

V.A. Maksimov

PRINSIPLES OF MEDIATION

Vitaly Maksimov – Associate professor, the Department of Civil Law, North-West branch of Russian State University of Justice, PhD in Law, St. Petersburg; **e-mail: maximovva@mail.ru**.

The article is devoted to the study of the essence of the principles of law as a whole as an important prerequisite for understanding individual principles being typical for alternative dispute resolution methods. The author draws attention to the fact that two main concepts regarding the concept of legal principles were formed in the legal doctrine: built on the theory of positivism and originating from the idea of natural law. The study demonstrates that the most important features of the principles of law are their regulatory nature, objective conditionality and the way they are materialized in law. Within the framework of the study, the author notes the opposites of many principles, deemed the basis for the application of alternative dispute resolution methods and the principles of civil procedural law. The author suggests dividing the principles of mediation into general legal principles, intersectoral principles and special principles. Particular attention is paid to such principles of mediation as the principle of equality, the principle of dispositivity, the principle of voluntariness, the principles of independence and impartiality of the mediator, the principle of confidentiality of mediation, the principles of stimulation and cooperation, the principle of cooperation. In the article, the author argues his point of view and draws conclusions taking into account the analysis of the opinions of various domestic and foreign civil scientists.

Keywords: principles of law; mediation; alternative methods of dispute resolution; the principle of equality; the principle of dispositivity; the principle of voluntariness; the principles of independence and impartiality of the mediator; the principle of confidentiality of mediation; the principles of stimulation and cooperation; the principle of cooperation.

В.А. Максимов

ПРИНЦИПЫ МЕДИАЦИИ

Виталий Алексеевич Максимов – доцент кафедры гражданского права, СЗФ ФГБОУ ВО «Российский государственный университет правосудия», кандидат юридических наук, доцент, г. Санкт-Петербург; **e-mail: maximovva@mail.ru**.

Статья посвящена исследованию сущности принципов права в целом как важной предпосылки в понимании отдельных принципов, характерных для альтернативных способов разрешения споров. Автор обращает внимание, что в юридической доктрине были сформированы две основные концепции относительно понятия правовых принципов: построенная на теории позитивизма и берущая начало от идеи естественного права. В исследовании продемонстрировано, что важнейшими признаками принципов права являются их нормативно-регулятивный характер, объективная обусловленность и способ их материализации в праве. В рамках исследования автор отмечает противоположности многих принципов, что является основой применения способов альтернативного разрешения споров и принципов гражданского процессуального права. Автор предлагает деление принципов медиации на общеправовые принципы, межотраслевые принципы и специальные принципы. Отдельное внимание уделено таким принципам медиации, как принцип равенства, принцип диспозитивности, принцип добровольности, принципы независимости и беспристрастности медиатора, принцип конфиденциальности медиации, принципы стимулирования и сотрудничества. В статье автор аргументирует свою точку зрения и делает выводы с учетом анализа мнений различных отечественных и иностранных ученых-цивилистов.

Ключевые слова: принципы права; медиация; альтернативные способы разрешения споров; принцип равенства; принцип диспозитивности; принцип добровольности; принципы независимости и беспристрастности медиатора; принцип конфиденциальности медиации; принципы стимулирования и сотрудничества; принцип сотрудничества.

Принципы составляют одну из важнейших частей различных отраслей права. Учитывая это, в юридической литературе как правовые принципы, так и принципы, характерные для отдельных отраслей, всегда были предметом дискуссий.

Определяя понятие принципов права, ученые употребляют такие категории, как «исходные теоретические положения», «основные, руководящие принципы (идеи)», «общие нормативно-руководящие положения», «ведущие принципы», «закономерности», «сущность», «система координат». По нашему мнению, подавляющее большинство указанных категорий являются синонимами. Вместе с тем, правильное понимание сущности принципов права в целом имеет важное значение для дальнейшего исследования нами отдельных принципов, характерных для альтернативных способов разрешения споров.

Этимология слова «принцип» имеет латинские корни и предполагает восприятие его как основы, начала. В повседневной жизни мы используем его, как правило, в значении личных убеждений человека, своеобразных моральных, религиозных либо практических границ, рамок, которые человек ставит для себя и старается не выходить за их пределы в течение своей жизни. От обычных ограничений принцип отличается основополагающим, весомым характером.

В юридической доктрине были сформированы две основные концепции относительно понятия правовых принципов. Согласно первой концепции, построенной на теории позитивизма, принципы права – это идеи, теоретические, нормативно-руководящие положения того или иного вида человеческой деятельности, которые конкретизируются в содержании правовых норм и объективно обусловленные материальными условиями существования общества. Такие представления о принципах права часто встречаются в современ-

ной юридической литературе. С одной стороны, отмечается, что принципы права являются общими нормами, которые действуют во всей сфере правового регулирования и отражают закономерности развития правовых систем, с другой стороны, указывается на то, что принципы права вытекают из общего смысла законов. Т.е., согласно таким соображениям, принцип характеризует не право, а закон, и логичнее было бы вести речь о принципах законодательства, а не права [6, с. 6].

