

Личные качества и мотивация, которыми должны обладать участники для обеспечения эффективности процесса медиации:

- Медиация – это процесс, основанный на добровольности. Важно хотеть в нем участвовать и уже после первой встречи иметь надежду на успешное его завершение.
- Все участники должны быть заинтересованы в разрешении спора мирным путем. Они должны быть также готовы работать над поиском решения и проявлять гибкость.
- Между участниками не должно быть существенных различий в объеме имеющейся у них власти. Они должны быть честны во всем, что касается предмета спора.
- Все участники должны быть в состоянии выразить свои интересы и потребности, а также получить для этого равные возможности.
- Важно выделить достаточное количество времени для выработки удовлетворяющего обе стороны способа разрешения спора. Участникам нужно уметь проявлять терпение и толерантность в поиске нестандартных решений.
- Тяжелые психические заболевания и связанные с ними ограничения являются достаточным поводом для недопущения к процессу медиации или для отстранения от него.

НЕКОТОРЫЕ БАЗОВЫЕ УСЛОВИЯ ПРОЦЕССА МЕДИАЦИИ

Во время медиации судебный процесс должен быть приостановлен. Всем ответственным адвокатам и иным лицам, занятым в процессе, должно быть предписано приостановить подачу исков и производство по делу на время ведения медиации.

Вся необходимая и существенная информация открыто излагается участвующими в споре сторонами. Ценность и действенность заключительного соглашения в медиации часто зависит от того, насколько полно была изначально представлена вся существенная и важная информация.

Информация, полученная в ходе медиации, не должна использоваться вне собственно процесса медиации. В случае передачи дела в суд ввиду неспешности медиации медиатор не может давать показания в суде против кого-либо из участников.

Физические и психические угрозы ведут к прекращению медиации. Тон разговора также не должен допускать никакого сомнения в принципиальном уважении участников друг к другу.

В разговоре с медиатором каждый участник имеет право получить, а медиатор обязан предоставить сам, либо прибегая к помощи юристов, информацию о том, какие интересы и потребности были бы удовлетворены при обычном отправлении правосудия, и какие юридические последствия будут иметь их решения.

Каждый из участников медиации имеет право в любой момент прекратить процесс медиации.

На протяжении всего процесса медиации стороны ведут переговоры вместе, при общем участии. Индивидуальные встречи проводятся лишь с ведома и при наличии согласия всех участников.

Все эти условия направлены на максимальное использование преимуществ медиации (посредничества), и их выполнение всеми участниками во многом стимулируется той выгодой, которую они получают, включаясь в этот процесс. Такая выгода должна быть очевидна для всех, и, прежде чем диктовать участникам перечисленные выше условия, следует обрисовать те преимущества, которые они получают, согласившись принять участие в медиации:

- Они могут самостоятельно определять затраты времени и средств на процесс разрешения спора;
- Они получают полный контроль за процедурой разрешения спора;

- Они получают возможность найти именно те решения, которые подходят для данного конкретного случая, и отвечают реалиям;

- Найденное решение будет принадлежать именно им, а, следовательно, оно будет качественно превосходить в их глазах любое решение «со стороны».

РОЛЬ ПРАВА В МЕДИАЦИИ

Различение медиации, основанной на праве, и медиации, основанной на интересах, восходит к Ф. Зандеру. Так, медиация осуществляется либо как соглашение в рамках интерпретации права, либо на основе интересов. Первая из вышеназванных форм часто связана со способом урегулирования конфликта, ориентированным на право. Здесь, как при судебных и арбитражных решениях, происходит применение права. Вопрос о роли права в медиации возникает, когда медиация понимается как форма, определяемая интересами партнеров по конфликту. В этом случае право не применяется, а используется.

В этом смысле нельзя в основу решения в качестве масштаба ставить право, основанное на законодательных актах. Но это право может оказаться во многом полезным при составлении договора. Прежде всего, следующим образом:

Статутное право устанавливает границы договора, в то время как ни один договор не может нарушать императивное право или нравственные нормы.

Становится возможным сравнить найденный результат с тем, который возможен с точки зрения права (проверка справедливости).

В случае, если в результате медиации стороны не придут к согласию, право определяет границы выхода из процедуры медиации.

Право может быть востребовано с точки зрения своего идейного богатства. Иными словами, оно может помочь лучше сформулировать собственные интересы как основу общего решения. При этом рекомендуется обращаться к принципам, которые лежат в основе законов.

Прежде предпочтительно проверить правовые нормы с точки зрения того, в какой степени они дают преимущества обеим сторонам (например, пособие для найма жилья, меры по трудоустройству, налоговые льготы).

Каждый должен знать, от каких правовых притязаний он в данном случае отказывается, и что он вместо этого приобретает. Пока это не ясно, медиация как осведомленный консенсус невозможна.

Наконец, для правового оформления договора могут быть востребованы все традиционные правовые конструкции, а также эмпирические данные из типичных для договоров формулировок.

Таким образом, в медиации право не «выносится за скобки», а активно используется. Понимание использования законов изменяется вследствие перемещения ответственности. Закон, в данном случае, не предписывает, а предлагает рамки при формировании собственных вариантов разрешения конфликта. Медиация как метод использует предоставляемое законом пространство для действия, чтобы прийти к договоренности, которая является максимально выгодной для всех участников. Если учитывать описанную смену функций, то в процессе медиации, казалось бы, нет смысла в том, чтобы медиатор давал юридическую консультацию в традиционном понимании, т.е. советовал, как при помощи законов добиться наиболее выгодного решения вопроса.

Но именно потому, что медиация законы не применяет, а использует как инструмент, юридическая консультация в медиации в первую очередь означает правовые разъяснения применительно к данному случаю. Эти разъяснения очень важны для участников спора и преследуют, по сути, тройную цель:

Консультирование с разъяснениями относительно правового положения, с изложением возможностей интерпретации, анализа риска, включая прогноз процесса с различением императивных и наличествующих норм, с целью проверки эффективности договора, а именно того, является ли он справедливым также с учетом

закона, или следует предпочесть судебное разбирательство как альтернативу для тех случаев, когда согласие не достигнуто.

Юридические разъяснения при формировании воли партнеров по конфликту с целью оказать им поддержку при представлении ими своих интересов, дать возможность воспользоваться мудростью законов в соответствии с их основами, принципами и задачами применительно к формированию интересов, а также использовать другие представленные возможности применения права в процессе медиации.

Юридические разъяснения касательно составления договора, т.е. о том, как соглашение должно быть переведено на специальный юридический язык, включая размышления о последствиях, планировании риска договора, установленную законом форму и правовую обязательность.

Говоря о медиации (посредничестве) нельзя не коснуться роли адвоката в этом процессе.

