

Василий Ралько
президент Московской городской нотариальной палаты

Медиация

опубликовано на сайте www.ralko.ru

Сущность и Технология

Ст.3 Проекта Федерального Закона «О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)» определяет медиацию как процедуру урегулирования спора между сторонами с помощью лица, именуемого посредником.

Сегодня институт медиации, заработавший солидную репутацию в ходе применения в западных странах, вызывает всё больший интерес в России. Этот актуальный метод альтернативного разрешения споров воспринимается российскими специалистами в области права крайне неоднозначно. Некоторые видят в нём долгожданную панацею, способную разгрузить нашу судебную систему и решить миром большинство конфликтов. Другие видят в нём красивую, но совершенно бесполезную в российских условиях сказку. Однако большинство суждений наших коллег строится на основе нескольких переведенных с английского или немецкого научно-популярных статей, посвященных медиации, и передающихся из уст в уста сильно упрощенных теоретических идей. Фактически только считанные единицы российских юристов решили пойти немного дальше и, воздержавшись от скоропостижных оценок, глубже изучить этот интересный и неоднозначный институт.

Главное, что хочет узнать большинство юристов о медиации это её сущность и технология применения (Проще это можно сформулировать как два вопроса: «Что это такое?» И «Как это делать?»). Ученые и практики стремятся на основе беглого анализа теоретического материала сделать вывод о пригодности этого института в условиях российской правовой действительности. Однако на практике это не даёт точного понимания ни сущности медиации, ни медиативной техники. Этому есть объяснение. К примеру если Вас, как специалиста, скажем, в области нотариата, попросят в течении пятнадцати минут объяснить сущность нотариата и технику работы нотариуса человеку, который не знаком с российским правом и не знает, что такое нотариат вообще? Конечно, можно передать основные теоретические и правовые аспекты, привести пару примеров из практики, но поймёт ли этот человек всё то, что Вы хотели ему сказать, всю специфику работы нотариата и отдельного нотариуса? Даже если дать Вам не пятнадцать минут, а час или два или три, он всё равно не поймёт всего этого, так как понимаете это Вы. Изначально необходимо объяснить те правовые принципы, на которых устроено всё Российское государство и право, пояснить исторические предпосылки становления этих принципов, определить конституционное положение нотариата, его соотношение с другими государственными и негосударственными органами, организациями и гражданами, уяснить его основные функции, принципы деятельности саморегулируемых организаций нотариусов, показать на практике, как ведётся работа с клиентами и документами, дать почувствовать себя в роли нотариуса, побывать на Общем собрании членов нотариальной Палаты и только после всего этого и многого другого он сможет понять и прочувствовать, что же это такое и как это делается. Также обстоит дело и с медиацией, когда многие юристы изучая эту тему хотят в течении пятнадцати минут получить «сухой остаток», без долгих и на первый взгляд ненужных подробностей. В итоге они получают лишь несколько вырванных из контекста определений и

статистических отчётов, на основании которых и выносится окончательный вердикт. В данном случае на поставленные вопросы не даётся точный ответ.

Такое длинное вступление с нашей точки зрения необходимо, потому как только комплексный анализ любого социально-правового явления, в том числе медиации, сможет дать достоверные и полные сведения о нём. В данной статье и ряде других наших статей, мы попытаемся дать краткую характеристику процедуры медиации, её основные черты в западных странах и перспективы развития в России.

На сегодняшний день даже на западе нет единства в понимании сущности медиации и её основных принципов, различные школы (Британская, Голландская, Австралийская, Американская и др.) дают собственные интерпретации и характеристики этому институту, которые зачастую не совпадают, а иногда и противоречат друг другу. Вне зависимости от этих факторов, мы в данной статье осветим классическое понятие и признаки медиации, которые собственно отличают медиацию от других социально-правовых институтов. Настоящая статья призвана ознакомить читателей с понятием и основными чертами института медиации, изучить мировой опыт применения медиации рассмотреть перспективы развития этого института в России. Однако для более точного понимания сущности и технологий медиации рекомендуется обратиться и к практической стороне процедуры.

