

## ДОБРОСОВЕСТНОСТЬ СТОРОН В ПРОЦЕДУРЕ МЕДИАЦИИ

*Проводится анализ принципа добросовестности сторон в процедуре медиации. Добросовестность сторон не является уникальным, присущим лишь медиации процессуальным принципом. Вместе с тем принцип добросовестности постепенно становится одной из гарантий того, что стороны будут способны участвовать в процедуре медиации эффективно и вести переговоры без злоупотребления правами.*

## GOOD FAITH OF THE PARTIES IN MEDIATION PROCEDURE

*This article analyzes the principle of good faith in the mediation procedure. Requirement of good faith is not unique and inherent procedural principles of mediation. However, the principle of good faith is gradually becoming one of the guarantees that parties will be able to participate in mediation to negotiate effectively and without abuse of rights.*

### Введение

Добросовестность сторон не является уникальным, присущим лишь медиации процессуальным принципом. Вместе с тем доктринальные источники придают особую важность добросовестности сторон в процедуре медиации. Связано это прежде всего с тем, что в медиации стороны участвуют добровольно и данная процедура является достаточно гибкой, в ней отсутствуют четкие процессуальные обязательства сторон. По указанной причине принцип добросовестности становится одной из гарантий того, что стороны будут способны участвовать в данной процедуре эффективно и вести переговоры без злоупотребления правами.

Принцип добросовестности позволяет ограничить формальный подход сторон и их представителей к медиации (*pro forma mediation*), при котором сама процедура рассматривается лишь как предварительный этап, необходимый для передачи дела к судебному разбирательству. При таком подходе стороны, как правило, приходят к медиации без надлежащих полномочий на ее проведение и (или) без желания вести переговоры [1]. По мнению некоторых американских практиков (например, Дж. Стренглайта), принцип добросовестности – необходимый сдерживающий элемент для представителей сторон, которые могут рассматривать участие в процедуре медиации как дополнительный инструмент для сбора и анализа доказательств по рассматриваемому спору, а также как средство затягивания судебного процесса [2].

### Основная часть

На современном этапе в доктрине, судебной практике и законодательстве отсутствует единый подход к определению и содержанию принципа добросовестности сторон в медиации. Так, австралийские ученые определяют добросовестность в данной процедуре по аналогии с принципом добросовестности при ведении коммерческих переговоров и формулируют его «как любые действия (бездействия), которые при сходных обстоятельствах предприняло бы любое разумное лицо» [3]. Схожей позиции придерживаются и некоторые американские исследователи, приравнивая принцип добросо-

вестности сторон в медиации к добросовестности сторон в контрактных обязательствах и определяя добросовестность как «честность в представлении фактов, поведении либо сделке» [4].

Отечественные ученые (в частности, Л. Р. Кривчик) указывают, что добросовестность сторон в первую очередь предполагает «предусмотрительность, порядочность сторон в споре, отсутствие намерения на злоупотребление предоставленными медиацией правами» [5] и включает «готовность сторон честно и открыто участвовать в переговорах, прилагать необходимые усилия для выработки вариантов разрешения спора, уважительно относиться к медиатору и иным участникам медиации, добросовестно выполнять достигнутые договоренности» [5]. Некоторые российские ученые (например, К. А. Шумова) объединяют обе указанные выше точки зрения и утверждают, что принцип добросовестности сторон «выражается в качестве руководящего начала, ориентирующего субъект на выполнение честных и необходимых действий» [6, с. 832].

Наиболее полный и всесторонний анализ принципа добросовестности сторон в медиации представлен в американской доктрине. Некоторые американские исследователи определяют добросовестность через отнесение действий (бездействия) сторон к недобросовестным: «уклонение от ведения переговоров», «злоупотребление властью», «отказ от сотрудничества» [7], «сокрытие информации с целью введения в заблуждение» [8]. Однако основная тенденция в настоящий момент – использование критериев, установленных в судебной практике, в частности в прецедентах федеральных судов и судов штатов.

