**Тема 4. Правовой статус, техника медиатора.**

4.1 Правовой статус медиатора

4.2 Профессиональные медиаторы

4.3 Роль медиатора в процедуре

**4.1. Правовой статус медиатора**

Закон устанавливает правовой статус и предъявляет определенные требования к медиаторам, организациям, обеспечивающим проведение процедуры медиации и их объединениям. Также дается определение организации, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации: «Юридическое лицо, одним из основных видов деятельности которого является деятельность по организации проведения процедуры медиации, а также осуществление иных предусмотренных настоящим Федеральным законом действий» (п. 4 ст. 2 Закона о медиации). Закон о медиации, создавая условия для распространения медиации, позволяет заниматься медиацией на непрофессиональной и профессиональной основе. Статьей 15 установлены два основных требования к медиатору, который может действовать на непрофессиональной основе – достижение совершеннолетия и отсутствие судимости. В соответствии с Законом, единственное ограничение, которое применяется, к так называемым «непрофессиональным» медиаторам – споры, которые разрешаются с помощью медиации после обращения сторон в суд, могут урегулироваться лишь с участием медиатора, ведущего деятельность на профессиональной основе. Общие для профессиональных и непрофессиональных медиаторов требования установлены ст. 15 Закона о медиации.

Медиация – это не предпринимательская деятельность и ее можно осуществлять наряду с иной деятельностью, кроме случаев, прямо предусмотренных законом. Медиатор также не должен регистрироваться в качестве индивидуального предпринимателя. Остановимся на прямо прописанных ограничениях в деятельности медиаторов. Медиаторами не могут быть лица, замещающие государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, должности государственной гражданской службы, должности муниципальной службы, если иное не предусмотрено федеральными законами.

Медиация — это независимый институт гражданского общества. Совмещение государственными и муниципальными служащими своей работы с медиативной деятельностью в таком контексте невозможно. Они являются представителями власти, выразителями интересов государства, имеют определенные ограничения в связи с таким статусом и не могут выступать в роли независимых медиаторов в спорах, связанных с гражданскими правоотношениями. Возможность коррупции, конфликта интересов ставят под вопрос независимость и беспристрастность служащих-медиаторов. При этом медиативный подход является очень эффективным инструментом в работе управленцев любого уровня и государственных служащих.

Медиативный подход позволяет повысить конфликтную и социальную компетентность, развить эмоциональный интеллект, снизить риски развития синдрома профессионального (эмоционального) выгорания (СЭВ). Медиатор не вправе быть представителем одной из сторон спора (то есть не допускается одновременное совмещение лицом, например, функций адвоката/консультанта и медиатора по одному делу). Кроме того, как уже говорилось, медиаторам запрещено консультировать стороны по правовым вопросам. Медиация является сферой деятельности, доступной представителям самых разных профессий. Среди представителей юридических профессий судьи, адвокаты, нотариусы в силу существования законодательно закрепленного статуса имеют ряд профессиональных ограничений. После принятия Закона о медиации встал вопрос о возможности судей в отставке заниматься медиативной практикой. В результате толкования действующего законодательства сами судьи пришли к выводу, что действующие судьи и судьи в отставке не могут быть медиаторами. Если говорить о нотариусах, то в настоящее время законодательство не содержит ограничений для того, чтобы нотариусы выступали в роли медиатора. Между тем, законодательство о нотариате в принципе не содержит упоминания о медиации.

Отдельно стоит остановиться на возможности быть медиатором адвокату. Законодательство РФ не устанавливает ограничений для адвокатов заниматься деятельностью по проведению процедуры медиации, напротив, нормы профессиональной этики адвокатов обязывают их заниматься профилактикой возникновения споров. Последние изменения в Кодексе профессиональной этики адвокатов прямо установили, что адвокаты вправе заниматься медиативной деятельностью. Однако следует помнить об ограничениях ч.6 ст. 15 Закона о медиации и учитывать, что, если адвокат выступает в качестве медиатора, то он не имеет права консультировать стороны (сторону) и обязан помнить о конфликте интересов, в случае, если спор не будет урегулирован с помощью процедуры медиации, то данный медиатор уже не сможет быть адвокатом одной из сторон по данному делу.

