

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ МЕДИАТОРА



За что отвечает медиатор в процессе урегулирования спора и за что он отвечать не должен

Цисана ШАМЛИКАШВИЛИ

Вступление в силу закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», в котором ответственности медиатора посвящена хоть и короткая, но отдельная статья, заставляет нас более подробно рассмотреть этот вопрос — и попробовать прояснить, за что медиатор может быть привлечен к ответственности. А для этого, наверное, в первую очередь следует разобраться, за что же в действительности отвечает медиатор как человек, выступающий в качестве нейтрального лица при урегулировании споров. Необходимо отметить, что во всем мире, и особенно в странах англосаксонского права (прежде всего, в США), откуда современная медиация и начала распространяться по всему миру, только в последние несколько лет стали задумываться о проблеме ответственности медиатора, с точки зрения применения к нему санкций и предъявления исков. Причем этот вопрос встал на повестку дня лишь потому, что за последние 10 лет имели место единичные случаи обращения сторон, участвовавших в медиации (или их юристов) в связи с действиями медиатора, нанесшими им ущерб (материальный или мораль-

ный). В большинстве своем эти нарекания в адрес медиаторов были связаны с жалобами на нарушение принципа конфиденциальности, являющегося непреложным условием профессиональной этики медиатора. То есть речь шла лишь об утечке информации в результате процедуры медиации. Еще одним свидетельством неактуальности до последнего времени вопроса о профессиональной ответственности медиатора является тот факт, что в США лишь относительно недавно медиаторы (и то далеко не все) начали страховать свою ответственность в рамках профессиональной деятельности. Это говорит о многом, поскольку в США страхование профессиональной ответственности является необходимым условием осуществления практически любой деятельности — будь то юрист, психолог, врач и так далее. Возможно, конечно, что такое положение дел (то есть отказ медиаторов от подобной страховки) связано с тем, что сама медиативная деятельность мало регулируется на государственном уровне и развивается больше по инициативе «снизу». Общество доверяет тем, кого привлекает для помощи в урегулировании споров, то есть для медиации, не предъявляя к ним жестких формальных требований, и ограни-

чиваясь лишь требованием следовать правилам профессиональной этики. Вместе с тем сами клиенты медиатора в полной мере доверяют самим себе — как умным, информированным и практичным пользователям инструмента, каковым является медиация. Они понимают полезность этого инструмента для каждого гражданина, стремящегося наилучшим образом, с наименьшим ущербом для себя и близких разрешить сложные ситуации, возникающие в жизни.

То есть ключевым для развития медиации оказывается вопрос доверия, которого, к сожалению, в современном российском обществе сегодня явно недостаточно. И, в первую очередь, у нас не хватает доверия к самим себе. Ведь практически в каждой аудитории при обсуждении медиации можно услышать с озабоченностью заданный вопрос: «А кто будет контролировать медиатора? А как мы будем контролировать его деятельность? Как медиаторы будут отчитываться за проведенные процедуры?». Список подобных вопросов и сомнений можно продолжать до бесконечности. Причем вполне реально понять, когда эти вопросы задают люди, которые ничего не знают о медиации, которые могут быть отнесены лишь к категории ее потенциальных пользователей. Разумеет-

ся, с ними необходимо вести разъяснительную работу, чтобы, поняв суть медиации, они бы сами ответили на многие вопросы и отбросили многие сомнения. Но удивительно, когда такие вопросы задают юристы, преподаватели юридических факультетов, или даже те, кто пытается продемонстрировать лояльность новому институту и претендует на звание эксперта. Возможно, что и здесь не последнюю роль играет все то же недостаточно глубокое понимание предмета, сути медиации — хотя это, конечно, куда менее простительно для тех, кто претендует на знание о ней и даже размышляет о способах контроля над этим институтом. Но, к сожалению, куда более вероятно, что этот вопрос рождается от недоверия к своим коллегам, согражданам и к самим себе.

