

წ ე ლ ი ნ ი ზ ე ზ ე ლ ი

2014

IVANE JAVAKHISHVILI TBILISI STATE UNIVERSITY
NATIONAL CENTER FOR ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

Alternative Dispute Resolution

Yearbook

2014

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი
დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ეროვნული ცენტრი

დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა

წელწიეულ

2014



უნივერსიტეტის
გამომცემლობა

მთავარი რედაქტორი

ირაკლი ბურდული (პროფ., თსუ)

Chief Editor

Irakli Burduli (Prof., TSU)

სარედაქციოკოლეგია:

ქეთრინ გ. ბარნეტი (პროფ., სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლა)

ჯეიმს ჯ. ალფინი (პროფ., სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლა)

ელიზაბეთ ა. დენისი (პროფ., სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლა)

გიორგი ცერცვაძე (ასოც. პროფ., თსუ)

ნათია ჩიტაშვილი (ასისტ. პროფ., თსუ)

ლევან ჯანაშია (ასისტ. პროფ., თსუ)

Editorial Board:

Catherine G. Burnett (Prof., South Texas College of Law, USA)

James J. Alfini (Prof., South Texas College of Law, USA)

Elizabeth A. Dennis (Prof., South Texas College of Law, USA)

Giorgi Tsertsvadze (Assoc. Prof., TSU)

Natia Chitashvili (Assis. Prof., TSU)

Levan Janashia (Assis. Prof., TSU)

პასუხისმგებელი რედაქტორი

ნათია ჩიტაშვილი

Responsible Editor

Natia Chitashvili

ნელინდეულის გამოცემა ამერიკელი ხალხის გულისხმიერების შედეგად და ამერიკის შეერთებული შტატების საერთაშორისო განვითარების სააგენტოს (USAID) მხარდაჭერით გახდა შესაძლებელი. უურნალო გამოთქმული შეხედულებები ეკუთვნის ავტორებს და შესაძლოა არ გამოხატავდეს USAID-ისა და აშშ-ის მთავრობის შეხედულებებს.

Publication of the yearbook is enabled by the generous support of the American people through the United States Agency for International Development (USAID).

The contents are the responsibility of the authors and do not necessarily reflect the views of USAID or the United States Government.

გამოცემულია ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის საუნივერსიტეტო საგამომცემლო საბჭოს გადაწყვეტილებით

Published by the decision of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing Board



მართლმსაჯულების დამოუკიდებლობისა და სამართლებრივი გაძლიერების პროექტი



© ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 2016

ISSN 1987-9199

ს ა რ ჩ ე ვ ი

გურანდა ბურსულაია	
<i>სასკოლო მედიატორი: რისკი თუ ეპრიკა?</i>	7
GURANDA BURSULAIA	
<i>SCHOOL MEDIATION: RISK OR HEUREKA?</i>	15
თეო კვირიკაშვილი	
<i>მედ-არბ/არბ-მედი და მისი განვითარების პერსპექტივები საქართველოში</i>	22
TEO KVIRIKASHVILI	
<i>MED-ARB/ARB – MED AND THE PROSPECTS OF ITS DEVELOPMENT IN GEORGIA</i>	30
ლევან ჟორჯოლიანი	
<i>გოლიში და პატიება მედიატორის პროცესში</i>	37
LEVAN ZHORZHOLIANI	
<i>APOLOGY AND FORGIVENESS IN THE MEDIATION PROCESS</i>	43
სიმონ ტაკაშვილი	
<i>მედიატორის, როგორც დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ფორმის, მნიშვნელობა კოლექტიური შრომითი დავის განხილვისა და გადაწყვეტის პროცესში</i>	48
SIMON TAKASHVILI	
<i>THE IMPORTANCE OF MEDIATION AS A FORM OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN THE PROCESS OF COLLECTIVE LABOR DISPUTE DISCUSSION AND SETTLEMENT</i>	56
GIORGI NARMANIA	
<i>PARTY-APPOINTED ARBITRATORS: PAST, PRESENT AND FUTURE</i>	72
ბიორგი ნარმანია	
<i>მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრი: წარსული, აწმყო, მომავალი</i>	76
JAMES J. ALFINI	
<i>MEDIATION AS A CALLING: ADDRESSING THE DISCONNECT BETWEEN MEDIATION ETHICS AND THE PRACTICES OF LAWYER MEDIATORS</i>	84
ჯეიმს ჯ. ალფინი	
<i>მედიატორი როგორც გამომწვევა: მედიატორის ეთიკასა და ადვოკატ მედიატორების პრაქტიკას შორის კავშირის წყვეტის საკანონმდებლო</i>	90
ALEX AZAROV	
<i>MEDIATION FOR LAWYERS</i>	98
ალექს აზაროვი	
<i>მედიატორი ადვოკატებისათვის</i>	105
ALEX AZAROV	
<i>SPEEDIATION: THE CHALLENGES OF RESOLVING A DISPUTE IN AN HOUR</i>	114
ალექს აზაროვი	
<i>პროცესების დაჩქარება: გამომწვევები დავის მოკლე დროში გადასაწყვეტად</i>	124
DEBRA BERMAN, JAMES ALFINI	
<i>LAWYER COLONIZATION OF FAMILY MEDIATION: CONSEQUENCES AND IMPLICATIONS</i>	135

დეზრა ბერმანი, ჯეიმს ალფინი
ადვოკატის ჩართულობა ოჯახური დავის მოგვარებაში: მისი მნიშვნელობა და შედეგები 158

CATHERINE BURNETT
ADVISING CLIENTS ABOUT ADR: A PRACTICAL GUIDE TO HAVING DIFFICULT CONVERSATIONS
ABOUT SELECTING OPTIONS..... 187

ქეთრინ ბ. ბარნეტი
კლიენტების კონსულტირება დავების მოგვარების ალტერნატიული მეთოდის შესახებ
(ADR): პრაქტიკული სახელმძღვანელო ვარიანტების შერჩევის შესახებ
რთული დიალოგის წარმოების დროს 199

ALEXANDRA CRAMPTON, MICHAEL TSUR
NEGOTIATION STANDS ALONE 214
ალექსანდრა ქრემფტონი, მაიკლ ცური
მოლაპარაკება განცალკევებით დგას..... 226

YOSHIHISA HAYAKAWA
ARBITRATION AS A TOOL FOR HEDGING RISKS OF DISPUTE RESOLUTION IN INVESTMENT:
A BRAND-NEW STRATEGY WITH INVESTMENT TREATY ARBITRATION 242
იოშიჰისა ჰანიაკავა
ინვესტიციებში სადავო საკითხების მოგვარებისას არბიტრაჟის,
როგორც ერთ-ერთი მქანის გამოსყენება რისკების შემცირების მიზნით –
საინვესტიციო სახელშეკრულებო არბიტრაჟის უახლესი სტრატეგია 252

KIMBERLEE K. KOVACH
THE LAWYER'S DUTIES AND RESPONSIBILITIES IN DISPUTE RESOLUTION GOOD FAITH IN MEDIATION –
REQUESTED, RECOMMENDED, OR REQUIRED? A NEW ETHIC 265
კიმბერლი კოვაჩი
ადვოკატთა მოვალეობები და კანუნიკულობა დავის გადაწყვეტისას,
კეთილსინდისიერება შედინაში – თხოვნის, რეკომენდაციის თუ მოთხოვნის სახით
დადგენილი? ახალი ეთიკა..... 294

YASUHEI TANIGUCHI
ADR (MEDIATION) IN JAPAN AND IN THE UNITED STATES 334
იასუჰეი ტანიგუჩი
დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდი (შუამდგომლობა) იაპონიასა და
შეერთებულ შტატებში 341

MICHAEL TSUR
ADR – APPROPRIATE DISASTER RECOVERY 350
მიქაელ ცური
დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – კატასტროფის შედეგების სათანადო ლიკვიდაცია 355

TASHA WILLIS
ONLINE DISPUTE RESOLUTION FOR BUSINESS TO CONSUMER E-COMMERCE DISPUTES 362
თაშა ვილისი
ბიზნესსა და მომხმარებელს შორის ელექტრონული ვაჭრობის სფეროში არსებული
დავების ონლაინ გადაწყვეტა..... 379

სასკოლო მედიაცია: რისკი თუ ეფექტი?

*„როცა ადამიანები ფიქრობენ, რომ შენ კვდები,
ისინი გულისყურით გისმენენ და არა...
და არა უბრალოდ ელოდებიან როდის
გაჩუმდები, რათა თქვან თავისი სათქმელი.“*

ჩაკ პალანიკი

1. შესავალი

სასკოლო მედიაციით დაინტერესება გამოიწვია იმ ფაქტმა, რომ სასკოლო ასაკი არის განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი პიროვნების ჩამოყალიბებისთვის. ბავშვი ყველაზე მეტად არის გახსნილი ინფორმაციისთვის და ამ ასაკში გამომუშავებული უნარ-ჩვევები მთელი ცხოვრება მიჰყვება მას. ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი უნარი კი არის სწორედ კონფლიქტის მოგვარების უნარი.

პირადად გამოცდილებამ, როგორც მოსწავლისა თუ მასწავლებლის, ახლობლებისაგან მოსმენილმა ამბებმა დამარწმუნა იმაში, რომ დღესდღეობით ქართულ სკოლებში დავების გადაწყვეტა ხდება უმეტესად არაჯანსაღი ფორმით: ზედაპირული და ხშირად ტენდენციური „გამოძიებით“, რომლის დროსაც ხდება „დამნაშავის“ გამოვლენა და მისი დასჯა. ამით შემთხვევა ამონურულია, ე.ი. არ ხდება არავითარი მუშაობა ფსიქოლოგთან, კონფლიქტის ნამდვილი მიზეზების გამორკვევასთან. არ არის მცდელობა აღმოიფხვრას დავის პირველწყარო. შედეგიც არ აყოვნებს: მოსწავლეების ჩაკეტილობა, სწავლაზე გულის აცრუება, უფრო მეტი კონფლიქტის წარმოშობა.

6-18 წლამდე ასაკი არის ყველაზე მეტად მგრძობიარე და საჭიროებს კარგ შუამავალს, რომელიც იქნება ორიენტირებული სამომავლო ურთიერთობებზე და მოარიგებს მხარეებს. სწორი მიმართულება უთანხმოების გამოკვლევაში ბევრად გააადვილებს წყენის დავიწყებას და შეთანხმების მიღწევას. ამავდროულად, ჰორიზონტალური ურთიერთობები (მედიატორიც ხომ მოდავე მხარეების თანატოლია) ხელს შეუწყობს უშუალო, მეგობრული გარემოს შექმნას.

წინამდებარე სტატიაში განიხილება სასკოლო მედიაციის უპირატესობები და მისი იმპლემენტაციის გზები ქართულ რეალობაში.

2. სასკოლო მედიაციის განმარტება

სასკოლო მედიაცია არის პროცესი, რომელშიც მოსწავლეები, მედიატორები, ეხმარებიან სხვა მოსწავლეებს კონფლიქტების მოგვარებაში, როცა არის დავა მოსწავლესა და მოსწავლეს ან მოსწავლესა და მასწავლებელს შორის. მედიატორები გვევლინებიან ნეიტრალურ მესამე პირებად და მუშაობენ მხარეებთან კონფლიქტის მოგვარებისთვის.¹

სად უნდა მიმდინარეობდეს სასკოლო მედიაცია? სასკოლო მედიაციის ჩატარების ადგილი არის სკოლაშივე ამ მიზნებისთვის საგანგებოდ გამოყოფილი კლასი, რომელიც იქნება მედიაციის მიზნებიდან გამომდინარე მონყობილი. ძალიან ბევრი აზრი გამოითქვა იმასთან დაკავშირებით თუ როგორი უნდა იყოს იდეალური მიკრო გარემო (ანუ უშუალოდ ოთახი, სადაც მიმ-

* თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის მაგისტრატურის სტუდენტი.

¹ Student Mediators' Step in when Trouble Brews, American News Service, November, 2000, <<http://www.mediate.com/articles/studentmed.cfm>>, [18.01.2014].

დინარეობს მედია(ცია), როგორი ავეჯი უნდა იდგას, რა ფრად უნდა იყოს შეღებილი კედლები, უნდა იდოს თუ არა ტკბილეული მაგიდაზე, რა განლაგება უნდა ჰქონდეთ საგნებს, რა სიდიდის უნდა იყოს ოთახი და ასე შემდეგ. ჩემი აზრით, ყველაზე მნიშვნელოვანია დავიცვათ ოქროს შუალედი და მაქსიმალურად ნეიტრალური, არა გამაღიზიანებელი ნივთები თუ ფერები შევარჩიოთ. ყველაფერი უნდა იყოს მიმართული მხარისთვის კომფორტის შექმნისთვის, რათა ის იყოს დამშვიდებული, მოშვებული და მზად თავის პრობლემაზე სასაუბროდ.

როდის უნდა ჩატარდეს სასკოლო მედია(ცია)? სასკოლო მედია(ცია) უმჯობესია მიმდინარეობდეს გაკვეთილების შემდეგ. არ იქნება მართებული სასწავლო პროცესს მოწყდნენ მოდავე მხარეები, მედიატორი, მასწავლებელი. თუმცა, ალბათ, შეიძლება გამონაკლისების დაშვებაც, როცა კონფლიქტმა მიაღწია კულმინაციას და აუცილებელია მისი დაუყოვნებლივი მოგვარება. ეს ინსტიტუტი უნდა შეიქმნას სწორედ იმისათვის, რომ უზრუნველყოს მშვიდობიანი გარემო სკოლაში, რაც ხელს შეუწყობს აკადემიურ მოსწრებას. და თუ ამისათვის საჭიროა გადაუდებელი მოქმედება, უმჯობესია შესაბამისი ზომების მიღება. ზოგადად კი პრობლემების მოგვარების მცდელობა უკეთესია არ ხდებოდეს გაკვეთილების ხარჯზე.

3. ვინ არის მედიატორი?

მედიატორი, ანუ შუამავალი არის მიუკერძოებელი, მხარეების ნდობით აღჭურვილი მესამე პირი, რომელიც ეხმარება მხარეებს დავის გადაწყვეტისთვის გამოსავლის პოვნის ძიებაში.

მარტივი მისახვედრია, რომ დაუსრულებლად შეიძლება მსჯელობა თუ რა თვისებების მატარებელი უნდა იყოს მედიატორი, როგორი უნდა იყოს მისი გარეგნობა, განათლება. კონსტანტინ-ადი გავრილამ (კრაიოვას მედიაციის ცენტრში მედიატორმა) გააკეთა 212 თვისების ჩამონათვალი, რომელთა მატარებელიც უნდა იყოს მედიატორი.²

საქმეს ორმაგად ართულებს სასკოლო მედიაციისთვის მედიატორის შერჩევა. ამ ასაკში ბავშვები არ არიან თავის თავში დარწმუნებულები, ჩამოყალიბებულნი. სამართებლის პირზე გასვლას ემსგავსება სწორი პიროვნების არჩევა. ილიას სიტყვები „არც უნიგნობა ვარგა და არც მარტო წიგნებიდან გამოხედვა“ ძალიან აქტუალურია ამ შემთხვევაში. საბედნიეროდ, 90-იან წლებში ფართოდ გავრცელებული მიდგომა სწავლასთან დაკავშირებით სასიკეთოდ შეიცვალა, თუმცა კვლავ ხშირია დაცინვა „შკოლნიკობის“ გამო. ნათელია, რომ არც ყველაზე ცუდი მოსწავლე იქნება შესაფერისი.

უდავოა, რომ ავტორიტეტიანი, სანდო პიროვნება უნდა აირჩეს. თანაც, მედიაციის პროცესი უნდა იყოს კონფიდენციალური და მხარეებს უნდა სურდეთ გული გადაუშალონ მედიატორს და დარწმუნებულნი იყვნენ რომ ის ამას საიდუმლოდ შეინახავს.

4. კონფლიქტის წარმოშობა

სკოლაში კონფლიქტი შეიძლება წარმოიშვას მოსწავლეებს შორის ან მოსწავლეებსა და მასწავლებლებს|ადმინისტრაციას შორის. როგორც წარმოშობის გზები, ისე მოგვარების საშუალებები არის სხვადასხვა.

4.1. კონფლიქტის წარმოშობა მოსწავლეებს შორის

- ჯემალ, სკრიპკა!
- იანგული, ლანირაკო!
- ჯემალ, ქამო!
- იანგული, ნუნკო ბერძენო!

² Gavrilă C.A., 212 Qualities of a Good Mediator, 2012, <<http://kluwermediationblog.com/2012/02/19/212-qualities-of-a-good-mediator/>>, [18.01.2014].

- ჯემალ, წირპლიანო!
- პატარების ყოჩო!
- ვირისთავო!
- ვირის მწყემსო!
- გოგოების მაჩალკა!
- ხულიგანო!
- თბილისელო ჰარიფო!
- შენი დედა ვატირე, იანგული!
- იმანა სუ ინე პროსტიკასა ინეკა, ჯემალ!

ნოდარ დუმბაძის მიერ აღწერილი ეს დიალოგი ძალიან რეალური და ცხოვრებისეულია. სკოლაში კონფლიქტების წარმოშობის ყველაზე გავრცელებული წყაროა გარეგნობაზე დაცინვა: „ოთხთვალა“ = „შურიკა“, დიდცხვირა, „ჩებურაშკა“, მსუქანა... – არის ყველაზე ხშირი ეპითეტები, რომლებითაც ბავშვები გულუხვად ამკობენ ერთმანეთს. ამას ემატება „დებილი“, „ჭკუასუსტი“, „უტვინო“... მოსწავლეების ფანტაზია ამ მხრივ უღევია და უამრავი კერძო შემთხვევის მოყვანა შიძლება. დაცინვა ეროვნებაზე, რელიგიაზე, ოჯახის ფინანსურ მდგომარეობაზე ნაკლებად რელევანტურად უნდა ჩაითვალოს ქართულ რეალობაში. ამის მაგალითები ნამდვილად იშვიათია.

4.2. კონფლიქტის წარმოშობა მოსწავლეებსა და მასწავლებლებს შორის

დავის წარმოშობა მოსწავლესა და მასწავლებელს შორის სხვადასხვა მიზეზით შეიძლება მოხდეს: მოსწავლის ცუდი აკადემიური მოსწრებით, ცუდი ყოფაცქევით, ერთის ან მეორის მხრიდან შეურაცხყოფის მიყენებით მეორე მხარისთვის, მასწავლებლის სუბიექტურობით. ხშირია შემთხვევები, როცა მასწავლებლები ხაზს გადაუსვამენ ბავშვს მხოლოდ იმიტომ, რომ ის ცუდად სწავლობს ან იქცევა და თავს არაფერს იწუხებს იმაზე, რომ გამოიკვლიოს რა შეიძლება იყოს ამის მიზეზი. ამის გამო ეტიკეტმიკერებული ბავშვი ხდება დისკრედიტირებული თანატოლების მიერ. რა თქმა უნდა, ეს არის მისთვის დემოტივატორი, რომ შეეცადოს იყოს უკეთესი (იშვიათი გამონაკლისების გარდა, ბავშვები იკეტებიან თავის თავში, ხდებიან აგრესიულები. „საუკეთესო თავდაცვა თავდასხმა“ მათი დევიზი ხდება).

სკოლაში მომუშავე პერსონალი, სამწუხაროდ, უგულვებელყოფს მასლოუს პირამიდას. ეს შეიძლება იყოს გამოწვეული მცირე ანაზღაურებით, რომლის გამოც მასწავლებლებს არ სურთ ბოლომდე დახარჯვა, ან მასწავლებლის პირადი პრობლემებით, თუმცა ეს არ არის გამამართლებელი მიზეზი და არც ამ სტატიის განხილვის მიზანი. *აბრაჰამ მასლოუ* თავის ნაშრომში „მოთხოვნილებათა იერარქიის თეორია“ მსჯელობს იმაზე, რომ თუ არ არის დაკმაყოფილებული ადამიანის ფიზიოლოგიური მოთხოვნილებები, ადამიანი თავს უსაფრთხოდ არ გრძნობს, ადამიანს აკლია მზრუნველობა და ყურადღება, მას პატივს არ სცემენ, მაშინ ადამიანი ვერ ახდენს თვითრეალიზაციას. შედეგად, თავდაცვის ინსტიქტიდან გამომდინარე, ადამიანი ან ირგებს მახინჯი იხვის ჭუკის როლს და ჩაკეტილობის ხარჯზე მზადაა შეურიგდეს ბედს; ან თავად დაჩაგრული ხდება სხვების მჩაგვრელი.

ექსპერტები, ფსიქოლოგები ერთსულოვნად თანხმდებიან, რომ აგრესიას, რომელსაც ხედავს ან განიცდის პირი, ის შემდეგ მიმართავს თავისზე სუსტის დაჩაგრვისკენ. სოფო ტაბაღუა, რომელიც არის კავშირ „საფარის“ სამედიცინო დირექტორი, ერთ-ერთ ინტერვიუში ამბობს: „ხშირად ბავშვები, რომლებიც სხვის მიმართ ავლენენ აგრესიას, უფრო მეტად არიან ოჯახში ძალადობის მსხვერპლნი, თავად აქვთ სადღაც ნანახი ბევრი აგრესია, ან ოდესღაც მათ მიმართ იძალადა ვინმემ და დღეს უკვე მათ შეუძლიათ სხვაზე განავრცონ იგივე. მსხვერპლი

კი არის ხოლმე ის, ვინც რაიმე ნიშნით სუსტია ან გამორჩეულია გარეგნული სისუსტით ან ავადმყოფობით და ა.შ.“³

5. კონფლიქტის მოგვარება

5.1. კონფლიქტის მოგვარება თანატოლებს შორის

სკოლის ასაკის ბიჭების უმეტესობა სკეპტიკურად უყურებს სიტყვის სიძლიერის საკითხს. მათი აზრით მუშტები, აი რა არის „უებარი ნამალი“ კონფლიქტის მოსაგვარებლად. შესაძლოა, დავა კონკრეტულ მოსწავლეებს შორის არ იყოს ძალიან მწვავე, მაგრამ ერთ-ერთი მაინც გადავიდეს ფიზიკური ძალის საშუალებით „საქმის მოგვარებაზე“. ამის მიზეზი შეიძლება იყოს ბავშვში დაგროვებული აგრესია, წყენა, რომელმაც პიკს მიაღწია და გამოვლინდა კონკრეტულ მომენტში. აქაც სიტბოს, მზრუნველობის ნაკლებობაზე შეიძლება საუბარი.⁴

გოგოებში კონფლიქტის მოგვარება უმეტესად სიტყვიერად წარმოებს, მაგრამ პრობლემა ისაა, რომ მოდავეები ერთმანეთში კი არ ლაპარაკობენ, არამედ ჭორაობით ცუდად მოიხსენიებენ ერთმანეთს, რაც ადრესატამდეც მიდის, ამას მოჰყვება ახალი კონფლიქტი და ასე დაუსრულებლად. პირისპირ საუბარი კი ყვირილში, შეურაცხმყოფელი სიტყვების გამოყენებაში გადადის. ამან შეიძლება გამოიწვიოს მცირე კონფლიქტის ნიადაგზე მტრობის წარმოშობა.

რა თქმა უნდა, აბსოლუტურად ყველა უთანხმოება არ არის უმართავი და ყველა ბავშვი არ არის მიდრეკილი ჩხუბისკენ. თუმცა, ზემოთ აღწერილი სცენარით კონფლიქტების განვითარება ძალზე ხშირი და, ალბათ, ბუნებრივიცაა (არა იმ გაგებით, რომ კარგი ან მისაღებია, არამედ იმიტომ რომ გავრცელებული და ტიპურია).

5.2. კონფლიქტის მოგვარება მოსწავლესა და მასწავლებელს შორის

უფრო რთულად არის საქმე მოსწავლესა და მასწავლებელს შორის კონფლიქტის დროს. უმეტესად, ამგვარი დავა იღებს სისტემატურ ხასიათს, ვლინდება დაუსრულებელ ურთიერთუპატივცემულობაში, ურთიერთათვალწინებაში, მშობლებისა და ადმინისტრაციის ჩართვაში. დამტკიცებას არ საჭიროებს ის, რომ ადამიანებს შეცდომის აღიარება არ უყვართ და კამათში თავი სულ მართალი ჰგონიათ. ამას ემატება დედობრივი ინსტინქტი და კოლეგიალური სოლიდარობა. შედეგად, ორივე მხარე თავისკენ ექაჩება და არ უსმენს მეორეს. თუმცა უბედურების დატრიალების შემთხვევაში კი ყველა ერთმანეთს ადანაშაულებს: მშობლები ფიქრობენ, რომ მასწავლებლებმა დააკლეს მის შვილს ყურადღება, მასწავლებლებს მიაჩნიათ, რომ მშობლებმა ვერ მიხედეს. ბუნებრივია, ეს პინგპონგი არც შედეგს შველის და არც მსგავსი შემთხვევების თავიდან აცილების ინსტრუმენტად გამოდგება. მრგვალი მაგიდა და მშვიდი, გულწრფელი საუბარი კი ნამდვილად წაადგებოდა სიტუაციას.

აქ კიდევ ერთხელ იჩენს თავს თაობათა შორის დაპირისპირება, ოღონდ სხვა კუთხით: უფროსებისთვის არ არის ავტორიტეტი მოსწავლე-მედიატორი, მიუხედავად იმისა, რომ ის მოსამართლე არ არის, გადანყვეტილებას არ იღებს, მხოლოდ წარმართავს პროცესს. მედიატორის ელემენტარული მოწოდებაც: „გთხოვთ, მოვუსმინოთ ერთმანეთს“, შეიძლება იყოს უგულებელყოფილი. ჩემი აზრით, აღმზრდელობითი საქმიანობით დაკავებული პიროვნებებისთვის ორმაგად რთული იქნება „მორჩილება“. ამას ხომ აღსაზრდელებისგან ელიან.

ამის გათვალისწინებით, სასკოლო მედიაცია არ უნდა ვრცელდებოდეს მსგავს შემთხვევებზე. ყოველ შემთხვევაში არა დღეს და არა საქართველოში, სადაც კვლავ ხშირად გაიგონებთ: „ამ ღლაპმა რა უნდა მასწავლოს“ და მსგავს ფრაზებს. ქართული საზოგადოება ჯერ არ

³ ქევანიშვილი ე., ბულინგი – სასკოლო ოინი თუ ნორმად ქცეული ძალადობა?, რადიო თავისუფლება, 2013, <<http://www.radiotavisupleba.ge/content/normad-kceuli-dzaladoba/25154835.html>>, [18.01.2014].

⁴ Смирнова А., Почему Дерутся Дети?, <<http://deti.psynavigator.ru/articles.php?code=129>>, [18.01.2014].

არის მზად ასაკით უმცროსის ავტორიტეტულობა მიიღოს. თუმცა, ახლო მომავლში მარტივი შესაძლებელია სასკოლო მედიაციისთვის სახარბილო გარემო შეიქმნას უფროს-უმცროსის კონფლიქტშიც. იქამდე კი რამე სხვა ქმედითი ღონისძიებები უნდა ტარდებოდეს. ასეთებად შეიძლება წარმოვიდგინოთ მშობლებისა და მასწავლებლების დატრენინგება, მათვის ბავშვებთან ურთიერთობის ფსიქოლოგიის საფუძვლების გაცნობა.