В рамках медиации адвокаты могут выступать в двух ролях – они являются либо медиаторами процесса, либо адвокатами той или иной стороны. Адвокат имеет право консультировать стороны с изначально различными интересами, если это консультирование происходит в интересах обеих сторон и с целью достижения согласия между ними. Адвокат ни в коем случае не может выступать медиатором в процессе медиации, если до этого он выступал защитником одной из сторон, а также защищать интересы одной из сторон, после неудавшегося процесса медиации, в котором он выступал в роли медиатора. В случае, если адвокат не сам выступает в роли медиатора, а является медиатором-напарником (co-mediator) в рамках медиационного процесса или привлекается в качестве адвоката, консультирующего обе стороны, с целью исключения ситуации, когда легкая заинтересованность ставит под сомнение независимость, беспристрастность посредничества, медиатор как адвокат обязан раскрыть деловые и личные отношения, которые могут сказаться на нейтральности его позиции в процессе. Если его нейтральность поставлена под сомнение, адвокат-медиатор выхо-

дит из медиации, как и любой другой медиатор в подобной ситуации.

Важнейшим условием для ведения процедуры медиации является возможность раскрытия обстоятельств, существенных для принятия решения по рассматриваемому спору, т.к. по сути самой медиации стороны сами несут ответственность за достижение ими согласия, а это возможно лишь на основе владения всей полнотой информации и осознания последствий своего решения. В случае неудачной медиации (или медиации, в которой, возможно, одна из сторон участвовала лишь по тактическим соображениям или для вида) для другой стороны это может означать правовой ущерб. Поэтому необходимо, чтобы медиатор в самом начале знакомил стороны с основными правилами и принципами процесса медиации.

Одним из самых значимых основных правил медиации является то, что медиатор обязан сохранять конфиденциальность в отношении третьих лиц. Это является составной частью всех опубликованных в мире стандартов медиации и в этом смысле является прочной составной частью профессиональной этики медиатора. Это же правило является неотъемлемой частью профессиональной этики адвоката. Обязанность соблюдать конфиденциальность относится ко всем медиаторам, независимо от их основной профессии, во всяком случае – в области семейной и экономической медиации. Тем самым профессия медиатора относится к группе профессий, имеющих особое положение, облеченное доверием.

Возможно, адвокат потому предпочтителен в качестве медиатора среди различных основных профессий, что он обладает юридическими знаниями. Соответственно, от адвоката в связи с его профессиональным положением требуется подробно проинформировать обе стороны об их правах и обязанностях. Эти юридические разъяснения в корне отличаются от консультирования адвокатом своего клиента, в ходе которого высказываются рекомендации на основе субъективных требований. Подобное консультирование по сути самой медиации запрещается адвокату, выступающему в качестве медиатора. Это ограничение необходимо, поскольку адвокат

консультирует обе стороны. При юридических разъяснениях способность адвоката к самоанализу оказывается в особой степени востребованной. С точки зрения своей специализации, как адвокат, он привык понижать законы в их предписывающей функции. В медиации от него требуется занять отстраненную позицию в отношении права, чтобы усвоить существующие нормы (например, закон, регулирующий оказание материальной помощи) с точки зрения их предложения, чтобы право могло быть понято как *responsive law*, как «реагирующее право». Именно это является той точкой, где должны оказаться партнеры по конфликту, чтобы иметь возможность использовать право со всем его богатством для отстаивания своих интересов и достижения взаимоприемлемого соглашения.

Сторонам спора, участвующим в процедуре медиации должно быть рекомендовано, самое позднее перед заключением соглашения, проконсультироваться со своим адвокатом. Односторонняя юридическая консультация гарантирует полную осведомленность участников конфликта в отношении их законных прав и обязанностей. В доверительной обстановке односторонней адвокатской консультации собственный интерес может быть полностью раскрыт на фоне правового нормирования. В любом случае процедурой медиации не должно быть упущено ничего из того, что принято в традиционном процессе. В частности, в медиации также должен быть гарантирован уровень договорной практики, т.е. правовое качество. Консультация адвоката одновременно помогает уравновесить соотношение сил между сторонами. Правда, эта юридическая консультация тем отличается от традиционного образа действий в свете приведенного выше описания юридической консультации в контексте медиации, что ее цель направлена не на прогнозирование правового спора и представление интересов перед судом или третьей стороной, а на нахождение взаимоприемлемого решения в рамках медиации. Естественно, такое консультирование должно следовать логике процесса медиации.

В отличие от медиатора-адвоката, адвокат, консультирующий одну из сторон, имеет право затем представлять интересы своего клиента

в судебном процессе, например, в бракоразводном процессе. Ведь он консультировал только одну сторону. Поэтому для него не стоит вопрос о недобросовестном отношении к своему клиенту или о запретах, содержащихся в нормах права, регулирующих адвокатскую деятельность. Если медиация не приведет к соглашению, он должен подробно обсудить со своим клиентом, в какой степени информация, которая стала известна его клиенту в процессе медиации, должна быть введена в тяжёбный процесс.

Если медиация проводится представителями других профессиональных групп, адвокат, защищающий интересы одной из сторон, должен, наряду с правовым консультированием клиента, облечь договоренность сторон в обязательную с правовой точки зрения форму. Это касается любых ситуаций, когда конфликтующие стороны стремятся к тому, чтобы достигнутое ими решение имело обязательную силу.

ПРОЦЕДУРА МЕДИАЦИИ (ПОСРЕДНИЧЕСТВА) И ЕЕ ФАЗЫ

В разных школах процедуру медиации делят на различное количество фаз (от трех до пяти). Для того, чтобы наиболее полно описать процесс, мы остановились на пятифазном делении, наиболее полно отражающем процесс медиации (посредничества).

Эти пять фаз в целом характеризуют развитие процесса медиации. В то время, как первый и последний этап – «contracting, заключение договора о медиации» и «concluding, заключение соглашения по результатам медиации» – чётко проявляются в начале и в конце процесса, промежуточные этапы имеют тенденцию пересекаться, перемежаться и повторяться.

Во всех фазах медиации есть три области, на которых должен концентрироваться медиатор, и в которых должен проявляться его профессионализм.

Это область взаимодействия со сторонами процесса, область ведения самого процесса, и область работы с содержанием разрешаемого спора.

I. Заключение договора о медиации

На этом этапе у медиатора четыре принципиальные цели:

(1) формирование условий, благоприятных для ведения процедуры медиации, установка контакта между участниками;

(2) разъяснение сторонам сути процесса медиации и его основополагающих принципов;

(3) прояснение добровольности намерения и способности сторон участвовать в процедуре медиации;

(4) согласование основных правил по ведению процедуры, выработка регламента.

Договор о медиации (он может быть заключен как в письменной, так и в устной форме) должен отражать условия, в которых и на которых будет проводиться процедура медиации, ее регламент (необходимо пояснить, что регламент в процессе медиации по согласованию сторон может меняться). На подготовительном этапе, после утверждения кандидатуры медиатора обеими сторонами, медиатор проводит предварительную встречу, или телефонный разговор с каждой из сторон или ее представителем (это желательно, но не обязательно), что позволяет ему наладить контакт со сторонами и создать обстановку доверия и психологического комфорта. В этой фазе обсуждается формат, место и время проведения процедуры, происходит удостоверение полномочий представителей сторон, если таковые имеются, на принятие решений, а в случае существующих ограничений в полномочиях, выясняется их объем.