Согласно второй концепции, которая берет начало от идеи естественного права, правовые принципы понимаются как руководящие идеи, объективно присущие праву, основные начала, неоспоримые требования (позитивные обязательства), которые предъявляются к участникам общественных отношений с целью гармоничного сочетания индивидуальных, групповых и общественных интересов и определяют содержание и направленность правового регулирования, отражают важнейшие закономерности социально-экономической формации. В рамках этого понимания содержание права раскрывается посредством обращения к неправовым понятиям и явлениями. М.И. Байтин, например, характеризует принципы права как исходные, основополагающие идеи, положения, установки, которые составляют моральную и организационную основу возникновения, развития и функционирования права. По мнению В.М. Ведяхина, факторы формирования и реализации принципов права делятся на правовые и неправовые. К последним автор относит экономические, социальные, политические отношения, мораль, психологию общностей и граждан [6, с. 6].

Сегодня принципы права чаще всего рассматриваются учеными как идеи, или же как нормы. Некоторые авторы, отмечая особую роль принципов для правового регулирования, предлагают не отождествлять принципы и нормы права и утвер-

ждают, что принципы права сохраняют свое значение даже без нормативного закрепления в законодательных актах. Подобной позиции придерживается и В.П. Грибанов, который отметил, что отождествление правового принципа с нормой права практически равнозначно отрицанию принципа права. Вместе с тем, определяя принципы права как идеи, появляется риск предоставления им сугубо доктринального характера, что уменьшит роль принципов с точки зрения практического применения. По этому поводу В.Ф. Тараненко отметил, что правоотношения не могут регулироваться правовыми идеями, поэтому и принципы права не могут быть лишь научными декларациями [6, с. 8].

Среди важнейших признаков принципов права, по нашему мнению, следует, прежде всего, назвать их нормативно-регулятивный характер, который усматривается в том, что принципы, зафиксированные в праве, приобретают значение общих правил поведения, имеющих общеобязательный, властный характер. Другим признаком является объективная обусловленность принципов права, что означает соответствие таких принципов характеру общественных отношений, экономическим, политическим, идеологическим процессам, которые происходят в обществе. Принципы права – идеологическая категория, а это означает, что они, как и право в целом, является формой общественного сознания, осуществляющее идейное, информационно-воспитательное воздействие общего характера, то есть выполняет функцию общего закрепления общественных отношений, что и дает возможность рассматривать их с позиции определенных идей, руководящих принципов. Важным признаком принципов права, по мнению автора, является способ их материализации в праве. Кроме того, принципы всех, в том числе и правовых, явлений – исторические. Это означает, что исторические условия развития общества и государства выдвигают соответствующие принципы: они такие, как эпоха, люди и их потребности, образ жизни, общественные отношения. На основании ука-

занных признаков можно сделать вывод, что категория «принципы права» должна использоваться во всех случаях, когда речь идет об отправных идеях и положениях, относящихся к юриспруденции. Термин «принципы» может лишь уточняться и детализироваться в зависимости от того, какова сфера его существования и функциональная направленность.

Определение понятия принципов альтернативного разрешения споров (далее – АРС) и, в частности, медиации можно сформулировать с учетом тех основных признаков, которые присущи принципам права в целом. Принципы АРС являются руководящими принципами, имеют общеобязательный характер и определяют требования к процедуре разрешения спора на всех его стадиях, а также к поведению участников такой процедуры. Вместе с тем, отдельные авторы отмечают противоположности многих принципов, что является основой применения способов АРС и принципов гражданского процессуального права. Такая противоположность обусловлена разницей в режимах правового регулирования гражданских процессуальных отношений и правоотношений в сфере АРС. Например, принципу гласности гражданского процесса противопоставляется принцип конфиденциальности, который действует при АРС, а строгий формализм гражданского процесса противопоставляется гибкости способов АРС [4, с. 3–7].

Основой для осуществления процедуры медиации независимо от категории спора служат общие принципы альтернативного разрешения споров. Кроме того, специфика медиации, которая выделяет ее среди других способов АРС, обуславливает необходимость действия специфических принципов в соответствующей сфере. Таким образом, к принципам медиации можно применять традиционное деление на:

- 1) общеправовые принципы;
- 2) межотраслевые принципы;
- 3) специальные принципы.

Общеправовые принципы медиации характеризуются тем, что относятся ко всей правовой системе и имеют влияние

на все отрасли, подотрасли и институты права, в том числе и на сферу процедуры медиации. К таким принципам, по нашему мнению, относятся: демократизм, гуманизм, социальная справедливость и законность, сочетание принуждения и убеждения, неотъемлемость естественных прав человека, приоритетность норм международного права, высшая сила Конституции, верховенство права и тому подобное. Все эти общеправовые принципы в определенной степени составляют нравственную основу развития и функционирования любых правовых институтов и механизмов.

Другими принципами, определяющими основы осуществления процедуры медиации, являются межотраслевые принципы, также определяющие особенности рассмотрения дела судом в рамках гражданского процесса. Среди таких принципов можно назвать принципы: равенства сторон, диспозитивности, принадлежности и допустимости доказательств. В то же время, как уже было отмечено нами ранее, для процедуры медиации характерны такие специальные принципы, которые можно противопоставлять отдельным принципам гражданского процесса. Так, к специальным принципам медиации относятся: принцип добровольности, принцип независимости (нейтральности) и беспристрастности медиатора, принцип конфиденциальности, принцип эластичности процедуры, принцип сотрудничества сторон. Итак, рассмотрим подробнее основные принципы медиации, на которых базируется такая процедура.

