Практика применения медиации: проблемы и решения

Может ли адвокат выступать в роли медиатора? Как совместить принципы конфиденциальности соглашения, достигнутого в процессе медиации, и открытости судебного процесса? Будет ли способствовать распространению медиации увеличение судебных расходов стороны? В каких случаях данная процедура может быть выгодной для сторон? На самые острые вопросы применения процедуры медиации ответили участники дискуссионного клуба, организованного журналом "Юрист предприятия в вопросах и ответах".

Владислав Старженецкий,
канд. юрид. наук,
нач. Управления международного права
и сотрудничества
ВАС РФ

[?] Поможет ли распространению медиации увеличение судебных расходов стороны (в частности, размера госпошлины, исполнительского сбора, оплаты услуг юристов)?

Исходя из опыта других стран, можно сделать вывод о том, что развитие медиации было обусловлено теми вызовами, с которыми сталкивались, но не справлялись их судебные системы. В числе этих вызовов – длительность судебных разбирательств, большие расходы на ведение дел в судах, формалистичность процедуры, сложность правового регулирования. Эту мысль всего одной фразой очень хорошо выразил еще в 1979 г. профессор Гарвардского университета Лоуренс Трайб: "Слишком много права, слишком мало справедливости, слишком много правил, слишком мало результатов".

У нас ситуация иная. Доступность российских судов – это важное конкурентное преимущество. По этим причинам сама постановка вопроса кажется странной. Зачем

искусственно затруднять доступ в суды, сознательно и умышленно ухудшая то, что есть?

У медиации должны быть другие козыри, благодаря которым она будет завоевывать сторонников. Среди них – **повышение качества разрешения споров, поиск гибких решений и удовлетворенность сторон результатами, сохранение деловых отношений** и т. д. Медиация способна самостоятельно и на равных конкурировать с другими процедурами разрешения споров, т. к. у каждого из них – своя уникальная ниша, свои преимущества и недостатки. В востребованности медиации в России я не сомневаюсь. Это лишь вопрос времени.

Наталья Серегина,
адвокат
Адвокатской
палаты г. Москвы
(адвокатский
кабинет)

[?] Как вы относитесь к возможности снятия запрета на то, чтобы судьи в отставке работали медиаторами?

И Перспективу снятия запрета на то, чтобы судьи в отставке работали медиаторами, в целом можно оценить положительно, но с рядом существенных оговорок.

По смыслу ч. 1 ст. 1, ст. 3, ч. 3 ст. 9 Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)" (далее – Закон № 193-ФЗ) отличительной чертой медиатора является его независимость (этический аспект). Однако не менее важна его компетентность, под которой понимаю наличие юридической квалификации.

Обсудим поставленный вопрос с точки зрения соотношения независимости и компетентности, их баланса.

Сначала **о компетентности**. Пунктом 2 ч. 6 ст. 15 Закона № 193-ФЗ, касающейся требований к медиаторам, устанавливается, что медиатор не вправе "оказывать какой-либо стороне юридическую, консультационную или иную помощь". Данное положение представляется небесспорным по сути – ведь посредник как раз и должен в силу своей независимой роли провести некую разъяснительную работу, которая позволит сторонам лучше понять правовую ситуацию, взвесить плюсы и минусы своей изначальной позиции по делу, озвучить сомнения и в итоге прийти к медиативному соглашению.

Конечно, не должно быть перекосов в пользу одной из сторон, но в этом, по-моему, и заключается баланс между компетентностью и независимостью, к которому стоит стремиться и на уровне законодательных конструкций, и на практике. Убеждена, что судейский опыт надо использовать как

Перспективу снятия запрета на то, чтобы судьи в отставке работали медиаторами, в целом можно оценить положительно, но с рядом существенных оговорок.

раз в контексте очевидной практической направленности квалификации подобного потенциального медиатора.

По вопросу о независимости отмечу следующее. В медиаторе участники примирительной процедуры должны видеть посредника только между собой, но никак не между одной из сторон и судом, иначе говорить о независимости вряд ли возможно. Судья в отставке в роли медиатора не должен выступать завуалированным властным рычагом для осуществления тактического давления на более "слабую" сторону. Направленность его деятельности – содействие в выработке сторонами решения по существу спора и ничего более.