5.3. მანდატური როგორც კონფლიქტის მომგვარებელი

2010 წლის 12 აპრილიდან შემოიტანეს მანდატურის ინსტიტუტი, რომელიც დღესდღეობით საქართველოს ყველა სკოლაში ფუნქციონირებს. მანდატურების უმთავრესი ფუნქცია სკოლაში წესრიგის და მშვიდობიანი გარემოს უზრუნველყოფაა. პირადად ჩემში სიტყვა მანდატური თავიდანვე იწვევდა უარყოფით ასოციაციებს და ძალიან მიხაროდა, რომ სკოლა უკვე 2 წლის დამთავრებული მქონდა. ჩემთვის მანდატური იყო პოლიციელის, ციხეში ზედამხედველის, დაკუნთული მცველის, ერთი სიტყვით ყველაფრის ხატება, გარდა „მოსწავლის უფროსი მეგობრისა“.⁵ არადა საქართველოს ზოგადი განათლების შესახებ 48³ მუხლის, რომელიც მანდატურის უფლება-მოვალეობებს განსაზღვრავს, პირველი პუნქტის, ზ ქვეპუნქტი მანდატურის ერთ-ერთ ფუნქციად ასახელებს: დაპირისპირებულ მოსწავლეებს/სტუდენტებს შორის მედიატორის როლის შესრულებას, კონფლიქტური სიტუაციის გამოვლენასა და კონფლიქტის მოგვარებას. კანონში განხორციელებული ამ ცვლილების გამო არის საუბარი მანდატურის სახელის შეცვლაზეც. ალტერნატივად განიხილება ბავშვთა დაცვის ოფიცერი. კანონში დამატებასთან დაკავშირებით ამერიკელმა ექსპერტებმა 40 მანდატურს ჩაუტარეს ტრენინგები, სადაც განიხილავდნენ ბულინგის⁶ იდენტიფიკაციისა და მსხვერპლთან მუშაობის ტექნიკას.⁷

ბუნებრივია, იმის კითხვა, თუ კი ასეთი მოკლე პერიოდის განმავლობაში თითოეულ სკოლაში 2 მამაკაცმა და ერთმა ქალბატონმა შეძლეს მეტ-ნალებად კარგი სახელის დამკვიდრება საზოგადოებაში, მაშინ რატომ არ უნდა მივცეთ მათ შესაძლებლობა შეითავსონ მედიატორის ფუნქციები? რისთვის უნდა დაიხარჯოს დამატებითი რესურსები? საუკეთესო პასუხის მისაღებად უნდა გადავინაცვლოთ წარსულში და ჩვენი თავი გავიხსენოთ სკოლაში ან თუნდაც ახლა უფროსებთან მიმართებაში. მოკლედ, იმის თქმა მინდა, რომ ვერტიკალურ ურთიერთობებზე უფრო პროდუქტიული არის ჰორიზონტალური ურთიერთობები. მოსწავლისთვის ყველაზე მეგობრული მასწავლებელიც, მანდატურიც არის უფროსი, რომელიც თავისი მორიგი სენტენციებითა თუ მორალით „კვებავს“ მოსწავლეს. კატა ლეოპოლდივით მოუნოდებს ბავშვებს იყვნენ კეთილები, მეგობრულები, დამთმობები. შედეგად, მაინც დავის ზედპირულ მოგვარებას ვიღებთ: მოდავეები უფროსების დაჟინებული მოთხოვნით ერთმანეთს ართმევენ ხელს, ნეკა თითების გადაჯვარედინებით ადასტურებენ, რომ უთანხმოება დამთავრდა, მაგრამ, სამწუხაროდ, ხშირად ეს არის მხოლოდ მომაბეზრებელი უფროსებისგან და უხერხული სიტუაციიდან დაძვრენისთვის გათამაშებული სპექტაკლი. რაც ყველაზე სავალალოა, ეს კონფლიქტი შეიძლება ქუჩაში გაგრძელდეს და აბსოლუტურად უმართავი გახდეს. ამის დასტურია ტელევიზორით არაერთხელ მოსმენილი უამრავი ძალადობის ფაქტი ახალგაზრდებს შორის.

ამიტომ როცა მოჰყავთ მანდატურების ინსტიტუტის შემოღების შემდეგ ძალადობის შემცირების სტატისტიკა: 95% აღმოიფხვრა ფულის გამოძალვის ფაქტები. 80% შემცირდა მოსწავლეებს შორის დაპირისპირების ფაქტები. 90% შემცირდა საჯარო ვანდალიზმის (სასკო-

⁵ იხ. საგანმანათლებლო დაწესებულების მანდატურის სამსახურის ოფიციალური ვებგვერდი, <http://mandaturi.gov.ge/index.php?inside_page=3&lang=geo>, [18.01.2014].

⁶ bull – ძალიან აგრესიული პიროვნება, იხ. <<http://www.wordreference.com/definition/bulling>>.

⁷ ქევანიშვილი ე., ბულინგი – სასკოლო ოინი თუ ნორმად ქცეული ძალადობა?, რადიო თავისუფლება, 2013, <<http://www.radiotavisupleba.ge/content/normad-kceuli-dzaladoba/25154835.html>>, [18.01.2014].

ლო ქონების დაზიანების) ფაქტები,⁸ გასათვალისწინებელია, რომ ეს სტატისტიკა მხოლოდ სკოლის კედლებში დანაშაულებებზე საუბრობს. გასაგებია, რომ შეუძლებელია თითოეული მოსწავლის გაკონტროლება სკოლაში და სკოლის ფარგლებს გარეთ, მითუმეტეს ისეთ პირობებში, როცა ხშირად უშუალოდ ოჯახიდან მოდის აგრესია. ამასთანავე, ბავშვები უყურებენ ძალადობას ინტერნეტში, ტელევიზორში, თამაშობენ თამაშებს, სადაც ვირტუალურად უნდა მოკლან ან სცემონ მოწინააღმდეგე. ასევე არსებობენ გამოგონილი პერსონაჟები, რომლებიც ფართოდ არიან გავრცელებულნი ინტერნეტ სივრცეში და მუდმივი დაცინვის ობიექტები არიან. ერთ-ერთი მაგალითი არის ბიჭუნა, რომელსაც არ აქვს კიდურები, არის ძალიან მახინჯი, მას ემართება ყველა უბედურება და ინტერნეტ ჯგუფში გაერთიანებული წევრები კოლექტიურად დასცინიან მას. ამას კიბერბულინგი ჰქვია და ფსიქოლოგების განმარტებით ის ტრადიციულ ბულინგზე მეტადაც კი უწყობს ხელს ძალადობისა და ჩაგვრის გავრცელებას, რადგან ანონიმურობისა და დაუსჯელობის ფაქტი კიდევ უფრო სასტიკად აქცევთ ახალგაზრდებს, რაც მომავალში ადამიანებთან ურთიერთობაში იჩენს თავს.⁹

რა თქმა უნდა, არ ვამტკიცებ, რომ მოსწავლე-მედიატორი იქნება პანაცეა, რომელიც ყველა პრობლემას ერთი ხელის მოსმით მოაგვარებს ყველა პრობლემას, აღმოფხვრის ძალადობას, მითუმეტეს ამ მხრივ საქართველოში მიძიმე ფონია. ამ პროექტის რისკებზე ქვემოთ ვისაუბრებ, აქ კი მინდა ხაზი გავუსვა იმას, რომ თაობათა შორის ომი მითი არ არის და თანატოლები შეუწყობენ კონფლიქტის მოგვარებას ხელს უფრო უმტკივნეულოდ, იმგვარად, რომ მოდავეებს შორის მომავალშიც გაგრძელდეს მეგობრობა, ანუ ორიენტირებულნი იქნებიან გაბზარული ხიდის აღდგენაზე, რასაც რესტიტუციული მედიაციის სახედ მოიხსენიებენ.¹⁰

6. მედიატორი: მოსწავლე თუ პერსონალი?

თუ კი შევთანხმდებით, რომ მედიატორებად კი არ იბადებიან, არამედ ხდებიან, მაშინ პირველი რისკიც სახეზეა: მოსწავლე-მედიატორის მწირი ცხოვრებისეული, ადამიანებთან ურთიერთობის გამოცდილება, განათლება, არასაკმარისი სიბრძნე და უნარები იყოს შუამავალი, ანუ ყველაფერი ის, რაც პიროვნებას აქცევს კარგ მედიატორად. ჩემი აზრით, მედიატორობა სწორედ ისაა, რასაც მარტო წვრთნა არ შევლის და ბუნებაც უნდა დაეხმაროს საქმეს, თუმცა თავის თავზე მუშაობაზე და პრაქტიკაზე ბევრი რამეა დამოკიდებული. დაგუბრუნდეთ მოსწავლე-მედიატორს, რომელიც უფრო კერძო შემთხვევაა და არ არის აუცილებელი კლასიკური მედიატორის ყველა თვისების მატარებელი იყოს.

წინამდებარე ნაშრომში არაერთხელ იქნა ნახსენები თაობათა შორის გაუცხოება და კიდევ ერთხელ უნდა დავეყრდნოთ მას. მაგალითისთვის ავიღოთ ზრდასრული მედიატორი, რომელიც არის წარმატებული თავის საქმეში, ცნობილი მომრიგებელი, შეიწყვანოთ სკოლაში და უცებ შეიძლება აღმოვაჩინოთ, რომ მედიაციას შედეგი არ აქვს. უფრო რომ დავკონკრეტდეთ: მოდავეები მორიგდნენ, მაგრამ აღარ უნდათ ერთმანეთის დანახვა. მე ამას დავარქმევდი პასიურ კონფლიქტს, რომელიც არავინ იცის როდის აფეთქდება. ისმის კითხვა, რატომ? პასუხის მისაღებად მოვიშველიოთ პარალელები: საუკეთესო ქირურგი ვერ უმკურნალებს ბავშვს ისე კარგად, როგორც ამას პედიატრი გააკეთებს; ეჭვი მეპარება მ. ჯავახიშვილს, დოსტოევსკის, ბალზაკს კარგი ზღაპრის დანერა მოეხერხებინათ. სასკოლო მედიაციაც იგივე პრინციპს ეფუძნება: მედიატორის სახით გვჭირდება არა ჭირ-ვარამ გადახდენილი, გამოცდილი, დამრიგებლური ტონით მოსაუბრე ბიძია ან დეიდა, არამედ მოდავეების ჭკუით მოაზროვნე, მათთვის საინტერესო და რელევანტური ცოდნით აღჭურვილი, ლალი, კომუნიკაბელური, უკონფლიქტო

⁸ იხ. საგანმანათლებლო დაწესებულების მანდატურის სამსახურის ოფიციალური ვებგვერდი, <http://mandaturi.gov.ge/index.php?inside_page=3&lang=geo>, [18.01.2014].

⁹ ქვეანიშვილი ე., ბულინგი – სასკოლო ოინი თუ ნორმად ქცეული ძალადობა?, რადიო თავისუფლება, 2013, <<http://www.radiotavisupleba.ge/content/normad-kceuli-dzaladoba/25154835.html>>, [18.01.2014].

¹⁰ Noll D., Restorative Mediation, 2002, <<http://www.mediate.com/articles/noll6.cfm>>, [18.01.2014].

მოსწავლე, რომელსაც დადებითად შეუძლია თანატოლებზე ზემოქმედება. ესქილე ამბობდა „ბრძენი ის არის ვინც იცის საჭირო, ბევრი კი არა“. ეს სიტყვები განსაკუთრებით აქტუალურია სასკოლო მედიაციისთვის.

უშუალოდ, შესაძლებლობა აირიდო ყველანაირი ფორმალობა, მათ შორის ისეთი ელემენტალურიც, რომელიც სკოლაში სპეციალურად მედიაციისთვის განკუთვნილ კლასში დიალოგს გულისხმობს, თანაბარი სტატუსი, ერთმანეთის უკეთ ცოდნა, აი რა უნდა იყოს მაგნიტი, რომელიც მიიზიდავს სასკოლო მედიაციას და წარმატებულს გახდის მას. როდესაც ფორმალობების არიდებაზე ვსაუბრობ, ვგულისხმობ თანატოლების შესაძლებლობას სკოლის შემდეგ, შაბათ-კვირას განიხილონ დავა რომელიმესთან სახლში ან სხვა ადგილას, ბუნებრივია მოსწავლე-მედიატორის მონაწილეობით. ანუ აქაც არ არის რალაც მკაცრი შეზღუდვა დროსა თუ ადგილში. დაგეგმილი აქტივობა: სპორტი, მუსიკა, ხატვა შეიძლება უფრო მნიშვნელოვანი იყოს მოსწავლისთვის, ვიდრე კონფლიქტი თანაკლასელთან, შესაბამისად უშუალოდ გაკვეთილების დამთავრების შემდეგ მედიაცია არ იყოს მისთვის ხელსაყრელი, შესაბამისად, არც შედეგის მომტანი.

7. სასკოლო მედიაციის იმპლემენტაციის გზები საქართველოში

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის სამაგისტრო პროგრამაზე ერთ-ერთ კლინიკად არის შემოთავაზებული პრაქტიკული სამართლის კლინიკა, რომლის ფარგლებშიც შერჩეული მაგისტრანტი სტუდენტები თბილისის სკოლებში ატარებენ კლასგარეშე სამართლის გაკვეთილებს, რომელთაც ტრენინგის სახე აქვთ. შესაძლებელია, ამ კლინიკის გაფართოება და სტუდენტების მომზადება იმისათვის, რომ სკოლებში პოტენციურ მედიატორებს მათ ჩაუტარონ ტრენინგები და შემდგომ შეხვედრები უკვე მოქმედ მოსწავლე--მედიატორებთან, რათა განიხილონ საქმეების მიმდინარეობა, გასცენ მათ კითხვებს პასუხი ან თავის ტრენინგებს ჰკითხონ რჩევა. ზოგადად, პრაქტიკული სამართლის კლინიკა არის 1-სემესტრიანი, თუმცა სასკოლო მედიაციის მიზნებისთვის შეიძლება მისი 1 წლამდე გაზრდა კრედიტების მომატების ხარჯზე. ამის საჭიროება არის გამოწვეული იმ შრომატევადი წინა მომზადებით, რომელიც უნდა გაიარონ მაგისტრანტმა სტუდენტებმა და რომელიც მოითხოვს დროსა და მალალ დაინტერესებას ამ სფეროთი. კიდევ ერთხელ ხაზგასასმელია სასკოლო ასაკის მგრძნობელობა და აუცილებლობა პროექტისადმი მალალი პასუხისმგებლობის გამოვლენა.

რა თქმა უნდა, დღეს უნივერსიტეტს ასეთი სტუდენტების ბაზა არ აქვს, თუმცა მისი შექმნა რეალურია, რადგან საბაკალავრო და სამაგისტრო პროგრამებით შემოთავაზებულია მედიაციის საგანი, ამასთანავე არსებობს მედიაციის კლინიკა. რეგისტრაციის დაწყებიდან წამში შევსებული ადგილები ამ საგნებზე მოწმობს ინტერესის არსებობას, ხოლო დამატებითი სემინარების ჩატარება და ფოკუსირება სასკოლო მედიაციაზე არ იქნება პრობლემა.

შემდეგი ეტაპი არის უშუალოდ მედიატორების არჩევა კონკრეტულ სკოლებში. ბუნებრივია, ყველა ვერ იქნება მედიატორი. მათ შესარჩევად საუკეთესო გზად მერყენება ანონიმური კენჭისყრის საფუძველზე კლასიდან 2-3 პიროვნების არჩევა, რომლებიც შემდეგ გაივლიან ტრენინგებს, ფსიქოლოგებთან გასაუბრებებს, სხვაგვარ გამოცდებს და საბოლოოდ შეირჩევა 10-15-20 (სკოლის სიდიდედან გამომდინარე) მედიატორი. ვფიქრობ, შუამავლების აქედანვე დათრგუნვა არ იქნება სწორი, ანუ გამოსაცდელი ეტაპი არ უნდა იყოს სტრესული. ამასთანავე უმნიშვნელოვანესია ყველაფერი ნებაყოფლობითობის პრინციპზე იყოს დაფუძნებული. უკვე არჩეული მედიატორები უნდა გადიოდნენ გადამზადებებს, პერიოდულად იხილავდნენ სტუდენტ-მედიატორებთან პრეცედენტებს. შესაბამისად, მზად უნდა იყვნენ მუდმივად იმუშავონ სამედიატორო უნარ-ჩვევების სრულყოფილებაზე. ყველა სკოლას ჰყავს თავისი ფსიქოლოგი, უმჯობესია მედიატორები სარგებლობდნენ მისი მომსახურებით, რადგან პროფესიონალ მედიატორებსაც კი უჭირთ მოდავეებიდან მომდინარე უარყოფით ენერგიასთან გამკლავება, არათუ ბავშვებს.

8. სასკოლო მედიაციის დადებითი შედეგები

სასკოლო მედიაციის იმპლემენტაციით მოგებული რჩება როგორც კონკრეტული პიროვნება, ისე მთლიანად საზოგადოება. **მოსწავლე-მედიატორი** იღრმავებს ლიდერულ უნარებს, სწავლობს კონფლიქტის მოგვარების ტექნიკებს, ემატება თავდაჯერებულობა. **მოდავეები და ზოგადად, სკოლის მოსწავლეები** ხდებიან უფრო დამოუკიდებელი, იაზრებენ, რომ ყველაფერში უფროსების დახმარება არ არის საჭირო. სწავლობენ კონფლიქტის მოგვარებას მშვიდობიანი გზით და დადებით ზეგავლენას ახდენენ ერთმანეთზე. **მასწავლებლებს** ექნებათ უფრო მეტი დრო დაუთმონ უშუალოდ სასწავლო პროცესს და არა დისციპლინარულ საკითხებს. **მშობლები** იქნებიან უფრო მშვიდად, რადგან სასკოლო კლიმატი იქნება ჯანსაღი.¹¹

9. დასკვნა

ადამიანი იწყებს ჩამოყალიბებას სკოლის მერხიდან. ძალიან ბევრი არის დამოკიდებული ამ ასაკში ჩანერგილ ღირებულებებზე. აბსოლუტურად მართალია ავტორი, როდესაც ამბობს, რომ კონფლიქტების მოგვარების უნარების სწავლება ისეთივე მნიშვნელოვანია, როგორც მათემატიკა, წერა და კითხვა.¹² როგორი უკონფლიქტოც არ უნდა იყოს პიროვნება, ცხოვრებაში მაინც უამრავ უთანხმოებას აწყდება, შესაბამისად, მათი გადაწყვეტის გზების ცოდნა მისთვის გამოსადეგი იქნება.

ამ პროექტის პლუსი მის საყოველთაოობაშია, ანუ ნელ-ნელა მისი დანერგვა საქართველოს ყველა სკოლაში უნდა მოხდეს. შესაბამისად, ნაბიჯ-ნაბიჯ ყველა მოსწავლის შეგნება უნდა ამაღლდეს იმ დონემდე, რომ ბრალდებულის გარეშე კონფლიქტის მიზეზების გამორკვევა, ერთმანეთის მოსმენა და საკუთარი თავის დაყენება მოსაუბრის ადგილას არის საუკეთესო გზა დავის აღმოსაფხვრელად. საბოლოო ჯამში მივიღებთ განონასწორებულ, მშვიდობიან გარემოს და თანამშრომლობაზე, ურთიერთპატივისცემაზე ორიენტირებულ საზოგადოებას. ეს გაზრდის ქვეყანაში კულტურის დონესა და პროფესიონალთა რიცხვს.

არცერთი რეფორმა არ არის მარტივი განსახორციელებელი. თუმცა, ამ პროექტის სიძნელების გადალახვა აუცილებელია! ეს ემსახურება მოქალაქეთა მშვიდ თანაცხოვრებას, ქვეყანაში სტაბილურობის დამყარებას, ძალადობისა და აგრესიის, ფსიქოლოგიური პრობლემების შემცირებას.

¹¹ იხ. <<http://www.fairfieldcenter.org/peer-mediation-in-schools/>>, [18.01.2014].

¹² Jamestown Area Labor-Management Committee, Peer Mediation in Chautauqua County, N.Y. Schools, 2013, <<http://www.mediate.com/articles/jalmc.cfm>>, [18.01.2014].

School Mediation: Risk or HEUREKA?

*“If people thought you were dying, they gave you their full attention.
If this might be the last time they saw you, they really saw you.
People listened instead of just waiting for their turn to speak.”*

Chuck Palahniuk

1. Introduction

The strong interest towards school mediation was caused by the fact that the school age is particularly important for the formation of an individual. During this period children are open for absorbing information and earning the skills which become a habit for them for the rest of their lives. One of the most significant skills appears to be dispute management (settlement).

Based on my personal experience, I can say that currently in Georgian schools most of the disputes are settled by using a wrong methodology: without a detailed investigation of the dispute the so-called ‘guilty person’ is unveiled and punished. This means that the psychological approach to the topic is totally rejected for revealing the real reason of the dispute. There is no attempt to eradicate the primary source of the dispute. Thus, all these lead to the following: the students become locked in themselves, they no longer care about studies, skip classes and, consequently, more conflicts arise.

It is important to underline that the age between 6 and 18 is transitional and the most sensitive period that requires a good mediator oriented on future relationships and good at settling disputes between the sides. From the very beginning, a fair way for dispute settlement will neutralize the revenge desire and guarantee the agreement to be achieved.

At the same time, the so-called horizontal relationships (when the mediator is equal to the conflict sides) will facilitate the creation of a friendly environment.

The following article covers the advantages of school mediation as well as the ways for its implementation in the Georgian reality.

2. Definition of School Mediation

School mediation is a process in which students, mediators, assist other students to resolve disputes, when there is a dispute between students or students and teachers. Mediators are impartial, the so-called third persons who work with the sides to settle the existing dispute.¹

Where should school mediation take place? The best place for school mediation is the school itself, a specially allotted classroom accommodated considering the mediation goals. There exist multiple views on what the ideal micro environment should look like (i.e. the room where the mediation takes place), how should it be furnished, what color should the walls be, should the sweets/candies be on the table or not, how the objects should be arranged, what size should the room be, etc. I think that it is vital to adhere to a Golden Mean and furnish the room with maximally neutral, non-irritating items or colors.

* Master Student, TSU Faculty of Law.

¹ Student Mediators’ Step in when Trouble Brews, American News Service, November, 2000, <<http://www.mediate.com/articles/studentmed.cfm>>, [18.01.2014].

Maximal comfort should be created for the sides as they should feel comfortable to start talking about their problems openly.

When should school mediation take place? It would be better if school mediation took place after lessons. It will not be beneficial for the conflicting sides, the teacher or the mediator to quit the education process because of the mediation. Though some exceptions can be made, when the conflict is escalated and it needs to be settled immediately. The abovementioned institute should be created to provide a peaceful environment in schools and high academic performance as well. Thus, if an instant action is needed to achieve all these, it is better to take appropriate measures. Generally, it is better to solve the problems after lessons.

3. Who is the Mediator?

A mediator is an unbiased, confident, third person who assists the sides to settle the disputes and achieve an agreement.

There can be millions of opinions regarding the best mediator's characteristics including: how should he/she look like, what kind of education should he/she have, etc. *Constantin-Adi Gavrilă* (a mediator of the Craiova Mediation Center Association) listed 212 characteristics that a mediator should possess.²

Selecting a mediator for school mediation is not easy. At school age children are not self-confident or formed enough. Choosing the right person as a mediator is like walking on a razor's edge. In this respect, the words of an outstanding Georgian writer *Iliia Chavchavadze* – "Illiteracy is devastating, though only education cannot cure – are extremely actual". Fortunately, the negative approach towards education widely spread in the early 1990's, has changed, though it still exists (in certain circumstances, when hard-working students are cynically treated).

It is doubtless that a mediator should be highly respected, trustful person. Besides this, the mediation process must be confidential, the sides should have a desire to speak openly about their problems and be sure that the mediator will keep everything a secret.

4. Conflict Takeoff

At school a conflict can start between the students or between the students and the teachers/administration. Thus both the conflicts takeoff and the ways for their settlement vary.

4.1. Conflict takeoff between the students

- Jemal, you - violin!
- Ianguli, you - pipsqueak!
- Jemal, you – kamo!
- Ianguli, you – mean Greek!
- Jemal, you – gummy eyes!
- You bully!
- Donkeyhead!
- Donkey herder!
- Girls' Sponge!
- Hooligan!
- Coward from Tbilisi!

² *Gavrilă C.A.*, 212 Qualities of a Good Mediator, 2012, <<http://kluwermediationblog.com/2012/02/19/212-qualities-of-a-good-mediator/>>, [18.01.2014].

- F*** you Ianguli!
- (the same words in Greek) Jemal!

The abovementioned dialogue written by a famous Georgian novelist *Nodar Dumbadze* is very realistic and live. Insulting a student by negatively indicating on his/her appearance is one of the widely spread cases for escalating a dispute. The insults include: “You four-eyed monster” (if the student is wearing glasses), “big aquiline nose”, “fat”. Similar kinds of epithets are frequently said to each other by the students. Besides these the epithets also include: idiot, narrow-minded, brainless etc. The students’ imagination regarding the issue is borderless and many specific cases can be named. Insulting expressions regarding the nationality, religious viewpoints, financial or family condition are pretty much rare in Georgian reality.

4.2. Conflict takeoff between a student and a teacher

The reason of the dispute escalation between a student and a teacher can differ: bad academic report of the student, his/her bad behaviour, biased teacher, insulting words etc. In frequent cases the teachers underline the fact that the student is disobedient, his/her academic report is below zero, though no one attempts to investigate the reason of such misbehaviour. Because of this, the student gets humiliated by others. Of course, this demotivates him/her to be better and be a decent student in the future (only in a very rare case there exist certain exceptions. Normally children get locked in themselves and are very aggressive. “Attacking is the best way for self-defence” is their motto).

Unfortunately, the school staff disagrees with *Maslow* pyramid. This can be caused by a low salary, because of which teachers do not want to share the best of their experience with the children, or by their personal problems, etc. Though, it is a very lame excuse and is not discussed in this article, either. *Abraham Maslow* in his work “Hierarchy of Needs”, that is a theory of psychological health, predicating on the fulfillment of innate human needs in priority, culminating in self-actualization, describes that if a human being’s physiological needs are not fulfilled, he/she does not feel secure, he/she lacks care and attention, and is not respected – thus he/she is not fully self-recognized and respected. As a result of this, considering the so-called self-defense instinct either a person appears to be an Ugly Duckling and gets self-locked or starts to oppress others.

Experts and philologists agree that if a person is aggressively treated, he/she starts to be aggressive towards others (they start dominating over weaker ones). In one of the interviews, *Sophie Tabaghua*, Medical Director of the Union “Sapara” said: “In frequent cases, the children who are aggressive towards others are the victims of domestic violence; probably they witnessed the case of violence by themselves or someone oppressed them. Thus, now they have an opportunity to persecute others. It is noteworthy to stress that those who are weak compared with others are always victims, etc.”³

5. Conflict Settlement

5.1. Conflict settlement between coevals

The majority of schoolboys are skeptical regarding the power of speech (power of words). According to them, fighting (fists) is the only ‘cure’ for conflict resolution. Perhaps the dispute between the sides (students) is not much swelling, though one of the sides may still start physical revenge. The reason for this can be the aggression, anger that the kid keeps in himself, then all these reach the top and the conflict escalates. Thus, the lack of care and respect can be the reasons over and over.⁴

³ *Kevanishvili E.*, Bulling – School Tricks or ‘Normal’ Violence? Radio Liberty, 2013, <<http://www.radiotavisupleba.ge/content/normad-kceuli-dzaladoba/25154835.html>>, [18.01.2014].