Что такое медиация?

В дословном переводе «медиация» означает «посредничество», в данном случае посредничество третьего нейтрального лица при разрешении конфликта между двумя или более сторонами. В соответствии с проектом Директивы Европейского Парламента и Совета Европейского Союза «О некоторых аспектах медиации в гражданской и предпринимательской сфере», «медиация» определяется как «всякая процедура, независимо от способа ее обозначения, в которой двум или более сторонам спора содействует третья сторона для достижения соглашения по спорному вопросу, независимо назначена ли эта процедура по инициативе сторон, рекомендована или предписана судом или национальным правом государства-члена». В том же документе термин «медиатор» означает всякое третье лицо, проводящее медиацию, независимо от его наименования или профессии в соответствующем государстве-члене и от способа, которым он назначается для проведения медиации. Эти определения весьма широки и универсальны, так как они должны быть одинаково применимы ко всем странам-членам ЕС, то есть учитывать существующие особенности медиации в различных правовых порядках.

Медиацию традиционно относят к так называемым способам альтернативного разрешения споров или ADR (Alternative Dispute Resolution). На западе они воспринимаются как альтернатива государственному и арбитражному (третейскому) судопроизводству.

В чем отличие медиации от судебного и третейского способов разрешения спора?

Стороны наделяют медиатора точно определённым объёмом процессуальных полномочий, не больше и не меньше. Он не вправе ни судить, ни примирять, ни делать заключений, ни давать оценок, ни представлять сторонам проекты решения, он не вправе принимать никакого решения, которое затрагивало бы по существу разрешаемую проблему. Немецкий профессор доктор К. Греффин фон Шлиффен пишет: «Медиатор сопровождает стороны на пути устранения конфликта, но не ведёт их по нему»². Решение является не навязанным извне актом уполномоченного органа, а результатом совместной работы сторон, то есть исходит исключительно от них самих. Это

решение будет исполнено, потому что оно выгодно для самих сторон, а не потому что они опасаются санкций. К тому же стороны не только достигают приемлемого решения, но и создают возможность для укрепления и развития их дальнейших деловых отношений, в то время как вынесение решения судом зачастую не только не прекращает конфликт, но и делает невозможным дальнейшие деловые отношения между сторонами, так как не было достигнуто их реального примирения.

На каких принципах основана медиация?

Количество и точная формулировка отдельных принципов варьируется, в зависимости от страны, где применяется медиация и конкретной теоретической медиативной школы. Однако классически выделяются следующие принципы:

- Добровольность
- Конфиденциальность
- Нейтральность медиатора
- Ответственность сторон за принятие решения
- Сотрудничество (а не состязательность)
- Равноправие сторон

В каких сферах применяется медиация?

Первоначально медиация параллельно развивалась по двум направлениям: посредничество и примирение в семейных делах и спорах между соседями с одной стороны и в предпринимательских отношениях внутри торгового сообщества с другой стороны. Именно то в какой сфере проводится медиация, будет влиять на правила её проведения, требования к личности медиатора и т.д. Вот далеко не полный список областей, в которых медиация эффективна:

- Семейные отношения
- Воспитательно-образовательная сфера,
- Система социального обеспечения и здравоохранения;
- Корпоративные и межкорпоративные споры;
- Экономическая сфера;
- Интеллектуальное право;
- Публичное право;
- Система страхования;
- Финансовая и банковская сфера;
- Индустрия туризма и отдыха;

- Недвижимость, строительство и проектирование;
- Различные отрасли промышленности;
- Инженерия и высокие технологии и т.д.
- Уголовные дела частного обвинения

Одновременно стоит отметить, что медиация применима далеко не во всех случаях. Главным условием для успеха процедуры медиации является стремление сторон к сотрудничеству и наличие у них воли к мирному разрешению спора. Одновременно медиация малоэффективна при сильном фактическом (материальном, организационном) неравенстве сторон.

Откуда возникла медиация?