В прецедентном праве можно усмотреть, что судьи, как правило, относят к нарушению принципа добросовестности «отказ стороны от выработки и рассмотрения предложений в переговорах» [9], «требование заключения соглашения в медиации взамен на неразглашение информации, которая стала известна стороне в процессе медиации» [10]. Это так называемый субъективный тест, использующий в качестве критерия поведение сторон в процедуре медиации, которому медиатор дает субъек-

тивную оценку. Данный подход, по мнению автора, может привести к нарушению иных важнейших принципов медиации – нейтральности медиатора и конфиденциальности процесса. Например, медиатор вправе впоследствии использовать информацию, полученную в процедуре медиации, вне рамок данной процедуры, что не может способствовать открытому обмену информацией, а также установлению доверительной обстановки в процессе медиации. Кроме того, применение субъективного теста влечет вмешательство судебного института в процесс медиации, которая по своей природе является неформальным внесудебным способом разрешения споров.

Существует также объективный тест при анализе судами соблюдения принципа добросовестности. В качестве критериев выступают некие объективные действия сторон: «неявка на медиацию» [11], «непредоставление меморандумов с позициями сторон», «отсутствие надлежащих полномочий у сторон» [12], «отказ в предоставлении на ознакомление документов, относящихся к спору» [13].

Таким образом, несмотря на большое число судебных precedентов, в которых анализируется понятие добросовестности сторон в медиации, они содержат разрозненные, фрагментарные пояснения, что именно относится к указанному понятию.

Отмечая данный факт, некоторые американские ученые для определения критериев добросовестности в медиации предлагают использовать судебный прецедент, созданный окружным судом Айдахо [14], согласно которому судебный медиатор до начала процедуры предоставил сторонам в письменной форме информацию о медиации, а также о том, что относится к добросовестности сторон. Таким образом, сторонники данного направления предлагают устанавливать критерии добросовестности перед каждой медиацией каждым конкретным медиатором.

На взгляд автора, такой подход поможет разрешить проблему отсутствия единого определения принципа добросовестности сторон и позволит сторонам иметь однозначное представление о том, какие правила требуется соблюдать в процессе медиации. Однако это может привести к формированию неоднозначных, в том числе противоречащих друг другу, трактовок принципа добросовестности и к искажению самого понятия добросовестности. Кроме того, если медиатор устанавливает субъективные критерии оценки (например, «честность, желание услышать другую сторону»), возникает вопрос, как он сможет оценить надлежащее соблюдение таких требований [15].

Таким образом, в доктрине, локальных судебных правилах обычно содержится требование о добросовестном участии в процедуре медиации. В то же время отсутствует четкое определение добросовестного поведения сторон в процедуре и не определены его критерии.

Тем не менее принципу добросовестности придается важное значение в правоприменительной практике. Доказательством этому служит тот факт, что для успешного функционирования данного принципа в некоторых странах Европейского союза, а также США введена ответственность за недобросовестное поведение сторон в медиации по спорам, передаваемым для медиации до

либо в рамках судебного разбирательства. Так, судьи, направляя дела в судебную медиацию, усматривают добросовестное участие как обязанность сторон, за нарушение которой могут быть наложены определенные санкции (возложение на недобросовестную сторону обязанности оплаты всех расходов, связанных с проведением процедуры медиации, или судебных издержек [16]; наложение штрафа; содержание под стражей [17] и т. д.).

Относительно законодательного закрепления принципа добросовестности сторон отметим, что он содержится как в федеральном законодательстве США [18], так и в законодательстве штатов [19]. Международные правовые акты, в отличие от американских, лишь упоминают о добросовестности, отсылая к национальным законодательствам. Например, Типовой закон ЮНСИТРАЛ «учитывает тот факт, что на сторонах может лежать обязанность предпринять добросовестные усилия по урегулированию спора» [20]. Такое обязательство может возникать из соглашения сторон, нормы законодательства или просьбы суда. Источники обязательства в каждой стране разные и Типовым законом не регулируются.

В законодательстве Латвии, Италии, Испании закреплено требование к сторонам быть добросовестными при проведении процедуры медиации. В данное понятие включаются, в частности, такие объективные действия, как отказ одной из сторон участвовать в процедуре медиации, несоблюдение процедурных правил [21]. При совершении указанных действий одной стороной вторая сторона вправе прервать процедуру медиации.