⁴ *Смирнова А.*, Почему Дерутся Дети? <<http://deti.psynavigator.ru/articles.php?code=129>>, [18.01.2014].

The conflict between girls is resolved just using words and not strength. Though in frequent cases this is called gossiping, which appears to be a reason for a new dispute again. Sometimes a Tet-A-Tet dialogue finishes with yelling, insulting, etc. All these can cause a huge vendetta between the sides.

It is also a fact that all disputes can be settled and not all children are eager to be involved in combat. Though it is 100% truth that the conflict escalation, as a result of the above-mentioned reasons, is not baseless.

5.2. Conflict resolution between a student and a teacher

The conflict between students and teachers is pretty much complicated to resolve. A similar kind of dispute seems to be permanent as disrespect between the sides rises and finally parents and school administration also get actively involved. It is doubtless that normally people do not like to confess their mistakes and during the dispute they permanently try to prove their innocence. In frequent cases parents and school administration express their solidarity that negatively influences the tense situation. Thus, this becomes the reason for confusion and unfair results. Though, if the situation finishes with tragic outcomes, the sides accuse each other: parents think that teachers were not attentive enough towards their kids; the teachers reckon on the contrary and assure that the parents were pretty much negligent. It is obvious that such bilateral but baseless accusations will change neither the result nor will be an effective instrument for getting rid of similar kinds of cases in the future. It should be highlighted that round-table negotiations would assist the dispute resolution and neutralize the tense situation. This is a classic sample of conflict escalation between generations, though it is shown in a different way: despite the fact that the so-called student-mediator is neither a judge nor a decision-maker, he/she is only conducting a process, still he/she is not authoritative for adults. The mediator's even simple address for the situation regulation such as "Please, let's listen to each other!" can be rejected. I think that for a person working in the education field it is pretty much complicated to be "obedient", as they expect the kids to be obedient and not the teachers.

Considering all these, school mediation should not be spread on similar kinds of cases, especially in Georgia (at least now). The Georgian society is not ready to feel authoritative towards a younger person (in this case the school student-mediators are meant). Though, probably the situation will change in the near future. But before the situation changes other kinds of actions should be conducted, including parent and teacher trainings, introducing the children physiology to them, etc.

5.3. Recourse officer as a conflict arranger

Since April 12, 2010 the Resource Officer Institute has been introduced and functioning in all schools of Georgia. The key function of the Resource Officer is to provide calm and secure surrounding in schools. For me, personally, the word "Resource Officer" caused pretty much negative associations and I was very happy and lucky that I was not a school student any more (I finished school 2 years before the Resource Officer Institute introduction). For me the Resource Officer was equal to the police officer, jailer etc; everyone but not "students elder friend" in school.⁵

It is also obvious that according to Article 48³ of the Georgian Law on Education, which defines a Resource Officer's job description, one of his/her functions includes: mediation in the conflict between students/teachers, unveiling the dispute and settling it. Because of this amendment in the abovementioned law, the replacement/change of the name 'Resource Officer' is being discussed. The alternative name is – Children's Security Officer. Due to the amendment mentioned above, the US experts trained 40 Resource Officers and considered the following issues: bullying⁶, identification and working with the victim technique.⁷

⁵ See the official webpage of the Resource Officers in Georgia, <http://mandaturi.gov.ge/index.php?inside_page=3&lang=geo>, [18.01.2014].

⁶ bully – very aggressive person, See <<http://www.wordreference.com/definition/bullying>>. .

⁷ *Kevanishvili E.*, Bullying – School Tricks or 'Normal' Violence? Radio Liberty, 2013, <<http://www.radiotavisupleba.ge/content/normad-kceuli-dzaladoba/25154835.html>>, [18.01.2014].

Thus a question is asked: If in a short period of time, 2 men and a woman managed to gain a positive image in society, why should not they be able to become mediators as well? Why should additional expenses be spent on this? For receiving the best answer we would go back to the past and remember ourselves during the school period and now – our relationships with adults. Thus, I want to say that the so-called horizontal relationship is more effective compared with the vertical one. For a student, both a friendly teacher and a Resource Officer are older people who indicate to school kids how to behave correctly, how to be kind, friendly and malleable (like Cat Leopold does in a famous Russian cartoon).

Though as a result of this, the dispute origin is still not investigated and a pseudo agreement is reached: the dispute sides are obliged to shake hands as adults order them to do so (this is like a play performed to get rid of ‘annoying’ teachers or mediators). The most dangerous fact is that probably the conflict will continue in the street and become just uncontrollable. This can be easily proved by numerous cases of violence between youngsters shown on TV.

As a result of Resource Officer Institute introduction in schools, violence minimization statistics is introduced, including: the reduction of money extortion cases by 95%, decrease of conflicts between students by 80% etc.⁸ However, it must be considered that the abovementioned statistics are calculated according to the cases happening inside the school building and not in the streets.

Obviously it is impossible to control the kids in and out the school, nonetheless in frequent cases the aggression comes from the family itself. At the same time, the kids watch violence via the Internet, TV and play games where they should virtually kill or attack the rival, etc. Besides this, there exists a virtual personage who is widely spread on the Internet and is the object of permanent abuse. For example: there is a boy on the Internet who is limbless, ugly and very unlucky – thus the kids who are members of a special group permanently insult and abuse the poor boy. This is called a cyber-bullying and according to psychologists it promotes violence and oppression (the action is more influential than traditional bullying). The so-called cyber-bullying is worse than traditional bullying because the fact of anonymity and impunity makes the youngster crueler. All these are revealed in casual relationships in the future.⁹

Of course, I do not affirm that a student-mediator will be a cure-all who will be able to resolve all disputes or totally eradicate violence in schools, especially in the current situation existing in Georgia. The possible risks of this project will be discussed below.

So, I just want to highlight that a battle between generations is not a myth but reality and the coevals will manage to regulate the situation better than anybody else in schools.¹⁰

6. Mediator: Student or Professional?

If we agree that people are not born to be mediators but they become mediators later, we come across the first risk: a student-mediator lacks life experience, relationship experience, wisdom or skills to be a mediator – thus he/she is devoid of everything that makes a man/woman a good mediator. I think that only training is not enough to become a good mediator but certain experience and practice are really significant for this. Let’s get back to a student-mediator which is a more private case and it is not vital for him/her to possess all the characteristics that a classic mediator should have in general.

The aforementioned document will underline the fact of alienation between generations for several times and it should become a base for further steps. For example, we can take a grown-up mediator, who is successful and experienced at school, though suddenly we discover that the mediation conducted by him/her is ineffective. To be more precise: the dispute sides agreed, though they no longer want to see each other. I would call it a passive conflict which no one knows when escalates. Here is a question: why? To

⁸ See the official webpage of the Resource Officers in Georgia, <http://mandaturi.gov.ge/index.php?inside_page=3&lang=geo>, [18.01.2014].

⁹ *Kevanishvili E.*, Bullying – School Tricks or ‘Normal’ Violence? Radio Liberty, 2013, <<http://www.radiotavisupleba.ge/content/normad-kceuli-dzaladoba/25154835.html>>, [18.01.2014].

¹⁰ *Noll D.*, Restorative Mediation, 2002, <<http://www.mediate.com/articles/noll6.cfm>>, [18.01.2014].

get the answer let's discuss the parallels: even the best surgeon will fail to treat a kid as appropriately as an ordinary pediatrician does; I doubt that *M. Javakhishvili*, *Dostoevsky* or *Balzac* were good fairytale writers. School mediation is based on a similar principle: an experienced and strict mediator will be less effective compared with his young and outgoing coeval. A famous ancient Greek tragedian Aeschylus used to say: **“Wise is the person who knows useful things, not the one who knows a lot”**. These words are particularly important for school mediation.

Honesty, a possibility to get rid of all formalities including a dialogue in a classroom specially allotted for mediation, the equal status, better knowing each other – all these can guarantee a successful mediation. When talking about getting rid of formalities, I mean the possibility to discuss the dispute somewhere else, but not at school, on Saturday or on Sunday, of course with the participation of the student-mediator (there are no limitations regarding the place and time).

Planned activity: maybe sport, music, art are more significant for the student than a conflict/dispute with a schoolmate. Thus, mediation after the lessons can be less effective for him/her.

7. School Mediation Implementation Options in Georgia

Ivane Javakhishvili Tbilisi State University MA program offers Practical Justice Clinic as one of case studies. In the frames of this MA program students are selected and they conduct training-like justice/law lessons at a Tbilisi school. It is possible to widen this circle and prepare students to conduct trainings to potential mediators and then organize meetings with acting student-mediators. This is essential for discussing the ongoing cases, answering questions or asking for advice.

Generally, Practical Justice Clinic covers one semester, though considering school mediation viewpoints the term can be increased to one year. This can be done on the account of increasing credits. All this is caused by the overloaded preparation process that MA students should go through; besides this, it demands time and high interest towards the field itself. The sensitive age of the school students as well as high responsibility towards the project must be underlined over and over.

Currently universities do not own such kind of student database, though its creation is pretty much realistic, because BA and MA programs are offering mediation as a subject and the so-called Mediation Clinic exists. Quick registration for this subject proves the fact that interest towards it is very high. Thus, conducting additional seminars and focusing on school mediation will not be a problem.

The next stage is selecting mediators in concrete schools. Obviously not everyone can become a mediator. I think that anonymous polling is the best way for selecting a mediator – 2-3 students from each class. Afterwards the selected students will be trained, interviewed by a psychologist and take other exams as a result of which totally 10-15-20 (considering the number of students in school) mediators will be selected. I also think that mediators must be highly motivated and the probation period must be less stressful. Besides this, voluntary principles must be one of the key factors in mediation. The selected mediators must be trained and must periodically discuss certain cases together with other student-mediators. Thus, they must be ready to work hard to improve the existing mediation skills. Every school has a psychologist in the staff and it is very important for mediators to be in a close touch with them as even professional mediators find it difficult to cope with negative energy and aura.

8. Positive Results of School Mediation

Implementing school mediation can be beneficial for both particular people and for the whole society. A **student-mediator** deepens leadership skills, learns conflict resolution technique and feels more self-confident. **Dispute sides and school teachers in general** become more independent and realize that adults' assistance in everything is needless. They learn the dispute peaceful settlement and positively influence each other. **Teachers** will have an opportunity to pay more attention to the educational process

and not to disciplinary issues. **Parents** will feel peaceful as the situation at school will be more than healthy.¹¹

9. Conclusion

An individual's formation process launches from school. This period is particularly important considering the life values. The author is right when underlining the fact that teaching conflict resolution technique is as important as teaching math, writing, reading, etc.¹² It does not matter whether an individual is ill-tempered or not, he/she still comes across numerous disputes/conflicts in life, thus knowing the ways of settling them is vitally important.

The biggest advantage of this project is in its commonness – little by little it must be introduced and established in schools all over Georgia. Thus, step by step every school student's awareness regarding the fact that the conflict can be resolved without baseless accusations and blaming each other, must be risen. They must realize that mediation is the best way for conflict resolution.

Finally, as a result of all the abovementioned, balanced, peaceful, respectful and cooperation-oriented society is guaranteed. This will increase the number of professionals and raise the cultural level in the country as well.

None of the reforms are easy to implement. However, it is vitally important to overcome the difficulties of this project! It serves for peaceful cooperation and living of the citizens, stability establishment in the country, minimizing violence, aggression and psychological problems as well.

¹¹ <<http://www.fairfieldcenter.org/peer-mediation-in-schools/>>, [18.01.2014].

¹² Jamestown Area Labor-Management Committee, Peer Mediation in Chautauqua County, N.Y. Schools, 2013, <<http://www.mediate.com/articles/jalmc.cfm>>, [18.01.2014].

მედ-არბი/არბ-მედი და მისი ბანკითარების პერსპექტივები საქართველოში

1. შესავალი

მედიაციისა და არბიტრაჟის პროცესების კომბინაცია დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ერთ-ერთი ინოვაციური სახეა, რომელიც ცნობილია, როგორც მედ-არბი და არბ-მედი. სახელწოდება დამოკიდებულია იმაზე, თუ რომელი პროცესი იწყება პირველად. არბიტრაჟი ბოლო პერიოდის განმავლობაში სასამართლო პროცესადაა მიჩნეული, ამიტომ, დავის გადაწყვეტისათვის აღნიშნულის მეშვეობით მხარეებს მეტი შესაძლებლობა და არჩევანის საშუალება მიეცემათ. განსაკუთრებით, მედ-არბი და არბ-მედი იმ მოდავე მხარეთათვისაა სასურველი, რომლებიც სავალდებულო სასამართლო პროცედურების თავის არიდებისაკენ მიისწრაფვიან.¹

2. მედ-არბი

2.1. მედ-არბის პროცესი

მედ-არბი, როგორც დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ერთ-ერთი ფორმა მედიაციისა და არბიტრაჟის კომბინაციაა. მედ-არბის პროცესი იწყება მედიაციის სტანდარტული წესებით, შეჯიბრებითობის, შუამდგომლობების, სასამართლო უწყისებისა და სხვა ფორმალობების გარეშე, რაც არბიტრაჟის პროცესის მსგავსია. მედიატორს შეუძლია ისაუბროს მედიაციის მონაწილეებთან ერთდროულად ან განცალკევებით, თუ მედიატორი მიიჩნევს რომ ეს უკანასკნელი უფრო შესაფერისი იქნება პროცესის ეფექტურად წარმართვისათვის. მედიაციის პროცესისას მხარეები წარადგენენ დავის შინაარსს იმ იმედით, რომ ისინი მიაღწევენ შეთანხმებას. მედიატორის დახმარებით, მოდავე მხარეები მიისწრაფვიან, რომ გაიგონ ერთმანეთის პოზიციები და დამოკიდებულება საქმის საბოლოო გადაწყვეტასთან, რომელიც უნდა იყოს სამართლიანი და თანაბარზომიერი ორივე მხარისთვის. მედიატორი და მხარეები, როდესაც მიიჩნევენ, რომ მათ მიაღწიეს შეთანხმებას იმ საკითხებთან დაკავშირებით, რომელთა მოგვარებაც შესაძლებელი იყო მედიაციის საშუალებით, მედიატორი დაეხმარება მხარეებს მედიაციის შეთანხმების შესრულებასა და ხელმოწერაში იმისათვის, რომ საბოლოოდ ჩამოყალიბდეს ის საკითხები, რომლებზეც მხარეებმა მიაღწიეს შეთანხმებას. მედ-არბის პროცესი დაიხურება თუ ყველა შესათანხმებელი საკითხი წარმატებით გადაწყდა. გადაუწყვეტელი საკითხების არსებობისას, მას შემდეგ რაც მედიაციის პროცესი დასრულდება, მხარეები გადაინაცვლებენ არბიტრაჟის პროცესში მედ-არბის შეთანხმების შესაბამისად. შეუთანხმებელი საკითხები რომლებიც მედიაციის შედეგად ვერ მოგვარდა გადაწყდება არბიტრაჟის მეშვეობით.

2.2. მედ-არბის სახეები

არსებობს მედ-არბის ორი სახე. პირველი ფორმა გამოიყენება როგორც მედიატორის, ასევე არბიტრის მიერ, რაც მედიატორს ნებას რთავს, გადაავადოს მედიაციის პროცესი და საქმე აწარმოოს არბიტრაჟის პროცესის საშუალებით. აღნიშნული გამოიყენება ნებისმიერი დამატებითი საქმის გამოკვლევისათვის, რომელიც არ იყო წარმოდგენილი მედიაციის პროცე-

* თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის მაგისტრატურის სტუდენტი.

¹ Med-Arb, <<http://www.mediation-1st.co.uk/?p=medarb>>.

სისას ან მხარეთა მიერ ნებისმიერი სხვა ინფორმაციის ერთმანეთისთვის წარდგენის მიზნით, რათა დამტკიცდეს მხარეთა დავა დარჩენილ გადაუწყვეტელ საკითხებთან მიმართებით.

მედ-არბის ამ ფორმის გამოყენებისას უპირატესი არის ის, რომ მედიაციის კონტრაქტი დგება შეთანხმებულ საკითხებზე, სადაც არ არის მითითება იმასთან დაკავშირებით, მედიატორს/არბიტრს როგორი დამოკიდებულება აქვს გადაუწყვეტელ საკითხებთან დაკავშირებით. მედიაციის კონტრაქტის შედგენა წინ უსწრებს საარბიტრაჟო პროცესის დაწყებას, რადგან არსებობს ყოველთვის იმის შესაძლებლობა, რომ ერთ-ერთი მხარე შესაძლებელია იყოს უკმაყოფილო არბიტრის გადაწყვეტილებით ან თავად საარბიტრაჟო პროცესით. მათ შესაძლებელია მიატოვონ მედიაციის/არბიტრაჟის პროცესი მედიაციის შეთანხმების ხელმოწერის გარეშე, რაც უარყოფითად აისახება შეთანხმებულ საკითხებზე. მედიაციის კონტრაქტი არის ლეგალური შეთანხმება, რომელიც ხელმოწერილ უნდა იქნეს ორივე მხარის მიერ და აღსრულებადი ხელშეკრულებაა შესაბამისი კომპეტენციის მქონე სასამართლოში. მეორე და მედ-არბის უფრო მეტად მიღებული ფორმა არის სრული მედიაციის პროცესი, რომელსაც მოჰყვება არბიტრაჟის პროცესი, იმ შემთხვევაში თუ მედიაცია არ იქნება წარმატებული ყველა სადავო საკითხთან მიმართებით. მედიატორი და არბიტრი წინასწარ აირჩევიან მხარეების მიერ ან მხარეები მოიცდიან, რომ აირჩიონ არბიტრი სპეციალიზაციის მიხედვით, რათა იგი ფლობდეს და იგებდეს იმ საკითხებს, რომლებიც წარმოდგენილი იქნება განსახილველად არბიტრაჟის პროცესზე.²

2.3. ნეიტრალური მხარე მედ-არბის პროცესში

ნეიტრალური მხარე, რომელიც მედ-არბის მედიაციის ფაზაში იქცევა როგორც მედიატორი, მისი თანხმობისას და მხარეთა შეთანხმების შემთხვევაში, უფლებამოსილია, შეასრულოს არბიტრის მოვალეობა საარბიტრაჟო განხილვის დროს. მიუხედავად ამისა, ერთი და იმავე ადამიანის მოქმედება მედიატორისა და არბიტრის სახით, თუ მხარეები ვერ მიაღწევენ შეთანხმებას მედიაციის პროცესის საშუალებით, არ არის რეკომენდებული. აღნიშნულის დასაბუთებლად არსებობს ორი ძირითადი მიზეზი: პირველი, მხარემ, შესაძლებელია, მედიატორს კონფიდენციალური ან მაპრივილეგირებული ინფორმაცია მედიაციის ფაზაში არ გაამხილოს. მედიატორი ვალდებულია არ გაუმჟღავნოს ამგვარი ინფორმაცია სხვა მხარეს იმ პირის ნებართვის გარეშე, რომელმაც ასეთი ინფორმაცია გამოაშკარავა. მედიატორმა არბიტრაჟის ფაზაში კეთილსინდისიერად უნდა იმოქმედოს. ის შეიძლება ფლობდეს ისეთ ინფორმაციას, რაც მეორე მხარეს არ მისცემს შესაძლებლობას, რომ ახსნა-განმარტება წარადგინოს ან მოწინააღმდეგე მოიგერიოს. თუ არბიტრზე ასეთი ინფორმაციის ფლობა ზეგავლენას მოახდენს თავისი გადაწყვეტილების დასაბუთებისას, ის დაარღვევს სამართლის პრინციპებს.

მეორე, შესაძლებელია მხარე მედიაციის პროცესისას იყოს ნაკლებად გახსნილი მედიატორთან, როცა მედიატორი იკისრებს არბიტრად მოქმედების ვალდებულებას არბიტრაჟის ფაზაში. ამან შესაძლებელია ძირი გამოუთხაროს მედ-არბის მედიაციის პროცესს.³

ზოგადად, მედ-არბისას მედიატორად მედიაციის პროცესისთვის და არბიტრად საარბიტრაჟო პროცესისთვის უნდა დაინიშნოს სხვადასხვა პირი. გამონაკლისი დასაშვებია, თუ მედიატორი დაასაბუთებს (გამამართლებელი საფუძველი), რომ რაიმე კონფიდენციალურ ან მაპრივილეგირებულ ინფორმაციას, რომელსაც ერთ-ერთი მხარე გაამჟღავნებს მასთან და რომელიც არ არის გაზიარებული მეორე მხარესთან, არ ექნება არანაირი გავლენა მის გადაწყვეტილებაზე არბიტრად ყოფნისას.

დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ზოგიერთი წესი და პროცედურა ნებას რთავს მხარეებს შეთანხმდნენ, რომ მედიატორი იყოს არბიტრი იმ შემთხვევაშიც, თუ მხარეებს მანამდე არჩეული ჰყავდათ სხვა არბიტრად. ხშირად, მხარეები თავს არ იკავებენ, არბიტრად იგივე პირი დანიშნონ, მიუხედავად იმისა, რომ ის მათ ინფორმაციას ფლობს, რადგან მიიჩნევენ, რომ მედიატორს შეუძლია იყოს მიუკერძოებელი და სამართლიანი არბიტრი. მხარეებზე, ხშირად, ზეგავლენას ახდენს მედიატორის ნეიტრალობა, შეფასების უნარი და პროფესიონალიზმი. იმავე პირის და-

² Mediation-Arbitration, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATION-ARBITRATION.htm>>.

³ What is Med-Arb?, <<http://www.mediation.com.sg/index.php?option=comcontent&view=article&id=50&Itemid=22>>.

ნიშნა არბიტრად მხარეებს შესაძლებლობას ანიჭებს დაზოგონ დრო და ძალისხმევა, განსაკუთრებით მაშინ, როცა ვინცო საკითხთა წრე არის გადასაჭრელი. თუ მხარეები გადანყვეტენ, რომ დანიშნონ მედიატორი არბიტრად, მოდავეებს დასჭირდებათ, რომ აღასრულონ და ხელი მოაწერონ მედიატორის მედ-არბის შეთანხმებას. ეს ზრდის იმის საფრთხეს, რომ მედიატორი მედიაციის პროცესის განმავლობაში, სხვა საკითხებთან ერთად, შეიძლება კონფიდენციალურ, პირად ან მაპრივილეგირებელ ინფორმაციას დაეუფლოს. აღნიშნული ინფორმაცია კი შეიძლება გამოყენებულ იქნეს არბიტრის მიერ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების მიღებისას.

თუ მხარეები მედიაციის შემდგომ საარბიტრაჟო პროცესს გააგრძელებენ და თუ მხარეებს არ ჰყავთ ადვოკატი, რეკომენდებულია, რომ თითოეულმა მხარემ ისარგებლოს ვექილის მომსახურებით. ეს აიხსნება იმით, რომ სახელმწიფოთა უმეტესობა აღიარებს მხოლოდ ისეთ საარბიტრაჟო პროცესს, რომელიც პროცესის ძირითად პროცედურებს მოიცავს: შეჯიბრებითობა, მტკიცებულებათა გამოკვლევა, ჩვენების მიცემა, საქმის მოსმენა და საბოლოო გადაწყვეტილების მიღება. უმეტეს შემთხვევებში, საბოლოო გადაწყვეტილება მიიღება 30 დღის განმავლობაში.⁴

2.4. სამართლებრივი დოკუმენტაცია

მედ-არბის პროცესის დასასრულს, მხარეები ადგენენ მედიაციის ხელშეკრულებას. აღნიშნული იმ საკითხებს ასახავს, რომლებიც გადანყდა და შეთანხმებულ იქნა მხარეების მიერ მედიაციისა და საარბიტრაჟო პროცესისას და რომლებიც არბიტრის საბოლოო გადაწყვეტილებაში აისახა.

თუ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება აღსრულებადია და თუ ერთ-ერთი მხარე არ ემორჩილება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების პირობებს, ადვოკატმა უნდა მიმართოს შესაბამისი იურისდიქციის მქონე კომპეტენტურ სასამართლოს გადაწყვეტილების აღსასრულებლად.⁴ თუ შეთანხმება არ არის მიღწეული მედიაციის პროცესში, მხარეები ხელს სავალდებულო ძალის მქონე შეთანხმებას აწერენ. ან შესაძლებელია მხარეთა თანხმობის შემთხვევაში ნეიტრალურმა პირმა, როგორც არბიტრმა, მხარეთა მიერ გაფორმებული განზრახულობათა შეთანხმება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებად აქციოს. აღნიშნული განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია საერთაშორისო კომერციული დავების გადაწყვეტისას, რომ პროცესი ოფიციალურად დაიწყოს როგორც არბიტრაჟი. წინააღმდეგ შემთხვევაში, ეს არ იქნება დავა და, შესაბამისად, ამ პროცესის შედეგად მიღებული გადაწყვეტილება არ იქნება სავალდებულოდ აღსრულებადი. თუ მედიაციის პროცესის შედეგად ყველა სადავო საკითხი არ გადაწდა, მაშინ მედიატორი ხდება არბიტრი, რომელიც წყვეტს დარჩენილ საკითხებს. გადაწყვეტილება შეიძლება იყოს სავალდებულო ან არასავალდებულო, ეს დამოკიდებულია მხარეთა მიერ გაფორმებულ შეთანხმებაზე.⁵

2.5. მედ-არბის უპირატესობები

მედიაციისა და არბიტრაჟის დაკავშირებას აქვს შემდეგი ძირითადი უპირატესობები: არბიტრისთვის ცნობილია საქმის ვითარება, მხარეები და მათი წარმომადგენლები, ამგვარად უფრო მოსახერხებელია სადავო საკითხების მოგვარება; მედ-არბის მეშვეობით შესაძლებელია ადრეული შეთანხმების მიღწევა, დაკითხვისა და სხვა მნიშვნელოვანი ლეგალური გადასახადების გარეშე. აგრეთვე, „ხელშეწყობითი“ მედიაციის მეშვეობით მხარეები უახლოვდებიან ერთმანეთს.

ნებისმიერი შეთანხმება, რომელიც მიიღწევა მედ-არბის პროცესის განმავლობაში შესაძლებელია გაფორმდეს ტრიბუნალის მიერ, როგორც საბოლოო გადაწყვეტილება, რომელიც შემდგომ ნიუ-იორკის კონვენციის შესაბამისად აღსრულებადი.

⁴ Mediation - Arbitration, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATION-ARBITRATION.htm>>.

⁵ Limbury A.L., Med-Arb: Getting the Best of Both Worlds, <<http://www.strategic-resolution.com/documents/Med-Arb%20%20getting%20the%20best%20of%20both%20worlds%202010.pdf>>.

ხელშეწყობითი მედიაცია განსაკუთრებით გამოსადეგია, როდესაც არსებობს მიმდინარე ბიზნესურთიერთობა, რომელიც მხარეებს სურთ რომ შეინარჩუნონ. მედიაციის პროცესის მეშვეობით, შესაძლებელია, გადაწყდეს თავდაპირველად განსაზღვრული საკითხები, ამასთანავე, შესაძლებელია დადებითი გამოსავლის პოვნა იმისათვის, რათა მხარეთა ურთიერთობამ პროგრესი განიცადოს.