Общеправовое значение принципа равенства сторон рассматривается нами как запрет установления различных правовых границ и правил поведения в одинаковых условиях для различных субъектов правоотношений. Принцип равенства сторон в гражданском процессе определяют как такое нормативно-правовое начало, которое обеспечивает сторонам равное процессуальное положение перед судом при осуществлении правосудия. Характеризуя данный принцип в процессуальном праве, следует указать на то, что равенство сторон заключается в наличии равных с со-

держанием и объемом субъективных прав у каждой из сторон. То есть, не может быть привилегий или ограничений по признакам расы, цвета кожи, политических, религиозных и других убеждений, пола, этнического и социального происхождения, имущественного состояния, места жительства, языковых или других признаков. Также учёные указывают на то, что принцип равенства относится к специфическим (функциональным) принципам гражданского процесса, который характеризует деятельность судов по рассмотрению и решению гражданских дел и базируется на общеправовом принципе равенства граждан и юридических лиц перед законом и судом [5, с. 15–19]. В общем, в последнее время наблюдается тенденция к пониманию процессуального равенства не только как обеспечения формального юридического равенства сторон, но и как реализации идеи фактической процессуальной равноправия (Резолюция CM/RES (78)8 Комитета Министров Совета Европы о юридической помощи и консультациях от 2 марта 1978 г., Рекомендация № REC (81)7 Комитета Министров государствам-членам относительно путей упрощения доступа к правосудию от 14 мая 1981 г., Рекомендация № REC (93)1 Комитета Министров государствам-членам об эффективном доступе к закону и правосудию для необеспеченных слоев населения от 8 января 1993 г.) [2, с. 214].

Однако содержание принципа равенства сторон в медиации в определенной степени отличается от содержания этого принципа в гражданском процессе. В частности, можно согласиться с мнением о том, что одной из наиболее существенных процессуальных гарантий, направленных на реализацию принципа процессуального равенства сторон, является активная деятельность суда [2, с. 214]. Такая гарантия не присуща принципу равенства в медиации, поскольку полномочия посредника имеют несколько другой характер, и он должен воздерживаться от прямого вмешательства в процесс переговоров. К тому же принцип равенства сторон в гражданском процессе предусматривает равенство

как перед законом, так и перед судом. Однако равенство сторон спора перед судом, безусловно, не является характерной для медиации (даже если речь идет о досудебной медиации, в которой посредником выступает судья, поскольку во время переговоров последний не может осуществлять правосудие, а лишь способствует сторонам в разрешении спора).

Принцип равенства в медиации заключается в том, что стороны имеют равные права на участие в медиации, на отказ от участия в медиации на любом этапе процедуры. Стороны также равны при выборе медиатора, выражении ему недоверия в случае сомнений в его беспристрастности и при оценке взаимной приемлемости соглашения о разрешении спора.

Принцип диспозитивности в юридической литературе часто определяется по-разному. А.Т. Боннер формулирует принцип диспозитивности как нормативно-руководящее положение гражданского судопроизводства, определяющее движущее начало и механизм процессуального движения [1, с. 36]. По мнению М.А. Гурвича, принцип диспозитивности является отражением особенностей гражданского права и, в частности, автономного характера гражданских прав [7, с. 399]. Следует отметить, что содержанием принципа диспозитивности является возможность свободного распоряжения материально заинтересованными по делу лицами материальными правами, которые им принадлежат, и процессуальными средствами их защиты. Диспозитивность (от лат. *dispono* – распоряжаться) заключается в предоставленной заинтересованным лицам, участвующим в деле, возможности свободно распоряжаться ими, выполняя процессуальные действия, направленные на развитие и прекращение дела в суде, а также использовать иные процессуальные средства с целью защиты субъективных имущественных и личных неимущественных прав и охраняемых законом интересов.

Считается, что содержание принципа диспозитивности заключается в возможности свободно, по своему усмотрению осуществлять и распоряжаться матери-

альными правами относительно предмета спора и процессуальными средствами их защиты. Составными положениями содержания принципа диспозитивности, по мнению автора, являются шесть групп прав: права, которые характеризуют полномочия на возбуждение производства по делу; права, направленные на изменение исковых требований; права, связанные с обеспечением законного состава суда, объективного рассмотрения дела и выполнения судебных постановлений; права, связанные с привлечением к делу всех заинтересованных лиц; права по осуществлению отдельных процессуальных действий; другие права, обеспечивающие защиту в процессе по делу.

С помощью вышеупомянутых отдельных составляющих принципа диспозитивности в гражданском процессе, можно дать характеристику и принципа диспозитивности в медиации. Вместе с тем, учитывая объем возможностей для распоряжения своими материальными и процессуальными правами, диспозитивность, присущая процедуре медиации, шире, чем традиционное понимание этого принципа в гражданском процессуальном праве.