Ведь медиация — это метод, полностью опирающийся на добрую волю сторон, участвующих в процедуре на равных (паритетных) условиях и правах, чтобы разрешить существующие между ними разногласия, к обоюдной выгоде максимально удовлетворив собственные потребности и реализовав интересы, стоящие за данной конфликтной ситуацией. А медиатор — это нейтральный, беспристрастный, неподвзятый человек, который помогает им в процессе поиска и выработки решений на условиях конфиденциальности. Стороны, являясь «собственниками конфликта», полностью контролируют не только содержательную сторону вырабатываемого решения, но, что не менее важно, и сам процесс поиска выхода из си-

туации и вариантов возможных решений. Стороны сами являются главным индикатором приемлемости и эффективности для них процедуры медиации, и именно стороны определяют целесообразность продолжения или прекращения медиации (в том числе по причине нарушения медиатором правил профессиональной этики, таких как конфиденциальность, нейтральность, беспристрастность, равноудаленность и равноприближенность по отношению к сторонам, или прозрачность действий внутри процедуры). Таким образом, самым лучшим контролем для медиатора является удовлетворенность его работой всех (именно всех!) сторон спора, что непросто, но достижимо при условии профессионализма медиатора.

А что же предлагают нам те, кто не может освободиться от недоверия, от стереотипов тотального контроля? Утратив, по-видимому, веру в самоценность и самодостаточность человеческой личности, они просто не могут оценить преимущество института, который освобождает нас от необходимости каждый раз прибегать к помощи государства, суда, других властных, административных органов. Они ищут способы контроля над этим институтом, сводящие его преимущества на нет. А ведь медиация ценна именно тем, что не требует постороннего вмешательства и управления. Она, в первую очередь, подходит для решения таких задач, которые, с одной стороны, очень важны для нас (а, значит, наилучшее решение способны найти и увидеть именно мы сами),

а с другой стороны, задач, которые нам вполне под силу разрешить самим, хотя бы и приложив для этого некоторое усилие.

Более того, привлекательность медиации еще и в том, что нам предлагается помощь профессионально подготовленного человека, способного содействовать нам в налаживании и ведении диалога с оппонентом. При этом одним из главных ограничений в работе медиатора является сохранение в секрете всего, что происходит в процедуре, вплоть до самого факта ее проведения. Государство вверило нам такое право и дало нам возможность использовать эту процедуру. Теперь нам нужно только поверить в самих себя, в свою способность отстаивать свои интересы, принимать решения и отвечать за их последствия.

Что же касается ответственности медиатора, то он должен, прежде всего, отвечать за неукоснительное следование правилам профессиональной этики, основные принципы которых были перечислены выше, и за нахождение строго в рамках той роли, которую ему следует играть в процедуре медиации. Какова же эта роль?

Медиация — это процедура урегулирования спора, которая является особой формой посредничества, где нейтральное лицо не уполномочено выносить решения, не предлагает своих вариантов выхода из конфликта и не консультирует стороны (то есть не выступает экспертом, в том числе по правовым вопросам, если даже медиатор — юрист). Таким образом, стороны абсолютно сво-

бодны в выборе решения, а медиатор лишь содействует им в совместном поиске путей выхода из конфликта на равноправных условиях.

Итак, как уже говорилось, медиатор обязан следовать правилам профессиональной этики и той роли, которую он должен играть в процедуре медиации, — причем независимо от того, какова его базовая профессия. Это очень важно, поскольку в некоторых случаях у самих сторон велико искушение апеллировать к нему как к специалисту в той или иной области (например, как к юристу), что не только не входит в его полномочия, но и в корне противоречит требованиям к его профессиональному поведению. В последние годы подобные случаи нередко происходят в практике зарубежных медиаторов, и именно из-за этого стали возникать отдельные иски в связи с некачественной консультацией по правовым вопросам или неудовлетворенности стороны тем, как составлено медиативное соглашение и так далее.

Нельзя не отметить, что российские медиаторы находятся в лучшем положении, так как у нас в Законе прямо прописано, что медиатор не предлагает возможных вариантов решений по спору, кроме особых случаев, когда такая просьба поступит от самих сторон. Но и тут медиатор может сам решать, будет ли он исполнять подобную просьбу. И второе немаловажное условие, устраняющее подобную опасность, которое также четко прописано в Законе о медиации — это замечание о недопустимости правового консультиро-

вания сторон медиатором.