Поэтому независимость судьи в отставке как медиатора достижима лишь при наличии определенных объективных условий, такую независимость обеспечивающих, а именно:

- допуск к медиаторству оправдан лишь в отношении "судей в отставке" по смыслу, придаваемому такому статусу п. 1, 6 ст. 15 Закона РФ от 26.06.1992 № 3132-1 "О статусе судей в Российской Федерации", т. е. при отсутствии фактов совершения порочащих поступков как до, так и после отставки;
- желателен учет периода работы в качестве судьи с законодательным закреплением минимально допустимого стажа (не менее трех лет), что позволило бы бывшему судье не проходить дополнительного курса по программе подготовки медиаторов;
- если же после отставки прошел значительный период времени (более трех лет), либо стаж работы судьи невелик, то прохождение специального курса наравне с иными будущими профессиональными посредниками, напротив, представляется обязательным;
- временной запрет (не менее трех лет) на осуществление бывшим судьей функций медиатора по делам, подсудность которых отнесена к суду, являвшемуся местом его работы до отставки.

Независимость судьи в отставке как медиатора достижима лишь при наличии определенных объективных условий, такую независимость обеспечивающих.

Ирина Решетникова, проф., д-р юрид. наук, заслуженный юрист РФ, Председатель ФАС Уральского округа

[?] Как совместить конфиденциальность соглашения, достигнутого в процессе медиации, и открытость судебного процесса?

*К*онфиденциальность можно рассматривать двояко: применительно к переговорам и применительно к медиативному соглашению.

Как известно, одним из основных правил медиации является конфиденциальность коммуникаций (переговоров). Это правило подкреплено сегодня российским процессуальным законодательством, запрещающим медиаторам, наравне с представителями и защитниками, давать показания в суде. В некоторых странах существует запрет для сторон ссылаться на обстоятельства и доказательства, приводившиеся ими во время переговоров по выработке соглашения (не обязательно медиативного).

Конфиденциальность самого соглашения связана с основами мирового соглашения, которые действуют в национальной системе процесса. Так, в практике американских судов отмечается стабильное увеличение количества так называемых исчезающих дел (the vanishing trial). Иначе говоря, возбужденные в суде дела не завершаются их разрешением, поскольку спорящие стороны самостоятельно ликвидируют имеющийся между ними конфликт, в т. ч. с использованием медиации. Так, в 1962 г. в США 11,5% гражданских дел было рассмотрено федеральными судами по первой инстанции, а в 2002 г. – только 1,8%. Это объясняется тем, что **в США, как и во многих других странах, не принято утверждать в суде соглашение, к которому приходят стороны**. Если заключенное сторонами соглашение не будет исполнено, то возможно обращение в суд с иском как при неисполнении любого другого договора.

В российском процессе выбрана другая система, что обусловлено, вероятно, активностью суда: последний проверяет условия мирового соглашения, к которому пришли стороны, на предмет их законности и отсутствия нарушения прав и интересов других лиц. Однако ничто не мешает сторонам, пожелавшим сохранить конфиденциальность условий соглашения, не обращаться в суд за его утверждением. В этом случае **истцу достаточно отказаться от иска**. Но при этом стороны должны четко представлять последствия таких действий. Во-первых, после принятия судом отказа от иска и прекращения производства по делу вторичное обращение с тождественным иском невозможно. Во-вторых, если соглашение, к которому пришли стороны, не будет исполнено, то они без подачи самостоятельного иска не смогут получить исполнительный лист (как это происходит в случае утверждения мирового соглашения). А в ходе судебного

разбирательства обязательно встанет вопрос о действительности такого договора.

Если говорить с точки зрения юридической теории, то российский вариант мирового соглашения – это некое сочетание гражданско-правового договора и особой формы его удостоверения судом, что в итоге позволяет без дополнительных процедур после выдачи исполнительного листа перейти к стадии исполнительного производства. Американский вариант предполагает заключение сторонами гражданско-правового договора без вмешательства суда, поэтому для его принудительного исполнения требуется прохождение судебной процедуры рассмотрения дела.

Дарья Носова,
адвокат, партнер
АБ "Андрей
Городисский
и Партнеры"

[?] Заинтересованы ли суды в формировании культуры примирения?

Формирование в России культуры примирения является насущной задачей, которую, как представляется, в первую очередь **следует реализовывать в судах общей юрисдикции**.