В содержательном смысле принцип диспозитивности в медиации заключается в том, что участники спорных правоотношений имеют право по своему усмотрению не только осуществлять все процедурные действия, но и определять круг проблемных вопросов, подлежащих обсуждению в ходе примирительной процедуры, формировать и изменять предмет такой процедуры без каких-либо ограничений [3, с. 70]. Кроме того, стороны по своему усмотрению выбирают медиатора, который будет способствовать в достижении взаимопонимания между ними на разных этапах переговоров, и решают вопрос о привлечении экспертов или третьих лиц, участие которых будет способствовать выяснению обстоятельств дела. Стороны также имеют право непосредственно влиять на обеспечение выполнения медиатором своих функций во время процедуры медиации на принципах независимости и беспристрастности. В частно-

сти, такое влияние заключается в возможности заявить отвод или отказаться от участия в медиации, если в какой-либо из сторон возникнут сомнения относительно объективности посредника.

Принцип добровольности является своеобразным продолжением принципа диспозитивности в медиации, однако, в отличие от последнего, добровольность является специфическим принципом, который присущ лишь некоторым способам альтернативного разрешения споров. Добровольность проявляется в том, что обязательным условием начала процедуры медиации является предоставление сторонами своего согласия на участие в переговорах. Согласие сторон также является обязательным для исполнения тем или иным лицом функций медиатора. Обращает на себя внимание тот факт, что в содержание принципа добровольности также входит правомочность сторон принимать любые решения по разрешению конфликта только по взаимному согласию. Реализацией названной основы есть обязанность медиатора в начале процедуры медиации установить факт добровольности и личного волеизъявления на участие всех сторон процедуры.

Добровольность как основной принцип медиации закреплена в Директиве о некоторых аспектах медиации в гражданских и коммерческих делах (Директива о медиации) от 21 мая 2008 г. [23, с. 12]. Так, в Преамбуле Директивы определено, что медиация должна быть добровольным процессом в том смысле, что стороны самостоятельно несут ответственность за процесс и могут организовать его так, как считают нужным, а также прекратить его в любой момент [14]. Вместе с тем, суды являются уполномоченными, в силу национального права, устанавливать ограничение принципа добровольности в виде определения временных рамок такой процедуры. Государства-члены ЕС в национальном законодательстве могут также определять медиацию как обязательную процедуру при условии, что это не будет препятствовать доступу к правосудию.

Действие принципа добровольности в случае частной медиации не вызывает ни-

каких сомнений, поскольку сама процедура инициируется только сторонами. Однако, как уже было отмечено, во многих странах судьи уполномочены по своему усмотрению направлять стороны к участию в медиации, что может вызвать сомнения относительно соблюдения принципах добровольности. Вместе с тем, такая инициатива суда, как правило, носит рекомендательный характер. Т.е., несмотря на соответствующее постановление суда, стороны самостоятельно принимают решение о целесообразности участия в медиации. Свой отказ от участия в медиации ни одна из сторон не обязана обосновывать. Стороны также не несут ответственности за такой отказ, а с целью обеспечения отсутствия такой ответственности медиатор обычно не предоставляет суду информацию о том, кто из сторон не высказал своего согласия на медиацию (в случае, если только одна сторона не соглашается принять участие в переговорах).

В отдельных категориях споров медиация может быть обязательным условием для открытия производства в суде. Например, законодательством Италии определяется перечень споров, решение которых осуществляется, прежде всего, с помощью медиации (спору относительно прав на земельный участок, споры, связанные с врачебной халатностью, страховые споры, споры между собственниками многоквартирных домов и т.п.) [21, с. 25]. Таким образом, стороны вынуждены принять участие в переговорах и попытаться решить спор мирным путем перед тем, как подать иск в суд. Впрочем, даже в таких случаях добровольность выражается в том, что соглашение о разрешении спора по результатам переговоров стороны заключают только по собственному желанию. Справедливо мнение о том, что благодаря необходимости такого добровольного согласия обеих сторон на заключение соглашения о разрешении спора медиацию можно характеризовать как примирительную процедуру. Как правило, разрешение спора по результатам медиации по обоюдному желанию сторон свидетельствует о том, что такое решение яв-

ляется выгодным для обеих сторон, а, следовательно, имеются все предпосылки для того, чтобы примириться и, при необходимости, продолжать сотрудничество в будущем [20, с. 109].

Вместе с тем в литературе дискуссионным остается вопрос, связанный с допустимостью установления императивных основ для участия в добровольной процедуре разрешения спора, что является своеобразным парадоксом медиации [24, с. 483]. Неоднозначной также является обязательность медиации на практике. Так, если пилотные проекты по принудительной медиации в Англии часто оказывались неэффективными [26, с. 64], то опыт Австрии и Франции свидетельствует о том, что установление обязанности сторон попытаться разрешить спор с помощью медиации является оправданным [21, с. 110]. Поэтому следует, прежде всего, учитывать правовые, социальные и экономические особенности конкретного государства, а также сосредотачивать внимание на поисках компромисса между добровольностью процедуры медиации и необходимостью привлечения сторон к такой процедуре в принудительном порядке. Опыт многих зарубежных стран свидетельствует о том, что различные мероприятия, которые призваны поощрять стороны к разрешению споров посредством медиации и не противоречат добровольному характеру этой процедуры, могут быть такими же эффективными, как и установленные законодательством правила обязательного участия сторон в медиации. Такими мерами могут быть, например, государственные субсидии для развития медиации, финансирование государством расходов на медиацию, которые понесли стороны, уменьшение суммы судебных расходов в дальнейшем, если спор по объективным причинам не будет решён путем переговоров, и т.п.