С самого начала медиатор, сохраняя нейтральность, собирает некоторую исходную информацию о природе и сути спора, одновременно пытаясь установить контакт с каждой из сторон, демонстрируя желание и готовность выслушать и понять позицию каждого участника спора. Сторонам предлагается изложить в письменном виде суть спора и сопроводить этот документ при необходимости, теми официальными документами, которые он считает нужными. С этими же документами медиатору может быть направлено письмо, содержащее конфиденциальную информацию, предназначенную лишь вниманию медиатора. Объем информации и документов, предоставляемых сторонами, может быть очень

велик и здесь задача медиатора найти баланс, обеспечивающий ему достаточную информированность о сути спора, но в то же время ограждающий его от концентрации внимания на деталях, способных препятствовать объемному, широкому видению ситуации в целом.

Понимание является ключом к успеху медиации.

Истинное стремление к обеспечению понимания с самого начала имеет решающее значение для дальнейшего течения всей процедуры. Затем медиатор выясняет, как стороны понимают процесс медиации, и разъясняет им существо этой процедуры ее основные принципы.

После того, как каждой из сторон была предоставлена возможность высказаться о причине обращения к медиации (посредничеству) и было обеспечено определённое общее понимание сути процесса медиации, наступает момент, когда медиатор и стороны должны определить приемлемость медиации для участвующих сторон и для данного конкретного спора.

Здесь основной целью посредника (медиатора) является разъяснение сторонам степени их участия и ответственности, и того, какие усилия потребуются от них для успешного завершения процедуры медиации. Добровольность и истинные движущие мотивы сторон для участия в медиации имеют решающее значение. Без этого невозможно создание фундамента успешной медиации. Медиатор может помочь сторонам прояснить свои мотивы и выразить их надлежащим образом.

Медиатор, ведя процесс медиации, также задаёт его тон. В этом смысле очень важно подчеркнуть значение понимания как фундаментального элемента всего процесса. Медиатор демонстрирует это в своих усилиях понять стороны и их адвокатов, если таковые присутствуют.

Медиатор также разъясняет сторонам другие принципы медиации. Среди этих принципов одним из главных является понимание того, что медиация это возможность достижения соглашения, отвечающего потребностям

и интересам сторон, а не решения, которое будет представлять собой компромисс или договорённость, при которой одна сторона может обеспечить реализацию своих интересов за счёт ущемления потребностей и интересов другой стороны. В этом смысле ключевое значение имеет то, что является важным для сторон и отвечает их интересам, а не точка зрения медиатора относительно того, что он считает наилучшим вариантом решения. Медиатор обязан дополнительно разъяснить сторонам принцип конфиденциальности в медиации и его уровни. (Имеется ввиду полная конфиденциальность относительно информации ставшей достоянием гласности в ходе совместных встреч, а также конфиденциальность в отношении информации ставшей известной медиатору в ходе отдельных встреч со сторонами).

Важно также определить место закона в медиации, чтобы не брало верх стремление полагаться исключительно на закон (или исключительно на мнение медиатора или адвокатов).

Если изначальная договорённость двигаться дальше достигнута, медиатору и сторонам необходимо договориться о том, как они будут строить свои отношения в процессе работы, и о распределении ответственности в рамках процесса медиации.

Медиатор еще раз разъясняет сторонам, что они сами являются «владельцами» своего конфликта. Стороны разделяют между собой ответственность за продуктивность и результат совместной работы над решением конфликта. Медиатор также подчеркивает нейтральность, беспристрастность и непредвзятость, но безучастность своей позиции.

При разрешении коммерческих споров с помощью медиации адвокаты непосредственно участвуют в медиативных заседаниях. Юридическое консультирование в значении, приведенном выше, происходит, как правило, вне процесса медиации. В рамках экономической медиации для адвоката в интересах его клиента лучше участвовать в определении логики медиативного процесса. Понимая, что индивидуальные договоренности, как правило, оказываются более разнообразными

из-за возможности использовать ресурсы и синергетические эффекты, он часто таким образом может скорее помочь своему доверителю.

Медиатор и стороны (а также их адвокаты, если таковые имеются) могут согласовать процедуру или основные правила проведения процесса медиации. Определённые на данном этапе основные правила могут потребовать повторного разъяснения, или повторного определения на более позднем этапе медиации, либо уточнения.

Но на начальном этапе стороны ещё недостаточно знакомы с процессом медиации и по этой причине могут испытывать определённые опасения, настороженность; это обстоятельство может осложнить достижение истинного согласия в вопросе построения отношений между сторонами в процессе совместной работы. Они могут со слишком большой готовностью и без достаточного осмысления соглашаться со всем, что предлагает медиатор, а это может отрицательно сказаться на реализации задачи включения их в процесс медиации в качестве полноправных участников. Цель медиатора – добиться подлинных договорённостей о том, как участники будут сотрудничать друг с другом, следя за тем, чтобы каждая из сторон в полной мере осознавала значимость принимаемых решений.

Первая фаза может завершаться как устным согласием сторон на продолжение процедуры, так и заключением письменного договора об участии в процедуре медиации. Такой договор обычно подписывается сторонами (или их представителями) и медиатором.

II. Формулирование вопросов (исследование, изучение)

Целью медиатора и сторон на этом этапе процедуры медиации является прояснение всей информации, необходимой для идентификации проблем, нуждающихся в разрешении, и оценка степени сложности этих проблем. Это означает идентификацию всех существенных аспектов, включая экономические, эмоциональные и иные факторы видения каждой из сторон различных вопросов и проблем.

Начиная со второй фазы медиатор сам при-

нимает решения о совместных и отдельных встречах, разумеется, согласовывая их со сторонами. Бывают случаи, когда степень напряжённости конфликта, личное неприятие друг друга сторонами спорами, либо другие обстоятельства делают совместные встречи невозможным и тогда используется «челночная» медиация.

Независимо от формата встреч (совместные или отдельные), на этом этапе необходимо выяснить и то, в чём стороны согласны друг с другом, и то, в чём их точки зрения расходятся, чтобы появилось своего рода понимание относительно того, что именно на самом деле нуждается в урегулировании посредством медиации. Прояснение уже достигнутых договорённостей помогает понять, какие вопросы остаются предметом спора. Этот процесс выяснения точек согласия и разногласий может также дать ключевую информацию относительно того, как стороны могут сотрудничать и что может служить основой для достижения консенсуса.

Процесс определения вопросов, подлежащих обсуждению, может быть упрощён сторонами (или их представителями), если они (вне медиационных сессий) в письменной форме изложили всю информацию, важную с их точки зрения для принятия решения, чтобы впоследствии включить эту информацию в процедуру медиации.