2.6. მედ-არბის უარყოფითი მხარეები

მედიაციისა და არბიტრაჟის დაკავშირების რამდენიმე ძირითადი უარყოფითი მხარე შესაძლებელია გამოიყოს:

არსებობს იმის რისკი, რომ „ხელშეწყობითმა“ მედიაციამ არბიტრის მიუკერძოებლობაზე უარყოფითი ზეგავლენა მოახდინოს. არბიტრისთვის რთულია, არ შეაფასოს ის განცხადებები და შეთავაზებები, რომლებიც მხარეთა მიერ მედიაციის პროცესში, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანისას განხორციელდა.

ანალოგიურად, მხარე შეიძლება არ იყოს მონდომებული, რომ თავისი პოზიცია მედიატორთან ღიად დააფიქსიროს იმ შემთხვევაში, თუ იგივე პირი იქნება არბიტრი.

მნიშვნელოვანია, ამონშებს თუ არა არბიტრი (გამოსაყენებელი საარბიტრაჟო წესების ან საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის კანონმდებლობის მიხედვით) თავის უფლებამოსილებას, რომ საარბიტრაჟო პროცესისას მეორე მხარეს ის კონფიდენციალური ინფორმაცია გაუმხილოს, რომელიც მან მედიაციის პროცესის მიმდინარობისას მიიღო.

შეფასებითი მედიაციისას, რომელიც არ არის მიმართული დავის მოგვარებაზე, იმის საფრთხე იქმნება, რომ მხარეები მედიატორის იმ შეფასებებს გამოიყენებენ, რომლებიც მხარეების პოზიციების სიძლიერესა და სისუსტეებს ეხება. ეს მისცემს მათ შესაძლებლობას გაამყარონ თავიანთი არგუმენტები და მოიპოვონ უპირატესობა, რომელიც სხვა შემთხვევაში არ ექნებოდათ.

თუ მედიაცია არ იქნება მიმართული მოგვარებისკენ, შესაძლებელია, მხარემ უარყოს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება საჯარო წესრიგის საფუძველზე, გამოცხადებული წესების და უცვლელობის ან მედიაციის არასათანადო პროცესის გამო.⁶

3. არბ-მედი

3.1. არბ-მედის პროცესი

არბ-მედი არის არბიტრაჟისა და მედიაციის კომბინაცია. მხარეები არბიტრს და მედიატორს წინასწარ ირჩევენ. დიდი მოცულობის საქმეებზე, მონაწილეებმა შესაძლოა სამი წევრისგან შემდგარი არბიტრაჟი აირჩიონ.

არბ-მედის პროცესი სტანდარტული საარბიტრაჟო პროცესის მიხედვით იწყება. საარბიტრაჟო პროცესზე დაკითხვის შემდეგ, მხარეები წინასწარ არჩეულ მედიატორს ხვდებიან, რომლის ხელმძღვანელობითაც სრული მედიაციის პროცესი იმართება. აღნიშნულ ეტაპზე განიხილება იგივე საკითხები, რომლებიც განიხილეს საარბიტრაჟო პროცესზე. აღნიშნულ მედიაციაში განსხვავება ის არის, რომ მხარეები საარბიტრაჟო განხილვის დროს საქმის ფაქტობრივ გარემოებებთან დაკავშირებული საკითხების დასამტკიცებლად ძალისხმევას ზოგავენ.

მას შემდეგ, რაც მხარეები საქმის ფაქტობრივ გარემოებებს სრულყოფილად მოისმენენ, მათ ექნებათ მეტი შესაძლებლობა, რომ გამოცდილი მედიატორის დახმარებით სადავო საკითხებზე შეთანხმდნენ. თითოეულ საკითხთან დაკავშირებით მედიაციის საშუალებით მორიგების რეალური მოლოდინი უნდა არსებობდეს.

არბიტრი ყველა შეთანხმებულ საკითხთან დაკავშირებით მედიატორის მიერ წერილობით ინფორმირებული უნდა იყოს. შეთანხმება, რომელიც განსაზღვრავს, თუ როგორ უნდა გადაწყდეს დავა მედიაციის მეშვეობით, საარბიტრაჟო პროცესის ნაწილი არ არის. მედიაციის

⁶ *Smith H.*, Med-Arb – An Alternative Dispute Resolution Practice, Med-Arb, February 2012, <<http://www.herbertsmithfreehills.com/-/media/HS/T29021246%202.pdf>>.

პროცესზე გაფორმებული ხელშეკრულება არავითარ ზეგავლენას უნდა ახდენდეს არბიტრის გადაწყვეტილებაზე. მას შემდეგ, რაც მედიაციის პროცესი დასრულდება, არბიტრი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას მიიღებს, რათა გადაწყდეს ყველა ის საკითხი, რომლებიც ვერ მოგვარდა მედიაციის საშუალებით. დამკვიდრებული პრაქტიკის თანახმად, არბიტრი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას იღებს მედიაციის პროცესის დასრულების შემდგომ.

იშვიათია, როცა მედიატორი საარბიტრაჟო პროცესს ესწრება იმისათვის, რათა საქმის ვითარების შესახებ უფრო მეტად იყოს ინფორმირებული. აღნიშნული ხელსაყრელია, რადგან მედიატორი საქმის ვითარებაში უფრო მეტად იქნება გათვითცნობიერებული და მედიაციის პროცესისას უფრო მეტად კომპეტენტური იქნება.

3.2. რა შემთხვევაში გამოიყენება არბ-მედი

არბ-მედის პროცესი უფრო მეტად მაშინ გამოიყენება, როდესაც მხარეებს ან ერთ-ერთ მხარეს მესამე მხარის ნეიტრალურობის მიმართ არ აქვს რწმენა. ამგვარად, საბოლოო და სავალდებულო ძალის მქონე გადაწყვეტილებას იღებს არბიტრი. თავდაპირველად, არბიტრაჟის პროცესის დაწყებით, მხარეებს აქვთ შესაძლებლობა, იხილონ, თუ როგორ იცავს მეორე მხარე თავის პოზიციას. მხარეებს ასევე აქვთ საშუალება, დამცველთა მოსაზრებებს გაეცნონ. აგრეთვე, მიუხედავად იმისა, რომ არბიტრი ნეიტრალური და დამოუკიდებელია, მხარეთათვის შეიძლება ნათელი შეიქმნას არბიტრის პოზიცია, თუ ვის სასარგებლოდ გამოიტანს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას.

საარბიტრაჟო პროცესის დასრულების შემდგომ, ორივე მხარეს აქვთ შესაძლებლობა, კვლავ შეაფასონ თავიანთი პოზიციები და იყვნენ მეტად გახსნილი მოლაპარაკებისას. ტიპური არბ-მედი მედიაციის ფაზაში დავის მოგვარებასთან მიმართებით საკმაოდ წარმატებულია.

არბიტრს არ აქვს იმის უფლებამოსილება, რომ გადახედოს მედიაციის კონტრაქტს, რადგან ის საარბიტრაჟო პროცესის ნაწილს არ წარმოადგენს და არბიტრის გადაწყვეტილებაზე მან ზეგავლენა არ უნდა იქონიოს.⁷

4. დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის საშუალებების დაკანონება და გაზრდილი ინტერესი მედ-არბის მიმართ

დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის საშუალებების დაკანონების საკითხი ფართოდ განიხილება. არბიტრაჟისა და მედიაციის დაკანონება მამოძრავებელი ძალაა იმისა, რომ სამოქალაქო დავებში მედ-არბის მიმართ ინტერესი გაიზარდოს. არბიტრაჟი რაც უფრო მეტად ემსგავსება სასამართლო დავას, არბიტრაჟის მხარდამჭერები ცდილობენ, რომ დაწერონ არბიტრაჟის პროცესში უფრო მეტი მედიაციისთვის დამახასიათებელი არაფორმალური უპირატესობები. მსგავსად, მედიაციაც რაც უფრო მეტად ხდება ფორმალიზებული და უახლოვდება არბიტრაჟს, იგივე მომხრეები ხელს უწყობენ მედ-არბის გამოყენებას.

მედ-არბის მხარდამჭერები ასაბუთებენ, რომ არბიტრაჟის სავალდებულობა აქეზებს მედიაციის პროცესის მხარეებს, რომ მორიდდნენ მედიაციის საშუალებით. მედიაციის ერთ-ერთ უარყოფით მხარედ ითვლება ის, რომ მედიატორს არ აქვს უფლებამოსილება, მიიღოს სავალდებულოდ შესასრულებელი გადაწყვეტილება. მაგრამ განსახილველია უქმნის თუ არა აღნიშნული მედიაციას პრობლემა. გაზრდილი ინტერესი მედ-არბის მიმართ აიხსნება არბიტრაჟის კანონიერებით და მისი მსგავსებით სასამართლო დავასთან. შესაძლებელია მედიაციის აქტუალობის ორი მიზეზი გამოიყოს: არბიტრაჟის მიმართ შიში და შესაძლებლობა მედ-არბის ადვოკატებისთვის, რომ ჰიბრიდული პრობლემა გახადონ ამკარა მედიაციის ლეგალიზაციის საშუალებით და არბიტრაჟის მსგავსი შედეგით. ამგვარად, მედ-არბის საშუალებით გვარდება ისეთი პრობლემები, რომლებიც დამახასიათებელია თითოეულისთვის.

⁷ Mediation-Arbitration, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATION-ARBITRATION.htm>>.

მედ-არბის გამოყენების ერთ-ერთი მთავარი მიზეზი მედიაციისთვის დამახასიათებელი არასავალდებულოობაა. მედ-არბის მომხრეები ასაბუთებენ, რომ მხარეთა და ადვოკატთა ქცევა არის მეტად სრულყოფილი მედ-არბის დროს. ასევე, აღნიშნავენ, რომ ადვოკატთა დასწრება მოლაპარაკების პროცესს დამაპირისპირებელ ელფერს სძენს და ართულებს კონფლიქტს. მედიაციის დაკანონება ნიშნავს „ახალი არბიტრაჟის“ ჩამოყალიბებას. ამის თავიდან ასაცილებლად მედ-არბი არის საშუალება, რომლითაც შესაძლებელია მედიაციისა და არბიტრაჟის სისუსტეების დასაძლევად ბალანსის შენარჩუნება. მაგრამ საკითხი ასე მარტივად არ არის. როგორც არბიტრაჟი გახდა ფორმალიზებული და დაკანონებული, ისევე მედიაციასაც ახასიათებს აღნიშნულის ნიშნები. მედიაციის პროცესზე შეფასება სასამართლო პროცესზე საქმის განხილვას ემსგავსება. ადვოკატი მედიატორები უფრო მეტად იმისკენ მიისწრაფვიან, რომ შეფასებითი მედიაცია გამოიყენონ, მიუხედავად იმისა, რომ მოწოდებულნი უნდა იყვნენ ხელშეწყობითი მედიაციის გამოყენებისათვის.

მედიაციასა და არბიტრაჟს შორის ზღვრის ნაშლა ინვევს მედიაციის მთავარი ღირებულებების დაკარგვას, მხარეთა ჩართულობასა და იმის შესაძლებლობას, რომ მათ თავად განსაზღვრონ თავიანთი ბედი და გათავისუფლდნენ ფორმალური და მკაცრი კანონებისგან. ადვოკატები მედიაციას ასევე იმისთვის იყენებენ, რომ სირთულეების გარეშე გამოიკვლიონ ფაქტები. მედ-არბის გამოყენება კი ანაცვლებს მსგავს არახელსაყრელ მეთოდებს.⁸

5. მედ-არბის/არბ-მედის განვითარების პერსპექტივები საქართველოში

მსოფლიოს სხვა სახელმწიფოების მსგავსად, საქართველოშიც იცვლება დავის განხილვის კლიმატი. მთავარი მიზანი ის არის, რომ დავა სწრაფად და ნაკლები დანახარჯით მოგვარდეს. სასამართლოები პროცედურებს აჩქარებენ და ამარტივებენ, ამიტომ თუ არბიტრები არ მიისწრაფვიან დავის მოგვარების ხელშეწყობისაკენ, არბიტრაჟი ნაკლებად მიმზიდველი გახდება. ერთი არჩევანი არის შესაბამისი შემთხვევებისთვის ჰიბრიდული პროცესის შერჩევა.

მედ-არბს, მხოლოდ მედიაციისა და მხოლოდ არბიტრაჟისგან განსხვავებით, ის უპირატესობა აქვს, რომ მხარეებს ორი შესაძლებლობა ენიჭებათ: მათ შეუძლიათ თავად მიაღწიონ შეთანხმებას და ასეთი შეთანხმების არქონის შემთხვევაში, დავის გადაწყვეტას უზრუნველყოფს არბიტრაჟი.⁹

მედიაცია და არბიტრაჟი საქართველოში თანდათანაბით ვითარდება. საზოგადოების მიმართვიანობას დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის საშუალებებისადმი ამცირებს მათი ნაკლებ ინფორმირებულობა აღნიშნული შესაძლებლობების შესახებ.

საქართველოს რეალობიდან გამომდინარე, მედ-არბი/არბ-მედის პროცესი მოდავე მხარეთა ინტერესებს ეფექტურად მოერგება, რადგან ქართული სასამართლო პრაქტიკა ცხადყოფს, რომ მოქალაქეები წვრილმან დავებზე სასამართლოებს მიმართავენ, რაც სასამართლოს გადატვირთვასა და ზედმეტი პროცედურებისგან მხარეთა მოცდენას ინვევს.¹⁰

არსებობს ისეთი საკითხები, რომელთა მოგვარება მხოლოდ მედიაციის საშუალებით შეუძლებელია და ასევე ცალკეული საკითხების გადაწყვეტისთვის სასურველია სავალდებულო ძალის მინიჭება. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების მეშვეობით მხარეებს იმის გარანტია აქვთ, რომ სადავო საკითხები შესრულდება, რომელიც ეროვნული სასამართლო მხარის მიერ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსასრულებლად სააღსრულებო ფურცლის წარდგენის საფუძველზე აღსრულების იძულებასაც უზრუნველყოფს. ეს უკანასკნელი მედიაციას არ ახასია-

⁸ Pappas B.A., Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution Accepted for Publication, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 20, 2015.

⁹ Limbury A.L., Med-Arb: - Getting the Best of Both Worlds, <<http://www.strategic-resolution.com/documents/Med-Arb%20the%20best%20of%20both%20worlds%202010.pdf>>.

¹⁰ ცერცვაძე გ., მედიაცია, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდების სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტი, თბ., 2010, 121.

თებს, რადგან მედიაციის პროცესის შედეგად მიღწეული შეთანხმების აღსრულება საკანონმდებლო დონეზე არ წესრიგდება. მიღწეული შეთანხმების აღსრულებით მხარეები მეტად უზრუნველყოფილნი რომ იყვნენ და მხოლოდ ერთმანეთის ნდობაზე არ იყვნენ დამოკიდებულნი, ხელსაყრელი იქნებოდა, რომ ნაკლებად მნიშვნელოვანი საკითხები მედიაციის მეშვეობით გადაეწყვიტათ, ხოლო ძირითადი, სარისკო საკითხები — მედ-არბის არბიტრაჟის ფაზაში.¹¹

მედ-არბის უპირატესობა, დროისა და ეკონომიურობის გარდა, ისაა, რომ აღნიშნული პროცესის შედეგად დავა ყველა შემთხვევაში გადაწყდება. საქართველოში მოქალაქეები მედიაციის პროცესის მიმართ ნდობით განწყობილნი არ არიან, რაც მედიაციის მიმართ მათ გულგრილობას იწვევს. ორი დაპირისპირებული მხარის მხოლოდ ერთმანეთთან მოლაპარაკების გზითა და მესამე ნეიტრალური პირის ჩართულობით მორიგება წარმოუდგენლად მიაჩნიათ. ამიტომ, მედ-არბის შეთავაზება მხარეთათვის გაცილებით მეტი გარანტიის მიმცემი იქნება, რადგან ისინი დარწმუნებულნი იქნებიან, რომ მათ შორის არსებული დავა აუცილებლად გადაწყდება.

უპირველესად, საქართველოში მედ-არბის/არბ-მედის განვითარების დაწყება მხარეთა ინფორმირებულობითაა შესაძლებელი. მაგალითად, როდესაც მედიატორი/არბიტრი მედიაციის/საარბიტრაჟო პროცესს იწყებს, მან მხარეებს უნდა მოახსენოს, რომ არსებობს დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის საშუალებები, როგორცაა მედ-არბი და არბ-მედი, რომლის შესახებაც თავად მედიატორი ან არბიტრი განუმარტავს. თუ მხარეები მოინდომებენ შესაძლებელია, რომ მედიაცია არბიტრაჟში ან არბიტრაჟი მედიაციაში გადაიზარდოს.

მედ-არბი/არბ-მედის გავრცელების ხელშეწყობა ერთდროულად უნდა მოხდეს, რადგან თუ ჯერ ორიენტირებულები ვიქნებით მხოლოდ მედიაციისა და არბიტრაჟის განვითარებაზე, მაშინ აღნიშნული ინსტიტუტების გავრცელება საქართველოში შორეული პერსპექტივა იქნება. ამიტომ, უმჯობესია, მათი დანერგვა პარალელურ რეჟიმში მოხდეს, ანუ მედიაციისა და არბიტრაჟის ხელშეწყობასთან ერთად.

რაც შეეხება იმ საკითხს, რომ არბიტრი და მედიატორი მედ-არბის პროცესისას ერთი და იგივე პირი იყვნენ — თავდაპირველადვე უნდა გამოირიცხოს. საქართველოში მედიატორების დატრენინგება მათი პროფესიონალიზმის ასამაღლებლად მიმდინარეობს. იქიდან გამომდინარე, რომ საქართველოში მედიაციის ინსტიტუტი, არბიტრაჟთან შედარებით, გაცილებით ახალია, მედიატორები არბიტრის ფუნქციას ვერ შეითავსებენ. ეს, შესაბამისად, მედ-არბის/არბ-მედის ინსტიტუტის განვითარებას დააბრკოლებს, რადგან დავის განმხილველი პირები თავიანთ საქმეში არ იქნებიან პროფესიონალები.

ამას გარდა, საკანონმდებლო დონეზე უნდა დარეგულირდეს საკითხი, რომ არბიტრთა ვალდებულებას საკუთარი კომპეტენციის შემოწმება წარმოადგენდეს. იმ შემთხვევაში, როდესაც არბიტრი ერთ-ერთი მხარისათვის არახელსაყრელ გადაწყვეტილებას გამოიტანს, მან, შესაძლოა, უარყოს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება და მისი გაუქმება სასამართლოში მოითხოვოს. თუკი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება აღსრულებადი არ იქნება, მაშინ, რა თქმა უნდა, მთელი საარბიტრაჟო პროცესი აზრს დაკარგავს.¹²

საუკეთესო გამოსავალი იქნება, თუ საკანონმდებლო დონეზე მედ-არბის/არბ-მედის განხილვის საკითხები და მისი პროცედურა მონესრიგდება, რომელიც 2010 წლის კომერციული არბიტრაჟის აქტის დამატებითი 27D ნაწილს შეესაბამება, რომელიც მედ-არბთან დაკავშირებულ პროცედურებს შეეხება.¹³ ამის განხორციელების შემთხვევაში, მეტი შანსი იქნება იმისა, რომ მედ-არბი/არბ-მედი საქართველოში დაინერგოს, რადგან საკანონმდებლო მონესრიგება

¹¹ *Limbury L.A.*, Med-Arb: Getting the Best of Both Worlds, <<http://www.strategic-resolution.com/documents/Med-Arb%20%20getting%20the%20best%20of%20both%20worlds%202010.pdf>>.

¹² *Mediation-Arbitration*, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATION-ARBITRATION.htm>>.

¹³ *Angyal S.C.R.*, Med-Arb – Past, Present and Potential, 13 August 2011, <http://www.nswbar.asn.au/docs/professional/adr/documents/angyal_082011.pdf>.

მოდვე მხარეებზე გავლენას მოახდენს და ამ ინსტიტუტის ძირითადი არსი მათთვის უფრო ნათელი იქნება.

ასევე, შესაძლებელია როგორც სავალდებულო სასამართლო მედიაციის საქართველოში დანერგვა, ისე მედ-არბის მსგავსი დანაწესის სასამართლო სისტემაში შემუშავება. მთავარი განსხვავება შემდეგია: როდესაც სავალდებულო სასამართლო მედიაცია დასრულდება და მხარეები ვერ შეთანხმდებიან ყველა სადავო საკითხზე, მაშინ სასამართლო არბიტრის ფუნქციას შეითავსებს და ყველა დარჩენილ საკითხს გადაწყვეტს. რა თქმა უნდა, არბიტრაჟისათვის დამახასიათებელი ნორმები არ იმოქმედებს, მაგალითად, როგორცაა, გამოსაყენებელ მატერიალურ ან საპროცესო ნორმებზე მითითება.

6. დასკვნა

მედ-არბის პროცესის საშუალებით მხარეებს იმის გარანტია ეძლევათ, რომ პროცესის დასასრულს ყველა სადავო საკითხი გადაწყდება. თუ ყველა საკითხი მხოლოდ არბიტრაჟის მეშვეობით მოწესრიგდება, მხარეებს არ ექნებათ შესაძლებლობა, საკუთარი შეხედულებები სრულად და ღიად გამოხატონ. ეს უკანასკნელი კი გამოცდილი ნეიტრალური მესამე პირის თანდასწრებით მედიაციის პროცესის საშუალებით მიღწევადია. აღიარებულია, რომ სადავო საკითხები, რომელიც თავად მხარეთა მიერ გვარდება, მეტ კმაყოფილებას მათ ანიჭებს, რადგან მხარეები, ზოგჯერ, არბიტრის მოულოდნელ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას ისმენენ. არბიტრმა შესაძლოა, მხარეთა პოზიციებსა და მათ მიერ გამოვლენილ ემოციებს არასწორი ან სხვაგვარი ინტერპრეტაცია მისცეს. აღნიშნული ზეგავლენას მის მიერ მისაღებ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებაზე მოახდენს და მიიჩნევს, რომ მისი გადაწყვეტილება სამართლიანი და თანაზომიერია.

არბ-მედი/მედ-არბი დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ხერხების ინოვაციური კომბინაცია გახლავთ, რომელიც მხარეებს სთავაზობს, არბიტრაჟს ან სასამართლოს დავის მოსაგვარებლად არ მიმართონ. არბ-მედი/მედ-არბი დავის გადაწყვეტის ეფექტურ და სანდო მეთოდად მიიჩნევა.¹⁴

საქართველოში მედ-არბისა და არბ-მედის განვითარება რეალურია იმდენად, რამდენადაც ბოლო პერიოდის განმავლობაში დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის სფეროში მნიშვნელოვანი საკანონმდებლო ცვლილებები და ინიციატივები განხორციელდა. შესაბამისად, აღნიშნული ინსტიტუტებიც ინტერესის სფეროს უნდა წამოადგენდეს, რადგან მედიაციისა და არბიტრაჟის კომბინაცია დავის ალტერნატიულ გადაწყვეტის საშუალებებს კიდევ უფრო ეფექტურს გახდის.

¹⁴ Mediation-Arbitration, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATION-ARBITRATION.htm>>.

Med-Arb/Arb – Med and the Prospects of its Development in Georgia

1. Introduction

Combination of mediation and arbitration processes is one of the innovative forms for the alternative dispute resolution, which is known as Med-Arb and Arb-Med. The title is determined depending on which process is implemented at first. During the recent period arbitration has been considered as a court process, therefore the parties are provided with more opportunities and choices in case of resolution of the dispute using the above mentioned approach. Med-Arb and Arb-Med are especially favourable for the parties, who are trying to avoid mandatory court procedures.¹

2. Med-Arb

2.1. Med-Arb process

Med-Arb as one of the forms for the dispute resolution is the combination of mediation and arbitration. The Med-Arb process starts with the standard rules of mediation, without competitiveness, intermediation, court notifications and other formalities – which is similar to the arbitrage process. A mediator can talk with the parties to mediation together or separately, if the mediator deems the latter more appropriate for the effective management of the process. In the process of mediation, the parties to the process present the contents of the dispute with the hope to achieve agreement. With the assistance of a mediator the disputing parties are driven with the desire to understand the position and attitude of the other party towards the final resolution of a dispute, which must be fair and proportionate for both parties. When the mediator and the parties are of the view that the agreement was achieved on the issue which could be resolved via mediation, then the mediator will assist the parties in the execution and signing of agreement, in order to finalise the issues upon which the agreement was reached. The Med – Arb process will be closed if all issues to be agreed are successfully resolved. In the event of the remaining unsolved issues, following the completion of the mediation process, the parties will move to the arbitration process in accordance with the Med-Arb agreement. The issues not resolved at the mediation stage will be solved via the arbitrage.

2.2. Forms of med-arb

There are two forms of Med-Arb. The first form is used by a mediator as well as by an arbiter, and the mediator is allowed to postpone the mediation process and process the case via the arbitration process. The above form is used for the investigation of any additional events, which were not presented during the mediation process or for the presentation of any other information by the parties to each other with the objective to achieve the agreement of parties regarding the remaining unresolved issues.

In case of using this form of Med-Arb, the main idea is that a mediation contract is concluded on the agreed issues, and it does not indicate the position of a mediator/arbiter regarding the unresolved issues. Drafting the mediation contract precedes the arbitration process, as there always is a possibility that one of the parties is not happy with the decision of the arbiter or with the arbitration process itself. They may leave the mediation/arbitration process without signing the mediation agreement, having a negative impact over

* Master Student, TSU Faculty of Law.

¹ Med-Arb, <<http://www.mediation-1st.co.uk/?p=medarb>>.

the already agreed issues. A mediation contract is a legal agreement, which must be signed by both parties and such an agreement is executable under the court with relevant competences. The second and more accepted form of Med-Arb is a full mediation process, which is followed by the arbitration process, if the mediation is not successful for all disputable issues. The mediator and the Arbiter are preliminarily selected by the parties or the parties would prefer to select the arbiter with the relevant specialisation, in order to use the arbiter fully aware of the issues to be presented at the arbitration process for the discussion.²

2.3. The neutral party of the med-arb process

The neutral party, who at the mediation phase of Med-Arb process acts as a mediator, in the event of his/her consent and agreement of the parties, is authorised to fulfil the duties of arbiter during the arbitration review process. Despite the above mentioned, it is not recommended to have one person in the role of both mediator and arbiter if the parties can't achieve agreement via the mediation process. To justify the above there are two main reasons: first – the party may disclose the confidential information or information giving privilege to the mediator during the mediation process. The mediator is liable to keep such information undisclosed for the other party without a prior consent from the party providing such information. A mediator shall act consciously during the arbitration phase. He/she might possess the information which will not allow the other party to present the explanation or defence against the rival. If possessing such information influences the justification of the decision made by the arbiter, then the arbiter violates the principle of fairness.

Second – the party may be less open to the mediator during the mediation process, if the mediator undertakes the liability to act as an arbiter during the arbitration phase. The above may ruin the mediation process under the Med-Arb approach.³⁴

Generally, different persons shall be appointed as mediators for the mediation process and as arbiters for the arbitration process. Exceptions are acceptable, if the mediator justifies (justifying basis) that any confidential or privileging information disclosed by one of the parties and not shared with the other party, will not influence his/her decisions in the process of fulfilling the duties of the arbiter.