**4.2. Профессиональные медиаторы**

В соответствии с той же статьей для ведения медиативной деятельности на профессиональной основе необходимо достижение возраста 25 лет, любое высшее профессиональное образование (медиаторами могут быть представители неограниченного круга профессий) и иметь документ о дополнительном профессиональном образовании по Программе подготовке медиаторов (ППМ).

Программа подготовки медиаторов включает в себя три образовательные программы повышения квалификации: «Медиация. Базовый курс», «Медиация. Особенности применения медиации», «Медиация. Курс подготовки тренеров-медиаторов».

Прохождение Базового курса дает право на работу медиатором на профессиональной основе и является обязательным условием для допуска в саморегулируемую организацию медиаторов.

Курс «Особенности применения медиации» предназначен для более углубленного изучения специфики проведения процедуры медиации с целью разрешения споров, возникших в различных сферах: семейные, трудовые, коммерческие, многосторонние и межкультурные споры и так далее, а также для систематического повышения квалификации профессиональных медиаторов.

Следует обратить внимание, что в настоящее время ППМ, как и все программы дополнительного профессионального образования, по которым не установлены государственные образовательные стандарты и требования, реализуются образовательными организациями только лишь на основании лицензии, а, следовательно, по программам в рамках ППМ не предусмотрена выдача документа об образовании государственного образца — все формы документов о повышении квалификации устанавливаются образовательными организациями самостоятельно.

Рекламировать свою деятельность имеют право только профессиональные медиаторы (соответствующие нормы определены федеральным законом о рекламе, ст. 30.1.).

**Медиатор не несет ответственности за договоренности,** достигнутые в процедуре медиации, а также за их исполнение (ответственность за них остается за сторонами). Таким образом, ответственность за результат процедуры, а также жизнеспособность и исполнимость соглашения, лежит насторонах.

Формально, согласно ст. 17 Закона о медиации, и медиаторы, и организации, обеспечивающие проведение процедуры медиации, несут гражданско-правовую ответственность перед сторонами за вред, который они могут причинить сторонам своими действиями. Можно предположить, что на практике медиатор может нести ответственность только в случае, если он сам делает предложения по урегулированию спора, и не обращает внимание сторон на необходимость получения правовой консультации. Главное за что отвечает медиатор – это следование правилам профессиональной этики, соблюдение принципов процедуры и сохранение конфиденциальности со своей стороны. Как показывает мировая практика, в случае наличия претензий к качеству оказания медиативных услуг, самым эффективным методом рассмотрения жалоб являются механизмы, установленные саморегулируемыми организациями медиаторов.

Кодекс профессиональной этики медиаторов России, утвержденный Президиумом Национальной организации медиаторов, является важнейшим документом, создающим ориентиры для медиаторов.

***Объединения медиаторов***

Закон не предполагает лицензирования медиативной деятельности. При этом медиаторы работают как самостоятельно и независимо друг от друга, так и в организациях – провайдерах медиативных услуг. Эти организации могут создавать ассоциации и партнерства (ст. 16 Закона о медиации). Указанные ассоциации и некоммерческие партнерства могут быть зарегистрированы в качестве саморегулируемых организаций медиаторов (СРО) (ст. 18 Закона о медиации). Установлены особые требования к данным СРО, в частности, по составу ее членов: не менее 100 физических лиц — профессиональных медиаторов и/или не менее 20 организаций, осуществляющих деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации. Данные организации должны обеспечивать контроль за качеством работы медиаторов, оказывать им методическую и организационную поддержку, а также обеспечивать гарантии по возмещению вреда, если такой был причинен членом СРО.

Членство медиаторов в саморегулируемых организациях не является обязательным. У медиаторов-членов СРО, помимо стандартов и правил профессиональной деятельности, должен быть предусмотрен механизм возмещения ущерба сторонам, если таковой каким-то образом будет нанесен - через компенсационный фонд и/или путем страхования ответственности медиаторов. В целом, так как медиаторами можно работать как на профессиональной, так и непрофессиональной основе, какие-либо унифицированные стандарты и правила медиативной деятельности распространяются только на медиаторов — членов СРО, ассоциаций и некоммерческих партнерств, а также на медиаторов, работающих в организациях-провайдерах медиативных услуг (если эти провайдеры приняли соответствующие стандарты).