В зависимости от сложности вопросов, при родах и напряжённости спора все это может быть или очень простым, или чрезвычайно сложным процессом. Необходимо достижение ясности и четких договорённостей (обычно в рамках обсуждения основных правил процедуры) относительно конфиденциальности информации, используемой при медиации, и о её возможном использовании в судебном разбирательстве в случае неудачи медиации. В случае необходимости, конфиденциальность может быть закреплена и письменной договорённостью (соглашением), хотя она и является одним из основных принципов процедуры медиации.

Для сторон, вовлечённых в спор, часто очень важно более детально разобраться в юридических аспектах конфликта, понимать

его правовые последствия. Если при медиации присутствуют адвокаты, они могут сыграть важную роль в разъяснении юридических вопросов (с помощью медиатора). Для сторон, не сопровождаемых адвокатом, на данном этапе процесса может оказаться чрезвычайно важным получить консультацию стороннего юриста.

Необходимость понимания деталей в каких-либо специальных областях может также потребовать привлечения для консультаций экспертов-оценщиков имущества, бухгалтеров или иных технических специалистов, и их возможного включения в процедуру медиации.

III. Работа над конфликтом

Процесс разрешения конфликта состоит из двух частей. Медиатор может помочь сторонам распознать непродуктивные составляющие конфликта, из-за которых между ними продолжается спор, а также суть существующих между ними разногласий.

В отношении первого медиатор концентрирует внимание не только на том, что стороны рассматривают в качестве содержания существующих между ними проблем, но и на том, как стороны говорят об этих вопросах. Эта двойственная концентрация внимания на вопросе «как» и вопросе «что» может быть чрезвычайно полезной для обеспечения эффективной работы медиатора.

Как стороны общаются между собой:

Когда стороны только начинают обсуждать вопросы, по которым им надо принять решение, между ними обычно существует высокая степень напряжённости. Медиатор может распознавать моменты, препятствующие конструктивному общению сторон, например, когда стороны упорствуют во взаимных выпадах и обвинениях или лишь одна из сторон проявляет готовность идти навстречу пожеланиям другой стороны. Если какой-либо ограничивающий элемент постоянно создаёт препятствия для сторон в их попытках продвижения вперёд, медиатор может предпринять усилия с целью определения модели того, как они общаются друг с другом, и предложить более приемлемые и конструктивные варианты общения.

IV. Разработка и оценка вариантов

После того как стороны получили необходимую информацию и определили, что является важным для каждой из сторон (и определяет их конкретные позиции), медиатор может помочь им выработать варианты разрешения спора. Это может оказаться чрезвычайно важным этапом для выявления полного диапазона возможностей. При этом медиатор должен противодействовать возможному стремлению какой-либо из сторон считать её предложение единственно возможным вариантом решения.

Что является предметом спора:

Вторая часть работы с конфликтом заключается для медиатора в том, чтобы помочь сторонам понять, что является важным для каждой из них и что составляет содержание спора. Это в свою очередь станет шагом к пониманию возможностей и вариантов разрешения разногласий. Поскольку медиатор помогает сторонам идентифицировать требующие рассмотрения вопросы, важно, чтобы они могли подробно разъяснить, насколько для них важен тот или иной аспект проблемы. Целесообразно учитывать три уровня анализа при подготовке и ведении процедуры медиации:

- 1) Конкретные позиции
- 2) Потребности и интересы
- 3) Значение и ориентация

Конкретные позиции представляют наиболее конкретный уровень, который часто сводится к тому, кто ЧТО получит и КТО кому сколько должен.

Потребности и интересы в качестве уровня, расположенного глубже уровня конкретных позиций, рассматривают жизненные обстоятельства участников – что означает для каждой из сторон основное содержание любого из их аргументов.

Значение и ориентация, самый глубинный из уровней, представляет собой оценку важности и значимости идентифицированных потребностей и интересов для участников спора, нуждающихся в его разрешении.

Если медиатор стремится более глубоко понять, что является действительно важным для каждой из сторон, стороны могут осознать, что они сами впервые пытаются определить свои реальные приоритетные потребности и интересы. Для того чтобы это произошло, важно, чтобы каждая из сторон была готова обосновывать и отстаивать то, что важно для неё, и дать возможность другой стороне действовать таким же образом. Поэтому нужно сделать все, чтобы сторонам была обеспечена такая возможность.

Часто это может потребовать изучения предположений и ощущений участников спора в связи с конкретным вопросом, ранее оставшимся без внимания.

Большинство из тех, кто включается в процесс медиации, концентрируют своё внимание на наиболее конкретном уровне – на своих позициях – и с этого им и следует начинать. Не имеет значения, с какого уровня медиатор и стороны вступят в процедуру медиации, важно, чтобы этот уровень был достаточно удобен для сторон.

Сначала мозговой штурм, лотом оценка:

Часто стороны отбрасывают ценные варианты просто потому, что начинают заранее мысленно оценивать их и делать выводы, будто какой-либо вариант в конечном счёте окажется неприемлемым. Чтобы не допустить этого, будет лучше, если стороны сначала посредством «мозгового штурма» сформулируют все возможные варианты, не оценивая их. Если медиатор может помочь сторонам перенести оценку вариантов решения на более поздний срок, стороны будут чувствовать себя свободнее в формулировании возможных вариантов, что позволит им проявить творческое начало, не ограничивая себя рамками «возможно-невозможно».

Создание дополнительной стоимости:

Одна из целей в этот момент – посмотреть, могут ли существовать варианты «создающие дополнительную стоимость». Поясним это словосочетание. Часто стороны и их адвокаты рассматривают переговоры в рамках медиации как игру с нулевой суммой, состоящей исключительно из распределительных ходов – речь идёт

о том, кто сколько получит от всего «пирога». Но хорошие переговорщики знают, что часто существует возможность увеличить размер «пирога» перед тем как начать его делить. Некоторые варианты создают дополнительную стоимость в экономическом или в качественном отношении, если стороны работают совместно над тем, чтобы сформулировать варианты решения, учитывая различные преимущества и будущие возможности соглашений о сотрудничестве, способные принести значительную выгоду обеим сторонам. Адвокаты, если они поняли задачу, часто могут быть особенно полезны с точки зрения творческого подхода именно в этом направлении. Но, разумеется, и адвокаты, и стороны хотя бы на время должны отказаться от стремления рассматривать свою задачу на данном этапе исключительно как вопрос распределения кусков от «пирога» фиксированного размера.

Оценка:

В конечном итоге предлагаемые варианты решения должны быть оценены и «пирог» поделён на куски. Здесь важно, чтобы стороны проанализировали предлагаемые решения в отношении того, насколько они соответствуют их потребностям и интересам. Задача медиатора – создать контекст, в котором каждая сторона будет рассматривать каждый вариант не только с той точки зрения, насколько он отражает потребности и интересы данной стороны, но и с учётом того, насколько он учитывает интересы и потребности другой стороны.