In the process of alternative resolution of a dispute some rules and procedures allow the parties to agree to have the mediator fulfilling the duties of an arbiter even if the other arbiter has been selected by the parties before. Often the parties abstain from appointing the same person as an arbiter despite the fact that he/she possesses their information, as are of the view that mediator can be an unbiased and fair arbiter. The neutrality, capability to evaluate and professionalism of the mediator often influence the parties. Appointing the same person as an arbiter allows the parties to save the time and efforts involved. This is especially true when the issues to be resolved are of quite a limited nature. If the parties make a decision to appoint the mediator as an arbiter, then the disputing parties have to sign and execute the Med-Arb agreement drafted by the mediator. The above increases the danger that the mediator during the mediation process may become aware of personal, confidential or privileging information along with other issues. The above information can be then used by the arbiter in the process of making the arbitration decision.

If the parties following the mediation process continue with the arbitration process and if the parties do not have lawyers, it is recommended for both parties to use a solicitor. The above can be explained by the fact that most of the states only acknowledge the arbitration processes which cover the main procedures of the process: competitiveness, investigation of evidences, testimony evidence, case hearing and making the final decision. For most cases, the final decisions are made during the 30 days' period.⁴

² Mediation - Arbitration, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATION-ARBITRATION.htm>>.

³ What is Med-Arb?, <<http://www.mediation.com.sg/index.php?option=comcontent&view=article&id=50&Itemid=22>>.

2.4. Legal documents

At the end of the Med-Arb process, parties draft a mediation agreement. The agreement covers the issues which were resolved and agreed by the parties during the mediation and arbitration processes and were reflected in the final decision made by the arbiter.

If the arbitration decision is executable and if one of the parties does not obey the conditions of the arbitration decision, the lawyer shall apply to the competent court under the relevant jurisdiction for the execution of the decision.⁵

If an agreement is not reached during the mediation process, the parties sign the agreement which has a mandatory power. There is also a possibility that in the event of consent from the parties the neutral person as an arbiter transforms the agreement of the parties on their intentions into the arbitration decision. The above is particularly important for the resolution of international commercial disputes in order to start the process officially at the arbitrage. Otherwise, this is not considered as a dispute and, accordingly, the decision made as a result of such process will not be mandatory for execution. If not all the issues are resolved during the mediation process, then the mediator becomes the arbiter and solves the remaining issues. The decisions may be mandatory or non-mandatory, the above depends on the agreement concluded between the parties.⁶

2.5. Advantages of med-arb

The connection of mediation and arbitration has the following main advantages: an arbiter has knowledge about the case details, parties and their representatives, and therefore it is more convenient for the resolution of issues under dispute; it is possible to achieve the early agreement without interrogation and avoiding other significant legal fees via the Med-Arb. Moreover, via the “supportive” mediation the parties get closer to each other.

Any agreement reached during the Med-Arb process can be concluded by the tribunal as the final decision, which will be later executed in accordance with the New-York convention.

Supportive mediation is especially useful if there is a current business relationship and the parties would like to retain such relationships. Using the mediation process, the initially determined issues may be resolved; moreover, it is possible to find a positive solution in order to ensure the progress in the relationship between the parties.

2.6. Disadvantages of med-arb

We can distinguish the following main disadvantages related to mediation and arbitration:

There is a risk that “supportive” mediation has a negative impact over the unbiased approach of the arbiter. It is difficult for the arbiter to evaluate the statements and offers provided by the parties during the mediation process and in the process of making the arbitration decision.

Similarly, a party may not be willing to openly state his/her position in front of the mediator if the same person is appointed as an arbiter.

It is important that the arbiter checks (in accordance with the arbitration rules to be applied or legislation valid for the location where the arbitration process takes place) his/her authority to disclose the confidential information obtained during the mediation process to the other party.

In case of evaluation type mediation, which is not directed towards the dispute resolution, there is a risk that the parties use the assessment of the mediator which concerns the strengths and weaknesses of the

⁵ Mediation - Arbitration, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATION-ARBITRATION.htm>>.

⁶ *Limbury A. L.*, Med-Arb: Getting the Best of Both Worlds, <<http://www.strategic-resolution.com/documents/Med-Arb%20%20getting%20the%20best%20of%20both%20worlds%202010.pdf>>.

position of the parties. The above will enable them to reinforce their arguments and get the advantage which would not be achievable in other cases.

If the mediation is not directed towards dispute resolution, it is possible that the party declines the decision made by the arbiter based on the public ruling, due to the non-adherence to the announced rules or inappropriate mediation process.⁷

3. Arb-Med

3.1. Arb-med process

Arb-Med is the combination of arbitration and mediation. The parties select an arbiter and a mediator prior to the process. For the high volume cases, the parties may select the arbitrage consisting of three members.

The Arb-Med process starts in accordance with the standard arbitrage process. Following the interrogation in the arbitration phase, the parties meet the preliminarily selected mediator, under the guidance of whom the whole mediation process is implemented. At the mentioned stage, the same issues are discussed as have already been discussed in the arbitration phase. The difference of the mentioned mediation process is that parties save the efforts required for proving the issues related to the factual circumstances.

After the parties listen to the factual circumstances of the case in full, they have more opportunities to achieve the agreement over the dispute issues with the assistance provided by the experienced mediator. There must be an expectation for the real resolution of disputes related to each issue.

The mediator shall provide information in the written form about all the agreed issues to the arbiter. The agreement which determines the ways for the resolution of the dispute via mediation is not part of the arbitration process. The agreement concluded for the mediation process does no influence the decision made by the arbiter. Following the completion of the mediation process, the arbiter makes the arbitration decision in order to resolve all the issues which were not resolved via mediation. According to the general practice, the arbiter makes the arbitration decision following the completion of the mediation process.

It is not common to have the mediator attending the arbitration process with the aim to get more information on the details related to the case. The above mentioned is convenient, as the mediator becomes more aware of the case details and therefore is more competent during the mediation process.

3.2. When is arb-med used?

The Arb-Med process is mostly used in cases when the parties or one of the parties doubt the neutrality of the third party. Hence, the arbiter makes a final decision having the mandatory power. Starting with the arbitration process, the parties have an opportunity to see how the other party defends his/her position. The parties are also able to get familiar with the position of defenders. Moreover, despite the fact that the arbiter is neutral and independent, the parties may understand the position of the arbiter – in favour of which party will the arbitration decision be made.

Following the completion of the arbitration process, both parties have an opportunity to once more evaluate their positions and be more open for negotiations. Typical Arb-Med in the mediation phase is quite successful in terms of dispute resolution.

The arbiter does not have the authority to review the mediation contract, as it is not part of the arbitration process and it should not influence the decision made by the arbiter.⁸

⁷ *Smith H.*, Med-Arb – An Alternative Dispute Resolution Practice, Med-Arb, February 2012, <<http://www.herbertsmithfreehills.com/-/media/HS/T29021246%202.pdf>>.

⁸ Mediation-Arbitration, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATION-ARBITRATION.htm>>.

4. Legalisation of the Alternative Forms of Dispute Resolution and Increased Interest towards Med-Arb

The issue of legalisation of the Alternative Forms of dispute resolution is widely discussed. The legalisation of arbitration and mediation drives the increased interest towards Med-Arb for civil disputes. The more the arbitration is similar to the court dispute the more the supporters of arbitration try to establish informal advantages characteristic to the mediation in the arbitration process. Similarly, the more formalised and close is mediation to the arbitration, the more is support provided to Med-Arb utilisation by the same supporters.

Supporters of Med-Arb argue that the mandatory nature of arbitration encourages the parties to the mediation process to reach an agreement via mediation. One of the disadvantages of mediation – the mediator does not have the authority to make a decision with the mandatory execution power. However, we have to discuss whether the above mentioned creates problems for mediation. The increased interest towards Med-Arb can be explained by the legality of arbitration and its similarity to the court dispute. One can distinguish two reasons for the popularity of mediation: fear towards the arbitration and a possibility for the Med-Arb lawyers to make evident the hybrid problem via the legalisation of mediation and similar to arbitration results. In order to avoid the above problem, the Med-Arb is means by which it is possible to maintain balance for the overcoming of weaknesses of mediation and arbitration. However the problem is not that simple. As arbitration has become formalised and legalised, the mediation is also characterised with some features of the above. Assessment during the mediation process is becoming similar to the case hearing at the court. The mediation lawyers are striving to use assessment type mediation despite the fact that they should be striving to use the supportive mediation.

Erasing the boundaries between the mediation and arbitration causes the loss of main value of mediation, which is involvement of parties and possibility for them to themselves determine their fate and liberate from formal and strict laws. The lawyers also use mediation to investigate the facts without difficulties. Application of Med-Arb replaces such unfavourable methods.⁹

5. Prospects for the Development of Med-Arb / Arb-Med in Georgia

Similar to other countries, the climate for dispute review in Georgia is also changing. The main objective is to resolve the disputes promptly and with lower costs. Courts accelerate and simplify the procedures; therefore, if arbiters do not strive towards supporting dispute resolution, arbitrages become less attractive. One option is to select hybrid processes for similar cases.

Med-Arb, unlike mediation on its own and arbitration on its own - has the advantage of parties having two options: they can reach an agreement themselves and in case of the absence of such agreement dispute resolution can be ensured by arbitration.¹⁰

Mediation and arbitration are gradually developing in Georgia. The number of applications for alternative dispute resolution forms is low due to the lack of awareness about such possibilities.

In the Georgian reality, Med-Arb/ Arb-Med processes will effectively fit the interests of disputing parties, as Georgian court practice shows that citizens approach the courts for trivial disputes, causing the overloading of courts and wasting of time of parties on the excessive procedures.¹¹

⁹ *Pappas B.A.*, Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution Accepted for publication, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 20, Spring 2015, <file:///C:/Users/user/Downloads/SSRN-id2332726%20.pdf>.

¹⁰ *Limbury A.L.*, Med-Arb: Getting the Best of Both Worlds, <<http://www.strategic-resolution.com/documents/Med-Arb%20%20getting%20the%20best%20of%20both%20worlds%202010.pdf>>.

¹¹ *Tsertsvadze G.*, Mediation, Tb., 2010, 121.

There are issues which cannot be resolved solely via mediation and for specific issues it is desirable to assign the mandatory power. The arbitration decision provides the parties with the guarantee that the disputable issues will be resolved; the above also ensures the forcing of execution via the application of execution paper by the national court party. The latter is not characteristic to mediation, as the execution of the agreement reached via the mediation process is not regulated at the legislative level. In order to achieve ensuring the execution of the reached agreement for the parties and not to be dependent on each-other's trust, it would be beneficial to resolve less important issues via mediation, as for the basic, risk related issues – to resolve them in the Med-Arb phase.¹²

In addition to the time and cost saving, the advantage of Med-Arb is that as the result of the above mentioned process the dispute will be resolved by all means. In Georgia citizens do not trust the mediation process, causing their indifference towards mediation. Citizens deem it impossible to reach an agreement only via negotiations between the opposing parties and involvement of a third neutral party. Therefore, offering Med-Arb to the parties would contain more guarantees, as they will be sure that the dispute between them will be by all means resolved.

First of all, starting the development of Med-Arb / Arb-Med in Georgia is possible via the increased awareness of parties. For example, when the mediator/ arbiter starts the mediation / arbitration process he/she shall inform the parties that there are alternative ways for dispute resolution, such as Med-Arb and Arb-Med, and the mediator or arbiter shall give the relevant clarifications of the processes. If the parties express their will, it is possible to transfer mediation to arbitration or arbitration to mediation.

Support to Med-Arb / Arb-Med expansion shall be made simultaneously, as if we are first focused on the development of mediation and arbitration alone, then the spreading of the above institutes in Georgia will be a long-term perspective. Therefore, it is more expedient to introduce them in parallel, in other words, in parallel with the support to mediation and arbitration.

As for the issue related to the appointment of the same person as an arbiter and mediator of the Med-Arb process – this shall be excluded from the beginning. Trainings of mediators for the improvement of their qualification are being implemented in Georgia. Based on the fact that the mediation institute is quite new compared with the arbitration institute, mediators will not be able to perform the functions of an arbiter. This would hinder the development of Med-Arb / Arb-Med processes, as the persons reviewing the disputes will not be professionals of the area.

Moreover, the obligation of arbiters to check their competence shall be regulated at the legislative level. In the event when the arbiter makes a decision not favourable for one of the parties, he/she may reject the arbitration decision and request its annulment at the court. If the arbitration decision is not executable, then the whole arbitration process loses its meaning.¹³

The best way out would be to regulate the issues discussed at Med-Arb / Arb-Med and their procedures at the legislative level; the above is in accordance with the additional 27D section of the commercial arbitration act of 2010, which covers the procedures related to Med-Arb.¹⁴ In the event of implementation, there will be higher chances to introduce Med-Arb / Arb-Med in Georgia as the legislative regulation will influence the disputing parties and the main essence of this institute will become more clear for citizens.

It is also possible to introduce the mandatory court mediation in Georgia as well as to develop provisions similar to Med-Arb in the Georgian court system. The main difference is as follows: when the mandatory court mediation is completed and the parties cannot reach an agreement on all the issues under dispute, then the court will take the function of an arbiter and make a decision on all the remaining issues.

¹² *Limbury A.L.*, Med-Arb: Getting the Best of Both Worlds, <<http://www.strategic-resolution.com/documents/Med-Arb%20getting%20the%20best%20of%20both%20worlds%202010.pdf>>.

¹³ Mediation-Arbitration, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATION-ARBITRATION.htm>>.

¹⁴ *Angyal S.C.R.*, Med-arb – Past, Present and Potential, 13 August 2011, <http://www.nswbar.asn.au/docs/professional/adr/documents/angyal_082011.pdf>.

By all means, the norms characteristic to arbitration, such as reference to the material or processual norms, will not be valid.

6. Conclusion

Via the Med-Arb process the parties are provided with the guarantee that at the end of the process all the issues under dispute will be resolved. If all the issues are resolved via arbitration, the parties will not have a possibility to express their positions fully and openly. The latter is achievable in presence of a third neutral person via the mediation process. It is acknowledged that disputable issues which are resolved by the parties themselves cause more satisfaction to the parties, as the parties sometimes have to listen to the unexpected arbitration decision of the arbiter. The arbiter may interpret the positions of the parties and demonstrate emotions incorrectly or differently. The above will influence the decision to be made by the arbiter; and the arbiter will be of the view that his/her decision is fair and proportionate.

Arb-Med / Med-Arb are the innovative combinations of means for the alternative resolution of disputes, which offer to the parties not to approach the arbitrage or court for dispute resolution. Arb-Med / Med-Arb are considered as effective and reliable methods for dispute resolution.¹⁵

It is realistic to develop Med-Arb and Arb-Med in Georgia, as during the recent period significant legislative changes and initiatives have been implemented in the area of alternative dispute resolution. Accordingly, the above mentioned institutes shall be in the area of interest, as the combination of mediation and arbitration makes the alternative dispute resolution methods even more effective.

¹⁵ Mediation-Arbitration, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATION-ARBITRATION.htm>>.

ბოლიში და პატიება მედიაციის პროცესში

1. კონფლიქტი

დავა/კონფლიქტი მხარეებს შორის წარმოიშვება ყოველდღიურად, ეს შეიძლება გამოწვეული იქნეს ისეთი ფაქტორებით, როგორებიცაა: ინტერესთა კონფლიქტი, ილუზია იმის შესახებ, რომ არსებობს კონფლიქტი ან იყოს უბრალოდ ახირება. შეიძლება ითქვას, რომ როდესაც ადამიანები განსხვავებულად აღიქვამენ ერთსა და იმავე საგნებს ან მოვლენებს, ან სხვადასხვანაირად გადმოსცემენ ერთსა და იმავე ფაქტს – ეს შეიძლება გახდეს ძირითადი ფაქტორი იმისა, რომ მხარეებს შორის წარმოიშვას კონფლიქტი. თუ საქმე გვაქვს არა ახირებასთან, არამედ რეალურ ინტერესთა შეუთავსებლობასა ან განსხვავებულ აზრთან, ან ილუზიასთან იმის შესახებ, რომ არსებობს კონფლიქტი, მაშინ მხარეებს შორის დიდ როლს თამაშობს ემოციური მუხტი. ემოციური მუხტი დამოკიდებულია აზრისა და ემოციის ჯამზე. რამდენადაც დიდია ემოცია მით მეტი შანსია კონფლიქტის მხარეებმა სასწრაფოდ დაწვან დამაკავშირებელი ხიდები და ამ დროს საღად განსჯის უნარი იმის შესახებ, თუ რამდენად იქნება შესაძლებელი გაფუჭებული ურთიერთობის აღდგენა, დაქვეითებულია. კონფლიქტის გამომწვევი მიზეზი ყოველთვის არაა რეალური, თუმცა ყველა შემთხვევაში ადამიანთა ქცევა იდენტურია – ისინი ცდილობენ ერთმანეთი დაარწმუნონ საკუთარი შეხედულებების სისწორეში, შემდეგ იღებენ ირაციონალურ გადაწყვეტილებებს ან უბრალოდ ღიზიანდებიან, ამის შემდეგ იწყება კონფლიქტის ყველაზე აქტიური, თუმცა ფატალური ეტაპი, ეს არის მხარეებს შორის დამაკავშირებელი ყველა რგოლის წყვეტა.

კონფლიქტის ყველაზე ცხელი და ემოციური ეტაპის გასვლის შემდეგ მხარეები ფიქრობენ თუ როგორ დაამთავრონ ან/და მოაგვარონ კონფლიქტი. დავა ყოველთვის ასოცირდება არასასიამოვნო შეგრძნებებთან, დისკომფორტთან, შესაბამისად, მისი მოგვარება მოდავე მხარეების ინტერესებში შედის. დავა/კონფლიქტი შეიძლება წამოიშვას როგორც ინდივიდებს, ასევე სოციალურ ჯგუფებს შორის, შესაძლებელია მხარეებად გამოვიდნენ ინდივიდი და სოციალური ჯგუფიც. კონფლიქტი ყოველდღიურია და ადამიანები მას თავად ქმნიან. კონფლიქტს არ ქმნის რელიგია ან რასა, სოციალური მდგომარეობა ან პოლიტიკური შეხედულებები, ეთნიკური წარმომავლობა ან სექსუალური ორიენტაცია. არცერთი რელიგია, რასა, ეთნოსი არ ქადაგებს კონფლიქტს, ადამიანების ინტერპრეტირება ამა თუ იმ საკითხისა წარმოშობს კონფლიქტს, ამას ემატება ადამიანთა განცდა იმისა, რომ თითოეულის აზრი ჭეშმარიტებაა. ეს განცდა გაცილებით ძლიერია კონფლიქტის არსებობისას.

როდესაც მოდავე მხარეები გამოდიან ან არ გამოდიან ემოციური ფონიდან ყველა შემთხვევაში იწყება დავის მოგვარების გზების ძიება და ყველაზე ხშირად მიმართავენ მოლაპარაკებას. მოლაპარაკების გზა არის ჯერჯერობით ყველაზე ცივილური მონაპოვარი კაცობრიობისა, გადაიჭრას კონფლიქტი. ფსიქოლოგიის მიხედვით ყველა კონფლიქტს აქვს გადაკვეთის წერტილები, სწორედ ეს ეხმარება მხარეებს უბრალოდ დაიწყონ დიალოგი და თუ მხარე ნათლად ხედავს გადაკვეთის წერტილებს იგი მიყვება მას და ცდილობს სწორად აღიქვას რა უნდა მეორე მხარეს. მოლაპარაკებისას ყველაზე მნიშვნელოვანი არის სწორედ ეს – გაიგო რა უნდა მოწინააღმდეგეს. ამის შემდეგ წინა პლანზე გადმოდის ემპათია¹. თანაგრძნობის უნარი ყველა ადამიანშია, ამ დროს მოდავე მხარე ცდილობს ჩადგეს მეორე მხარის პოზიციაში, გქონ-

* თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის მაგისტრანტი.

¹ ადამიანის უნარი თანაუგრძნოს სხვებს და გაიგოს მათი ფსიქოლოგიური მდგომარეობა. სოციალურ და პოლიტიკურ ტერმინთა ლექსიკონი-ცნობარი, (რედ. მ. ჩიტაშვილი), თბ., 2004, 351.

დეს ემპათია კონფლიქტის მხარის მიმართ გმირობადაც კი აღიქმება ხოლმე. ზემოთ აღნიშნული გზა არის იდეალურად დახატული, მაგრამ უნდა აღიაროთ, რომ ემპათიას ვერ მოთხოვთ ადამიანს იმპერატიულად და ვერც კონფლიქტების გადაკვეთის ნერტილების მონახვას ვერ დაავალებთ მას. მეტიც, უფრო ხშირად მხარეები იყენებენ ფასეულობათა სისტემას, რომელიც ყველაზე ცუდი ალტერნატივაა კონფლიქტის მოგვარებისთვის. რაციონალიზაცია გადანყვეტილების მიღების შედეგად მისი ლოგიკური დასაბუთების კონსტრუირების პროცესია. ეს არის დაცვითი მექანიზმი და ხასიათდება საკუთარი პოზიციის გამართლებით. ვერც რაციონალიზაცია მიიყვანს მხარეებს კონფლიქტის მოგვარებისკენ. შეფასებითი კატეგორიები საფრთხეს უქმნის დიალოგს (განსჯა იმისა ვინაა მტყუანი ან მართალი). დიალოგის დროს მთავარია სურვილი იმისა, რომ რეალურად შედგეს მოლაპარაკება, და ამისთვის საჭირო განწყობა. განწყობა არის ქცევისადმი როგორც ფსიქიკური, ისე ფიზიკური მზაობა. დამატებით, მხარეებს ესაჭიროებათ გარემო, ინსტრუმენტი იმისთვის, რომ შედგეს დიალოგი. დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ დიალოგის საწარმოებლად უმნიშვნელოვანესია განწყობა, განწყობის შემადგენელი ყველა ელემენტი: გარემო და შესაფერისი სიტუაცია. ყოველივე ზემოთ ჩამოთვლილი ფსიქიკური თუ ფიზიკური ფაქტორის შექმნა რთული და შეუძლებელიც კია კონფლიქტის მხარის მიერ, შესაბამისად, რაციონალური გამოსავალია დაინყო მოლაპარაკება და რეალურად მოაგვარო კონფლიქტი, მიმართო პროფესიონალ შუამავალს, მომლაპარაკებელს, მედიატორს, რომელიც დაეხმარება მხარეებს განახორციელონ სწორი კომუნიკაცია და გადაჭრან კონფლიქტი, აღადგინონ ადამიანური ურთიერთობა, რომელიც ყველაზე რელევანტური და სენსიტიური ფაქტორია.

2. მედიაცია

კონფლიქტის/დავის მოგვარების რამდენიმე გზა არსებობს. ეს შეიძლება დაიყოს ფორმალურ და არაფორმალურ გზებად. ფორმალური გზაა სასამართლო, რომლის მიმართვის შემდეგ პროცესი ხდება არაკონტროლირებადი, ჩნდება ზედმეტი ხარჯები, მხარემ სულ მცირე წელიწადნახევარი შეიძლება იაროს სასამართლოში, დახარჯოს ენერჯია და დრო. სასამართლო პროცესით არ გვარდება ადამიანური ურთიერთობის საკითხები. სტატისტიკურად, მხარეები სასამართლოში ან საარბიტრაჟო განხილვის დროს, ხშირ შემთხვევაში, ვერ იღებენ იმას რისი მოთხოვნაც ჰქონდათ თავდაპირველად.

ბიზნესმენისთვის ისევე, როგორც ყველა რაციონალური ადამიანისთვის კონფლიქტის მოგვარება კომფორტულია სწრაფად, ნაკლები დანახარჯებით. არაფორმალური გზებია: მედიაცია, მოლაპარაკება, თვითდახმარება, თავის არიდება. მედიაცია არის მოლაპარაკების ერთ-ერთი სახე და მის გარეშე მედიაციის პროცესი წარმოუდგენელია. თვითდახმარების დროს მხარე ცდილობს დავა მოაგვაროს სხვა მესამე პირთა ჩარევის გარეშე, ხოლო თავის არიდებისას მხარე გაურბის კონფლიქტის მოგვარების ნებისმიერი გზას და ცდილობს დაივიწყოს კონფლიქტის ფაქტი, რაც შეიძლება შევადაროთ ნელი მოქმედების ბომბს და ამაზე დეტალურად ბოდიშისა და პატიების განხილვისას იქნება საუბარი. მედიაცია ეს არის არაფორმალური, მხარისგან სრულად კონტროლირებადი, იაფი და სწრაფი პროცესი, რომლის წარუმატებლობის შემთხვევაში მხარეებს ნებისმიერ დროს შეუძლიათ მიმართონ სასამართლოს ან არბიტრაჟს. მედიაციის უამრავი განმარტება არსებობს და, მისი არაფორმალურობიდან გამომდინარე, არცაა გასაკვირი, რომ სხვადასხვა ქვეყანაში მას სხვადასხვანაირად განმარტავენ. ამის საილუსტრაციოდ შეიძლება ითქვას, რომ მედიაცია ეს არის ერთი-ერთი სახე მოლაპარაკებისა, რომელსაც მხარეები მიმართავენ თუ არ სურთ ურთიერთობის განწყვეტა, რადგან მათთვის ეს მნიშვნელოვანია და მათ ესმით, რომ დავა შეიძლება მოლაპარაკებით დამთავრდეს. მხარეები თავად წყვეტენ თუ როგორ დასრულდება დავა, რა შედეგი ექნება მოლაპარაკებას. კომუნიკაციას კი უზრუნველყოფს პროფესიონალი მედიატორი, რომელიც ეცდება მოდავეებს დაანახოს არსებული სიტუაცია, მათი რეალური მდგომარეობა და მხარეთა ინტერეს-

თა გათვალისწინებით მიაღწიონ შეთანხმებას, რომელიც არა თუ მოაგვარებს დავას არამედ გადაჭრის ადამიანური ურთიერთობის პრობლემასაც.

საგულისხმოა, რომ მედიაციის პროცესში მხარეს ნებისმიერ დროს შეუძლია დატოვოს პროცესი და უარი თქვას მოლაპარაკებაზე, მედიაციის ეს თვისება შეიცავს როგორც დადებით, ისე უარყოფით მხარეებს. მხარეები თავისუფალნი არიან პროცესის დროს, რაც შეიძლება გახდეს მოლაპარაკების კრახით დასრულების მიზეზი, თუმცა მოლაპარაკება თავისუფლების გარეშე კარგავს თავის რეალურ არსს.