Деятельность по осуществлению медиации осуществляется как на платной, так и на бесплатной основе. При этом деятельность организаций по обеспечению проведения процедуры медиации, всегда является платной. Стороны, если не договорились об ином, несут расходы по оплате медиативных услуг на равных (статья 10 Закона о медиации).

В случаях, когда все расходы оплачивает одна сторона, необходимо предпринять все необходимые меры, что-бы стороны не воспринимали медиатора как выразителя интересов одной из сторон (той, которая оплатила большую часть или все расходы). В этой ситуации со сторонами должна быть проведена предварительная работа по разъяснению им роли медиатора и выявлению уровня осознания ими того, что независимо от того, кто и сколько заплатил, медиатор будет оставаться нейтральным и беспристрастным. Только так можно избежать негативного влияния неравномерности участия сторон в оплате гонорара на саму процедуру.

***Для справки:*** В соответствии с письмами Департамента налоговой и таможенно-тарифной политики Минфина РФ от 11 мая 2012 г. № 03-03-06/4/31, от 25 июля 2011 г. № 03-04-05/3-529, Налоговым кодексом Российской Федерации (далее – НК РФ) для физических лиц - медиаторов и организаций, осуществляющих деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации в порядке, предусмотренном Федеральным законом от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», особенности налогообложения в части осуществления медиативных услуг не предусмотрены.

Согласно пп. 1 п. 1 ст. 146 НК РФ объектом обложения налогом на добавленную стоимость признается, в том числе реализация товаров (работ, услуг) на территории Российской Федерации. Исходя из изложенного реализация услуг организацией, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, будет подлежать обложению налогом на добавленную стоимость в общеустановленном порядке.

Доходы, получаемые организацией, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, подлежат обложению налогом на прибыль организаций в соответствии с гл. 25 НК РФ.

Доходы медиатора, полученные от указанной деятельности, облагаются налогом на доходы физических лиц в порядке, установленном главой 23 «Налог на доходы физических лиц» Кодекса.

Возможность учета расходов по оплате налогоплательщиком услуг медиатора зависит от соответствия таких затрат критериям ст.252 НК РФ. Таким образом, для того чтобы расходы на оплату услуг медиатора были учтены в целях налогообложения, обращение налогоплательщика к услугам медиатора должно быть обусловлено получением какой-либо экономической выгоды, например, возможностью избежания судебных расходов в случае отсутствия необходимости обращения в суд после разрешения спора с участием медиатора и т.д.

В настоящее время под эгидой ФГБУ «ФИМ» и НП «НОМ», основываясь на шестилетнем опыте действия 193-ФЗ, проводится работа по совершенствованию законодательства с целью содействия распространению медиативной практики. В связи с этим необходимо следить за изменениями, которые будут происходить с принятием этих законодательных инициатив.

**4.3. Роль медиатора в процедуре**

Вернемся к основополагающим принципам, на которых построен институт медиации. Что такое процедура медиации, и какую роль в ней играет медиатор?

В действительности, это достаточно сложный вопрос, поскольку медиация – это область, в которой не существует готовых рецептов, и многое зависит, наряду с профессиональной подготовкой медиатора, от его личных качеств, опыта, таланта и интуиции.

Безусловно, роль медиатора состоит в том, чтобы поддерживать партнеров по конфликту в поиске совместного решения. Однако, существуют различные точки зрения на то, как именно медиатору следует исполнять эту роль. Должен ли он ограничиваться поддержкой сторон в самостоятельном поиске решения, или обязан вносить в процесс урегулирования собственную оценку проблемы, время от времени высказывая свои предложения?

В последнем случае медиация приближается к примирительной процедуре, которой как раз свойственны оценка и предложение вариантов разрешения спора со стороны третьего лица, выполняющего функции посредника. Несмотря на такую оценивающую позицию медиатора, предлагающего свои решения, подобная процедура все же называется медиацией. Более того, нельзя сказать, что один из вариантов тактики ведения процедуры – «пассивный» или «активный» – лучше, а другой хуже. Важно, чтобы медиатор осознанно относился к своей позиции и выбору в пользу той или иной формы вмешательства.