С целью закрепления и толкования принципов независимости (нейтральности) и беспристрастности медиатора на конференции в Брюсселе 2 июля 2004 г. Совет Европы принял Кодекс поведения медиаторов. Кодекс определяет принципы, которые медиаторы могут выполнять

добровольно [16]. Т.е. указанный документ носит рекомендательный характер и не устанавливает ответственности за невыполнение тех или иных его положений. В то же время подавляющее большинство положений Кодекса были закреплены в нормативно-правовых актах отдельных государств и, соответственно, приобрели императивный характер. Указанные принципы закреплены также в разделе IV Рекомендации Комитета Министров Совета Европы о медиации в гражданских делах от 18 октября 2002 г., где четко указано, что медиатор должен действовать на принципах беспристрастности, непредвзятости, а также обеспечивать соблюдение принципа равенства сторон на протяжении всего процесса переговоров. К тому же медиатор не может навязывать сторонам конкретный вариант решения их спора [25].

Вместе с тем во многих нормативно-правовых актах (национальных и международных) консолидированное определение независимости и беспристрастности отсутствует. В частности, эти категории часто не определяются или вообще употребляются как синонимы. Иногда беспристрастность понимается как одинаковое справедливое отношение к обеим сторонам, а независимость как поведение медиатора, который характеризуется беспристрастностью. Также указывается на то, что независимость характеризуется невмешательством. Довольно часто как понятие независимости, так и понятие беспристрастности включает в себя объективность. К. Моррис [22, с. 320–322], рассматривая проблему определения независимости и беспристрастности, отмечает, что основными составляющими этих принципов является:

1) беспристрастная справедливость, т.е. забота медиатора о потребностях и интересах всех сторон без дискриминации и с одинаковым уважением сторон;

2) степень вмешательства медиатора в процесс переговоров – этот признак является предметом многих дискуссий, поскольку степень такого вмешательства может определяться по-разному в зависимости от особенностей национального за-

конодательства, традиций посредничества и конкретной модели медиации;

3) ограничения роли медиатора – как правило, медиатор не может выполнять роль советника или адвоката в тех случаях, когда стороны нуждаются в профессиональной информации, консультации относительно правовых аспектов спора и т.п.;

4) объективность – медиатор должен иметь объективное чувство справедливости и не быть заинтересованным предметом спора или преимуществами одной из сторон.

В целом категории «независимость» и «беспристрастность» тесно взаимосвязаны, составляют единое требование к поведению посредника, однако их смысл не совпадает полностью. В частности, основной идеей независимости является справедливость и незаинтересованность медиатора позицией любой из сторон и положительным результатом разрешения спора в пользу конкретной стороны.

Т.е., принцип независимости медиатора требует от него равного отношения к сторонам, предоставление им равных возможностей для объяснения своей позиции, заботы об интересах каждой стороны. Беспристрастность предполагает отсутствие у медиатора заинтересованности предметом спора [18, с. 252].

Итак, принципы независимости и беспристрастности медиатора предусматривают, что только незаинтересованный посредник может участвовать в процедуре медиации. Медиатор может содействовать сторонам в достижении консенсуса таким образом, чтобы обеспечивать отсутствие оснований для любых сомнений в своей независимости и стараться учитывать интересы всех сторон медиации в одинаковой степени. Одним из составляющих элементов указанных принципов является также отсутствие у медиатора возможности высказывать свое мнение относительно предмета спора, фактической или правовой ситуации стороны.

В литературе ведутся дискуссии относительно того, должен ли медиатор помогать той стороне спора, которая слабее и более незащищена, и заботиться о том,

чтобы соглашение, которое заключается между сторонами, не противоречило интересам ни одной из сторон таким образом, чтобы при этом не выполнять функций адвоката той или иной стороны [15, с. 417]. Здесь следует отметить, что медиатор в любом случае должен сохранять независимость в течение всей процедуры медиации, а также обеспечить равное участие сторон в переговорах. А приемлемой с точки зрения соблюдения принципов независимости и беспристрастности медиатора была бы помощь сторонам в достижении соглашения, в котором должны быть учтены интересы обеих сторон независимо от их статуса. В то же время посредник должен организовывать процесс переговоров так, чтобы ни одна из сторон не злоупотребляла своими правами и не пользовалась своим более выгодным положением в деле [9, с. 81–82]. К полномочиям медиатора также относится контроль за соблюдением принципа равновесия сторон, поскольку он должен оценить неравенство между сторонами, в частности, на основании их понимания сути дела, умения вести переговоры или таких личных качеств, как отсутствие опыта, наивность, немощность и т.п. Если неравенство между сторонами будет значительным и ход переговоров свидетельствует о том, что стороны могут заключить сделку, содержание которой будет ставить более слабую сторону в невыгодное положение, посредник должен попробовать помочь такой стороне осознать факт злоупотребления стороной своими правами и привилегированным положением. Более того, медиатор может объявить перерыв, во время которого более слабая сторона будет иметь возможность еще раз обдумать все условия сделки и приемлемости таких условий. Подобные меры посредник может принимать в том случае, если одна из сторон действует под влиянием заблуждения [11, с. 25–27].