3. ბოდიში და პატიება

„ერთ-ერთი ყველაზე ბრძნული, ღრმა ადამიანური ურთიერთქმედება არის შესთავაზო და მიიღო ბოდიში“² ასე იწყებს *აარონ ლაზარი*, ფსიქიატრიის პროფესორი და მასაჩუსეტის უნივერსიტეტის სამედიცინო სკოლის დეკანი თავის წიგნს *On Apology*. ბოდიშს აქვს უნარი განკურნოს ადამიანების შიში, უკმაყოფილება, დისკომფორტი, შეურაცხყოფა. ბოდიშს შეუძლია ხელი ააღებინოს მხარეს შურისძიებაზე, მოიპოვოს პატიება დაჩაგრულის მხრიდან³. როდესაც ამ წიგნს ეცნობი ნელ-ნელა გიყალიბდება განცდა, რომ ბევრმა საზოგადოებაში არ იცის, თუ როგორ მოიხადოს სწორად ბოდიში. უამრავი ადამიანისთვის, რომელიც დაინტერესებულია მედიაციით, შესაძლოა ბოდიშის როლი მოლაპარაკებისას არ იყოს ისეთი რელევანტური, როგორც მედიატორის ტაქტიკა, ავტორიტეტის მოპოვება მხარეებში და ა.შ. სინამდვილე კი ისაა, რომ ბოდიშისა და მიტევების საკითხს ვერ გავექცევით დავის მოგვარებისას. ყოველი ადამიანი კონფლიქტის დროს აცნობიერებს ვის როლშია იგი, ჩაგრულის თუ მჩაგვრელის. მჩაგვრელში გამომუშავდება შიში სამაგიეროს მიზღვისა და ეს ილექება გონებაში იმდენად მყარად, რომ ამის იგნორირება რთულია და, ფაქტობრივად, შეუძლებელიც.

უამრავი შემთხვევაა, როდესაც ბოდიშზე თავის შეკავებამ დაანგრია ოჯახები, მეგობრობა, სხვა მნიშვნელოვანი ურთიერთობები, თუნდაც ბიზნეს ურთიერთობები. ადამიანებს სწყინთ ბევრი რამ და ამის განსაზღვრა ან წინასწარ გამოთვლა რთულია, ვინაიდან ეს უბრალოდ ადამიანურ გონებას ალემატება, თუმცა ეფექტურ ბოდიშს შეუძლია პრევენცია მოახდინოს „ფატალური“ შედეგებისა. დაგვიანებულ ბოდიშსაც კი შეუძლია ჰქონდეს შედეგი, თუმცა გასათვალისწინებელია, რომ მთავარი არის მისი ფორმა, დრო და ადგილი, ასევე კონფლიქტების განხილვისას ნახსენები განწყობა. დაგვიანებულ, თუ დროში კარგად შერჩეულ ბოდიშს ახასიათებთ საერთო თვისებები, ესენია: ემოციური ტკივილი, თავდაპირველი თავშეკავება ბოდიშის მოხდისგან, დანაშაულის გრძნობა, სიმარტივე და გენიალურობა ბოდიშის მოხდისა, სპონტანური კეთილშობილების გამოჩენა დაჩაგრულის მიერ, პატიება, ადამიანური ურთიერთობების აღდგენა. ბოდიშის მოხდა ყოველდღიური ცხოვრების ნაწილია და რაც მეტი მნიშვნელობა მიენიჭება მას მით მეტ სარგებელს მიიღებენ ადამიანები ურთიერთობისას.

აღსანიშნავია, რომ ბოდიშს მხოლოდ ინდივიდები არ იხდიან, ბოდიშს იხდიან სახელმწიფოები, პოლიტიკოსები, ორგანიზაციები და ა.შ. სახელმწიფოთა მიერ ნათქვამი „ვწუხვარ“-ის გულწრფელობის დიაპაზონი ყველაზე მარტივად მისახვედრია. ბოდიშის ფენომენი პოპულარული გახდა ცივი ომის დასრულების შემდეგ, როდესაც სახელმწიფოები მიხვდნენ, რომ დიალოგითა და თუნდაც დანაშაულის ადეკვატური აღიარებით შეიძლება მიიღონ გაცილებით დიდი მოგება, ვიდრე საომარი მოქმედებების შედეგად მიიღებდნენ. აარონ ლაზარს მოჰყავს ფაქტი, რომ ჩინეთში მუშაობს ბოდიშის მოხდის კომპანია *Tianjis Apology and Gift Center*, სადაც დასაქმებულნი არიან შუა ხნის განათლებული ადამიანები, ძირითადად იურისტები, ფსიქოლოგები, მასწავლებლები, ექიმები, სოციალური მუშაკები, რომლებიც შესაბამისი მიმართვის შემდეგ სხვის მაგივრად იხდიან ბოდიშს, წერენ წერილებს, აგზავნიან საჩუქრებს და ა.შ. მათი მუშაობა ეფექტურად აისახა უამრავი ოჯახისა, თუ ბიზნესპარტნიორთა ურთიერთობაზე.

² Lazare A., *On Apology*, Oxford University Press, USA, 2005, 1.

³ იქვე, 1.

ბავშვობიდან ყველას ასწავლიან რომ თუ რამეს დააშავებენ ბოდიში უნდა მოიხადონ მყისიერად, იმიტომ რომ სხვა შემთხვევაში ეს არაეთიკურია და, თუ ბოდიშს მოუხდის ვინმე, მათ ყველა შემთხვევაში უნდა აპატიონ, აარონ ლაზარი მსგავს ბოდიშებს უწოდებს *Just talk apology*⁴ -ის. საქართველოში აღდგომის მარხვის პერიოდში მართლმადიდებელი ქრისტიანები აღნიშნავენ „შენდობის კვირას“. შინაარსობრივად ეს რასაკვირველია, შესანიშნავია, თუმცა იბადება შეკითხვა სოციალური ქსელებით გავრცელებული „შემინდეთ თუ ოდესმე რამე დამიშავებია ვინმესთვის“ არის თუ არა გულწრფელი ბოდიში და მიემართება თუ არა იგი რეალურად იმ ადამიანის გულისკენ ვისაც ნამდვილად აწყენინეს. ბოდიში ინტიმურია და, შესაბამისად, მისი მოხდა პირადად თქვენივე სახელით უნდა მოხდეს, მთავარია „დაჩაგრულმა“ იგრძნოს, რომ დანაშაულის გრძნობა გტანჯავთ და გინდათ ამისგან გათავისუფლდეთ. „დაჩაგრული“ უნდა ხვდებოდეს, რომ ნანობთ და იგივე აღარ განმეორდება, ყველა შეკითხვას უნდა გაეცეს პასუხი და მხოლოდ ამის შემდეგ იწყება პატიების პროცესი. „პატიება უნდა დაიმსახურო, მოიპოვო, მას ვერ მოიპარავ. ამისთვის საჭიროა, პატიოსნება, სულგრძელობა, თავმდაბლობა, ვალდებულების გრძნობა, სიმამაცე, თავის განიერვა“.⁵

უმთავრესია აღი ნიშნოს, რომ „მჩაგვრელს“ გაცილებით მეტად ესაჭიროება ბოდიში და პატიება ვიდრე „დაჩაგრულს“. აღსანიშნავია, რომ ბოდიშის მოხდა უნდა იყოს დროში სწორად შერჩეული, არ უნდა დაგვიანდეს, რადგან, ადამიანური ფსიქოლოგიიდან გამომდინარე, მხარეები დროის გასვლასთან ერთად სხვადასხვანაირად იხსენებენ ფაქტებს და სხვანაირად აფასებენ მას. ასევე რეკომენდაციის სახით შეიძლება ითქვას, რომ პრე-ბოდიში⁶ არაა გულწრფელი და ნამდვილი, არ შეიძლება მოიხადო ბოდიში და განიცადო ის რაც არ მომხდარა, ასევე არაეფექტურია ბოდიშის მოხდა მანამდე, სანამ მეორე მხარე მიხვდება თუ რა შეემთხვა საერთოდ. ამ შემთხვევას აარონ ლაზარი უწოდებს *Get off easy apology*⁷ -ის.

მოლაპარაკების პროცესში, როდესაც მხარე მედიატორს ესაუბრება „Caucus“-ზე, მედიატორი ვალდებულია აუხსნას ყოველივე ზემოთ აღნიშნული ბოდიშის შესახებ მას, როდესაც უმარტავს თუ რა არის *Negotiation dance*⁸ (მოლაპარაკების ცეკვა). მედიატორი პროცესის ამ ეტაპზე ვალდებულია განუმარტოს მხარეს, რომ სწორი ბოდიში ეს არის ურთიერთობის მოგვარებისკენ გადადგმული უდიდესი ნაბიჯი, თუ კი მედიატორი ხედავს, რომ მხარე თავს იკავებს ბოდიშისგან და ცალსახაა, რომ შერიგება სხვა მხრივ არ დადგება, ვალდებულია გააცნოს მხარეს მისი რეალური მდგომარეობა და დაეხმაროს მას გაიაზროს თუ რა როლი ეკისრება მის ბოდიშს კონფლიქტის მოგვარებაში. მედიატორი მხარეს ანახებს მის შეცდომებს ისე, რომ მხარე თავად მიდის პასუხებამდე. იგი ივსება დანაშაულის გრძნობით და ცდილობს ისწავლოს თუ როგორ მოიხადოს ბოდიში სწორად. საგულისხმოა, რომ ბოდიში შეიძლება მანიპულაციის საშუალებად იქცეს და მედიატორის ვალია მხარეს დაანახოს ბოდიშისა და პატიების დადებითი მხარეები და არა ის, რომელიც ადამიანთა ფსიქიკაზე ზემოქმედებას ემსახურება.

მედიატორისთვის მნიშვნელოვანია იმ ფაქტორების ცოდნა და დანახვა რის გამოც იკავებენ მხარეები ბოდიშის მოხდისგან თავს. ამ ფაქტორების რაოდენობა საკმაოდ დიდია, თუმცა მათი მცირე ჩამონათვალი ასე გამოიყურება:

- ა. სირცხვილი;
- ბ. საკუთარი თავის დამცირების შიში;
- გ. სასჯელის შიში;
- დ. ნაკლები ინფორმაციულობა იმის შესახებ მოიქცა თუ არა მხარე ცუდად;
- ე. *self – centred persons* – ადამიანები, რომლებიც თავს თვლიან სამყაროს ცენტრად და ასევე თვლიან რომ უბრალოდ შეცდომას არ უშვებენ;

⁴ Lazare A., *On Apology*, Oxford University Press, USA, 2005, 8.

⁵ იქვე, 6.

⁶ იქვე, 171.

⁷ იქვე, 174.

⁸ Schlie H. E., Young A. M., *The Rhythm of the Deal: Negotiation as a Dance*, ESMT, 2008, 1.

ვ. თავის არიდება „სასჯელისგან“;

ზ. განცალკევების საშუალება – მიაყენო ტკივილი ადამიანს და ამით განყვიტო კავშირი. ბოდიშის მოხდისგან თავის არიდება საუკეთესო საშუალებაა ამ მიზნის მისაღწევად⁹.

პატიების პროცესი იწყება გულში და მთავრდება გონებაში, გულში ამ პროცესის დაწყება შეიძლება დაუკავშირდეს მრავალ ფაქტორს, მათ შორის სწორად მოხდის ბოდიშს, რადგან ეს ემოციური პროცესია. გონებაში კი ადამიანი ხარშავს მისთვის საჭირო ინფორმაციას. იმისთვის, რომ აპატიოს, იგი ამუშავებს მხარისგან მიღებულ პასუხებს თავის შეკითხვებზე. მხარისათვის აუცილებელია „მჩაგვრელისგან“ დანაშაულის დადასტურება, სინანული, მიზეზების გაგება თუ რამ გამოიწვია „მჩაგვრელის“ საქციელი და ყველაზე მნიშვნელოვანი მხარემ უნდა მიიღოს გარანტია იმისა, რომ ასეთი რამ მეორედ არ განმეორდება და ეს შეპირება უნდა იყოს გულწრფელი.

„დაჩაგრული“ ისევე, როგორც „მჩაგვრელი“ ყოველთვის აცნობიერებენ თავიანთ როლებს კონფლიქტის დროს. „დაჩაგრულები“ ირჩევენ რამდენიმე გზას კონფლიქტის მოსაგვარებლად:

1) წყენაზე თვალის დახუჭვა – ეს არის მდგომარეობა მხარისა, როდესაც პირი დგება სრული ამნეზიის პოზიციაში, მისთვის მთავარია დააჯეროს თავისი თავი, რომ არაფერი მომხდარა, თუმცა დავინწყება ფაქტისა არ არსებობს. „ამნეზიის გზის“ არჩევა მოითხოვს ენერჯიას და ნერვებს. შეინარჩუნო ეს პოზიცია რთულია და ოდესღაც, აუცილებლად ამოხეთქავს ვულკანივით შეურაცხყოფის გრძნობა, რომელსაც პირი შეიძლება მრავალი წლის განმავლობაში მალავდეს.

2) მსხვერპლის როლში შესვლა – ეს არის ყველაზე არაადეკვატური, თუმცა საკმაოდ პოპულარული გზა მოაგვარო კონფლიქტი (თავის არიდება). ამ დროს „დაჩაგრულს“ უყვარდება საკუთარი თავი, სიამოვნებს ის თუ როგორ საუბრობს ყველა რამდენად ცუდი ადამიანია „მჩაგვრელი“. ასეთი ადამიანები არიან დამღლელები და ხშირად გამაღიზიანებლად მოქმედებენ სოციუმზე. „მსხვერპლები“ რჩებიან ამ როლში მთელი თავისი სიცოცხლე და ჩვევაში გადასდით იყვნენ მუდამ ცხოვრებისაგან და სხვებისგან დაჩაგრულნი.

3) საუკეთესო გამოსავალია დაიწყო პატიების პროცესი. ამისათვის საჭიროა ადამიანი დადგე საკუთარ თავზე მაღლა და გამოხვიდე მსხვერპლის მდგომარეობიდან, იმის მიუხედავად, რომ ეს პოზიცია საკმაოდ ტკბილი და საამოა ბევრი ადამიანისთვის. პატიების პროცესი უნდა იწყებოდეს ადეკვატური, ეფექტური და გულწრფელი ბოდიშის შემდეგ. პატიება არ ნიშნავს დავინწყებას, ეს არის ერთ-ერთი ყველაზე მორალური ქცევა, საკმაოდ ძნელად გადასადგმელი ნაბიჯი. პატიებისათვის უმნიშვნელოვანესია „მჩაგვრელმა“ გასცეს ყველა მის წინაშე დასმულ შეკითხვას პასუხი, ახსნას მიზეზები მისი ქცევისა, გამოხატოს სინანული და შინაგანი „ტანჯვა“ იმისა, რომ დანაშაულის გრძნობა ანუხებს. პატიება, როგორც აღინიშნა, არაა დავინწყება ფაქტისა, ის არ არის გადაყლაპვა წყენისა და შეურაცხყოფისა, ის არც კაპიტულაციაა. პატიების დროს არ უნდა გქონდეს დამარცხებულის შეგრძნება. მედიატორი, როგორც შუამავალი, უხსნის მხარეს თუ რას ნიშნავს რეალური პატიება, რა დადებითი თვისებები აქვს მას. აუცილებელია განმარტოს უპატიებლობის საშინელი შედეგები და მხარეს უნდა დაანახოს, რომ კონფლიქტის ჩაყლაპვა ან მსხვერპლის მდგომარეობაში შესვლა ძლიერი ადამიანებისთვის არაა. პატიებას ადამიანები აღწევენ, როდესაც დისკომფორტს აღარ იგრძნობენ მეორე მხარესთან ურთიერთობის დროს, თუმცა კვლაცავე უნდა აღინიშნოს, რომ მიტევება დავინწყება, ამნეზია არაა. მიტევების დროს ვპატიობთ ადამიანს და არა ქცევას.

⁹ Lazare A., On Apology, Oxford University Press, USA, 2005, 160, 161,162.

4. დასკვნა

დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ ბოდიშის და პატიების როლი განუზომელია მედიაციის პროცესში. კარგი მედიატორი გაითვალისწინებს ამ ორი ფენომენის მნიშვნელობას და დაანახებს ამას მხარეებს. გულწრფელი ბოდიშის მოხდა და პატიება მოლაპარაკების წარმატებით დასრულების ერთ-ერთი განმსაზღვრელი ფაქტორია. როგორც აღვნიშნე, მედიაციას თანხმდებიან მხარეები, რომლებსაც კონფლიქტისას ყველა დამაკავშირებელი ძაფი არ გაუნყვეტიათ, მათთვის მნიშვნელოვანია ურთიერთობა და მისი მომავალი, ისინი ხვდებიან, რომ კონფლიქტის მოგვარების ეფექტური, იაფი, სწრაფი და კონტროლირებადი გზა მედიაციაა, მათ კარგად იციან, რომ მოლაპარაკების დროს თავად განსაზღვრავენ თავის ბედს (რაც სასამართლო პროცესის დროს წარმოუდგენელია), შესაბამისად, არაფორმალურ პროცესში ნებისმიერი სახის ურთიერთობების მოსაგვარებლად „შესთავაზო და მიიღო ბოდიში“¹⁰ საუკეთესო საშუალებაა მიაღწიო მედიაციის უმთავრეს დანიშნულებას, მოგვარდეს რეალური ადამიანური ურთიერთობა.

¹⁰ Lazare A., *On Apology*, Oxford University Press, USA, 2005, 1.

Apology and Forgiveness in the Mediation Process

1. Conflict

A dispute/conflict arises between the parties on a daily basis, it can be caused by such factors as the conflict of interests, the illusion that there is a conflict or just a whim. We can say that when people perceive the same things or events differently or narrate the same facts in different ways - it can become a major factor for the emergence of a conflict between the parties. If the case is not a whim, but the real incompatibility of interests or with the dissenting opinion or the illusion that there is a conflict, then in the parties an important role is played by an emotional charge. The Emotional charge depends on the sum of thought and emotion. As far as the emotions are great, it is more likely to quickly burn bridges linking the two parties and, at the same time, the ability of healthy judgment as to whether it will be possible to restore a broken relationship is reduced. The reason for the emergence of the conflict is not always real, but in all cases people's behavior is identical – they are trying to convince one another that their views are correct, then they make irrational decisions or just get irritated; this is followed by the most active, albeit the fatal stage, i.e. breaking all the links between the two parties.

After the hottest and most emotional stage of the conflict is over, the parties think about how to finish and/or resolve it. An argument/dispute has always been associated with unpleasant sensations, discomfort, accordingly, its resolution is in the interests of the parties. Not only may a dispute/conflict arise between individuals, but also between social groups, parties may be represented by individuals and by social groups as well. A conflict takes place daily and people create it themselves. A conflict is not created by a religion or race, social status or political beliefs, ethnicity or sexual orientation. None of the religions, races or ethnoses preaches a conflict; humans' interpretation of any given issue creates a conflict, plus a feeling that each opinion is the truth. This feeling is much stronger during the conflict period.

No matter whether the parties to the dispute get rid of or do not get rid of the emotional background, in any case they start looking for the ways of conflict resolution and most often they refer to negotiations. Negotiation is still the most civilized achievement of humanity among those that are used to resolve the conflict. According to psychology, all conflicts have points of intersection. It helps the parties to start a dialogue and if the party clearly sees the points of intersection, it (party) just follows them and tries to guess what the other side/party needs. During talks, the most important thing is – to find out what the opponent wants. Empathy¹ then breaks into the foreground. The empathetic ability is in every person, at the same time, the opposite side is always trying to hold the stagnant position of the other party, having empathy towards a party to the conflict is like heroism. The above-mentioned ways are perfectly drawn, but it must be admitted that empathy cannot be imperatively demanded from a person, and it cannot be forced to find any crossing points of the conflict, either. Moreover, the parties more often use the system of values, which is the worst alternative for conflict resolution. Streamline the decision-making process as a result of its design rationale. This is a protective mechanism and is characterized by its position in an acquittal. Not even rationalization can lead to the resolution of the conflict. The evaluative categories constitute a threat to the dialogue (the point to be wrong or right). During a dialogue, the main thing is the desire to actually negotiate and the required mood for this. Mood is both mental and physical readiness for the behavior. In addition, the parties need an environment, a tool to begin a dialogue. In conclusion, it can be said that for

* Master Student, TSU Faculty of Law.

¹ Human Ability to Express Sympathy to Others and Understand their Psychological Condition. Glossary of the Social and Political Terms, ed.: *M. Chitashvili*, Tb., 2004, 351.

the dialogue mood is essential, the mood with all its constituent elements: an environment and a suitable situation. For a conflicting party it is difficult or even impossible to create all the above listed mental or physical factors, accordingly, a rational solution to start negotiations and actually resolve the conflict is to resort to a professional mediator, negotiator, the mediator who will help the parties to implement the right to communicate and resolve the conflict, restore human relationships, which is the most relevant and sensitive factor.

2. Mediation

There are several ways of resolving a conflict/dispute. They can be divided into formal and informal. A formal way is the court, after addressing, the process becomes uncontrollable, extra costs arise, a party may have to go to court for at least a year and a half and spend energy and time. Through trials human relations issues are not resolved. Statistically, at court or during arbitration proceedings parties often do not receive what they had originally requested.

For a businessman, as well as for all rational people, it is more comfortable to resolve a conflict quickly and at a lower cost. Informal ways are: mediation, negotiation, self-help and avoidance. Mediation is one of the forms of negotiation and without it the mediation process is unimaginable. During self-assistance, the other side is trying to resolve the dispute without the intervention of the third party and while avoiding it the party is trying to abstain from any way of resolving the dispute and to forget the fact of the conflict, which may be compared to a slow-acting bomb; it will be discussed in detail in Apology and Forgiveness. Mediation is an informal, fully controllable by a party, inexpensive and quick process, In the case of its failure the parties may apply to the court or arbitration at any time. There are lots of definitions of mediation and following from its informality it is not surprising that various countries define it differently. To illustration, it can be said that mediation is one of the forms of negotiation the parties appeal to if they do not wish to break off relations, because for them it is important as they understand that the conflict may end up with negotiations. The parties themselves decide how to end a dispute and what outcome negotiations will have. Communication will be provided by a professional mediator who will try to show the plaintiffs the current situation, the real condition they are in, and taking into account the interests of the parties help them to reach an agreement, which will not only resolve the dispute but also solve the problem of human relationships.

It is noteworthy that during the mediation process a party can leave the process at any time and abandon negotiations. This feature of mediation contains both positive and negative sides. The parties are free during the process, which may be a reason for the failure of negotiations; however, negotiations without freedom lose their real essence.

3. Apology and Forgiveness

“One of the most profound, deep human interactions is to propose and adopt apology,”² these are the words with which *Aaron Lazar*, professor of psychiatry at the University of Massachusetts, Dean of the Medical School, starts his book *"On Apology"*. Apology has an ability to cure people's fears, dissatisfaction, discomfort and outrage. Apology may persuade a party to deny revenge and to gain forgiveness from the oppressed side.³ When you get acquainted with this book, little by little you start feeling that many people in the society do not know how to apologize properly. For a large number of people who are interested in mediation the role of apology might not be as relevant as a mediator's tactics or gaining authority among the parties, etc. The truth is that we cannot escape the issues of apology and forgiveness in dispute resolution. During the conflict every person acknowledges his/her own role, whether

² *Lazar A.*, *On apology*, Oxford University Press, USA, 2005, 1.

³ *Id.*, 1.

he/she is an oppressed or an oppressor. In the oppressed person is formed a fear of being reattributed, which accumulates in mind so steadily that it is difficult and, in fact, impossible to ignore it.

There are numerous cases when abstaining from apologizing has destroyed families, friendships, and other important relationships, even business relationships. People become upset about many things, and it is difficult to define or calculate it in advance, because it exceeds the capabilities of the human mind, but an effective apology can prevent "fatal" consequences. Even a late apology can give a result, but it should be noted that the most important factors are its form, time and place, as well as the mood which accompanies the discussion. A delayed or timely well-selected apology is characterized by common features such as emotional pain, the initial restraint from apology, feeling of guilt, simplicity and genius of rendering an apology, expressing spontaneous nobility towards the oppressed, forgiveness, restoration of human relations. Apologizing is a part of everyday life and the more importance will be given to it the more benefit people will receive in relations.

It should be noted that not only individuals make an apology, governments apologize, politicians, organizations, etc. The range of sincerity of "We are sorry" said by Governments/States is the easiest to guess. The phenomenon of apologizing became popular after the Cold War, when states realized that through dialogue or even adequate recognition of the offense they could get a much bigger profit than via military action.

Aaron Lazar cited the fact that in China there is a company working on apologizing "*Tianjis Apology and Gift Center*", where the employees are middle-aged educated people - mostly lawyers, psychologists, teachers, doctors, social workers – who, following a proper request, apologize for the applicants, write letters, send gifts, etc. Their work has effectively reflected on the relations of many families or business partners.

Everyone is taught from childhood that if anything goes wrong, they should apologize instantly because otherwise it is not ethical, and if one is rendered an apology by someone, he/she must forgive by all means. Aaron Lazar calls such kind of apologies "*Just talk apology*"⁴ - In Georgia, during Lent Orthodox Christians celebrate "Forgiveness Sunday". This idea, of course, is perfect, but a question arises whether the phrase spread in social networks "forgive me if I ever ever did anything wrong to anyone" is a sincere apology and whether and it is actually directed to the heart of the person who has really been hurt. Apology is intimate and it should be rendered on your behalf, as it is important for the "oppressed" to feel that you suffer from the feeling of guilt and that you want to get rid of it. The "oppressed" should see that you regret and that the same thing will never happen again; all the questions should be answered and only after that starts the process of forgiveness. Forgiveness is to be gained by winning, it cannot be stolen. For that it would require honesty, generosity, humility, a sense of commitment, courage and sacrifice.⁵

It is important to note that the "oppressors" are much more in need of apology and forgiveness than the "afflicted." It should be mentioned that the time for an apology must be properly selected, it should not be delayed; because, due to human psychology, as time goes by the parties recall and evaluate the facts differently. Also in the form of recommendation can be said that the pre-apology⁶ is not sincere and genuine, it is impossible to apologize and experience the case that has not happened; it is also ineffective to render an apology before the other party understands what has happened. In this case, Aaron Lazar calls such a case "*Get off easy apology*".⁷

During negotiations, when a party is talking to a mediator about "Caucus" - the mediator is required to explain all the above-mentioned about apology when describing what "*Negotiation dance*" is.⁸ At this stage the mediator shall explain to the party that the right apology is a huge step forward towards arranging

⁴ Id. 8.

⁵ Id. 10.

⁶ Id. 171

⁷ Id. 174.

⁸ *Schlie H. E., Young A. M., The Rhythm Of The Deal: Negotiation as a Dance, ESMT, 2008, 1.*

the relations, if the mediator finds that a party has been reluctant to apologize and if it is clear that reconciliation will not be achieved otherwise, he/she shall inform the party about the real condition and help him understand what role an apology has in conflict resolution. The mediator shows a party's mistakes so that the party finds the answers itself. It is filled with feeling of guilt and is trying to learn how to apologize properly. It is noteworthy that an apology can become a means of manipulation and the mediator's duty is to show the party the positive aspects of apology and forgiveness and not those that affect the human psyche.