Само посредничество старо как мир. Наибольшее развитие издревле эта процедура получила в регионах с наиболее развитой торговлей. Так многие историки находят корни современной медиации у Финикийской цивилизации (основой которой была морская торговля) и в Древнем Вавилоне. Широкое распространение получил институт посредничества на востоке – в Китае и Японии. В этих странах и сегодня нормы морали ставят примирение сторон через диалог, даже с использованием посредника, намного выше, чем решение проблемы государственным судом. Дальнейшее развитие института посредничества происходило в Древней Греции, где медиаторы были известны как *prohetas*, а затем и в Древнем Риме, начиная с Дигестов Юстиниана, появилось законодательное закрепление положения медиаторов. В римском праве они именовались по разному: *internuncius*, *medium*, *intercessor*, *philantropus*, *interpolator*, *conciliator*, *interlocutor*, *interpres*, и наконец *mediator*.

Однако институт медиации в современном его виде возник в середине XX века в США. К началу XX века в стремительно развивавшейся американской экономике возникла новая форма конфликтов: борьба между образовавшимися профсоюзами и работодателями за условия труда и размер заработной платы. Без быстрого разрешения споров возникала угроза забастовок, массовых увольнений и временного закрытия целых фабрик. Тогда государство предложило участникам споров министерство труда в качестве нейтрального посредника. В 1947 году для выполнения этой задачи был создан специальный федеральный орган – Федеральная служба США по медиации и примирительным процедурам (*Federal Mediation Conciliation Service, FMCS*), который действует и сегодня. Впервые был употреблён термин «медиация». Хотя эта форма ещё не имела характера самостоятельной процедуры, однако она заложила основу для дальнейшего развития института.

Второй предпосылкой к возникновению медиации было появление в конце 60-х гг. таких организаций как «*Neighborhood Justice Centers*» и «*Community Mediation*». Это локальные негосударственные организации, деятельность которых была направлена на разрешение конфликтов в семьях, между соседями, а также малообеспеченными лицами. Основной мыслью такой медиации, ориентированной на общественность, была идея предложить определённому кругу лиц, который по финансовым или эмоциональным причинам отказывается от обращения в государственный суд, другую площадку для разрешения споров с более низкими порогами доступа.

Третьей предпосылкой стали особенности американского гражданского процесса, сложившиеся к 60-м годам. А именно некоторые его негативные стороны. Согласно так называемому американскому правилу («*American rule*») каждая сторона сама оплачивает услуги адвоката

независимо от исхода дела. Так что для обеих сторон расходы были неизбежны. В экономических спорах, которые носят комплексный характер, эти неизбежные расходы на адвокатов достигали астрономических сумм. К тому же сам процесс по срокам становился чрезмерно затянутым. В итоге нередко поводом для заключения судебного мирового соглашения становятся просто истощение ресурсов и разочарование. В таких условиях преимущества ADR казались очевидными.

Медиация превратилась в самостоятельную процедуру лишь с середины 70-х годов. В 1981 г. Роджер Фишер и Уильям Ури, профессора Гарвардской школы права, опубликовали результаты своих исследований по заголовку «Getting to Yes»¹. Суть Гарвардской концепции, часто определяемой как «совместные действия», основана на разграничении позиции и интересов. Так в процессе переговоров стороны обозначают свои юридические позиции, которые зачастую являются диаметрально противоположными, что и ведёт к невозможности компромисса. В то же время за жёсткими позициями сторон (которые представляют собой самостоятельно разработанный вариант решения) стоят прежде всего определённые потребности (интересы) которые в отличие от позиций не являются диаметрально противоположными. Если в ходе переговоров удастся определить эти интересы сторон, то будет сделан огромный шаг на пути к достижению соглашения. Медиатор строит переговоры таким образом, чтобы на первый план вышли именно интересы сторон. То есть достигнутое в процессе медиации решение будет являться взаимовыгодным, нет победителей и проигравших (комбинация «win-win»). Классическим является пример с двумя сёстрами и апельсином. Каждая из сестёр заявляет свою позицию: «Я хочу этот апельсин». Позиции сторон противоположны и казалось бы выигрыш одной сестры означает поражение другой. Мать для разрешения конфликта разрезает апельсин пополам, руководствуясь исключительно позициями сестёр, не задумываясь об их реальных интересах. В то же время мать с помощью вопросов могла обнаружить, что один ребёнок хотел бы выжать сок из фрукта, другому же необходима была корка для цукатов в сдобное тесто. Задача медиатора состоит прежде всего в том, чтобы сконцентрировать внимание сторон на их реальных интересах, а не юридических позициях.