### Заключение

Белорусское законодательство, в частности, Закон Республики Беларусь от 12 июля 2013 г. № 58-З «О медиации» (далее – Закон) (ст. 3), наряду с сотрудничеством сторон, одним из основных принципов медиации выделяет добросовестность. К ней законодатель также обращается говоря об исполнении сторонами медиативного соглашения (п. 3 ст. 15 Закона). Тем не менее Закон не определяет, что понимается под добросовестностью сторон в медиации. В Правилах этики медиатора, утвержденных постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь от 17 января 2014 г. № 15 (далее – Правила), была предпринята попытка определить содержание понятия добросовестности. Так, согласно п. 6 принцип добросовестности и беспристрастности заключается в «отсутствии у медиатора корыстной или иной заинтересованности (прямой или косвенной) в исходе проведения медиации».

По мнению автора, существует коллизия между нормами Закона и Правил. В частности, в Законе используются формулировки, ясно указывающие, что добросовестность законодатель относит именно к сторонам, а не к медиатору. Например, ст. 3 предусматривает, что «основными принципами медиации являются: добровольность; добросовестность, равноправие и сотрудничество сторон; беспристрастность и независимость медиатора; конфиденциальность». В п. 3 ст. 15 Закона также определено, что «медиативное соглашение подлежит исполнению на основе принципов добровольности и добросовестности сторон».

В Правилах, как указывалось выше, добросовестность отнесена к медиатору, а не к сторонам. При этом в данном акте не раскрыто содержание принципа добросовестности, поскольку приведенная формулировка – «отсутствие у медиатора корыстной или иной заинтересованности (прямой или косвенной) в исходе проведения медиации», – по мнению автора, относится более к описанию беспристрастности медиатора, отражающей его внутреннее состояние, чем к принципу добросовестности, который скорее описывает поведение субъекта в процессе. Автор полагает, что требования и критерии надлежащего поведения медиатора достаточно четко изложены в Правилах проведения медиации, утвержденных постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 28 декабря 2013 г. № 1150, и Правилах этики медиатора, поэтому нет необходимости вводить дополнительный принцип – добросовестности медиатора. Автор предлагает привести в соответствие Правила этики медиатора со стоящими выше по иерархии нормативными правовыми актами, в частности Законом и Правилами проведения медиации. Кроме того, по мнению автора, поскольку в белорусском законодательстве отсутствует четкое определение принципа добросовестности, необходимо установить объективные критерии добросовестности сторон, которые могли бы доводиться до сведения сторон и применяться в процедуре медиации. К таким критериям автор предлагает

отнести: явку сторон (их представителя) на процедуру медиации, если сторонами на то было дано предварительное согласие, выраженное в подписании соглашения о медиации; явку на процедуру медиации сторон, обладающих надлежащими полномочиями по разрешению спора; предоставление другой стороне и медиатору необходимых документов, относящихся к спору.

В качестве санкции за нарушение указанного принципа автор предлагает установить обязанность недобросовестной стороны оплатить медиатору несостоявшуюся медиативную сессию. Кроме того, целесообразно предоставить медиатору право прервать процедуру медиации при наступлении одного из оговоренных выше событий. Отметим, что белорусский законодатель закрепил право медиатора прекратить процедуру медиации в случае неявки сторон (п. 24 Правил проведения медиации).

Таким образом, принцип добросовестности представляет собой один из важнейших принципов, регулирующих поведение сторон в медиации. Однако раскрытие содержания добросовестности в данной процедуре на практике может вызвать определенные затруднения. Во-первых, акты законодательства не раскрывают содержание этого принципа, а в доктрине и судебной практике высказываются разные точки зрения. Кроме того, фактическое представление о том, что составляет добросовестное поведение сторон, может быть различным и зависеть от обстоятельств конкретного спора.