For the mediator is important to know those factors and see why the parties abstain from apology. These number of such factors is quite big, but the short list is as follows:

- A. Shame
- B. Fear of self- humiliation.
- C. Fear of punishment.
- D. Less informativeness about whether or not the parties have behaved badly.
- E. Self-centered persons - people who consider themselves the center of the universe, and believe that they do not make mistakes.
- F. Avoiding "punishment."
- G. Means of separation - harm a person and thus cut the relations, abstaining from apology is the best way to achieve this goal.⁹

The process of forgiveness starts in the heart and ends in the mind. The beginning of this process in the heart may be connected to many factors including proper apologies, because it is an emotional process. In his mind a human processes the necessary information. In order to forgive, he considers the other party's responses to his questions. For the party in order to forgive it is necessary to get the confession of the offence and the confirmation of regret from the "oppressor"; the party should also understand the reasons which caused the "oppressor's" behavior and, what is most important, the party should receive a guarantee that such thing will never happen again and this promise should be sincere. The "Oppressed" as well as the "oppressor" always acknowledge their roles in the conflict. The "disadvantaged" choose several ways to resolve the conflict:

1. Resentment turns a blind eye - it is a condition of the party when a person places himself/herself in the full amnesia position, for him/her it is important to convince himself/herself that nothing has happened, though it is impossible to forget the fact. Choosing the "amnesia way" requires energy and nerves. This position is difficult to maintain and once the feeling of insult, which the person has been hiding for many years, will erupt like a volcano.

2. Being in the capacity of the victim - this is the most inappropriate, but rather a popular way to solve the conflict (avoidance). In such case the "afflicted" falls in love with himself/herself and is pleased to hear everybody saying how bad the "oppressor" is. Such people are often tiresome and they often irritate society. "Victims" remain in this role throughout their lives and for them being always oppressed by life in general and by others becomes a habit.

3. The best solution is to start the process of forgiveness. For this a human must stand superior to himself and come out of the victim's condition, despite the fact that this position is very sweet and pleasant for a lot of people. Forgiveness process should begin after an adequate, efficient and sincere apology. Forgiveness does not mean forgetting, it is one of the most moral behaviors, a step rather hard to take. For forgiveness it is essential that the "oppressor" answer all the questions, explain the reasons for his behavior, express remorse and inward "suffering", acknowledge his guilt. As noted, forgiveness is not forgetting the fact; it is neither pocketing an offence or resentment nor capitulation. During forgiveness, you must not have a sense of failure. The mediator explains to a party the meaning and positive qualities of the real forgiveness. It is necessary to interpret the terrible results of un-forgiveness and show the party that swallowing the conflict or being in the victim's condition is not a strong man's trait. People reach

⁹ Lazar A., On apology, Oxford University Press, USA, 2005, 160-162.

forgiveness when they no longer feel discomfort in the relationship with the other party, but still it should be noted that forgiveness, forgetting is not amnesia. When forgiving, we forgive a person and not his behavior.

4. Conclusion

In conclusion, it can be said that apology and forgiveness have an invaluable role in the mediation process. A good mediator will take into account the importance of these two phenomena, and show it to the parties. A sincere apology and forgiveness are the crucial factors for the successful completion of negotiations. As I have mentioned, mediation is accepted by the conflicting parties if not all the connecting threads are destroyed; for them relationship and its future are important, they realize that mediation is an effective, inexpensive, fast and controlled way for conflict resolution, they are well aware that during negotiations they determine their fate themselves (it is impossible to imagine it during the trial); accordingly, in an informal process, in order to settle any kind of relationship conflicts, *"offering and accepting an apology"*¹⁰ is the best way to achieve the main purpose of mediation, establishing a real human relationship.

¹⁰ Lazare A., On apology, Oxford University Press, USA, 2005, 1.

მედიაციის, როგორც ღირს ალტერნატიული გადაწყვეტის ფორმის, მნიშვნელობა კოლექტიური შრომითი ღირს განხილვისა და გადაწყვეტის პროცესში

1. შესავალი

თანამედროვე სამოქალაქო ბრუნვის მზარდი განვითარების პირობებში, სულ უფრო აქტიუალური ხდება შრომითი ურთიერთობების საკანონმდებლო მონესრიგების საკითხი. ხშირად შრომითსამართლებრივი ურთიერთობის პირობებში, ე.წ. სუბორდინაციული ურთიერთობისას,¹ ერთ-ერთი მხარის ინტერესების უპირატესი დაცვის ხარჯზე მეორე მხარის პიროვნული ინტერესები ილახება. ეს კი განსაკუთრებით ხშირია იმ შემთხვევაში, როდესაც დამსაქმებელი მისთვის მინიჭებულ უფლებამოსილებათა ფართო სპექტრს ბოროტად იყენებს. ამ თვალსაზრისით, მნიშვნელოვანია შრომითი ურთიერთობებისას წარმოშობილი დავის გადაწყვეტის წესი. შრომითი ურთიერთობისას წარმოშობილი დავა, თავისი სპეციფიკიდან გამომდინარე, გარკვეულ სირთულეებთანაა დაკავშირებული. ამ მხრივ, განსაკუთრებით საყურადღებოა ბოლოდროინდელი საკანონმდებლო ცვლილებები,² რომლებიც საქართველოს შრომის კოდექსში (შემდგომში – სშკ) აისახა. აღნიშნული ცვლილებებით მნიშვნელოვნად მონესრიგდა შრომითი ურთიერთობებისას წარმოშობილი კოლექტიური დავისა და მისი განხილვის წესი. ამდენად, ქართულ შრომის სამართალში დავის ალტერნატიული ფორმის – მედიაციის შემოტანით, სშკ დემოკრატიული და სოციალური კანონმდებლობის გზას დაადგა, რაც, უპირატესად, ადამიანთა შორის სოციალური ურთიერთობების შენარჩუნებასა და მათი ინტერესების შესაბამისი გადაწყვეტილების მიღებას გულისხმობს. სტატიის უმთავრეს მიზანს სწორედ სშკ-ში კოლექტიური დავის მიმართ განხორციელებული ცვლილების ანალიზი წარმოადგენს. ნაშრომის ბოლოს წარმოდგენილი იქნება ის საკანონმდებლო რეკომენდაციები, რომელებიც სასურველია სშკ-ში აისახოს.

2. კოლექტიური შრომითი ხელშეკრულების არსი

2.1. ზოგადად შრომითსამართლებრივი ურთიერთობის შესახებ

ზოგადად, შრომის სამართალი კერძო სამართლის მონესრიგების ფარგლებში იმიტომ თავსდება, რომ შრომითი ურთიერთობა თანასწორობისა და ნების თავისუფალი გამოვლენის საფუძველზე დადებული ხელშეკრულების საფუძველზე წარმოიშობა.³ შრომითი შეთანხმება დასაქმებულსა და დამსაქმებელს შორის დადებული ხელშეკრულებაა, რომელიც საკანონმდებლო ნორმების შესაბამისად, მხარეთა უფლებებსა და მოვალეობებს წარმოშობს.⁴ თანამედროვე დოქტრინაში, ქვემდებარეობის პრინციპი შრომითი ხელშეკრულების ძირითად მახა-

* თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის მაგისტრანტი.

¹ *ქარდავა ე.*, შრომისა და წარდობის ხელშეკრულების ურთიერთმიმართების საკითხისათვის, „სამართლის ჟურნალი“, 2009, 1, 220.

² 2013 წლის 12 ივნისის საკანონმდებლო ცვლილებებით ძირეულად შეიცვალა საქართველოს შრომის კოდექსის ნორმები. მიუხედავად აღნიშნული ცვლილებებისა, მთელი რიგი საკითხები კვლავ პრობლემურია და პრაქტიკული თვალსაზრისით მეტ დაკონკრეტებას საჭიროებს.

³ *ზოდუ ბ.*, ევროპული კერძო სამართლის რეცეფცია საქართველოში, თბ., 2005, 178.

⁴ *Marlize V.J.*, The Validity of a Restraint of Trade Clause in South Africa as a Contractual Term in an Employment Contract, Texas Wesleyan Law Review, Vol. 10, 2003-2004, 173, იბ. <http://heinonline.org/HOL/Page?men_tab=srchresults&handle=hein.journals/twlr10&id=3&size=2&collection=journals&terms=CONTRACT|EMPLOYMENT|Contract|Employment&termtype=phrase&set_as_cursor=2#178>, [20.01.2014].

სიათებელ ნიშნად უდავოდ არის მიჩნეული.⁵ აღნიშნული დასაქმებულის დაქვემდებარებულ მდგომარეობაში ყოფნას გულისხმობს, თუმცა მნიშვნელოვანია ისიც, რომ შრომის სამართალში კერძო სამართლისათვის დამახასიათებელი უფლებებისა და თავისუფლებების შენარჩუნება ხდება. მაგალითად, უცვლელი სახითაა წარმოდგენილი ხელშეკრულების დადების თავისუფლების პრინციპი.⁶ ამდენად, შრომის სამართლი კერძოსამართლებრივი ხასიათის მატარებელია⁷ და შრომითი ხელშეკრულება კერძო სამართლით მონესრიგებული ინსტიტუტია.⁸

2.2. კოლექტიური შრომითი ხელშეკრულების სამართლებრივი მონესრიგება სშკ-ში

სშკ-ის მე-3 კარი კოლექტიურ შრომით ხელშეკრულების მონესრიგებას ეხება. კოდექსისეული განმარტებით, კოლექტიური ხელშეკრულება იდება ერთ ან მეტ დამსაქმებელს ან ერთ ან მეტ დამსაქმებელთა გაერთიანებას და ერთ ან მეტ დასაქმებულთა გაერთიანებას შორის.⁹ ამასთან, კოლექტიური ხელშეკრულება ნამდვილობისთვის სავალდებულო წერილობით ფორმას მოითხოვს. კოლექტიური შრომითი ხელშეკრულება შესაძლოა როგორც განსაზღვრული, ისე განუსაზღვრელი ვადით დაიდოს. ზოგადად, კოლექტიური შრომითი ხელშეკრულების დადების დროს დამსაქმებელი და დასაქმებულთა ჯგუფი წინასახელშეკრულებო ეტაპზე თანხმდებიან ხელშეკრულების პირობებზე, მათ შორის, განსაზღვრავენ ანაზღაურების, შესვენების, შვებულების და სხვა პირობებს.¹⁰ ამდენად, კოლექტიური ხელშეკრულება, ძირითადად, ეფუძნება იმავე პრინციპებს, რომლებსაც ინდივიდუალური ხელშეკრულება იმ განსხვავებით, რომ კოლექტიური ხელშეკრულება შეიძლება დაიდოს მხოლოდ წერილობითი ფორმით. ასეთი ხელშეკრულების დადებისას დასაქმებულთა გაერთიანება მოქმედებს წარმომადგენელთა მეშვეობით და წარმომადგენლობის დადასტურება წერილობითი მინდობილობით ხდება.

3. კოლექტიური დავა და მედიაცია

3.1. კოლექტიური დავის არსი

სშკ-ის 47-ე მუხლის მე-6¹ ნაწილის თანახმად, კოლექტიური შრომითი ურთიერთობისას წარმოშობილი დავა შესაძლოა გადაწყდეს შემათანხმებელი პროცედურებით. შემათანხმებელი პროცედურების სამართლებრივი მონესრიგება კი კოდექსის 48¹-ე მუხლშია მოცემული. აღნიშნული მუხლის პირველი პუნქტი ერთმანეთისაგან განასხვავებს პირდაპირ მოლაპარაკებასა და მედიაციის პროცედურას, რომელიც საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის მინისტრის მიმართვის საფუძველზე იწყება. მნიშვნელოვანია, რომ მხარეებს დავის წარმოშობის შემთხვევაში ნებისმიერ დროს აქვთ შესაძლებლობა, მიმართონ მინისტრს მედიაციის დაწყების მიზნით და წარმოშობილ დავაზე მედიატორის, როგორც დამოუკიდებელი და ნეიტრალური პირის, დანიშვნა მოითხოვონ. ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, კანონმდებელმა, შეიძლება ითქვას, რომ ინტერესთა ღირებულებების ურთიერთშეჯერების შედეგად, შესაბამისი შემათანხმებელი პროცედურების კანონში რეგლამენტირებით, მხარეთა შორის სოციალური ურთიერთობის შენარჩუნებისკენ კიდევ ერთი მნიშვნელოვანი ნაბიჯი გადადგა.

⁵ ჩაჩავა ს., მოთხოვნებისა და მოთხოვნის საფუძვლების კონკურენცია, თბ., 2011, 113.

⁶ ამირანაშვილი გ., დისკრიმინაციის აკრძალვა შრომით ურთიერთობაში, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), თბ., 2011, 143.

⁷ ძამუკაშვილი დ., შრომის სამართალი, (მე-2 გადაამუშავებული გამოცემა), თბ., 2009, 16.

⁸ ჯორბენაძე ს., სამოქალაქო კოდექსის ცალკეული სამართლებრივი ინსტიტუტების მოქმედება შრომის კოდექსთან მიმართებით, სამართლის ჟურნალი „სარჩევი“, 1-2 (3-4), 2012, 17.

⁹ იხ. საქართველოს შრომის კოდექსის 41-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

¹⁰ იხ. <<http://www.dummies.com/how-to/content/collective-bargaining-basics-labor-unions-negotiat.html>>, [20.01.2014].

3.2. მედიაციის არსი ზოგადად

ადამიანთა შორის წარმოშობილი დავის გადაწყვეტის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი და, ამავე დროს, უძველესი ხერხი მედიაციაა. მედიაციის გზით შესაძლებელია არსებული კონფლიქტის მხარეთა ინტერესების შესაბამისად გადაწყვეტა ისე, რომ შენარჩუნებულ იქნას სამართლის უმთავრესი მიზნებიც. სამართლის ამოცანა ხომ ადამიანთა თანაცხოვრების შედეგად წარმოშობილი კონფლიქტების სამართლიანად მონესრიგებაა.¹¹ მედიაცია დავის გადაწყვეტის ეფექტური და ინოვაციური მექანიზმია. ის მოიაზრებს მოდავე მხარეებს შორის მოლაპარაკებას მესამე ნეიტრალური მონაწილის მეშვეობით.¹² მედიაცია ეს არის დამოუკიდებელი სხვა მესამე პირის დახმარებით ისეთი აღმოცენებული და პრობლემური საკითხის გადაწყვეტა, რომლის გადაჭრაც დამსაქმებლისა და დასაქმებულის მიერ ვერ მოხდებოდა დამოუკიდებლად, დახმარების გარეშე.¹³ მნიშვნელოვანია ისიც, რომ მედიაციის პროცესში მხარეები ღიად აფიქსირებენ თავიანთ მოთხოვნებსა და წინადადებებს განსახილველ საკითხებთან დაკავშირებით.¹⁴

3.3. მედიაციის როლი კოლექტიური დავის გადაწყვეტაში

როგორც აღინიშნა, სშკ-ში კოლექტიური დავის გადაწყვეტისას კანონმდებელმა მედიაციის ინსტიტუტი შემოიტანა. მნიშვნელოვანია განისაზღვროს მედიაციის, როგორც გარკვეული პროცესის, დაწყებისა და მიმდინარეობის ეტაპები. აღნიშნული საკითხის მონესრიგება საქართველოს მთავრობის 2013 წლის 25 ნოემბრის 301 „კოლექტიური დავის შემათანხმებელი პროცედურების განხილვისა და გადაწყვეტის წესის დამტკიცების შესახებ“ დადგენილებით (შემდგომში დადგენილება) მოხდა. აღნიშნული დადგენილება მედიატორის არჩევის, დანიშვნისა და მიმდინარეობის პროცედურებს დეტალურად აწესრიგებს.

3.3.1. სახელმწიფო სტრუქტურის (მინისტრის) როლი მედიაციის პროცესში

დადგენილების მე-4 მუხლის მე-9 პუნქტის თანახმად, მოლაპარაკების ნებისმიერ სტადიაზე, შეთანხმების მისაღწევად კოლექტიური დავის მხარეს უფლება აქვს, წერილობით მიმართოს მინისტრს მედიაციის დაწყების მიზნით, კოლექტიურ დავაზე მედიატორის დანიშვნის თაობაზე, რის შესახებაც იმავე დღეს წერილობით აცნობებს კოლექტიური დავის მონაწილე მეორე მხარეს. აღნიშნულიდან გამომდინარე, ნათელია, რომ მედიაციის პროცესი, განსხვავებით შემათანხმებელი პროცედურისგან (პირდაპირი მოლაპარაკებისგან), არასავალდებულოა და მთლიანად მხარის ინიციატივაზეა დაფუძნებული.

მნიშვნელოვანია სშკ-ის 48¹-ე მუხლის მე-4 პუნქტისა და დადგენილების ე.წ. საგამონაკლისო დანაწესი, რომლის თანახმადაც, მაღალი საზოგადოებრივი ინტერესის არსებობის შემთხვევაში, მინისტრს შეუძლია მხარის მიმართვის გარეშე საკუთარი ინიციატივით დანიშნოს მედიატორი.¹⁵ მინისტრის მიერ კოლექტიურ დავაზე მედიატორის დანიშვნის მომენტიდან მედიაციის პროცესი დაწყებულად მიიჩნევა. მედიატორებს ხშირად ზეგავლენის მოხდენა შეუძ-

¹¹ *ციბელიუსი რ.*, იურიდიული მეთოდების მოძღვრება, მე-10 გამამუშავებული გამოცემა, მიუნხენი, 2006, 13.

¹² *ირემაშვილი ე.*, მედიაციის ინტეგრირება სამართლის სკოლის სასწავლო პროგრამაში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა, წელინდუელი, თბ., 2012, 7.

¹³ მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ეროვნული ცენტრის კვლევა, (რედ. გ. ცერცვაძე), თბ., 2013.

¹⁴ *Moore W. C.*, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, updated and revised 3rd ed., San-Francisco, 2003, 221.

¹⁵ იხ. საქართველოს მთავრობის 2013 წლის 25 ნოემბრის 301 „კოლექტიური დავის შემათანხმებელი პროცედურების განხილვისა და გადაწყვეტის წესის დამტკიცების შესახებ“ დადგენილების მე-4 მუხლის მე-10 პუნქტი.

ლიათ მხარეებზე მათი პიროვნების, პირადი თვისებებისა და იმ ურთიერთობის გამო, რომელიც მათ აქვთ დამყარებული მოდავე მხარეებთან.¹⁶ ჩატარებული კვლევის თანახმად, პოზიტიური დამოკიდებულების მონონება და სურვილი იმ პირისა თუ ორგანიზაციის მხრიდან, რომელიც მათ მიერ არის მონონებული, დიდი ზეგავლენის მოხდენა შეუძლია.¹⁷ სწორედ აქედან გამომდინარე, მიზანშეუწონლად უნდა იქნას მიჩნეული მედიატორის მინისტრის მიერ დანიშვნა და ამ პროცესში მხარეთა ნების ავტონომიის შეზღუდვა. აღნიშნული იმპერატიული ნორმა თითქოს მედიაციის პროცესს წარუმატებლად დასრულებისაკენ უბიძგებს.

მნიშვნელოვანია, რომ მხარეები ვალდებულნი არიან მონაწილეობა მიიღონ დავის მედიატორის მონაწილეობით წარმართულ პროცესში. მედიაცია ნებაყოფლობითი პროცედურაა და სავალდებულო მედიაცია მედიაციის ბუნებისათვის სრულიად შეუსაბამოდ მიიჩნევა, ხოლო ამ ერთმნიშვნელოვნად გაბატონებული მოსაზრების თანახმად, არ უნდა არსებობდეს მხარეთათვის დაკისრებული ვალდებულება დავის მედიაციის გზით გადაწყვეტის შესახებ.¹⁸ სშკ-ის 48¹-ე მუხლის მე-5 პუნქტის თანახმად, დავის ნებისმიერ სტადიაზე მინისტრს უფლება აქვს შემათანხმებელი პროცედურები შეწყვიტოს. მედიაციის ნებაყოფლობის ხაზგასასმელად ევროპის ქვეყნებში, მათ შორის გერმანიაში, დადგენილია, რომ სწორედ მხარეებს შეუძლიათ მედიაციის პროცესის ნებისმიერ დროს შეწყვეტა.¹⁹

დადგენილების მე-5 მუხლის მე-2 პუნქტის თანახმად კი, მედიატორის შერჩევა საორგანიზაციო სამსახურის მიერ ხდება ერთიანი რეესტრიდან, რომელშიც შესაბამისი კვალიფიკაციის მქონე პირები არიან აღრიცხულნი. მედიატორებს მათი კონკრეტულ სფეროში მოლაპარაკების ცოდნის გამო შეუძლიათ მოდავე მხარეებზე ზეგავლენის მოხდენა.²⁰ აქედან გამომდინარე, მნიშვნელოვანია, რომ რეესტრიდან მედიატორის შერჩევა დავის სფეციფიკისა და მედიატორის ცოდნის გათვალისწინებით მოხდეს. ამასთან, სასურველია, სახელმწიფომ ხელი შეუწყოს მედიატორთა ახალ და მომავალ ტრენინგების განხორციელებას, რათა მედიაციის პროცესი მხარეთათვის ეფექტურად, მიუკერძოებლად და კომპეტენტურად წარიმართოს.²¹ ქართული საკანონმდებლო მონესრიგებით შეიძლება ითქვას, რომ მხარეთა ნება და, შესაბამისად, ნების ავტონომიურობის საწყისებზე დაფუძნებული მედიაციის პროცესის ფუძემდებლური პრინციპები ილახება. ცნობილია, რომ მედიაციის პროცესში და მის დაწყებამდეც მხოლოდ მხარეები არიან უფლებამოსილნი მედიატორი აირჩიონ. ამდენად, ზემოაღნიშნული მომნესრიგებელი ნორმა წინააღმდეგობაში მოდის მედიაციის ზოგად პრინციპებთან.

მნიშვნელოვანია მითითებული მუხლის მე-3 და შემდგომი პუნქტები, რომლებიც მედიატორის მიუკერძოებლობასა და ინტერესთა კონფლიქტს ეხება. გარდა ამისა, სშკ-ის 48¹-ე მუხლის მე-6 პუნქტის დანაწესი მხარეთა მედიაციის პროცესში სავალდებულო მონაწილეობის შესახებ ასევე სადავო და ჩვეულებრივი მედიაციის პროცესისათვის საკმაოდ შეუსაბამო დანაწესს შეიცავს. ცნობილია, რომ მხარეს მედიაციის პროცესში ნებისმიერ დროს შეუძლია განაცხადოს, რომ მას აღარ სურს მედიაციის პროცესში მონაწილეობა.²² მიუხედავად ამისა, ქართველი კანონმდებელი ე.წ. სავალდებულო მედიაციის ინსტიტუტს განამტკიცებს. ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, შესაძლოა პრაქტიკული თვალსაზრისით გარკვეული პრობლემები წარმოიშვას, რას მედიაციის პროცესს და მის განვითარებას აუცილებლად შეაფერხებს.

¹⁶ Moore W.C., *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, updated and revised 3rd ed., San-Francisco, 2003, 387-388.

¹⁷ იქვე, 388.

¹⁸ Palo G., *Trevor M.B.*, *EU Mediation Law and Practice*, Oxford, 2012, 140.

¹⁹ იქვე, 141.

²⁰ Moore W. C., *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, Updated and Revised 3rd ed., San-Francisco, 2003, 388.

²¹ Palo G., *Trevor M.B.*, *EU Mediation Law and Practice*, Oxford, 2012, 142.

²² *ჯერცვაძე გ.*, მედიაცია, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტი, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდების სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტი, თბ., 2010, 264.

3.3.2. მედიატორის მომსახურების ანაზღაურების წესი

მედიატორის მიერ გაწეული მომსახურების ანაზღაურების წესის შესახებ მნიშვნელოვანია დადგენილების მე-6 მუხლი, რომლის თანახმადაც, კოლექტიურ დავაზე დანიშნული მედიატორის მომსახურებისა და მასთან დაკავშირებულ ხარჯების ანაზღაურებას უზრუნველყოფს სამინისტრო. ამასთან, აღნიშნული მუხლის „გ“ ქვეპუნქტის თანახმად, მედიაციის დღიური მომსახურების ღირებულება შეადგენს 60 ლარს. მნიშვნელოვანია გაირკვეს, რამდენადაა გამართლებული მედიაციის დღიური ღირებულების კონკრეტული თანხით დადგენა. გავრცელებული შეხედულების თანახმად, მედიატორის მიმართ მომსახურების გადახდა უნდა მოხდეს კონკრეტული საქმის სირთულიდან გამომდინარე. ეს იმას ნიშნავს, რომ გათვალისწინებული იქნება მედიაციის პროცესის ხანგრძლივობა, დახარჯული დრო, საქმის სირთულე და სხვა გარემოებები. რაც მთავარია, ყველა შემთხვევაში მედიაციის პროცესის საერთო ღირებულება სასამართლოში საქმის წარმოების ღირებულებაზე ნაკლები უნდა იყოს.²³ ამდენად, შეიძლება ითქვას, რომ მედიაციის დღიური მომსახურების ერთმნიშვნელოვნად დადგენა მთლად გამართლებულადაც არ უნდა იქნას მიჩნეული.

3.3.3. მედიატორის ძირითადი მოვალეობები

მედიატორის უფლება-მოვალეობების განსაზღვრას ეხება დადგენილების მე-7 მუხლი. აღნიშნული მუხლის მე-2 პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტის თანახმად, მედიატორი ვალდებულია განიხილოს მედიაციის ფარგლებში მის კომპეტენციას მიკუთვნებული საკითხები მიუკერძოებლად, კოლექტიური დავის გარემოებათა ობიექტურად შესწავლის საფუძველზე. აღნიშნულ ნორმაში ერთი შეხედვით უცნაური არაფერია, თუმცა საჭიროა მისი დეტალური სამართლებრივი ანალიზი. მითითებული ქვეპუნქტის შინაარსი არსობრივად მედიატორის მოვალეობებს კი არა, უფრო მოსამართლის ვალდებულებებს ჰგავს. ფორმულირება – მედიატორი „ვალდებულია განიხილოს მის კომპეტენციას მიკუთვნებული საკითხები მიუკერძოებლად“ ნიშნავს იმას, რომ მედიატორი არა მოლაპარაკების და მედიაციის წამმართველი, არამედ ჩვეულებრივი არბიტრია, რომელიც განსახილველ დავაში არკვევს, ვისი მოთხოვნა უფრო მეტადაა არგუმენტირებული. საქმის განხილვისას მედიატორი ხელს უწყობს დავის მორიგებით დასრულებას და ამ თვალსაზრისით, იგი მეტად ფრთხილად ეკიდება მის მოვალეობას. ის არ მოითხოვს, რომ მხარეები მის მიერ გაყვრებულ მოსაზრებას სრულად დაეთანხმონ და არც მოლაპარაკებებს აკონტორლებს, პირიქით, იგი ცდილობს ინფორმაციისა და ინტერპრეტაციის დაზუსტებასა და მხარეთა კომუნიკაციის ხელშეწყობას ემსახურება.²⁴ ამდენად, შეიძლება ითქვას, რომ აღნიშნული ჩანაწერი, გარკვეულწილად, მედიატორს წარმოაჩენს ისე, როგორც მოსამართლეს, რაც მედიაციის პროცედურისა და, ზოგადად, მხარეთათვის უარყოფით მოვლენად უნდა იქნას მიჩნეული.