В 1990 году Конгресс США принял закон о реформировании гражданского судопроизводства, согласно которому на федеральные суды была возложена обязанность содействовать применению альтернативных форм разрешения споров. Во исполнение данной обязанности многие процессуальные кодексы штатов установили довольно широкие дискреционные права судей по принуждению спорящих сторон к предварительному обращению к медиатору. Параллельно с данным процессом медиация развивалась и во внесудебной области. И сегодня медиация является неотъемлемой частью американской культуры.

Как регулируется медиация в странах запада и в международном праве?

В Австрии в 2004 году был принят специальный закон о гражданско-правовой медиации, который объединил в себе нормы регулирующие процедуру медиации, рассредоточенные в различных нормативных актах. В США недавно был принят Единый закон о медиации (Uniform Mediation Act), объединивший более 2500 существовавших до этого в США законов регулировавших посредническую деятельность в различных Штатах. В большинстве стран нормы регулирующие медиации сосредоточены на уровне Гражданских процессуальных кодексов и отраслевых законов (Германия).

Одновременно тенденция интернационализации товарооборота привела к необходимости урегулирования использования медиации в международных коммерческих спорах. Соответствующие нормативные акты стали приниматься на уровне международных организаций.

Среди них прежде всего стоит выделить Типовой закон ООН о международной коммерческой согласительной процедуре (Model Law on International Commercial Conciliation) 2002 года, принятый Комиссией ООН по праву международной торговли (UNCITRAL) и соответствующее законодательство Европейского союза. Например Европейский Кодекс поведения для медиаторов (European Code of Conduct for Mediators) был разработан инициативной группой практикующих посредников (представляющих более 30 европейских организаций имеющих дело с альтернативными способами разрешения споров) при поддержке Европейской Комиссии и принят на конференции в Брюсселе 2 июня 2004 года.

Кто является медиатором?

Основными претендентами на выполнение функций медиатора являются представители двух профессий: юристы и психологи. Споры о том представитель какой из этих профессий является более пригодным для выполнения медиативных функций не утихает и сегодня. Например профессор К. Грефин фон Шлиффен скептически оценивает профессиональных юристов в качестве медиаторов. «Юрист обладает способностью, привычкой и даже амбициями к оперативному анализу и решению запутанных проблем, поэтому он склонен ограничивать автономию сторон по формированию решения конфликта и вмешиваться в переговоры с собственными предложениями. Основным же принципом медиации является правило о том, что любой самостоятельный консенсус сторон ценится намного выше, чем совершенное решение предложенное им третьим лицом». Этому подходу противопоставляется другая концепция, в соответствии с которой медиатор в соответствующей ситуации должен сообщить сторонам и правовую оценку некоторых явлений: например, медиатор может проинформировать стороны о возможном содержании судебного решения, которое могло бы быть вынесено по итогам рассмотрения дела в суде вместо процедуры медиации. Г. Ригер считает, что этот подход является более целесообразным, так как «рамки автономного регулирования спора задаёт именно правовая основа», так же право предоставляет сторонам тот необходимый инструментарий, который может быть использован при разработке юридически обязательного соглашения.