По мнению отдельных авторов, с целью соблюдения принципов независимости и беспристрастности медиатор обязан воздерживаться от отдельных встреч и переговоров только с одной из сторон [19, с. 57]. Впрочем, такие действия медиатора

не могут быть основанием для выражения ему недоверия, если они согласованы с другой стороной. К тому же индивидуальные встречи медиатора с каждой из сторон являются одной из фундаментальных техник, применяемых в медиации с целью содействия заключению взаимовыгодного соглашения. Учитывая принцип конфиденциальности, именно во время индивидуальных встреч стороны более настроены на откровенный разговор с посредником, что может помочь ему лучше и быстрее понять всю суть спора и ожидания сторон [13, с. 426].

Кроме того, принципы независимости и беспристрастности предусматривают, что в случае, когда посредник понимает, что по каким-либо причинам не может оставаться беспристрастным, он должен немедленно отказаться от дальнейшего участия в деле. Медиатор также обязан проинформировать стороны об обстоятельствах, которые могут стать препятствием для его участия в качестве посредника [12, с. 515]. В отдельных странах при наличии оснований для сомнений в независимости и (или) беспристрастности медиатора сторонам обеспечена возможность заявить ему отвод. Если же процедура отвода не урегулирована законодательством или локальными актами соответствующих неправительственных организаций, то в любом случае та сторона, которая считает медиатора предвзятым, всегда может отказаться участвовать в процедуре медиации.

Характеризуя принципы независимости и беспристрастности медиатора, следует обратить внимание на вопросы конфликта интересов. Вероятность возникновения конфликта интересов связана, прежде всего, с тем, что очень часто медиаторами становятся лица, которые занимаются собственной юридической практикой. Таким образом, могут возникать ситуации, когда одна из сторон является бывшим деловым партнером или бывшим клиентом медиатора. По нашему мнению, в подобных случаях посредник вряд ли может участвовать в медиации, поскольку, соблюдая принципы независимости и беспристрастности, он обязан избегать

конфликта интересов. В любом случае, медиатор должен сообщить сторонам о возможном конфликте интересов, а именно, финансовый или личный интерес относительно результата переговоров, отношения, что связывают или связывали медиатора с той или иной стороной и тому подобное. Стороны, в свою очередь, самостоятельно принимают решение о том, приемлемым ли будет участие такого медиатора в процедуре переговоров. В конце концов, иногда тот факт, что медиатор был знаком со сторонами еще до начала процедуры медиации, может положительно влиять на ход и результат переговоров [17, с. 86–87].

В разделе IV Рекомендации Комитета Министров Совета Европы о медиации в гражданских делах от 18 октября 2002 г. закреплено правило, согласно которому информация, приобретенная в процессе медиации, является конфиденциальной и не может быть использована, если только такое использование не согласовано самими сторонами или разрешено национальным законодательством [25]. Конфиденциальность процедуры медиации является одновременно и принципом, и одним из крупнейших преимуществ медиации по сравнению с судебным рассмотрением дела. Довольно часто именно уверенность сторон в том, что информация об их личной жизни или профессиональной сфере не станет известной никому, кроме участников медиации (или медиатора), становится основной причиной обращения к такой альтернативной процедуре разрешения спора. Кроме того, конфиденциальность выступает гарантией добровольного участия сторон в медиации, а также эффективности такого участия. Важность конфиденциальности заключается в том, что предоставление сторонами частной информации личного характера часто помогает найти такие варианты решения конфликта, которые было бы сложно или даже невозможно найти, не обладая такой информацией. В юридической литературе конфиденциальность рассматривают как отсутствие публичности во время проведения процедуры урегулирования спора, конфликта, недопустимость разглашения

информации, полученной в процессе процедуры альтернативного разрешения спора, недопущение вымогательства такой информации, запрет на вызов и допрос в качестве свидетеля лица, которое способствует примирению, об обстоятельствах, которые стали ему известны во время процедуры АРС.

Принцип конфиденциальности медиации заключается в том, что полученную от сторон информацию медиатор не может передавать третьим лицам или даже другой стороне, если конкретная информация была получена медиатором во время индивидуальной встречи с одной из сторон. Суд не может привлечь медиатора в качестве свидетеля для получения информации, которая стала известна посреднику во время участия в медиации. Кроме того, отказаться свидетельствовать в суде могут адвокаты, которые представляли сторон спора при медиации и третьи лица, которые были привлечены к участию в медиации по необходимости (эксперты, переводчики и т.д.). Также отдельные авторы указывают на то, что конфиденциальность процедуры медиации характеризуется и тем, что никто, кроме сторон, их представителей, адвокатов и медиатора, не может присутствовать во время переговоров, а заметки посредника (которые можно считать документами) о ходе медиации или письма, содержащие изложение позиции сторон, должны оставаться в закрытом доступе или быть уничтоженными. Перед началом переговоров медиатор обязан разъяснить сторонам сущность принципа конфиденциальности. По общему правилу медиатор также уведомляет стороны о том, что протокол хода медиации не будет содержать никакой конфиденциальной информации, а единственным документом, к которому будут иметь доступ посторонние лица, является соглашение сторон о разрешении спора (если такой доступ является необходимым для обеспечения выполнения соглашения и контроля за таким исполнением).