#### Список использованных источников / References

1. Kimberlee K. Kovach, Good Faith in Mediation – Requested, Recommended, or Required? A New Ethic, 38 S. – TEX. L. REV. 575, 596 (1997).
2. Jean R. Sternlight, Lawyers' Representation of Clients in Mediation: Using Economics and Psychology to Structure Advocacy in a Nonadversarial Setting, 14 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. – P. 269, 271 (1999).
3. The right balance between trial and mediation: visions, experiences and proposals, The Honourable Justice P A Bergin Chief Judge in Equity [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/NSWJSchol/2012/38.pdf>. – Date of access: 19.09.2015.
4. U.C.C. § 1-201(19) [Electronic resource]. – Mode of access: <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-201>. – Date of access: 19.09.2015.
5. Кривчик, Л. Р. Закон Республики Беларусь «О медиации» – важный шаг в развитии альтернативных способов разрешения споров в стране [Электронный ресурс] / Л. Р. Кривчик // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информации Респ. Беларусь. – Минск, 2015.
6. Шумова, К. А. Внеправовые принципы медиации, имеющие правовое значение, и их законодательное закрепление / К. А. Шумова // Юридическая техника. – 2015. – № 9. – С. 832.
7. Thompson Peter, Codifying Mediation 2.0: Interplay Between Mediation and Offer of Judgment Rule Sanctions, 26 Ohio St. J. on Disp. Resol. 327, 363 (2011); Roselle L. Wissler, Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences, 26 Ohio St. J. on Disp. Resol. 271, 282 (2011); Robert Rack, A Letter to My Successor, 26 Ohio St. J. on Disp. Resol. 429 (2011).
8. Nicola W. Palmieri, Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations, 24 SETON HALL L. REV. 70, 83 (1993).
9. 03-916 – OUTAR V. GRENO INDUSTRIES, ET AL [Electronic resource]. – Mode of access: [http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-nynd-1\\_03-cv-00916/content-detail.html](http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-nynd-1_03-cv-00916/content-detail.html). – Date of access: 19.09.2015.
10. Jeffrey del Fuoco, Plaintiff, v. Charles B. Wells, et al., Defendants. CASE NO: 8:03-cv-161-T-23TGW. [Electronic resource] : United States District Court, M.D. Florida, Tampa Division. – Jan. 4, 2007. – Mode of access: <https://casetext.com/case/del-fuoco-v-wells>. – Date of access: 19.09.2015.
11. Stuart Kerestan, Plaintiff, v. MERCK CO. LONG TERM DISABILITY PLAN MERCK CO., Defendants. 05 Civ. 3469 (BSJ) (AJP) [Electronic resource] : United States District Court, S.D. New York. – July 2, 2008. – Mode of access: <https://casetext.com/case/kerestan-v-merck-co>. – Date of access: 19.09.2015.
12. A.T. Reynolds & Sons [Electronic resource]. – Mode of access: [http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-nysb-4\\_08-bk-37739/content-detail.html](http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-nysb-4_08-bk-37739/content-detail.html). – Date of access: 19.09.2015
13. Case of Guzman v. Polisar [Electronic resource]. – Mode of access: <http://ca10.washburnlaw.edu/cases/2000/09/99-2060.htm>. – Date of access: 19.09.2015.
14. Performance Chevrolet, Inc. v. Market Scan Info [Electronic resource]. – Mode of access: <https://casetext.com/case/performance-chevrolet>. – Date of access: 19.09.2015.
15. Kimberlee K. Kovach, Lawyer Ethics in Mediation: Time for a Requirement of Good Faith, DISPUTE RESOLUTION MAGAZINE WINTER 1997 at 9, 10 (1997).

16. Maine Revised Statutes 19-A, §251 [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.mainelegislature.org/legis/statutes/19-A/title19-Asec251.html>. – Date of access: 19.09.2015
  17. UTAH CODE ANN. §30-3-38 (2000) [Electronic resource]. – Mode of access: <http://le.utah.gov/xcode/Title30/Chapter3/30-3-S38.html>. – Date of access: 19.09.2015.
  18. 28 U.S.C. § 1927 [Electronic resource]. – Mode of access: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1927>. – Date of access: 19.09.2015.
  19. CD Cal Local Rule 16-15// <http://www.cacd.uscourts.gov/sites/default/files/documents/LocalRulesEffectiveJune21-2012-Chapter1.pdf>; 22 NYCRR §202.70(g), R. 3 // Mode of access: <https://www.nycourts.gov/rules/trialcourts/202.shtml>. – Date of access: 19.09.2015
  20. Комментарий к типовому закону ЮНСИТРАЛ: п. 36 [Electronic resource] : UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002, 24 Jun. 2002 // UNCITRAL. – Mode of access: [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf). – Date of access: 14.02.2014.
  21. 'Rebooting' the mediation directive – ASSESSING THE LIMITED IMPACT OF ITS IMPLEMENTATION AND PROPOSING MEASURES TO INCREASE THE NUMBER OF MEDIATIONS IN THE EU [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/>
  22. IPOL-JURI\_ET(2014)493042\_EN.pdf. – Date of access: 19.09.2015.
- 29.10.2015