На практике сложилась следующая картина. По утверждению директора британского Центра эффективного разрешения споров (CEDR) К. Маки в Великобритании 75-80 % всех медиативных процессов проводятся адвокатами. Однако преобладание представителей определённых профессий зависит большей частью от сферы, в которой проводится медиация (то есть от наличия у кандидата специальных познаний в той или иной сфере). Так в сфере семейных отношений преобладают медиаторы-психологи. Очень часто медиаторами становятся консультанты по бизнесу, специалисты с опытом работы в банковской сфере или кадровые специалисты, в зависимости от природы дела.

Среди юристов в роли медиатора наиболее часто встречаются эти три специалиста:

– **Судья.** Судебная медиация распространена в некоторых землях Германии. К концу 2006 года в 7 федеральных землях судебная медиация была введена официально. Судья, рассматривающий спор, который, по его мнению, может закончиться примирением сторон, рекомендует им обратиться к помощи медиатора, в роли которого выступает судья того же суда, имеющий подготовку медиатора и не отвечающий за вынесение решения по делу. В случае согласия сторон процесс приостанавливается и, в зависимости от результатов медиации, либо возобновляется через определённое время либо прекращается. Как видно из данной модели, судья может выступать в роли медиатора при соблюдении основных принципов медиации, то есть нейтральности (которая в данном случае трактуется как отсутствие права принятия собственного решения по делу).

– **Адвокат.** Позиция большинства учёных, занимающихся медиацией, в отношении вопроса об участии адвоката в переговорах в качестве медиатора довольно категорична: профессия адвоката несовместима с выполнением роли медиатора. Суть этой позиции сводится к следующему: адвокат обычно является представителем одной из сторон в споре, а медиатор должен быть независимым и беспристрастным лицом. Однако на практике решение этого вопроса является не столь однозначным. Так в «Заключительном докладе комитета Федеральной адвокатской палаты Германии «Медиация» она отнесена к видам адвокатской деятельности. В соответствии с немецким Законом об адвокатуре, адвокаты выполняют не только функцию представителей сторон, но и оказывают юридическую помощь. Часть 2 пар. 45 ЗОА запрещает адвокату вести дела, в которых он представлял интересы сторон как адвокат в другом качестве. То есть если адвокат являлся представителем стороны по делу, то впоследствии он уже не сможет выступать в этом деле в качестве медиатора. Итак адвокат может выступать в качестве медиатора, реализуя свои функции по оказанию юридической помощи, однако эта деятельность несовместима с представительством интересов одной из сторон, участвующих в процессе медиации.

– **Нотариус.** В соответствии с пар. 1 Закона Германии о нотариате нотариусы назначаются для выполнения задач связанных с оказанием юридической помощи. То есть деятельность нотариуса в качестве медиатора, при которой его функции не ограничиваются лишь управлением переговорами, а направлены также на использование его юридической квалификации для оформления решения в юридической форме, либо их отказа от юридически неисполнимых решений, необходимо рассматривать в качестве служебной деятельности в области оказания юридической помощи. Правила проведения нотариусом медиации закреплены в нормативных актах, регулирующих порядок осуществления нотариусом профессиональных обязанностей. В первую очередь к ним стоит отнести: Закон Германии о нотариате, принятые на его основе постановления Правительства Германии, директивы нотариальных палат и др. Нотариус может выступать в качестве посредника, если его деятельность соответствует таким критериям как: беспристрастность, добросовестность, конфиденциальность и независимость. По общему правилу оказание нотариусом юридической помощи в качестве медиатора не исключает возможности удостоверения нотариусом соглашения, заключенного участниками медиации.

Как проходит процедура медиации?

Процесс медиации представляет собой совокупность фактических и юридических действий, совершаемых участниками медиации, в течении определённого временного промежутка. Как и всякий длящийся процесс медиация делится на несколько этапов (стадий) в рамках каждой из которых решаются локальные задачи, направленные на достижение общей цели – нахождение взаимоприемлемого решения. Можно выделить пять основных этапов медиации:

1. **Заключение соглашения о медиации.** Стороны и медиатор заключают так называемый договор о медиации. В этом документе закрепляются основные элементы поиска консенсуса: объём возлагаемых на медиатора задач, полномочия, которые ему передаются, процессуальные правила, правила о контроле над издержками и их распределением.
2. **Выяснение позиций сторон.** Медиатор просит каждую из сторон представить конфликт с её позиции, а в заключении повторяет каждую из версий, чтобы участники могли взглянуть на проблему со стороны, когда повтор освобождён от субъективности. На основе полученной информации медиатор выделяет ключевые вопросы, подлежащие разрешению.