Активное внедрение концепции медиативных процедур в нашей стране должно в итоге оказать позитивное влияние на такое неблагоприятное обстоятельство, как перегруженность судов и связанные с этим факты затягивания рассмотрения споров, а также отсутствия у судей времени на то, чтобы как следует вникнуть во все обстоятельства дела, что в конечном счете сказывается на качестве принимаемых судебных решений. И в этом смысле заинтересованность судов в примирительных процедурах не вызывает сомнений. Уже сейчас публикуется информация с положительными отзывами о применении процедур медиации в судах общей юрисдикции.

Очевидно, что при обращении в суд граждане, особенно пребывающие в остром (зачастую эмоциональном) конфликте, нуждаются в третьей стороне, которая поможет им объективно взглянуть на суть проблемы и увидеть возможные варианты ее разрешения. Как известно, судебный процесс не позволяет этого сделать, ведь спорящие, не будучи подготовленными и оказываясь в рамках формальной процедуры, зачастую теряются и не могут ни правильно сформулировать свои требования, ни отстоять свои позиции.

Конечно, не все конфликты можно свести на нет. Однако цель примирительных процедур заключается не в том, чтобы установить правого и виноватого, а в **предоставлении участникам спора возможности достичь компромиссного разрешения ситуации**, которое вырабатывается в ходе примирения самими сторонами. Во многих

случаях вовлечение суда в спор может быть минимизировано, а это, как уже указывалось, дает надежду на качественное повышение уровня правосудия по остальным делам.

Светлана Загайнова, профессор, д-р. юрид. наук, директор Центра медиации УрГЮА

[?] Какие меры необходимо предпринять для информирования потенциальных и нынешних участников гражданского и арбитражного процесса о сущности медиации?

Центр медиации УрГЮА уже четвертый год проводит практические медиации, занимается подготовкой медиаторов, обучает юристов технологии медиации. Полученный нами опыт свидетельствует, что, несмотря на принятие соответствующего закона, **медиация является пока еще малоизвестной процедурой**. Причем это касается не только граждан и организаций – потенциальных участников судебных споров, но и юристов.

Популяризация медиации может вестись по нескольким направлениям:

- распространение информации в СМИ и Интернете;
- проведение круглых столов, семинаров, конференций;
- выпуск специальной литературы и т. д.

Но для того, чтобы медиация была воспринята участниками правового спора, необходимо определить, кто в силу своих профессиональных качеств может донести до них информацию о медиации и как это следует делать, чтобы конфликтующие стороны были заинтересованы не идти с возникшими проблемами в суд, а попытаться урегулировать их с участием медиатора. Представляется оправданным, что, поскольку юристы находятся на передовой правовых споров, то именно они в первую очередь должны заниматься профессиональным консультированием участников конфликта о новых возможностях его урегулирования. Как показывает зарубежный опыт, **только благодаря активному участию все-**

го юридического сообщества в популяризации медиации она может стать востребованной на практике. Кроме того, интерес к новой процедуре возникнет тогда, когда разъяснения будут носить не формальный характер, а основываться на специальных методиках, разработанных для представителей каждой юридической специальности и учитывающих ее специфику (для судьи, нотариуса, адвоката и т. д.).

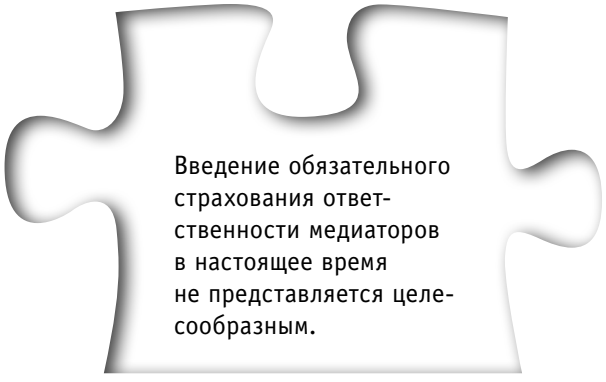
Оправданность подобного подхода подтверждается также данными, полученными в ходе впервые проводимого в России правового эксперимента "Разработка и апробация механизмов интеграции медиации в гражданское судопроизводство", который реализуется совместно Свердловским областным судом, Центром медиации УрГЮА, Управлением Судебного департамента в Свердловской области и Октябрьским районный судом г. Екатеринбурга (в настоящее время в эксперимент включились и другие районные суды Свердловской области). Только после того, как судьи прошли обучение основам медиации и освоили специально разработанную для них Центром медиации УрГЮА методику разъяснения участникам спора права на медиацию, у последних появился к ней интерес. И сегодня мы наблюдаем в регионе отчетливую тенденцию повышения спроса на медиацию в судах общей юрисдикции.