Так или иначе, действия медиатора всегда должны быть продуманными — чтобы минимизировать риск возникновения недоразумений, и тем более жалоб, связанных с оказанием медиативных услуг.

Предупреждающие или профилактические меры, направленные на уменьшение подобного риска, необходимы и в начале процедуры, во время вступительной речи медиатора и — периодически — в ходе процедуры. Причем одно из наиболее значимых обстоятельств, на котором должен

Ключевым для развития медиации является вопрос доверия. В том числе и нашего доверия к самим себе

постоянно акцентировать внимание сторон и всех участников процедуры медиатор — это его собственная роль и задача. Он не должен допускать даже малейшего смещения акцентов, не должен ни на секунду брать на себя роль, которую может играть человек любой другой специальности.

Итак, с самого начала одной из первоочередных задач является четкое определение, прояснение медиатором своей роли. Это делается им как во вступительной речи, так и письменно (если конечно такая форма уместна и предусмотрена). Чтобы вы-

полнить это условие, медиатор должен иметь очень четкую, хорошо подготовленную вступительную речь, а также, возможно, составить письменное обращение (памятку) для участников медиации. Роль медиатора здесь должна быть ясно разъяснена сторонам и отграничена от любой другой, с которой участники могли бы ее спутать. Это особенно важно, если медиатор имеет еще и другую профессию, а тем более если он практикует по другой спе-

Медиатор должен прежде всего отвечать за неукоснительное следование правилам профессиональной этики и за свое нахождение строго в рамках той роли, которую ему следует играть в процедуре медиации

циальности (как, например, адвокат, судья, аудитор, психотерапевт и так далее), чтобы стороны не заблуждались по поводу цели и задач его участия в данной конкретной процедуре и по поводу исполнения им исключительно роли медиатора. Напоминать и прояснять специфику роли медиатора следует также по ходу процедуры и в процессе ее завершения, особенно в момент подготовки медиативного соглашения.

Любые действия и высказывания участников в процессе процедуры, которые могут стать поводом перенести ответственность на медиатора, должны быть им сразу замечены и пресечены. Например, когда кто-то из участников обращается к медиатору как к «адвокату», «консультанту», «советчику», «психотерапевту», либо любому другому специалисту, он должен незамедлительно отреагировать и исправить эту ситуацию. Просьбы посоветовать, «направить», или любые другие попытки переложить ответственность на медиатора должны быть немедленно остановлены. Причем прояснение и исправление некорректных обращений, заявлений можно делать как во время совместных встреч, так и в отдельных встречах, — но с точки зрения предупреждения нежелательных последствий подобных недоразумений в будущем. Поэтому чем больше будет при этом свидетелей, тем лучше.

В случае проведения медиации в «марафонском» режиме, когда напряжение еще больше, необходимо чутко относиться ко всем деталям происходящего и особенно внимательно следить за состоянием самих сторон спора. Однако не нужно навязывать им тот или иной график работы. Поэтому следует даже здесь подчеркнуть отдавать решение на усмотрение самих сторон. Например, так: «Мы работаем уже более пяти часов! Никто не возражает против продолжения работы?» И очень хорошо, если подобные вопросы звучат в присут-

ствии как можно большего числа участников медиации, становящихся свидетелями заданного вопроса и ответа, подтверждающего готовность, желание, согласие всех участников продолжать.

Подготовка и оформление медиативного соглашения должны быть организованы таким образом, чтобы впоследствии никому не пришлось на ум протестовать против достигнутых договоренностей. Для этого медиатор в момент, когда очевидно, что стороны достигли согласия, созывает всех вновь на совместную встречу, во время которой задает каждой стороне *ряд вопросов* в процессе подготовки соглашения, до того как оно будет подписано...

- Читали ли вы соглашение?
- Понимаете ли вы в полной мере его содержание?
- Понимаете ли вы, что, подписав это соглашение, вы вступаете в договорные отношения, обязательные к исполнению?
- Подписываете ли вы данное соглашение добровольно?
- Проконсультировались ли вы с вашим адвокатом (юристом) по всем вопросам, которые у вас должны были быть (или могли быть) и получили ли вы от него исчерпывающий, удовлетворяющий вас ответ, не препятствующий подписанию вами этого соглашения?
- Есть ли какие-либо физические, психологические, эмоциональные или иные причины, которые могли бы помешать вам в полной мере понимать все, что сегодня здесь происходило?