Важным вопросом является определение обстоятельств, при которых не только стороны, но и медиатор могут отступить от принципа конфиденциально-

сти. Некоторые авторы высказывают мнение, что это возможно в таких случаях, когда медиатор во время процедуры медиации узнает о намерении совершения стороной спора правонарушения, преступления, когда существует угроза безопасности несовершеннолетнего или когда определенная информация по законодательству должна быть публичной, а также когда во время переговоров нарушается принцип профессиональной этики и др. [10, с. 47]. По нашему мнению, исчерпаемый перечень исключений из принципа конфиденциальности медиации должен быть закреплен на уровне национальных нормативно-правовых актов. Следует также учитывать риск злоупотребления одной из сторон теми преимуществами медиации, которые гарантируются благодаря действию принципа конфиденциальности. Речь идет о случаях, когда сторона соглашается на участие в медиации только ради того, чтобы соответствующая информация и доказательства стали недоступными в будущем судебном процессе рассмотрения дела, поскольку получение судьей таких сведений и принятия решения по результатам исследования таких доказательств является невыгодным для этой стороны. Поэтому в некоторых странах (в частности, в Испании) конфиденциальная информация относительно процедуры медиации и позиции сторон может стать открытой для судьи в том случае, если одна из сторон полностью отклоняла любые варианты согласованного решения спора [21, с. 51]. В совокупности с другими обстоятельствами такое поведение может свидетельствовать о недобросовестности стороны и использования ею конфиденциальности только в собственных целях.

В целом в юридической литературе идут дискуссии о необходимости императивного правового регулирования принципа конфиденциальности в медиации и последствий его нарушения сторонами или медиатором. В частности, высказываются мнения о том, что стороны самостоятельно должны решать вопрос об обязательности принципа конфиденциальности медиации, в которой они участвуют.

Так, поскольку конфиденциальность в медиации призвана защищать интересы сторон, то последние, если считают это целесообразным, могут отказаться от такой защиты. Кроме того, при отсутствии надлежащего правового регулирования принципа конфиденциальности стороны всегда могут урегулировать этот вопрос самостоятельно с помощью соглашения, частью которой может быть оговорка о конфиденциальности [21, с. 49]. Однако важность принципа конфиденциальности для эффективности процедуры медиации обуславливает потребность в обеспечении его соблюдения и закреплении этого принципа на законодательном уровне. Учитывая правовую природу и характер процедуры медиации, представляется возможным решение сторонами вопроса о конфиденциальности информации, полученной во время переговоров, на собственное усмотрение. Но при отсутствии соответствующей оговорки сторон об отказе от конфиденциальности любая информация, которая стала известна в связи с попытками найти решение спора, должна оставаться тайной. Также на законодательном уровне должны быть предусмотрены меры ответственности, которые будут применены в случае разглашения конфиденциальной информации медиатором или одной из сторон. Такой подход к правовому регулированию принципа конфиденциальности будет способствовать большей привлекательности этой процедуры.

К принципам медиации также можно отнести принципы стимулирования и сотрудничества. Эти принципы прямо не закреплены в международно-правовых актах, однако их соблюдение является обязательным условием достижения основной цели медиации – взаимовыгодного решения спора.

В юридической литературе принцип стимулирования определяют как принцип, предусматривающий поощрение сторон к решению спора без обращения к государственному правосудию, в том числе путем предоставления государственных льгот и компенсаций. Как свидетельствует практика многих стран, довольно часто желание сторон попытаться решить спор мир-

ным путем и принять участие в переговорах зависит от содействия распространению процедуры медиации на общегосударственном уровне. Меры, применяемые с целью такого содействия, могут иметь как позитивный, так и негативный характер. К первым относится возможность сторон получить определенные льготы, субсидии благодаря участию в медиации. Примером мер стимулирования негативного характера может быть возложение обязанности по оплате всех судебных расходов на ту сторону, которая отказалась от участия в медиации и предпочла судебное рассмотрение дела.

Также важную роль играет деятельность неправительственных организаций, которые частично или полностью могут осуществлять деятельность по проведению медиации на основе «pro bono» (например, Центр разрешения споров и конфликтов при факультете права и администрации Варшавского университета).

В таком случае к участию в медиации сторон побуждает тот факт, что, в отличие от судебного разбирательства, эта процедура будет для них бесплатной.

