



Адвокатская газета
Орган Федеральной палаты адвокатов РФ

Адвокат как медиатор

Все больше адвокатов будет задействовано в медиации



Морозов Сергей

LL.M., юрист международной юридической фирмы Weiten Burkhardt,
сопредседатель Young IMA при Российском арбитражном центре
(комитет по медиации)

В данном отклике на статью Ирины Суспицыной "Союзники в медиации" автор рассматривает преимущества и недостатки участия адвоката в процедуре медиации, особенности законодательного регулирования данного участия и возможные препятствия к этому.

Вопросы участия адвоката в процедуре медиации, поднятые И. Суспицыной в ее статье, являются крайне актуальными как минимум по двум причинам. Первая – активное обсуждение в Государственной Думе, Правительстве и Верховном Суде Российской Федерации законопроекта № 421600-7 "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур", который призван сделать процедуру медиации и исполнение медиативных соглашений в России более эффективными и востребованными. Вторая – продолжающаяся работа по реформированию рынка юридических услуг, логическим завершением которой будет предоставление исключительно адвокатам возможности оказывать профессиональную юридическую помощь. Соответственно, с развитием медиации в России все больше адвокатов будут задействованы в этом альтернативном способе разрешения споров.

Основные плюсы и минусы участия адвоката в процедуре медиации

Участие адвоката в процедуре медиации может иметь как положительные, так и отрицательные стороны.

Несомненным плюсом является правовая защищенность и соблюдение прав клиента при мирном урегулировании спора. Адвокат может разъяснить клиенту как текущую "расстановку сил" в конфликте с оппонентом с правовой точки зрения, так и правовые последствия предлагаемых уступок и принимаемых решений и, что не менее важно, обеспечить исполнимость достигнутых сторонами с помощью медиатора договоренностей. Финальное решение в рамках спора, конечно, остается за клиентом,

однако в присутствии адвоката оно будет более информированным в части правовой составляющей спора и принято с учетом всей полноты картины.

Тем не менее, участие адвокатов в процедуре медиации не исключает и такого негативного момента, как возможное препятствование с их стороны мирному урегулированию спора. Почему адвокат может настаивать на "доброй ссоре" и быть против "худого мира"? К основным причинам можно отнести как факторы профессиональной деформации и излишней самоуверенности многих литигаторов, когда юрист уже настолько поверил и сроднился с позицией своего доверителя, что отказывается видеть какую-либо другую точку зрения¹, так и чисто меркантильные интересы, связанные, к примеру, с почасовой оплатой услуг адвоката при рассмотрении дела в суде. Самоуверенный юрист будет отговаривать клиента принять справедливое предложение от оппонента, убеждая его, что в суде получится взыскать больше; жадный юрист будет максимально затягивать процедуру медиации и неизбежное продолжение спора в суде – быстрое и эффективное разрешение конфликта явно не в его интересах. Сказанное, безусловно, относится не ко всем, однако и без таких девиантных примеров само по себе участие профессионального защитника приводит к удорожанию процедуры медиации, если услуги не оказаны pro bono.

Правовое регулирование участия адвоката в процедуре медиации в России

Ни Закон о медиации², ни Закон об адвокатской деятельности³ детально не регулируют участие адвоката в процедуре медиации в качестве юридического представителя стороны. Кодекс профессиональной этики адвоката лишь содержит в п. 2 ст. 7 указание на то, что *"предупреждение судебных споров является составной частью оказываемой адвокатом юридической помощи, поэтому адвокат заботится об устранении всего, что препятствует мировому соглашению"*. Дополнительно подчеркивается право адвоката быть медиатором (при соблюдении требований к медиатору по Закону о медиации и за исключением случаев, когда адвокат представляет сторону / оказывает ей юридическую, консультационную или иную помощь, – п. 3 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката)⁴.

Таким образом, каких-либо специальных методов и/или принципов, особенностей участия адвоката в процедуре медиации российское законодательство не закрепляет, и к этой деятельности в общем порядке применяются положения Закона об адвокатской деятельности и Кодекса профессиональной этики адвоката. Представляется, что детальное регулирование используемых адвокатом в медиации методов и принципов будет излишним – потребности в такой регламентации весьма сомнительны, и для успешного представления интересов доверителя в медиации адвокату необходимо в первую очередь развивать свои профессиональные и межличностные навыки (включая

¹ Грищенко А.В. Психология и убеждение в судебном процессе. М.: Статут, 2018. С. 19.

² Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)".

³ Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации".

⁴ См. также: Кузнецов С.А. Права (статусы) профессионального защитника-адвоката (представителя). Адвокат, медиация и др. Добрянка: Добрянка - столица доброты, Пермский край, 2018 // СПС "КонсультантПлюс"; Бардин Л.Н. Право адвоката на доходы (в свете изменений Гражданского кодекса и других законов) // Гражданское право. 2018 // СПС "КонсультантПлюс".

так называемые soft skills). Широкое распространение в России различных курсов по развитию практических навыков юристов (включая институт М-Логос, Soft Skills Law Academy) и мастер-классов центров медиации значительно облегчает эту задачу.