• Понимаете ли вы, что я сегодня выступал(а) в качестве медиатора, и ни в какой иной роли, и что вы самостоятельно приняли свое собственное решение?

Необходимо отметить, что использование этого инструментария является достаточной гарантией того, чтобы стороны в будущем, даже если им захочется предъявить претензии медиатору, были «обезоружены».

Обычно такой опросник мы предлагаем заполнить и подписать каждой из сторон.

Но в то же время необходимо проявлять повышенную осторожность и бдительность в спорах, где стороны изначально не представлены адвокатами или не имеют юридических консультантов. Ведь наличие правовой помощи у сторон является своего рода буфером для медиатора. Без юристов (а еще хуже — с одним юристом, то есть представляющим лишь одну сторону) ноша, ложащаяся на плечи медиатора, сильно утяжеляется. Поэтому ему следует дополнительно рекомендовать, а если нужно, даже настаивать на получении сторонами юридической консультации.

Иногда уместно использовать такую промежуточную форму как меморандум, для полной уверенности в неущербности, реалистичности и жизнеспособности достигнутых предварительных договоренностей для каждой из сторон.

Кроме того, необходимо использовать ряд других способов защиты на случай жалоб и исков против медиатора.

Например, следует быть предельно осторожным и осмотрительным относительно заявления о конфиденциальности в процессе урегулирования многосторонних споров. Совершенно безобидная на первый взгляд ошибка при передаче предложения не той стороне, или ошибочное раскрытие информации другой стороне, могут нанести здесь серьезный ущерб. Потеря клиентов, связанная одновременно с жалобой и угрозой иска, безусловно, влечет за собой неприятности для медиатора.

Медиаторы, как уже говорилось выше, по идее могут, и даже должны быть застрахованы на предмет профессиональных ошибок, как отдельно, так и в рамках другой профессиональной деятельности, которой они занимаются. (То есть, к примеру, у юриста-медиатора страховка должна включать страхование его профессиональной деятельности в качестве юриста и медиатора). В нашей стране такой традиции еще нет даже у адвокатов, но постепенно сами члены профессиональных сообществ понимают важность данного инструмента, который, помимо всего прочего, способствует для них обретению внутренней уверенности и психологического комфорта.

Вопрос о хранении записей, связанных с процедурой медиации, также является достаточно простым. Ведь, например, те медиаторы, которые хотят сохранить записи о наиболее сложных спорах, могут быть обвинены в том, будто

они изначально предполагали, что по этой процедуре могут возникнуть вопросы в будущем. Те же, кто немедленно уничтожает записи и избавляется от всей информации, относящейся к процедуре, обрекает себя на незащищенность в случае исков. Решение относительно хранения данных, касающихся процедуры медиации, медиаторы должны принимать сами, — возможно, по-разному в каждом отдельном случае. Мы же считаем, что предпочтительно удаление любой информации, относящейся к конфиденциальной, то есть той информации, которую нельзя получить из других источников, нежели от самих сторон.

Медиативная практика порождает и будет порождать множество психологических вопросов и этических дилемм. Например, какая степень открытости необходима в процессе медиации? Какая информация может или должна быть раскрыта? В ответе ли медиатор перед теми, кто не участвует в процедуре, но на кого ее результат может (или предположительно может) оказать влияние? Когда у медиатора возникает конфликт интересов? Подчиняется ли медиатор одновременно этическим нормам (правилам) своей базовой профессии (адвокат, судья, врач и так далее)? Могут ли медиаторы оказывать сторонам в процедуре консультативную или иную помощь, например, при составлении соглашения? Подобных вопросов достаточно много, и подчас ответы на них медиатору приходится давать инди-

видуально, исходя из каждой конкретной ситуации.

В настоящее время в России еще нет своего собственного Кодекса медиаторов. Разработать его и принять нам еще предстоит, хотя можно сказать, что мы находимся в более выгодном положении, чем наши западные коллеги, которые 20–30 лет назад, зарабатывая медиативную практику методом проб и ошибок, одновременно формулировали и этические нормы профессиональной деятельности.