Медиатор решает, будет ли он проводить раздельные встречи с участниками спора – так называемые ***кокусы.***

Сторонам в большинстве случаев также предоставляется право инициировать раздельные встречи, которые всегда должны проводиться сбалансировано, то есть каждой из сторон должно быть предоставлено равное время и возможность на общение с медиатором в формате ***кокуса***. При этом медиатору не следует забывать, что его позиция и динамика процедуры могут меняться вследствие таких раздельных бесед со сторонами.

Основное правило этих бесед состоит в том, чтобы медиатор передал дальше только ту информацию, которая была свободно предоставлена ему той или другой стороной. В этом случае медиатор оказывается единственным человеком, максимально осведомленным об истинных причинах и истоках конфликта (или, вернее сказать, имеющим возможность претендовать на такое знание), что создает дополнительные сложности и требует проявления высочайшего профессионализма со стороны медиатора — способности не интерпретировать, не поддаваться своим собственным субъективным суждениям и не оказывать влияния на стороны, их взгляды и стратегии. Иначе процедуре урегулирования неизбежно будет нанесен серьезный ущерб.

Действительно, благодаря раздельным беседам со сторонами медиатор становится обладателем уникальной информации, позволяющей составить наиболее полное представление о сути спора и мотивах, движущих сторонами.

Может создаваться впечатление, что это дает ему возможность выдвигать более эффективные варианты решений по существу спора, однако мастерство медиатора во многом определяется именно тем, чтобы он не злоупотреблял своим положением.

Профессиональный медиатор всегда помнит о том, что именно стороны являются «собственниками» конфликта и обладателями ключа к его разрешению, и руководствуется этим на протяжении всей процедуры медиации.

**В зависимости от формы вмешательства и от того, как медиатор ведет процедуру медиации, различают две основных стратегии:**

1) Содействующая медиация: медиатор является катализатором диалога между участниками. Он направляет и координирует ход процедуры медиации, следит за соблюдением регламента и за структурой процесса поиска участниками решений и выработки договоренностей.

2) Оценочная медиация: медиатор влияет на процесс медиации, оценивая перспективы разрешения спора, в том числе и с точки зрения правоприменения, а при определенных обстоятельствах оказывает влияние и на результат диалога, при необходимости предлагая свои варианты разрешения конфликта.

Как уже говорилось, наделение сторон силой влияния, властью (empowerment) — одно из отличительных свойств медиации как современного способа урегулирования споров. Именно поэтому в процессе эволюции медиации все более востребованной становится содействующая роль медиатора, создающая наибольшие возможности и пространство для сторон.

Очевидно, что на медиатора возлагается серьезная ответственность, как в плане сохранения конфиденциальности процедуры и всех полученных в ее ходе сведений (поскольку в случае не достижения согласия в результате медиации спорщики вправе обратиться в суд, где любая информация может быть использована против них), так и в плане сохранения нейтральности, поскольку даже его неосознаваемая симпатия или антипатия в отношении сторон может нанести ущерб.

Вот почему к медиатору предъявляются очень жесткие требования, которые, в частности, формулируются в профессиональных кодексах медиатора (утвержденном ЕС «Кодексе поведения медиаторов» («European Code of Conduct for Mediators») и уже упоминавшемся Кодексе медиаторов России, утвержденном в 2012 г. Президиумом НП «НОМ»).

Согласно Европейскому кодексу поведения медиаторов, «медиатор не вправе действовать или, если он уже начал процедуру, продолжать действовать без предварительного выяснения всех обстоятельств, которые могут или могли бы повлиять на его независимость или вызвать конфликт интересов. Обязанность выяснения таких обстоятельств является постоянным требованием на протяжении всего процесса медиации».

**К таким обстоятельствам относятся:**

• любые личные или деловые отношения с одной из сторон;

• любая, будь то прямая или косвенная, финансовая либо иная заинтересованность в результатах медиации;

• предыдущая деятельность медиатора или кого-либо из его компании, предприятия в любом ином качестве, кроме медиатора, в пользу одной из сторон.