Необходимость соблюдения принципа сотрудничества на всех этапах медиации обусловлена тем, что для поиска и достижения консенсуса каждая из сторон должна быть настроена на сотрудничество, а также учитывать интересы и потребности другой стороны. Принцип сотрудничества проявляется еще перед началом самой процедуры медиации, поскольку такой процедуре предшествует заключение сторонами соглашения о медиации (или договора, в котором есть оговорка о медиации), избрание сторонами медиатора, определение места проведения переговоров, предоставление сторонами медиатору материалов, которые будут способствовать правильному пониманию сути спора и позиции каждой из сторон. Принцип сотрудничества сторон на этапе переговоров заключается, в частности, в том, что каждая сторона должна этично вести себя, сохранять спокойствие, внимательно выслушивать мнения и предложения другой стороны, высказывать собственные предложения относительно возможных вари-

антов разрешения спора и тому подобное. Сотрудничество продолжается даже после завершения процедуры медиации и подписания соглашения о разрешении спора, поскольку медиацию можно считать полностью успешной только в случае добросовестного исполнения условий такого соглашения обеими сторонами. Кроме того, в медиации, в отличие от судебного разбирательства, нет победителя и побежденного, поэтому у сторон есть возможность не просто решить свой спор, но и примириться, наладить отношения и сотрудничать в дальнейшем в различных сферах жизни.

Отдельные авторы к принципам медиации также относят: принцип автономии конфликта, который предусматривает вполне частный характер спора между сторонами и то, что решения такого спора зависит, прежде всего, от самих сторон; принцип уважения достоинства всех участников процедуры; принцип учета интересов обеих сторон [8, с. 85–87].

ЛИТЕРАТУРА

1. *Боннер А.Т.* Принцип диспозитивности советского гражданского процессуального права. М.: ВЮЗИ, 1987.
2. *Здрок О.Н.* Примирительные процедуры в гражданском судопроизводстве: понятие, классификация, тенденции развития (на примере Республики Беларусь) // Вестник гражданского процесса. 2012. № 1. С. 180–223.
3. *Краснослободцева Н.К.* Принцип диспозитивности в цивилистическом процессе // Вопросы современной науки и практики. Университет им. В.И. Вернадского. 2013. № S(44). С. 67–71.
4. *Михель Д.Е.* Соотношение альтернативного разрешения споров и государственного правосудия // Сборник научных трудов SWORLD. 2012. Т. 18. № 3. С. 3–7.
5. *Резниченко И.М.* Функциональные принципы гражданского процесса (правовые и психологические аспекты): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М.: ВЮЗИ, 1989.
6. *Сидоркин А.С.* Принципы права: понятие и роль в правовом регулировании // Вестник РУДН. Серия «Юридические науки». 2009. № 4. С. 5–12.
7. Советский гражданский процесс / под ред. М.А. Гурвича. М.: Высшая школа, 1975.
8. *Arkuszevska A.M., Plis J.* Zarzys metodyki pracy mediatora w sprawach cywilnych. Warszawa: Wolters Kluwer SA, 2014.
9. *Bargiel-Matusiewicz K.* Negocjacje i mediacje. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, 2007.
10. *Bialecki M.* Mediacja w postępowaniu cywilnym. Warszawa: Wolters Kluwer SA, 2012.
11. *Bobrowicz M.* Mediacjegospodarcze – jakmediowac i przekonywac. Warszawa: C.H. Beck, 2004.
12. *Bullock G. Bullock, E. Ha Shang.* John Mediation analysis is harder than it looks // Cambridge handbook of experimental political science / ed. J.N. Druckman, D.P. Green and others. 2011.
13. *Bullock S., Gallagher L.* Surveying the State of the mediative art: a guide to institutionalizing mediation in Louisiana // Louisiana Law Review. 1996–1997. Vol. 57.
14. Directive 2008/52/EC Of The European Parliament and Of The Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. URL:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF> (дата обращения: 12.06.2021).
15. *Ereciński T., Jędrzejewska M., Gudowski J.* Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, cz. 1, Postępowanie rozpoznawcze. Warszawa: Lexis Nexis, 2006.
16. European Code of Conduct for Mediators. URL: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf (дата обращения: 01.08.2021).
17. *Gmurzynska E.* Mediacja w sprawach cywilnych w amerykanskim systemie prawnym: zastosowanie w Europie i Polsce. Warszawa: C.H. Beck, 2007.
18. *Gójska A., Huryn V.* Mediacja w rozwiązywaniu konfliktów rodzinnych. Warszawa: C.H. Beck, 2007.
19. *Koszowski M.* Prawno-etyczne aspekty wykonywania zawodu mediatora (zasady etyki mediatora) z uwzględnieniem standardów europejskich // Kwartalnik ADR.

2008. № 4. *Mediacja* / pod red. L. Mazowieckiej. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2009.

20. *Mediacja* / pod red. L. Mazowieckiej. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2009.

21. *Mediation. Principles and Regulation in Comparative Perspective* / eds. K.J. Hopt, F. Steffek. UK: Oxford University Press, 2013.

22. *Morris C.* The trusted mediator: Ethics and interaction in mediation // *Rethinking disputes: The Mediation alternative* (ed. J. Macfarlane). London: Cavendish Publishing, 1997.

23. *Palo de G., D'Urso L., Trevor M.* Rebooting the Mediation Directive: assessing

the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU. Brussels: European Parliament, 2014.

24. *Quek D.* Mandatory mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program // *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. 2010. № 11(479).

25. Recommendation Rec (2002)10 on mediation in civil matters. URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=306401&Site=CM> (дата обращения: 28.06.2021).

26. *Roberts M.* *Mediation in family disputes*. Aldershot: Ashgate publishing, 2008.