Безусловно, мы будем разрабатывать национальный Кодекс, но в основном в нем будут отражены те же аспекты, что и в подобных документах других стран, где медиативная деятельность уже стала частью общественной жизни.

Попытаемся сформулировать ряд бесспорных этических правил для медиатора и процедуры медиации. Любой из существующих Кодексов поведения медиаторов (Кодексов этики) содержит следующие (или подобные им) принципы:

- стороны должны быть в полной мере информированы об особенностях и сути процедуры медиации, чтобы их согласие на участие в ней было осознанным и информированным выбором;
- должны быть созданы предпосылки для нивелирования и недопущения возникновения конфликта интересов у третьей стороны;
- должна быть обеспечена невозможность (неправомерность) для медиатора последующего представления какой-либо из сторон спора в судебном разбирательстве;

- должен существовать запрет для медиатора назначать и получать «гонорар успеха» или оплату (гонорар), который будет способствовать его заинтересованности в содержательном аспекте разрешения спора;

- медиатор не должен иметь личных (частных), финансовых или юридических интересов, связанных с какой-либо из сторон спора.

В некоторых документах, например, в новых правилах АВА (Американской Ассоциации Юристов), при определенных (ограниченных) условиях, таких как полное согласие сторон, нейтральное лицо может выступить медиатором в споре, одной из сторон которого является его бывший или настоящий клиент. Один из основных аргументов в пользу такой уступки — то, что клиенты могут обратиться к своему адвокату (адвокатам) с просьбой выступить в качестве медиатора, поскольку они доверяют им и уверены в их эффективности.

Часто Кодекс отмечает, что медиатор обязан прекратить процедуру, если есть основания считать, что используется давление, имеет место несправедливость или отсутствие консенсуса.

Кроме того, некоторые правила провозглашают стандарты поведения медиаторов, которые по идее должны способствовать открытому обмену информацией между сторонами. При этом, впрочем, сами механизмы, обеспечивающие такой обмен, не совсем понятны, и их декларирование подчас может при-

вести к неожиданным результатам. К примеру, в одном из исков в связи с некачественным оказанием услуг медиатором в США, основной претензией истца была неспособность медиатора заставить другую сторону раскрыть некоторую финансовую информацию. В то же время во многих юрисдикциях достигнутый в ходе медиации договор может быть признан недействительным, если нераскрытие информации можно свести к обману (предоставлению ложных данных или сведений).

Все перечисленные выше правила в основном направлены на то, чтобы третья сторона оставалась «нейтральной» и «беспристрастной». Конечно, не следует забывать, что истинное значение этих понятий очень трудно сформулировать, а еще труднее уложить в рамки реальной практики. И все-таки это — важнейшие требования, без соблюдения которых работа медиатора теряет смысл.

В то же время кодексы поведения (этики) медиаторов нередко содержат и ряд правил, стремящихся сформулировать принципы по *менее бесспорным вопросам*...

- Должен ли медиатор отвечать за что-то большее, чем действие процессу урегулирования спора?
- В ответе ли медиатор за то, чтобы результат процедуры был справедливым, или это вредит его нейтральности и самой идее о том, что — именно стороны являются хозяевами своих решений и договоренностей?

- Какую роль должно играть право в оценке справедливости результата, с точки зрения его содержания?

- Должны ли работа и профессионализм медиатора оцениваться по иным стандартам, нежели, к примеру, работа судьи?

На многие из этих вопросов нам предстоит ответить при подготовке национального Кодекса поведения медиаторов, но одновременно следует понимать, что

Лучшим контролем для медиатора является удовлетворенность его работой всех (именно всех!) спорящих сторон

эмпирический опыт так или иначе внесет со временем в этот кодекс свои коррективы.

Лишь одно должно быть понятно пользователям медиации (то есть сторонам и их консультантам) изначально: то, что медиатор является мастером и гарантом самого процесса урегулирования спора, а за результат, то есть за принятое решение и за достигнутые договоренности, отвечают сами стороны.