Привлечение права:

На этом этапе медиатор должен включить в процесс и юридический контекст, если этого не произошло уже ранее, но этот контекст не должен управлять сторонами, и тем более довлеть над ними, или мешать им использовать собственные представления о справедливости в качестве основы для выбора. Задача медиатора – творчески работать со сторонами для выработки возможных решений, соответствующих запросам каждой из сторон и их окружения, а также их жизненным обстоятельствам.

Последствия:

После определения возможных вариантов решения, потенциально приемлемых для обеих

сторон, медиатор может помочь сторонам понять возможные последствия и смысл каждого из вариантов. Этот процесс может вызвать новую волну напряжения между сторонами, которое необходимо распознать и разрешить, чтобы стороны в поиске приемлемых вариантов могли совместно продвигаться вперёд более продуктивным образом.

Ответственность сторон:

В этой ситуации какая-либо из сторон или даже медиатор могут предложить новые варианты, в большей степени отвечающие потребностям и интересам каждой из сторон и их совместно-му пониманию справедливости. Особенно важно, чтобы медиатор в максимально возможной степени вовлёл в работу сами стороны, оставив за ними ответственность за разрешение конфликта, а не действовал единолично.

Оставить вопрос принятия решения открытым:

На этом этапе стороны осуществляют выбор способов решения по отдельным вопросам. Важно, чтобы любое соглашение, достигнутое по какому либо аспекту спора, рассматривалось в качестве предварительного, подлежащего проверке в рамках решения всех вопросов, и чтобы ни одна из сторон не воспринимала какое либо из достигнутых соглашений как безоговорочное. Это позволит сторонам действовать более гибко и открыто, и даст им возможность проверить приемлемость каждого частного решения в течение некоторого периода времени. Медиатор должен противодействовать тенденции сторон к принятию поспешных решений, даже если намечается достижение соглашения по какому-либо конкретному аспекту.

Тест:

На этом этапе медиатор совместно со сторонами должен определить, является ли каждое из частных решений реалистичным, и сделать это вне связи с личной точкой зрения медиатора. Медиатор задаёт сторонам вопросы, которые необходимо задать, чтобы определить, поняли ли они полностью смысл каждого конкретного решения. В рамках этого процесса для сторон может быть полезно проанализировать возможные последствия каждой из предлагаемых аль-

тернатив для вовлечённых в процесс иных лиц. Также важно проанализировать последствия соглашения в течение того периода времени, когда оно будет действовать.

V. Заключение соглашения

После достижения конкретных договорённостей медиатор должен решить задачу оформления соглашения. Здесь необходимо вновь убедиться в том, что условия соглашения отвечают следующим требованиям: удовлетворяют стороны, позволяют разрешить все проблемы содержащиеся в этой конфликтной ситуации (кроме случаев, когда стороны приняли решение какую-то часть вопросов вынести за пределы этой процедуры), оно жизнеспособно и выполнимо, минимизирует риск возникновения конфликта в будущем.

При подготовке проекта соглашения важно использовать слова, понятные сторонам и как можно более точно отражающие их представления о цели данного соглашения и о том, как оно будет действовать. Целесообразно также иметь полную ясность относительно тех вопросов, которые могут быть решены только в будущем, и наметить процедуру решения таких вопросов.

Стороны могут представить своё соглашение на проверку финансистам, адвокатам и иным экспертам, чтобы определить, насколько комментарии кого-либо из таких специалистов могут повлиять на точку зрения сторон относительно справедливости и целесообразности разработанного соглашения.

Критически важно на данном этапе, чтобы стороны использовали экспертов в качестве консультантов, а не в качестве «профессионалов», берущих на себя то, что стороны должны делать самостоятельно, или воздействующих на взгляды сторон в отношении того, как им относиться к своим собственным жизненным обстоятельствам. Сторонам нужно определить, как они намерены использовать экспертов и какой вес придавать взглядам этих экспертов. Контакты медиатора с выступающими в роли консультантов адвокатами также требуют осторожного подхода по той причине, что на данном этапе как медиатор, так и адвокаты склонны стремиться

к тому, чтобы играть главенствующую роль. В то же самое время медиатор может определить, каким образом привлекаемые извне адвокаты могут помочь каждой из сторон понять, является ли выработанное соглашение справедливым и поддающимся практической реализации.

Медиатор не обязан поддерживать любое конкретное соглашение как результат, обязательный для исполнения, вне зависимости от его последствий для сторон. Гибкий подход со стороны медиатора и готовность продолжать изучать приоритеты сторон совместно с ними могут оказаться весьма полезными для нахождения ответа на вопрос, нуждается ли достигнутое соглашение в каком – либо исправлении или изменении.

После того, как соглашение полностью проверено (и при необходимости исправлено), оно подписывается сторонами, и стороны принимают решение относительно необходимости представить их соглашение суду. Стороны или их адвокаты могут взять на себя подготовку и/или регистрацию документов в суде, если это необходимо, и если они этого желают (что может представлять собой дополнительное подтверждение достигнутого ими результата). Однако медиатор должен осознавать возможность возобновления спора в процессе подготовки проекта соглашения, и противодействовать такому развитию событий.

Необходимо стремиться к тому, чтобы процесс медиации, заканчивающийся заключением соглашения, представлял собой значительный шаг вперёд для каждой из сторон и для всех их вместе. Часто этот шаг означает не конец отношений, а наоборот начало новых отношений между сторонами.

В заключение приведем правила, которых должен придерживаться медиатор на протяжении всей процедуры медиации:

Проявлять прямоту и ясность.

Такой подход означает проявление уважения к сторонам. Это даёт им возможность осуществлять реальный выбор в отношении того, что они делают. Именно такая форма общения зачастую необходима для достижения успеха медиации.

Демонстрировать признание и принятие по отношению к каждой из сторон. Выражать это признание и принятие через понимание.

Уважение в медиации важно как на содержательном, так и на эмоциональном уровне.

Признание и принятие людей такими, какие они есть, и признание и принятие ими самих себя даёт сторонам возможность оставаться такими, какие они есть, включая возможность изменений, которые могут произойти в процессе свободного диалога их интересов.

Поддерживать стороны при переходе от одного режима общения к другому.

Каждая сторона отстаивает свои представления и то, что она считает важным для себя, находя понимание у медиатора. Он же ведёт спорящих к пониманию представлений противоположной стороны. Медиатор при этом выступает в качестве своеобразного моста, по которому спорящие движутся навстречу друг другу, и чем глубже его понимание их интересов и представлений, тем легче осуществить эти шаги.

ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ КОМПЕТЕНЦИЯ И ГРАНИЦЫ ПРИМЕНИМОСТИ МЕДИАЦИИ

Одним из основных требований, делающим возможным использование медиации в разрешении спора, является добрая воля сторон, участвующих в конфликте. Медиация может применяться только тогда, когда обе или все стороны этого хотят или согласны на это. Кроме того, консенсус, за который стороны несут личную ответственность, скорее всего, может быть достигнут, когда две или более сторон, вовлеченных в спор, ведут между собой переговоры. Лишь после того, как переговоры потерпели неудачу, возможен путь решения, связанный с посредничеством третьей стороны. Изначально стороны стремятся самостоятельно принять решение, за которое они несут личную ответственность, но в силу ряда причин для достижения этой цели нуждаются в помощи третьей стороны. В процессе медиации в роли третьей стороны выступает медиатор.