В таких случаях медиатор может согласиться на проведение медиации или продолжить проведение медиации, только если он уверен в своей способности осуществлять медиацию с соблюдением полной независимости и нейтралитета, обеспечивающих полную объективность, и при определенно выраженном согласии сторон.

В Европейском кодексе поведения медиаторов также говорится, что «медиатор всегда должен действовать абсолютно объективно по отношению к каждой из сторон и стремиться быть воспринятым как действующий и стремящийся предоставлять услуги каждой из сторон относительно того, что касается медиации, одинаковым образом, с уважением к процессу медиации».

***Требования к медиатору при проведении процедуры***

Суть требований к медиатору, взявшемуся вести процедуру, заключается в следующем.

Медиатор должен, во-первых, следить за общими правилами (регламентом), которые обычно вырабатываются сторонами до начала или в начале процедуры медиации, направлять и координировать процесс, и, во-вторых, постараться сделать «невысказанное» высказанным, осознаваемым и обсуждаемым сторонами, а также выявить специфические, постоянно встречающиеся дисфункциональные модели взаимодействия участников. Для того чтобы успешно справляться с этими задачами, медиатору необходимо уметь принимать и признавать других людей в их индивидуальных проявлениях; при этом медиатор вовсе не обязан ни разделять мнения сторон, ни одобрять их поведение.

В своей работе медиатор должен неукоснительно соблюдать следующие принципы:

1. Беспристрастность и нейтральность. Задача медиатора — поддерживать в равной степени всех участников конфликта, оставаясь, при этом «нейтральным». Медиатор не должен занимать выраженной позиции в отношении какой-либо из сторон. Он также не должен играть роль третейского судьи (арбитра, или рефери).

Медиатор на протяжении всей процедуры медиации старается сохранить нейтралитет, побуждая других участников к свободному обмену мнениями и обеспечивая равные возможности для высказывания сторонами своей точки зрения, позиции, интересов, мотивов и пожеланий.

2. Принятие участников. Медиатор должен обладать способностью принимать другого человека с его сильными и слабыми сторонами, недостатками и достоинствами. Безусловное уважение.

3. Признание. Медиатор не только принимает человека, но и показывает ему, что ценит его, уважает и считается с его точкой зрения, с переживаемыми им чувствами, эмоциями. Из этого следует, что со всеми участниками процедуры нужно говорить уважительно, эмпатично. Медиатор обязан предоставить спорящим возможность поочередно высказать свои взгляды и заверить их в том, что мнение каждой стороны непременно будет услышано и принято во внимание.

4. Поддержка. Всем участникам конфликта необходима поддержка. Медиатор должен уметь, сохраняя нейтральность и беспристрастность, поддерживать спорящие стороны таким образом, чтобы они могли высказываться свободно и открыто, не опасаясь предвзятости или осуждения.

Попробуем максимально емко и лаконично определить содержание профессиональных качеств, функций и задач медиатора: «Медиатор — это нейтральное, беспристрастное, не заинтересованное в данном конфликте лицо, не уполномоченное выносить решение по спору. Медиатор оказывает содействие сторонам, вовлеченным в спор/конфликт, в совместном поиске взаимоудовлетворяющего, реалистичного, жизнеспособного решения».

***Важнейшие принципы работы медиатора***

Что делает профессиональный медиатор?

• Создает комфортную, доверительную обстановку.

• Остается нейтральным, беспристрастным и непредвзятым на протяжении всего процесса переговоров.

• Поддерживает стороны в высказывании своих точек зрения и видении существа дела.

• Обеспечивает равное участие и возможности сторон в процедуре медиации Организует процесс переговоров.

• Содействует сторонам в поиске креативных решений по спору.

• Помогает сторонам в формулировании окончательных договоренностей.

Чего не делает профессиональный медиатор?

• НЕ выносит решения по спору.

• НЕ выясняет, кто прав, кто виноват.

• НЕ оказывает давления на участников конфликта.

• НЕ навязывает сторонам своего мнения по поводу путей разрешения конфликта.