3. **Выявление интереса стоящего за позицией.** Здесь реализуется основной тезис Гарвардской концепции. Медиатор с помощью вопросов направляет внимание спорящих лиц на интересы, лежащие в основе их позиций. При анализе интересов устраняются неясности, расширяется кругозор участников, появляется возможность увидеть реальные интересы противоположной стороны.
4. **Нахождение решения.** Медиатор просит стороны конфликта предложить любые решения проблемы не ограничивая свою фантазию. Результаты фиксируются медиатором. Стороны непосредственно обсуждают условия и ищут решение проблемы, которое может устроить обе стороны.
5. **Заключение соглашения по результатам медиации.** На заключительной стадии, в случае если соглашение было достигнуто, на медиатора возлагается задача по оформлению консенсуса в письменной форме. Если же в роли медиатора выступает нотариус, то он так же правомочен удостоверить это соглашение. Обычно на этом этапе высока роль адвокатов сторон, которые помогают в юридическом оформлении соглашения, проверяют его соразмерность и юридическую исполнимость.

Время, отведенное на каждый из этапов, а также те действия, которые надлежит выполнять медиатору, варьируются в зависимости от специфики конкретного конфликта.

Каковы перспективы медиации в России?

Многие практикующие юристы скептически оценивают шансы медиации на успех в условиях Российской действительности. Это объясняется прежде всего тем, что сторона в споре имеющая более сильную правовую позицию и рассчитывающая на победу в суде никогда не согласится тратить время и деньги на сомнительную с её точки зрения процедуру медиации. Такой же скептицизм владел и западными юристами в то время, когда медиация только начинала своё, впоследствии триумфальное, шествие на западе. Сегодня же медиация на западе успешно применяется при разрешении многих коммерческих, семейных и других споров. Статистические данные свидетельствуют о том, что более 80 % конфликтов, которые разрешались посредством медиации закончились достижением консенсуса между спорящими сторонами.

В России на законодательном уровне этот вопрос пока не решен. Однако в Государственную Думу внесен проект Федерального закона «О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)». В данном законопроекте сформулированы основные принципиальные положения о медиации, основанные на международном опыте применения этого института. Однако в данном проекте не решён вопрос о том, кто же будет выполнять функции медиатора (дается общая формулировка: дееспособное физическое лицо, не имеющее судимости, давшее согласие на выполнение функций посредника – часть 1 статьи 8). Предусматривается, что районные и арбитражные суды ведут списки организаций, обеспечивающих проведение примирительных процедур, и судья может предложить сторонам обратиться к процедуре медиации.

Несмотря на то, что закон до сих пор не принят, медиативная деятельность в стране активно ведётся. Такие крупные предпринимательские объединения, как Торгово-промышленная палата и РСПП создали внутри специальные Службы медиации. Данные организации рекомендуют своим членам обращаться в эти службы, а не в суд для урегулирования своих споров. Одновременно в России появляются организации, которые проводят подготовку и обучение профессиональных медиаторов.

В итоге, развитие медиации в нашей стране окажет плодотворное влияние на всю правовую систему. Внедрение медиации позволит разгрузить нашу судебную систему от большого количества споров, которые потенциально могут быть разрешены мирным путём. Значение медиации в социальной сфере сложно переоценить, так как решение конфликтов с участием супругов и несовершеннолетних формальным (административным или судебным) путём зачастую не затрагивает глубинных основ конфликта и не устраняет корень проблемы. Законодательное закрепление и практическое развитие медиации видится нам неизбежным и, по нашему мнению не последнюю роль в этом процессе должны играть нотариусы.