Судопроизводство и процесс альтернативного разрешения споров (ADR) дополняют друг

друга. Следует выделить критерии, по которым случаи могут быть отнесены к тому или иному способу разрешения споров, в зависимости от его процессуальной компетенции. Это позволит более четко отличать процессы, в которых наивысшей процессуальной компетенцией обладает медиация или другие процедуры ADR, от процессов, которые необходимо или предпочтительнее поручить судам либо использовать сочетанную процедуру рассмотрения спора.

В целом все согласны с тем, что методы ADR, в особенности медиация, наиболее применимы в случаях, когда:

- главными являются не правовые претензии, связанные с прошлым, а будущие интересы партнеров по конфликту и возможность сохранения нормальных отношений в перспективе (после развода, в бизнесе и т.д.);
- речь идет о длительных, значимых отношениях (например, при последствиях развода, когда затронуты интересы детей, или при длительных деловых отношениях);
- на ситуацию оказывают сильное влияние отношения и эмоциональная сторона конфликта (как, например, при разногласиях между акционерами);
- стороны предпочитают сохранить полную конфиденциальность (судебные процессы, как правило, публичны);
- необходимо выработать всеобъемлющее генеральное решение, а правовой спор охватывает (или может охватить) лишь часть проблемы;
- имеют место сложные случаи, которые не могут быть разрешены в интересах обеих сторон (либо могут быть разрешены неудовлетворительно) с помощью права с его бинарным конструктом «да/нет».

Это наблюдается при полицентрических конфликтах, где вмешательство в одном звене может привести к последствиям в другом, что в свою очередь сказывается на третьем и т.д., как, например, при договорах, сопровождающих большие проекты, когда не представляется возможным однозначное определение правоты и неправоты вовлеченных в конфликт сторон. К такого рода сложным случаям относятся, как правило, споры, возникающие в области международной торговли, а также споры, участники которых происходят из разных стран.

Одним из центральных является вопрос о границах применимости или вопрос о том, при каких условиях медиация не является уместной процедурой. Здесь можно сослаться на определение Федерального Конституционного суда ФРГ. Он объявил, что участие и личная ответственность являются условиями для возможности самоопределения. Если эта основа отсутствует (или исчезает), «спор о консенсусе» превращается, скорее, в некую форму чужого решения, и медиация неизбежно приводит к несправедливым результатам и поэтому не является уместной. В соответствии с этим Федеральный конституционный суд Германии считает (Решения Федерального конституционного суда 81, стр. 242 и далее, стр. 254): «Если одна из сторон договора имеет настолько большой перевес, что она фактически односторонне может определять положения договора, для другой стороны это означает «чужое решение». Там, где у участников отсутствует хотя бы приблизительное равенство сил, надлежащее примирение интересов не может быть обеспечено лишь средствами договорного права». Здесь приобретает значение профессиональная этика, ответственность медиатора, требующая, чтобы он по собственной инициативе прекратил медиацию как форму добровольной процедуры. Если, на его взгляд, равновесие сил не может быть восстановлено и – например, по причине преждевременной потребности в псевдогармонии или ради желанного мира – один из партнеров по конфликту соглашается на результаты, которые заключают в себе очевидное неравенство. Медиация как дополнительная процедура неуместна там, где слабый защищен законом и где он не может должным образом выразить себя вне правового процесса. В этом случае слабому необходим защитник, адвокат, который будет защищать его права и интересы в суде. Если не соблюдать эту границу применимости, медиация и процедуры ADR могут быть применены со злоупотреблением властью и приводить к несправедливости.

Альтернативное урегулирование спора (ADR) также неуместно, иными словами, следует предпочесть судебную процедуру:

- если императивное право, с достаточными на то основаниями, как правило, сильно ограничивает дееспособность сторон;

- при необходимости руководящего решения, когда общественность заинтересована в использовании права или в его развитии;
- при необходимости однозначного решения;
- при необходимости быстрого, подлежащего исполнению решения или временной гарантии.

В последние годы наблюдается тенденция к субъективному определению судьями границ применения медиации в переходных случаях. В соответствии с этим медиация уместна тогда, когда адвокаты и их стороны согласны ее применить. С этой точки зрения она особенно уместна, если с ее помощью может быть прекращен судебный процесс или его вовсе можно избежать. Здесь особенно заметным становится принцип добровольности медиации. Он – ее основа. Итак, если стороны согласны на процедуру медиации (и не имеет места ни один из вышеприведенных пограничных случаев), то медиация является уместной процедурой.

Наряду с определением границ применимости медиации следует выделить характерные ее черты и основные отличия от судебного разбирательства. (табл. 1)

Итак, из приведенного выше сравнения можно заключить, что медиация – это путь к осмысленному взаимоприемлемому решению. Медиация представляет собой форму посредничества в спорах беспристрастной третьей стороны, цель которой состоит в решении проблемы к обоюдному удовлетворению сторон, при котором нет ни победителей, ни побежденных, а могут выиграть все стороны, вовлеченные в спор.

Процесс медиации характеризуется тем, что стороны в конфликте сами вырабатывают решение проблемы. Медиатор – не третейский судья, он только подстраховывает и ненавязчиво помогает спорящим сторонам в процессе выработки удовлетворяющего их решения.

СУД	МЕДИАЦИЯ
Процесс формальный	Процесс неофициальный
Публичный	Конфиденциальный
Контролируется государством	Основан на автономности участников
Ориентирован на повод к конфликту. Бремя доказательства (сбор фактов)	Ориентирован на личные убеждения и субъективные интересы сторон
Осуществление правовых позиций	Объединение различных интересов
Ориентирован на прошлое	Нацеленность на создание взаимоприемлемого будущего
Применение права	Использование права
Ориентация на победу одной из точек зрения	Уважение различий, интересов и точек зрения друг друга
Использование слабости позиций другой стороны в целях собственного выигрыша	Принятие собственной слабости (и слабости других) как переломной точки в спор, т.к. приходит осознание необходимости привлечения помощи со стороны.
Стратегии в духе «выигрыш – проигрыш»	Решение в духе «выигрыш – выигрыш»

Исходным пунктом медиации является возникший спор, конфликтная ситуация. Сначала нужно оценить, применима ли к этой ситуации медиация. В основном это так, когда партнеры по конфликту добровольно готовы вместе работать над разрешением конфликтной ситуации и, таким образом, сохраняется возможность дальнейших отношений и сотрудничества.