• НЕ раскрывает информацию, полученную во время процедуры медиации.

• НЕ консультирует стороны по правовым вопросам.

• НЕ оказывает сторонам психологическую помощь.

***Задачи профессионального медиатора:***

1) Помочь сторонам, вовлеченным в спор, осознать силу их собственного влияния на ситуацию и перспективы ее развития в процедуре медиации.

2) Помочь сторонам осознать собственные интересы, являющиеся движущими силами конфликта.

3) Помочь сторонам понять интересы друг друга.

4) Создать условия для выявления истинных причин конфликта (что необходимо для выработки жизнеспособного, реалистичного решения).

5) Поддерживать стороны в выработке взаимоудовлетворяющего, жизнеспособного, реалистичного и исполняемого решения.

Именно благодаря таким действиям медиатора у сторон спора появляется возможность:

— выслушать оппонента, принять к сведению его точку зрения;

— посмотреть на конфликт со стороны (поскольку часто спорящие «за деревьями не видят леса»);

— приблизиться к пониманию того, в чем, собственно, состоит конфликт, какие аспекты важно урегулировать каждому участнику спора и что нуждается в изменении или в улучшении;

— в итоге выработать совершенно новую позицию и найти творческие подходы к разрешению спора.

Важно понимать, что на практике, решая эти задачи, медиатор вынужден действовать не по собственному плану, и не согласно инструкциям, а исходя из ситуации спора и поведения сторон. В сущности, он постоянно находится в непредсказуемой ситуации, когда нужно быть готовым отреагировать на малейшие нюансы диалога между сторонами — либо, напротив, воздержаться от реакции, дав больше свободы сторонам.

Медиатор должен быть максимально чуток к динамике происходящего, чтобы сохранять рамку, позволяющую сторонам оставаться в диалоге и, чтобы диалог был конструктивным. Работу медиатора можно сравнить с искусством канатоходца, который должен постоянно удерживать равновесие. Таким образом, мастерство медиатора требует особого склада ума, умения импровизировать, способности контролировать свои эмоции. Резюмируя все сказанное, приходится признать, что искусство медиации вряд ли может быть доступно любому, для него как минимум требуются определенные способности и черты характера.

Но и одних способностей здесь недостаточно, необходима серьезная теоретическая и практическая подготовка, ясное понимание целей и задач медиации, и – что особенно важно – практический опыт, который помогает медиатору не только начать лучше понимать спорщиков, но и выработать свой стиль работы, позволяющий максимально раскрыть его индивидуальный потенциал. Медиатором невозможно стать без осмысления философии медиации.

Существует расхожее заблуждение, что медиация — это технология. Если говорить о медиации как современном методе разрешения споров, предполагающем максимальную вовлеченность сторон и их ведущий и решающий голос в выработке и принятии любых решений, связанных со спором, то, применяя лишь инструменты медиатор не сможет даже приблизиться к реализации задач, стоящих перед ним.

Ведь многие инструменты, которые традиционно применяются в медиации нередко применяются и в других гуманитарных практиках, но не дают того результата, который дает медиация. Наделение властью и влиянием это одна из сложнейших задач решение которой позволяет расширить пространство внутренней свободы индивида, дать ему возможность осознать силу и глубину своего внутреннего личностного ресурса, опереться на него и участвовать в процедуре основываясь на собственной автономии как личности, исходящей из собственных потребностей и интересов.

**Список использованных источников**

1. Шамликашвили Ц. А. Основы медиации как процедуры урегулирования споров [Текст] : учебное пособие / Цисана Шамликашвили ; Научно-методический центр медиации и права. - Москва : Межрегиональный центр упр. и политического консультирования, 2013. - 123, [2] с.

2. Европейский кодекс поведения для медиаторов доступен на сайте Центра медиации и права по адресу <http://mediacia.com/> files/Documents/Code\_of\_Conduct.pdf

3. Шамликашвили Ц.А. Медиация — современный метод внесудебного разрешения споров / Ц.А. Шамликашвили. — М.: Издательство ООО «Межрегиональный центр управленческого и политического консультирования», 2017. — 77 с.