Александр Евдокимов,
рук. арбитражно-судебной практики юридической фирмы "ЮСТ", адвокат

[?] Должны ли медиаторы страховать свою ответственность?

В ст. 17 Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)" (далее – Закон № 193-ФЗ) указано на то, что "медиаторы и организации, осуществляющие деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, несут ответственность перед сторонами за вред, причиненный сторонам вследствие осуществления указанной деятельности, в порядке, установленном гражданским законодательством".

Как видим, в приведенной норме фактически идет речь о разновидности общегражданской деликтной ответственности за причинение вреда охраняемым законом интересам стороны спора. При такой редакции Закона № 193-ФЗ возможными правонарушениями со стороны медиаторов, повлекшими причинение вреда, могут быть признаны как специальные "профессиональные" проступки (например, разглашение медиатором конфиденциальной информации,



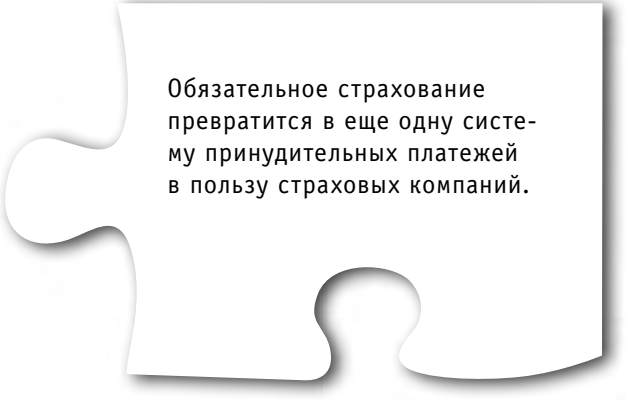
ставшей ему известной при проведении примирительной процедуры (ст. 5 Закона № 193-ФЗ), или нарушение медиатором принципа своей беспристрастности и независимости от сторон спора (ст. 3 Закона № 193-ФЗ), так и любые другие правонарушения, в т. ч. уголовно наказуемые (например, мошенничество).

Очевидно, что на текущем этапе развития института медиации в России **преждевременно говорить о наработанной практике привлечения медиаторов к ответственности** на основании данной нормы Закона № 193-ФЗ.

Между тем без отлаженного механизма привлечения медиаторов к ответственности за вред, причиненный ими при осуществлении своей профессиональной деятельности, невозможно выработать четкие и экономически обоснованные правила страхования риска наступления такой ответственности. Страхуемые риски должны быть понятными и просчитываемыми, а их страхование должно стать насущной необходимостью, вытекающей из особенностей этого вида деятельности, прежде всего, для самих представителей профессионального сообщества медиаторов.

Поэтому, отвечая на поставленный вопрос, скажу, что введение обязательного страхования ответственности медиаторов в настоящее время не представляется целесообразным, т. к. для этого отсутствуют, прежде всего, социальные предпосылки. В нашем обществе еще не сформировалась потребность в обязательном страховании ответственности медиаторов, являющаяся следствием сложившейся массовой практики их привлечения к ответственности. В ее отсутствие введение обязательного страхования превратится в еще одну систему принудительных платежей в пользу страховых компаний, взимаемых, в конечном счете, со сторон соответствующего спора, но не предоставит последним какие-либо реальные гарантии возмещения возможного вреда, причиненного медиатором.

В то же время **добровольное страхование медиаторами своей ответственности следует признать полезным**, т. к. оно поможет



отработать условия данного вида страхования ответственности на практике, а сам факт наличия у медиатора страхового полиса, безусловно, будет способствовать популяризации этого альтернативного способа урегулирования споров.

Вадим Аболонин,
канд. юрид. наук, магистр права (LL.M.), преподаватель Центра медиации УрГЮА

[?] В каких случаях процедура медиации может быть выгодной для сторон?