В медиации вместо судебных решений речь идет о выработке решений при условии сотрудничества сторон. В тех случаях, когда один из спорящих прибегает к помощи адвоката как представителя в процессе или к суду, конфликт тем самым переносится преимущественно в правовую сферу.

Цель медиации – выдвинуть на передний план, обозначить общность интересов, пожелания сторон. Способствовать нахождению такой формы взаимоотношений, которая позволила бы конфликтующие стороны превратить в сотрудничающие уже самим процессом медиации, предлагая им осознать возможности и преимущества сотрудничества, партнерских отношений. Ведь это в интересах каждой из сторон сохранить трудовые и жизненные отношения, несмотря на существующие в данный момент трудности, найти новую форму сотрудничества или сосуществования.

В противоположность судебному решению не каждая медиация приводит к результату в смысле полного разрешения конфликтной ситуации, но когда такой результат есть, он значительно более прочен, чем решение суда.

В споре медиация позволяет достичь результатов, при которых оба партнера по конфликту могут сохранить свое лицо. Она также благоприятно сказывается на отношениях между ними, особенно если их необходимо поддерживать и после урегулирования спора (соседи, супруги в разводе, стороны в договоре, работодатели – работники по найму, деловые партнеры).

Медиация требует от участников во всех отношениях значительно большей вовлеченности, нежели судебный процесс. Им вверяется право самостоятельно отстаивать свои интересы и при этом принять тот факт, что другой имеет право на противоположные интересы и мнения. За результат, кото-

рого партнеры по конфликту добились вместе, несут ответственность они сами. Они не могут переложить ответственность за непродуктивные переговоры или неправильные решения, как обычно бывает, на других (судей, адвокатов или третейских судей).

Преимущество и одна из основных особенностей медиации заключается в том, что эта модель решения конфликтов основным своим принципом ставит принятие (толерантность) сторонами друг друга и одновременно способствует творческому подходу в поиске путей разрешения конфликта. Разумеется, модели решений не должны противоречить рамкам закона.

В ходе процесса медиации не происходит изучения прошлой ситуации с целью определить, кто виноват в возникновении конфликта. Скорее, задается вопрос о том, как должно выглядеть будущее взаимодействие. Вырабатываются ориентированные на будущее решения, которые приемлемы для обеих сторон. Только так появляются новые решения, при которых нет проигравшей стороны.

ОБЛАСТИ ПРИМЕНЕНИЯ МЕДИАЦИИ

Сегодня медиация находит применение и развивается повсюду, где возможности институтов, традиционно занимающихся разрешением конфликтов, оказываются недостаточными и где вследствие глубоких социальных перемен возникает необходимость в поиске новых подходов к разрешению споров.

Общественный порядок в традиционно демократических государствах, как правило, поддерживается и восстанавливается за счет законов и судопроизводства. Однако одного этого сегодня часто оказывается недостаточно, поскольку правовые решения лишь отчасти могут охватить стремительно меняющуюся в последние десятилетия общественную реальность. Право основывается на фактах, ориентированных на прошлое. Сложность современных конфликтных отношений требует таких форм разрешения споров, при которых стороны сами и в конечном итоге под свою личную ответственность принимают решения. Будучи основаны на интересах самих участников, они более полно (с точки зрения результата и процесса) учитывают представления сторон о будущем мирном сосуществовании и вместе с тем являются

быстрыми, эффективными и экономичными в плане материальных затрат. Вот главные идеи, которые привели к рождению медиации как системы урегулирования конфликтов, основанной на консенсусе и сотрудничестве. Правовое решение – это точка в споре – вердикт, тогда как медиация – это начало сосуществования по новым, совместно выработанным правилам. Поэтому медиация на сегодняшний день получила распространение во всем цивилизованном мире в первую очередь при разрешении следующих конфликтов:

- в семейной сфере – особенно при расставаниях и разводах, а также при разделе наследства;
- в школе;
- между соседями;
- в экономической и трудовой сфере, при конфликтах как внутри предприятия, так и между фирмами (предприятиями);
- в учреждениях, включая:
- государственные (пока медиация в этой сфере применялась мало);
- неправительственные организации;
- общественные организации;
- научные институты;
- церковь;
- в общественно-правовой сфере, главным образом в конфликтах, связанных с вопросами охраны окружающей среды;
- при оценке возможных последствий использования техники;
- в политической сфере. Например, между этническими группами, между государствами (это давний институт международного права, известный под названием «предложение добрых услуг»);
- принципы медиации применяются также при мировых соглашениях между виновником и пострадавшим. Иными словами, в рамках уголовного права (дела с участием несовершеннолетних);
- межкультурные (медиация хорошо зарекомендовала себя в конфликтах общинной жизни (community mediation) и на предприятиях).

Все большее применение находит медиация в разрешении споров, возникающих в экономической и трудовой сфере, а также в области управления. Вот почему хотелось бы уделить им особое внимание и выделить основные формы подобных конфликтов и их особенности. Случаи, касающиеся самих участников (медиация «лицом к лицу»). Здесь в центре внимания находятся такие споры, как

- конфликты при основании, преобразовании или разделе компаний, а именно – товариществ или зависимых от частных лиц акционерных компаний, включая объединения представителей свободных профессий (например, адвокатов, врачей или объединения самостоятельно практикующих врачей, использующих общую материальную базу, оборудование);
- конфликты между компаниями и их управляющими, а также вообще между лицами, занимающими на предприятии ведущие должности;
- споры между наследниками, совокупно владеющими наследством, при составлении завещаний предпринимателями, что обычно происходит при продолжении предприятием своей деятельности после смены владельца (наследование предприятия).

УРЕГУЛИРОВАНИЕ КОНФЛИКТОВ ЧЕРЕЗ ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ

Имеются в виду споры, в которых участники представляют фирму, учреждение или отдел внутри фирмы (предприятия). Области применения разнообразны. В качестве примера можно привести:

- конфликты, связанные с патентным и авторским правом; дополнительные переговоры при длительных контрактах, например, между Фирмой-производителем, фирмой-поставщиком и сбытовой фирмой; требования возмещения убытков, включая такие требования в случае ответственности производителя;
- конфликты при урегулировании страховых случаев, особенно когда пострадало много людей (авария танкера, массовое столкновение);
- конфликты с участниками из разных стран, включая конфликты с межкультурной подоплекой, конфликты, связанные с персоналом и организацией производства в международных концертах;
- конфликты на совместных предприятиях (отправной точкой этих конфликтов часто является различное культурно обусловленное понимание основных моментов); особое значение медиация может приобрести при конфликтах, возникающих после слияний и при санации неплатежеспособных предприятий, т.е. при их банкротстве;
- существенной областью применения медиации являются споры, возникающие в процессе реализации крупных строительных про-

ектов (особенно связанные с выплатой ущерба в отношениях между строительной фирмой, субподрядчиком, конструктором и архитектором или при ликвидации строительных бригад).

- при реализации больших проектов. Например, при строительстве промышленного сооружения в соответствии с американским опытом изначально целенаправленно назначаются комиссии по рассмотрению конфликтов (dispute review boards), которые могут сразу разрешать конфликты при их возникновении, часто применяя для урегулирования споров методы медиации.