Возможные препятствия для активного участия адвокатов в процедуре медиации

В России институт медиации в его современном понимании является еще очень молодым и не таким популярным среди пользователей (юристов и их клиентов), как, к примеру, в США или в европейских странах. У большинства отечественных медиаторов и адвокатов либо отсутствует вовсе, либо имеется крайне небольшой опыт реальной медиации. Практикующие юристы и адвокаты отмечают, что убедить клиента обратиться к процедуре медиации совсем не просто. Господствует представление о том, что сделать первый шаг навстречу мирному урегулированию спора – это значит проявить слабость, неуверенность в собственной позиции по делу. Соответственно, если юрист инициирует процедуру медиации, клиент может посчитать, что либо выбрал "неправильного" юриста, который сразу "сдается", потому что идет на мировую, либо юриста подкупила другая сторона⁵.

Это приводит к тому, что психологически большинство возможных пользователей еще не готово к широкому раскрытию адвокатами в медиации своих аргументов и правовых рисков по делу, что предполагает медиация, основанная на понимании (mediation through understanding), которую анализирует И. Суспицына в своей статье. Выказываются опасения, что в случае неудачной медиации полученная оппонентом информация может быть использована против раскрывающей стороны в суде.

Рассмотрим подробнее процессуальные гарантии, которые предусмотрены для этой ситуации в российском законодательстве. Закон о медиации (ч. 3 ст. 5)⁶ устанавливает запрет ссылаться в ходе судебного / третейского разбирательства на информацию, которая стала доступна в связи с процедурой медиации⁷. Данный запрет распространяется и на адвокатов, принимавших участие в процедуре медиации.

Процессуальное законодательство говорит о том, что не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона (ч. 3 ст. 64 АПК РФ), и что доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу решения суда (ч. 2 ст. 55 ГПК РФ). В доктрине указывается также на возможность применения мер гражданско-правовой ответственности за причиненный вред⁸ (вероятно, в виде взыскания убытков, что в условиях российских правовых реалий нивелирует данное средство защиты).

⁵ Реальные истории от практикующих юристов, прозвучавшие на круглом столе по медиации в рамках XII сессии Европейско-Азиатского правового конгресса 13 сентября 2018 года в г. Екатеринбург.

⁶ Аналог ст. 10 Типового закона Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о международной коммерческой согласительной процедуре 2002 г.

⁷ Это может быть, например, информация относительно предложения провести процедуру медиации, готовности к участию в ней, мнений и предложений в отношении возможности урегулирования спора, признаний в ходе процедуры медиации, готовности урегулировать спор на условиях, предложенных другой стороной.

⁸ Комментарий к Федеральному закону "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)" (постатейный) / В.О. Аболонин, К.Л. Брановицкий,

Соответственно, как таковой эффективной правовой защиты против раскрытия информации, полученной в ходе процедуры медиации, в российском праве не предусмотрено.

При этом может быть полезным обратиться к опыту США, где медиация уже давно зарекомендовала себя как эффективная альтернатива дорогостоящему и длительному судебному разрешению споров. Федеральные правила доказывания США (Federal Rules of Evidence) устанавливают в ст. 408 похожий запрет на использование информации и доказательств, полученных в ходе мирного урегулирования спора и переговоров (compromise offers and negotiations), что распространяется и на медиацию. Данная норма не является "беззубой" и подкрепляется существенными санкциями за ее нарушение (на уровне законодательства и судебной практики) для профессиональных защитников – адвокатов, имеющих эксклюзивный доступ к суду⁹. Адвокат может быть признан виновным в неуважении к суду, и на него могут быть наложены существенные санкции: от денежных взысканий (тысячи или даже десятки тысяч долларов США) вплоть до лишения адвокатского статуса.

Эффективность таких мер косвенно отражается и в отношении к медиации в США. До суда доходит не более 5% дел; лишь 3% опрошенных юристов высказывают опасения, что предложение провести медиацию может быть расценено как проявление слабости; 88% опрошенных юристов предлагали медиацию противной стороне, и было получено менее 9% явных отказов¹⁰.

Таким образом, совершенствование медиации в России несомненно должно предполагать предоставление ее пользователям надлежащих правовых гарантий, связанных с конфиденциальностью полученной в ходе медиации информации, в виде сужения круга лиц, представляющих доверителей в суде, и установления жесткой ответственности за нарушение режима конфиденциальности.

Вопросы участия адвокатов в процедуре медиации, безусловно, продолжают быть предметом широкого обсуждения в ближайшем будущем, и настоящий комментарий хотелось бы завершить словами А. Линкольна, адвоката и 16-го Президента США, сказанными в 1850 году: *"Препятствуй судебным тяжбам. Всегда, когда возможно, убеждай своих соседей приходить к компромиссу. Расскажи им, как зачастую формальный победитель в действительности является проигравшим – в гонораре юристов, расходах и потере времени. Юрист как примиритель имеет исключительную возможность быть хорошим человеком. Все равно еще будет чем заняться"*¹¹.

С.К. Загайнова и др.; отв. ред. С.К. Загайнова, В.В. Ярков. М.: Инфотропик Медиа, 2012 // СПС "КонсультантПлюс".

⁹ В прямом и переносном смысле – в залах судебных заседаний в США имеется специальная граница (bar), пересекать которую могут лишь допущенные к практике в этом суде адвокаты и непосредственные участники разбирательства. Соответственно, вся "неюридическая" публика остается за этой границей.

¹⁰ Исследование 2011 г., данные приведены в работе: *Golann D., Folberg J. Mediation: the roles of advocate and neutral.* Wolters Kluwer, 2016. P. 206.

¹¹ "Discourage litigation. Persuade your neighbors to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser — in fees, expenses, and waste of time. As a peacemaker the lawyer has a superior opportunity of being a good man. There will still be business enough". Abraham Lincoln's notes for a law lecture, 1850.