Медиация не панацея! По прошествии первых десятилетий ее успешного развития в США и Европе все больше специалистов сходятся на том, что медиация – это лишь один из возможных путей урегулирования конфликта и его выбор должен быть осознанным.

Благодаря системе управления конфликтами (конфликт-менеджменту), **уже сегодня успех и будущую выгоду от проведения медиации можно спрогнозировать на любой стадии развития спора.** В большинстве европейских стран подобные системы разрабатывались опытным путем на протяжении многих лет в рамках проектов по развитию судебной медиации или таких частных инициатив, как "Круглый стол немецкой экономики по медиации". В рамках данного проекта предприятия – лидеры немецкой экономики совместными усилиями создают специальные критерии пригодности спора для примирительной процедуры, практикуя так называемый умный подход к медиации.

Специально для того, чтобы выбор в пользу медиации был осознанным, Немецкий арбитражный институт не так давно ввел **особую предварительную процедуру конфликт-менеджмента**, в рамках которой независимый конфликт-менеджер вместе со сторонами анализирует обстоятельства спора и дает свои рекомендации относительно наиболее оптимального способа его урегулирования. Часто, предусматривая в договоре оговорку о подсудности, третейскую или медиационную оговорку, стороны оказываются не в состоянии предугадать, когда и какой именно конфликт может возникнуть, а значит, не могут заранее предусмотреть оптимальную процедуру его урегулирования.

Применение медиации имеет смысл в тех случаях, когда сохранение партнерских отношений является не столько взаимным желанием спорящих, сколько объективной необходимостью, поскольку их разрыв повлечет слишком большие потери. Применение медиации может быть выгодным для компании как в отношениях

Применение медиации может быть выгодным для компании как в отношениях с партнерами и клиентами, так и внутри нее самой.

с партнерами и клиентами (при организации совместных инновационных проектов (joint ventures) или потребительских спорах), так и внутри нее самой (корпоративные или трудовые споры).

Понимание того, что медиация не универсальна и имеет свои плюсы и минусы, представляется чрезвычайно важным для дальнейшего развития российского законодательства в этой области, а разработка и внедрение отечественных систем конфликт-менеджмента может оказаться инновацией, которая даст реальный экономический эффект в краткосрочной перспективе.

Александр Жбанков,
адвокат МКА «ЕВРОБЮРО», г. Москва

[?] Может ли адвокат выступать в роли медиатора? Если да, то на каких условиях?

Н

На мой взгляд, для привлечения в качестве медиатора адвоката и соответственно в целях соблюдения требований Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации" в соглашении о проведении процедуры медиации сторонам необходимо использовать следующую формулировку: «В соответствии со ст. 15 Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)" **деятельность медиатора по настоящему соглашению осуществляется на непрофессиональной основе**. **Данная деятельность медиатора не является предпринимательской деятельностью**. Медиатор вправе осуществлять любую иную не запрещенную законодательством РФ деятельность. Медиатор не является представителем какой-либо стороны настоящего соглашения, не оказывает какой-либо стороне настоящего соглашения юридическую, консультационную или иную помощь. Медиатор при проведении процедуры медиации по настоящему соглашению лично (прямо или косвенно) не заинтересован в ее результате».

Кроме того, необходимо учесть основное условие, при котором адвокат может высту-

пать в качестве медиатора, а именно отсутствие какого-либо соглашения между ним и сторонами (одной из сторон).

И, наконец, не следует забывать о норме п. 1 ст. 10 Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)", в соответствии с которой **проведение процедуры медиации осуществляется медиатором на бесплатной основе**. Решение о безвозмездности медиатор, в свою очередь, принимает, руководствуясь п. 4 ст. 11 указанного Закона, согласно которому в своем соглашении стороны вправе признать самостоятельное определение медиатором порядка проведения процедуры медиации с учетом обстоятельств возникшего спора, пожеланий сторон и необходимости скорейшего урегулирования спора.

Конечно, данная позиция может быть подвергнута сомнению, в частности, одним простым вопросом: зачем адвокату выполнять эту роль бесплатно? Отвечу на него: полагаю, что, выступая в таком качестве адвокат, прежде всего, повышает кредит доверия к себе, что в нашем бизнесе стоит гораздо дороже. [юп]

Материал подготовил
Алексей Каширин