Медиация внутри предприятия (применяется прежде всего там, где переговоры могут вестись на условиях равноправия):

- при конфликтах между отделами одного предприятия (например, между производственным отделом и отделом сбыта);
- при конфликтах между сотрудниками предприятия, включая объединения всех против одного и сексуальные домогательства;
 - при конфликтах в команде;
 - межкультурные конфликты внутри предприятий (о них говорят не только тогда, когда сотрудники принадлежат к разным культурам, но и когда внутри предприятия или концерна в разных его отделах сформировались различные культуры/традиции).
- От использования медиации как инструмента разрешения спора следует воздержаться, если участники занимают ниже- или вышестоящее положение, а значит, не могут рассматриваться как равноправные стороны.

КОНФЛИКТЫ

Медиация в области управления приобретает особое значение после того, как гражданские инициативы помешали принятию государственных решений или же значительно задержали их принятие. В современном мире она стала крайне необходимой, т.к. при высокой степени сложности проблем в общественной сфере, требующих решения, сбор важной информации, поиск вариантов и альтернатив не может быть осуществлен путем авторитарного принятия решения. К тому же в управленческой практике все большую роль играет кооперативное управление как форма управления, основанная на

консенсусе, которая пришла на смену классическому директивному управлению. Тем самым медиация – это практикуемое участие в духе «большой демократии».

В сфере управления медиация в первую очередь практикуется: при конфликтах, связанных с окружающей средой.

Так, например, при поиске места для больших проектов (мусоросжигательные заводы, взлетные полосы аэродромов, ж/д. пути и т.д.), на стадиях планирования, допуска к эксплуатации и санации. Наряду с этим для проведения проектных переговоров между участвующими органами власти, фирмами и общественностью при т.н. необходимых «непопулярных управленческих действиях» (например, строительство железной дороги);

- при оценке возможных последствий использования новейшей техники и технологий (например, вопрос о том, в какой степени допустимо клонирование);
- при конфликтах в области долгосрочного планирования и развития в различных отраслях, а также регионального планирования.

АКТУАЛЬНЫЕ ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ И ИНТЕГРАЦИИ МЕДИАЦИИ ПРИ РАЗРЕШЕНИИ СПОРОВ В ЭКОНОМИЧЕСКОЙ И ТРУДОВОЙ СФЕРЕ

Объединенное управление конфликтами.

Под объединенным управлением конфликтами понимается совокупность основанных на консенсусе способов урегулирования конфликта внутри и вне предприятия. Внутри предприятия вместо регулируемого производства по жалобе могут в том числе использоваться системы урегулирования конфликтов, основанные на консенсусе. С этой целью, например, привлекаются специально обученные ведущие конфликтов («лоцманы»). Медиативные методы связаны с надзором (supervision) и инструктажем (coaching). Конфликты здесь рассматриваются в контексте целенаправленно внедряемого развития как мотивация к необходимым изменениям в рамках развивающейся (совершенствующейся) организации. Системы управления конфликтами внутри предприятия при внешних конфликтах предприятия в отношении тре-

твей стороны могут быть объединены со ступенчатой системой внесудебных методов урегулирования конфликтов (Alternative Dispute Resolutions, ADR) помимо медиации, например, со специальными формами арбитражного производства, смеси медиации и арбитражного производства (med-arb) и решения конфликтов посредством нейтральных форм оценки (neutral evaluation).

Медиация on-line, с одной стороны, применяется при конфликтах, связанных с Интернетом. С другой стороны, медиация on-line используется там, где Интернет помогает лучше разрешить обычные споры. Это имеет место при конфликтных ситуациях с участием общественности. Например, при процедурах проектирования и утверждения. Электронные дискуссионные форумы делают возможным одновременное участие многих людей. При этом с помощью свободно доступных и защищенных паролем областей можно следить за тем, кто и почему принимает участие в обсуждении.

ВНУТРИСУДЕБНАЯ МЕДИАЦИЯ

В ФРГ с недавнего времени по примеру Австралии, Австрии и Нидерландов медиация практикуется в суде. Здесь в качестве медиаторов применяются обученные медиации судьи, которые не являются судьями, принимающими решение по делу.

Во всех вышеперечисленных случаях медиация может применяться лишь тогда, когда участники конфликта согласны с ее проведением, поскольку медиация – процедура добровольная. Добровольность – это основа для нахождения решения, удовлетворяющего обе стороны.

Это наблюдается при полицентрических конфликтах, где вмешательство в одном звене может привести к последствиям в другом, что в свою очередь сказывается на третьем и т.д., как, например, при договорах, сопровождающих большие проекты, когда не представляется возможным однозначное определение правоты и неправоты вовлеченных в конфликт сторон. К такого рода сложным случаям относятся, как правило, споры, возникающие в области международной торговли, а также споры, участники которых являются подданными разных стран.

Правда, к примеру, в австрийском и швейцарском законодательствах существует правило, со-

гласно которому адвокат может представлять обе стороны в случае развода по обоюдному согласию сторон. В любом случае, в этом отношении в перспективе не должно существовать никаких сомнений, если при заключении соглашения между супругами о материальном обеспечении каждая сторона получает помощь своего адвоката.

В связи с этим можно привести пример из опыта, существующего в ФРГ. Медиатор в связи с доверенной ему информацией в соответствии с § 383, абзац 1, пункт 5, ГПК обладает правом отказа от дачи свидетельских показаний в гражданском процессе и в процессе, связанном с законом о делах добровольной подсудности (§ 15, абзац 1 Закона о делах добровольной подсудности). Поскольку согласно § 385, абзац 2, ГПК медиатор не может отказаться от дачи свидетельских показаний, если все затронутые стороны освободили его от обязанности соблюдать конфиденциальность, рекомендуется включить в медиационное соглашение допустимое обязательство партнеров по конфликту никогда не освобождать его, ни вместе, ни односторонне, от его права отказа от дачи свидетельских показаний. Благодаря этому обязательству суд не сможет расценить его соблюдение как уклонение от дачи показаний.

По этой причине рекомендуется перед привлечением права, т.е. тогда, когда стороны являются дилетантами, как в семейном праве, поговорить о потенциальном воздействии права и после привлечения права выяснить, какие это имело последствия, в т.ч. и на эмоциональном уровне. Исходя из опыта, это помогает занять такую позицию в отношении претензии права на авторитет, что право больше не ограничивает, а расширяет возможности для разрешения спора во внесудебном порядке.

Практика, принятая в большинстве стран Европы.

В семейной медиации адвокат, как правило, не присутствует непосредственно на медиативных встречах. Но он вполне может быть привлечен в случаях, трудных с юридической или экономической точки зрения. Во избежание дефицита информации адвокат, если он не присутствует на заседании, должен в письменном виде изложить и предоставить своему клиенту свою точку зрения. ●