დადგენილების მე-7 მუხლი მედიატორის კიდევ რამდენიმე მოვალეობას განამტკიცებს. მათგან ყველაზე მნიშვნელოვანი მაინც კონფიდენციალურობის პრინციპია, რომელიც მე-7 მუხლის „დ“ ქვეპუნქტშია მოცემული. კონფიდენციალურობის პრინციპს ეხება სშკ-ის 48¹-ე მუხლის მე-9 პუნქტიც, რომლის თანახმადაც, დავის მედიატორი ვალდებულია არ გაამჟღავნოს ინფორმაცია ან დოკუმენტი, მისთვის, როგორც დავის მედიატორისთვის გახდა ცნობილი.²⁵ გარდა მედიატორისა, კონფიდენციალურობის ვალდებულება მოდავე მხარეებსაც ეკისრებათ. სამწუხაროა, რომ ამის შესახებ არც სშკ-სა და არც დადგენილებაში მომწესრიგებელი ნორმა არ არის. ამდენად, სამართლებრივი თვალსაზრისით, შეიძლება გარკვეული პრობლემე-

²³ იხ. <<http://www.cdnq.org/en/businessPartner/Epart5.html>>, [21.01.2014].

²⁴ Roberts S., Palmer M., Dispute Processes, ADR and the Primary Forms of Decision-Making, 2nd ed., Cambridge, 2005, 171.

²⁵ შეად. Palo G., Trevor M. B., EU Mediation Law and Practice, Oxford, 2012, 142.

ბი წარმოიშვას, თუ მხარე დაარღვევს კონფიდენციალურობის პრინციპს და მეორე მხარე შეეცდება ამით გამოწვეული ზიანის ანაზღაურებას.

ზოგადად, კონფიდენციალურობა მედიატორს ეხმარება ნდობის მოპოვებაში. მედიაციის ინსტიტუტის მიმართ ნდობის ფაქტორის გაზრდის მიზნით, კანონმა დეტალურად უნდა განსაზღვროს მედიაციის პროცესის დროს მიღებული ინფორმაციის გამოყენების პირობები: მედიაციაში მონაწილე მხარეებს, მედიატორებს, ასევე, პირებს, რომელთათვისაც, საქმიანობიდან გამომდინარე, მედიაციის პროცესში ცნობილი გახდა ესა თუ ის ინფორმაცია ანდა გარემოება, უფლება არ უნდა ჰქონდეთ გაამჟღავნონ ან ჩვენება მისცენ აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით სასამართლოში ან არბიტრაჟზე. კანონმა უნდა აუკრძალოს მედიატორს წარმოადგინოს მოხსენება მედიაციის პროცესთან დაკავშირებით სასამართლოზე ან სხვა სახის წარმობაში.²⁶ ესპანეთში მხარეებს, თუ მედიაციის გზით შეთანხმებას ვერ მიაღწევენ, ერთმევათ საშუალება მედიაციის პროცესის დროს მიღებული კონფიდენციალური ინფორმაცია სასამართლოში საქმის წარმოებისას გამოიყენონ.²⁷ ამავე დროს, უნდა განისაზღვროს ის საკითხებიც, რომელთა გამჟღავნების უფლებაც მედიატორს ყოველგვარი დაბრკოლების გარეშე შეეძლება.²⁸ თუ მხარე ან მედიატორი, გარდა კანონით გათვალისწინებული შემთხვევებისა,²⁹ დაარღვევს კონფიდენციალურობის პრინციპს, მას სამოქალაქო ან/და სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა უნდა დაეკისროს. აშშ-ში მხარეს არ აქვს უფლება თვითონ მოითხოვოს სასამართლოში მედიაციის კონფიდენციალურობის დაცვა, თუ მანამდე ეს ვალდებულება თვითონ დაარღვია.³⁰ როგორც წესი, მედიაციის დაწყებამდე მხარეები, უმეტეს შემთხვევაში, ხელს აწერენ შეთანხმებას კონფიდენციალურობის შესახებ, რომელიც შემდგომში წარმოადგენს ერთგვარ გარანტს, რათა მათი ინფორმაცია არ იქნას გამოყენებული საქმის სასამართლო წესით განხილვაში.³¹

3.3.4. მედიატორის პასუხისმგებლობის სამართლებრივი საფუძვლები

დადგენილების მე-7 მუხლის მე-3 პუნქტი მედიატორის სამართლებრივი პასუხისმგებლობის ზოგად წესს განსაზღვრავს. მნიშვნელოვანია „სშკ“-ის 48¹-ე მუხლის მე-9 პუნქტიც, რომელიც მედიატორს ავალდებულებს, რომ მედიაციის პროცესში მიწოდებული ინფორმაცია არ გაამჟღავნოს. ამასთან, უნდა აღინიშნოს, რომ კანონში არაფერია ნათქვამი მედიატორის პასუხისმგებლობაზე. ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, მედიატორის პასუხისმგებლობის მომწესრიგებელი ნორმის მთავრობის დადგენილებაში და არა კანონში არსებობა მთლად მიზანშეწონილადაც არ უნდა იქნას მიჩნეული. ზოგადად, მედიატორის პასუხისმგებლობის სამართლებრივი საფუძვლები დეტალურად უნდა იყოს კანონმდებლობით განერილი, რათა დავის წარმოშობის შემთხვევაში მხარეს თავისი დარღვეული უფლების დაცვის რეალური სამართლებრივი საფუძვლები ჰქონდეს. მნიშვნელოვანია დადგენილების მე-7 მუხლის მე-3 პუნქტის დანაწესი, რომლის თანახმადაც, მედიატორის პასუხისმგებლობა მოქმედი კანონმდებლობით

²⁶ *მერებაშვილი ა.*, მედიაციის სამართლებრივი საფუძვლები (ზოგადი მიმოხილვა), თსუ, სამაგისტრო ნაშრომი, თბ., 2011, 19.

²⁷ იხ., <<http://www.spanish-law.net/mediation.asp>>, [18.01.2014].

²⁸ იხ., Uniform Mediation Act (last revised or amended in 2003 with prefatory note and comments), National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 10.12.2003., art. 7.

²⁹ ევროკავშირის დირექტივის მე-7 მუხლი ითვალისწინებს ისეთ შემთხვევებს, როდესაც გამართლებულია კონფიდენციალურობის პრინციპის დარღვევა ინტერესთა ღირებულებების შესაბამისად მხარეთა ან/და მედიატორის მიერ, იხ. 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.

³⁰ *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თსუ-ს იურიდიული ფაკულტეტი, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდების სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტი, თბ., 2010, 53.

³¹ *ოქროპირიძე ბ.*, მედიაცია – სიახლე თანამედროვე ქართულ სამართალში და მისი განვითარების პერსპექტივა საერთაშორისო გამოცდილების საფუძველზე, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა, წელიწდეული, თბ., 2012, 31.

განისაზღვრება. ამდენად, თუ სახეზეა მედიატორის მიერ მასთან გაფორმებული ხელშეკრულების პირობების, მათ შორის, კონფიდენციალურობის პრინციპის დარღვევა, მხარეს საერთო საფუძვლებით შეუძლია მას ზიანის ანაზღაურება მოსთხოვოს. ამ შემთხვევაში მოთხოვნის სამართლებრივ საფუძვლებთან დაკავშირებული საკითხია გადასაწყვეტი. ამასთან, მედიატორის პასუხისმგებლობასთან დაკავშირებით, აუცილებლად უნდა აღინიშნოს, რომ დაუშვებელია მედიატორს დაეკისროს პასუხისმგებლობა მედიაციის პროცესის უშედეგოდ დასრულებისათვის.³² აღნიშნულ საკითხზე ყურადღება ქართულ კანონმდებლობაში გამახვილებული არ არის. გარდა აღნიშნულისა, მნიშვნელოვანია გაირკვეს, ზოგადად, მედიატორი, რომელიც მინისტრის მიერაა დანიშნული, წარმოადგენს თუ არა საჯარო თანამდებობის პირს და მის მიერ მიყენებულ ზიანზე ვრცელდება, თუ არა სახელმწიფო თანამდებობის პირის მიერ მიყენებული ზიანის მომწესრიგებელი ნორმები (მაგ. სსკ-ის 1005-ე მუხლი). აღნიშნულ საკითხზე სშკ-ში და დადგენილებაში არაფერია ნათქვამი.

აქედან გამომდინარე, შესაძლოა განისაზღვროს მედიატორის პასუხისმგებლობის (არა)-სახელშეკრულებოსამართლებრივი საფუძვლები. დოქტრინაში გამოთქმული ერთ-ერთი მოსაზრების მიხედვით, მედიატორის პასუხისმგებლობის განსაზღვრისას, უპირველეს ყოვლისა, ყურადღება შემდეგ გარემოებებზე უნდა გამახვილდეს: ა) აქვს თუ არა ადგილი მედიაციის შეთანხმებით და მედიატორთან დადებული ხელშეკრულებით გათვალისწინებული მედიატორის ვალდებულებების დარღვევას და კონკრეტულად რა მოქმედებასა თუ უმოქმედობაში გამოიხატა იგი; ბ) იკვეთება თუ არა მედიატორის ბრალი ამ დარღვევაში; გ) არის თუ არა სახეზე რაიმე სახის ზიანი; დ) არის თუ არა კავშირი ზიანსა და ხელშეკრულების დარღვევას შორის.³³ აღნიშნული სახელშეკრულებო სამართლის ზოგადი პრინციპებიდან გამომდინარეობს. თუ მედიატორსა და მხარეებს შორის ჩვეულებრივი სამოქალაქოსამართლებრივი ხელშეკრულებაა დადებული, ცალსახაა, რომ ხელშეკრულების დარღვევის შემთხვევაში მოთხოვნის საფუძველი სწორედ სახელშეკრულებო ნორმები იქნება.

სშკ-ისა და დადგენილების სამართლებრივი ანალიზის შედეგად, შეიძლება ითქვას, რომ მედიატორი, რომელიც საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის მინისტრის მიერაა დანიშნული, მოდავე მხარეებთან ხელშეკრულებას მედიაციის გამართვის შესახებ არ დებს. ასეთ შემთხვევაში, მხარეები მედიატორთან სახელშეკრულებოსამართლებრივი თვითობაჭვის რეჟიმში არ იმყოფებიან, შესაბამისად, თუ, მაგალითად, მედიატორი კონფიდენციალურობის პრინციპს დაარღვევს რთულია განისაზღვროს მედიატორის პასუხისმგებლობის საკითხი.

4. დასკვნა

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, რამდენიმე მნიშვნელოვანი საკითხის გამოყოფაა შესაძლებელი. უპირველეს ყოვლისა, საკანონმდებლო რეკომენდაციის სახით უნდა ითქვას, რომ საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის მინისტრის მიერ მედიატორის დანიშვნის წესი უმჯობესია შეიცვალოს და ეს პროცესი მთლიანად მხარეებზე იყოს დამოკიდებული. სწორედ მხარეები უნდა იყვნენ უფლებამოსილნი თავიანთი დავა მათთვის სასურველ მედიატორს დაუქვემდებარონ. ამასთან, მინისტრს არ უნდა ჰქონდეს უფლება ნებისმიერ ეტაპზე მედიაციის პროცესი შეწყვიტოს, რადგან მხოლოდ მხარეები არიან უფლებამოსილნი ასეთი გადაწყვეტილება მიიღონ. მნიშვნელოვანია, ასევე, მედიატორის ანაზღაურების გან-

³² *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტი, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდების სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტი, თბ., 2010, 264.

³³ *Gabriel S.*, Die Haftung des Mediators im schweizerischen Rechtssystem, "Stämpfli", Bern, 2008, 138. მითითებულია, *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტი, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდების სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტი, თბ., 2010, 265.

საზღვრის საკითხიც. ამ შემთხვევაშიც უმჯობესია მედიატორის მიმართ მომსახურების გადახდა კონკრეტული საქმის სირთულიდან გამომდინარე მოხდეს.

მნიშვნელოვანია დადგენილების მე-7 მუხლიც. საჭიროა, აღნიშნული მუხლის მე-2 პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტის ფორმულირება შეიცვალოს და მედიატორი, როგორც დამოუკიდებელი პროცესის წამმართველი და შეთანხმებაზე ორიენტირებული პირი, ისე წარმოჩნდეს და არა, როგორც დღევანდელი ფორმულირებიდან გამომდინარე – მოსამართლე.

დეტალურ მონესრიგებას მოითხოვს კონფიდენციალურობის საკითხიც. სასურველია, რომ, გარდა მედიატორისა, კონფიდენციალურობის ვალდებულება მოდავე მხარეებზეც გავრცელდეს. ამასთან, კანონმა უნდა მოაწესრიგოს ამ პრინციპის დარღვევის შედეგად მიყენებული ზიანის ანაზღაურების საკითხი.

აუცილებელია, განისაზღვროს მედიატორის პასუხისმგებლობის სამართლებრივი საფუძვლებიც. მედიატორის პასუხისმგებლობის მთავრობის დადგენილების დონეზე განსაზღვრა გაუმართლებლად უნდა იქნას მიჩნეული. საჭიროა მხარეს ჰქონდეს კანონისმიერი საფუძველი, რომ მედიატორისგან მისი დარღვეული უფლების აღდგენა მოითხოვოს. ამასთან, სასურველია განისაზღვროს მედიატორის სამართლებრივი სტატუსი, რათა დავის შემთხვევაში მხარეს ჰქონდეს რეალური შესაძლებლობა შესაბამისი მომწესრიგებელი კანონის საფუძველზე მედიატორის მიმართ მოთხოვნა დააყენოს. წარმოდგენილი მსჯელობიდან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ სშკ-ში მედიაციის პროცედურის დანერგვა უმნიშვნელოვანესია თანამედროვე სოციალური ურთიერთობების შენარჩუნებისა და ურთიერთსასარგებლო შეთანხმების მიღებისათვის. მიუხედავად ამისა, კოლექტიური დავის განხილვისას, და შესაბამისად, მედიაციის, როგორც აბსოლუტურად პირთა ნებაზე დაფუძნებულ პროცესში, კანონმდებლის მიერ საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის მინისტრის ასეთი ფართო უფლებამოსილებები გაუმართლებელია. მინისტრის მიერ მედიატორის დანიშვნა მედიაციის არსს, მის პრინციპებს არსებითად ეწინააღმდეგება. მიუხედავად არსებული მონესრიგებისა, მნიშვნელოვანია ისიც, რომ არსებობს რეალური სამართლებრივი უზუსტობები, რაც, პრაქტიკული თვალსაზრისით, გარკვეულ პრობლემებს ქმნის. წინამდებარე სტატიაში წარმოჩენილი საკითხების გათვალისწინებით სასურველია მთელი რიგი საკანონმდებლო ცვლილებების სშკ-სა და მთავრობის დადგენილებაში ასახვა. სწორედ შესაბამისი მატერიალურსამართლებრივი საფუძვლების არსებობის შემთხვევაშია მედიაცია დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული და რეალურად ეფექტური საშუალება.

The Importance of Mediation as a Form of Alternative Dispute Resolution in the Process of Collective Labor Dispute Discussion and Settlement

1. Introduction

In the conditions of rising development of civil flow, labor cooperation issue settlement on a legislative level is becoming more and more important. In frequent cases, during labor legal relationship, the so-called subordinate cooperation,¹ on the account of giving advantage to the protection of one of the side's interests, the other side's personal interests are deteriorated. Similar kinds of cases are pretty common when an employer misuses his/her power (or uses it for evil purposes). With this regard, a certain rule for settling the dispute, which arises during labor cooperation, is significant. Considering its characteristics, the dispute arising during labor cooperation is rather complicated. Recent legislative changes reflected in Georgian Labor Code regarding the issue are particularly attention-grabbing.² As a result of the abovementioned changes in the code, the rule for collective dispute settlement arising on the basis of labor cooperation has been improved. Thus, by introducing ADR – mediation, the Georgian Labor Code became equal to democratic and social legislation, which will support social relationships among the people to be maintained and disputes to be appropriately settled (considering the interests of both dispute sides). The key aim of the article is the analysis of the changes implemented in the Georgian Labor Code regarding collective dispute resolution. At the end of the document legislative recommendations, which are desirable to be made in the Georgian Labor Code, will be presented.

2. The Essence of Collective Labor Contract

2.1. About labor law in general

Generally labor law can be discussed in the frames of the Common Law because labor cooperation is built on the basis of the contract signed by the sides without any violence (based on equality and their free will).³ A labor contract is an agreement signed between an employer and an employed individual and includes liabilities which, in accordance with the legislative norms, should be fulfilled by the sides.⁴

In modern doctrine, subordination principle is meant to be the key characteristic of the labor contract.⁵ This means the employed is under the subordination of the employer, though it is important that in Labor Law all the rights and characteristics of the Common Law are maintained. For instance, the principle of freedom

* Master Student, TSU Faculty of Law.

¹ *Kardava E.*, Justice Magazine, Issue N1, 2009, 220.

² June 12, 2013 Legislative Amendments – Georgian Labor Code Regulations. Despite changes, certain issues still remain problematic and more details needs to be unveiled.

³ *Zoidze B.*, European Private Justice Reception in Georgia, Tb., 2005, 178.

⁴ *Marlize V. J.*, The Validity of a Restraint of Trade Clause in South Africa as a Contractual Term in an Employment Contract, Texas Wesleyan Law Review, Vol. 10, 2003-2004, 173, <http://heinonline.org/HOL/Page?men_tab=srchresults&handle=hein.journals/twlr10&id=3&size=2&collection=journals&terms=CONTRACT|EMPLOYMENT|Contract|Employment&termtype=phrase&set_as_cursor=2#178>, [20.01.2014].

⁵ *Chachava S.*, Demands and Demand Base Competition, Tb., 2011, 113.

during contract signing is fully maintained.⁶ Thus, Labor Law is influenced by Private Law⁷ and the contract signing process is the same as considered by Private Law.⁸

2.2. Collective labor contract legal arrangement in the Georgian Labor Code

Chapter 3 of the Georgian Labor Code is about arranging a Labor Contract. According to the code, a collective contract is formed between one or more employers, one or more entities of employers and one or more entities of employed individuals.⁹ Besides this, to prove its authenticity a collective contract must be handwritten. A collective contract can be both permanent and temporary (by indicating the exact terms). Generally, before signing a collective labor contract, the employer and a group of employed individuals discuss and agree on contract conditions including salary, holidays, etc.¹⁰ Thus, generally, a collective contract is based on the same principles according to which individual agreements are signed. The only difference is that a collective contract must be handwritten. While signing such a contract the entity of the employed individuals act via representatives and the representation must be proved on the basis of a letter of indemnity.

3. Collective Dispute and Mediation

3.1. The essence of collective dispute

According to the Georgian Labor Code Article 47, part 6¹, the dispute raised as a result of collective labor cooperation can be resolved via agreeing procedures. Legal arranging of agreeing procedures is available in Article 48¹ in the Georgian Labor Code. The first paragraph of the abovementioned Article differentiates the procedures of direct negotiations and mediation, which is launched as a result of the statement made by the Ministry of Labour, Health and Social Affairs of Georgia. It is noteworthy that in case of dispute the sides can address the minister for mediation and ask him to appoint an independent, impartial person as a mediator.

Thus, this means that by collating interest values and making appropriate amendments to the law, the legislator made a step forward for maintaining social relationships between the dispute sides.

3.2. The essence of mediation in general

One of the most effective and ancient methods for dispute resolution is mediation. Mediation enables the conflict between the sides to be resolved by considering the interests of both sides without violating the law. The key aim of the regulation is to resolve the dispute between the sides fairly.¹¹

Mediation is an effective and innovative mechanism of conflict resolution. It means that the negotiation between the dispute sides should be conducted with the participation of the third, impartial person.¹² Thus, mediation is needed when the dispute cannot be resolved by the employer or the employed independently and the third, impartial, independent individual's interference is inevitable to conduct the process and assist the

⁶ *Amiranashvili G.*, *Discrimination Ban in Labor Cooperation*, Labor Justice (Articles), Tb., 2011, 143.

⁷ *Dzamikashvili D.*, *Labor Justice*, 2nd ed., Tb., 2009, 16

⁸ *Jorbenadze S.*, *Civil Code, Legal Institution's' Action towards Labor Code*. Justice Magazine, "Sarchevi", #1-2(3-4), 2012, 17.

⁹ *See*, Georgian Labor Code, Article 41, Para. 1.

¹⁰ *See* <<http://www.dummies.com/how-to/content/collective-bargaining-basics-labor-unions-negotiat.html>>, [20.01.2014].

¹¹ *Cipelius R.*, *Legal Methodology Theory*, 10th Adapted ed., Munich, 2006, 13

¹² *Iremashvili K.*, *Integrating Mediation in Law School Teaching Program*, Alternative Dispute Resolution, Tb., 2012, 7

sides to achieve an agreement.¹³ It is also noteworthy that in the process of mediation the sides openly talk about their demands and proposals regarding the issue discussed.¹⁴

3.3. The role of mediation in collective dispute resolution

As it was mentioned above, for the collective dispute resolution, the legislator introduced a method of mediation in the Georgian Labor Code. It is significant for the stages of mediation to be defined. The issue was approved by the Georgian Government Act issued on November 25, 2013 “On Approving Discussion and Resolution of Collective Dispute Arranging Procedures”. This Act settles the procedures of the mediator’s selection, appointing and other procedures as well.

3.3.1. The role of the state body (minister) in the mediation process

According to Article 4, Paragraph 9 of the Act, on any stage of negotiation, in order to achieve an agreement the collective dispute side has a permission to send a written address to the minister to start mediation and allot a mediator to be involved in the dispute discussion process. On the same day the information is delivered to the other dispute side as well. Thus, it becomes obvious that, unlike the conciliation procedure (direct negotiation) the mediation process is not obligatory and is fully based on the side’s initiative.

According to the Georgian Labor Code Article 48¹, Paragraph 4 and the so-called special ejection of the Act, in case of high interest from the public regarding the issue the minister can appoint a mediator without asking either of the dispute sides.¹⁵

As soon as the minister appoints a mediator to conduct the collective dispute mediation, the process is considered to be open. In frequent cases mediators can influence the dispute sides because of their personal characteristics and the relationships they have established with the dispute sides.¹⁶ According to the research, positive relationship with any of the sides can be highly influential.¹⁷ Considering this, the fact that the minister appoints a mediator must be considered as unreasonable. The above-mentioned imperative norm as if pushes the mediation process to failure. It is important to mention that the sides must participate in the dispute mediation process conducted by the mediator.

Mediation is a voluntary procedure and obligatory mediation is totally unacceptable, thus the sides must not be obliged to solve the dispute via mediation (if they do not have such desire).¹⁸ According to the Georgian Labor Code Article 48¹, paragraph 5, on any stage of the dispute the minister can quit the conciliation procedures. To underline the fact that mediation is voluntary, in European states, including Germany, only the dispute sides are able to quit the mediation process anytime if they think it is required.¹⁹

According to the Ordinance of the Government of Georgia Act Article 5, Paragraph 2, a mediator is selected by the administrative service from a special database, which includes the database of the persons with appropriate qualification. Having knowledge in a specific field of negotiations, mediators can be influential.²⁰ Thus, it is vitally important for a mediator to be appropriately selected from the abovementioned database. At

¹³ Mediation Legal Regulation Prospects in Georgia, ADR National Research Center, ed.: *G. Tsertsvadze*, Tb., 2013.

¹⁴ *Moore W. C.*, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, updated and revised 3rd ed., San-Francisco, 2003, 221.

¹⁵ Georgian Government Act N301, issued on November 25, 2013 – “On Proving a Rule of Discussing and Resolving Collective Disputes Agreement Procedures”, Article 4, Paragraph 10

¹⁶ *Moore W.C.*, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, updated and revised 3rd ed., San-Francisco, 2003, 387-388.

¹⁷ *Id.*, 388.

¹⁸ *Palo G., Trevor M. B.*, *EU Mediation Law and Practice*, Oxford, 2012, 140.

¹⁹ *Id.*, 141.

²⁰ *Moore W.C.*, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, updated and revised 3rd ed., San-Francisco, 2003, 388.

the same time, it will be good if the state provides trainings for mediators in order to make the mediation process more effective, impartial and competent for the dispute sides in the future.²¹ So, the Georgian legislation considering the issue is not acceptable, as the key conditions of the mediation process are violated. It is widely known that during the mediation process, as well as before it is launched, only the sides are authorized to choose a mediator. Thus, the so-called arranging/collating norm mentioned above is against the general principles of mediation. Paragraph 3 and the other following paragraphs of the abovementioned Article are also significant, especially those that are about impartiality of the mediator and interests conflict as well. Besides this, the Georgian Labor Code Article 47¹, paragraph 6 (1st part/beginning) includes a pretty much objectionable ejection regarding the sides' obligatory participation in the mediation process. It is known that during mediation, a side is able to announce quitting its participation in the process anytime he/she wants.²² Despite this the Georgian legislation reinforces the so-called obligatory mediation institute.

By considering all the above mentioned, certain difficulties regarding the mediation process itself will arise inevitably, which will by all means impede the mediation process and its development..

3.3.2. The rule for delivering a mediator's service fee

Article 6 of the Act includes the information regarding the rule of delivering a mediator's service fee. According to the Act, the service fee for the mediator appointed as a collective dispute arranger is delivered by the ministry. Besides this, according to Paragraph "G" of the same Article, mediation per diem totals GEL 60. It is worth to make out whether it is fair or not to ascertain a concrete amount of money to be paid to a/the mediator daily. According to the widespread opinion, a mediator should be paid considering the complexity of the case. According to this method, mediation process duration, time spent, case complexity and other circumstances will be considered. In General, mediation expenses should be less compared with court charges.²³ Thus appointing concrete amount of money as mediation per diem is not fair.

3.3.3. Mediator key liabilities

Article 7 of the Act defines the liabilities and duties of a mediator. According to paragraph 2 "A" subparagraph, in the frames of mediation a mediator must be impartial and unbiased while discussing the dispute issues. Before starting mediation, he/she must study the reason and details of the collective dispute. There is nothing abnormal in the regulation mentioned above, though a detailed legal analysis should be conducted. In the content of the subparagraph the liabilities and duties of a judge and a mediator are practically the same. The sentence – "A mediator must be impartial and unbiased while discussing the issue of his/her competence", means that a mediator is not just a conductor of negotiations and mediation, but an ordinary arbiter, who is busy making clear whose (which of the dispute sides) demand is more tenable. During the case discussion the mediator encourages the sides to achieve an agreement and, in this respect, he/she is extremely careful while fulfilling the duty. A mediator neither demands his/her opinions to be fully considered by the dispute sides nor controls the negotiation process but, on the contrary, he/she tries to provide mutual communication between the dispute sides and achieve the best result from conflict resolution viewpoint.²⁴ Thus, it can be said that the abovementioned subparagraph presents a mediator as a judge, which must be considered as a negative precedent in the mediation process and for the dispute sides as well.

Article 7 of the Act emphasizes some more liabilities and duties of a mediator. Of them the principle of privacy is the most significant (it is included in subparagraph "D" of paragraph 7). The Georgian Labor Code

²¹ *Palo G., Trevor M. B.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford, 2012, 142.

²² *Tsertsvadze G.*, Mediation, ADR (General Review), TSU Faculty of Law, ADR Methodology and Scientific Research Institute, Tb., 2010, Catalogue 264.

²³ <<http://www.cdnq.org/en/businessPartner/Epart5.html>>, [21.01.2014].

²⁴ *Roberts S., Palmer M.*, Dispute Processes, ADR and the Primary Forms of Decision-Making, 2nd ed., Cambridge, 2005, 171.

Article 48¹ paragraph 9 is about the principle of privacy as well. According to it the dispute mediator must not unveil the information or document which became available to him/her.²⁵ Besides the mediator, the dispute sides must also protect the principle of privacy. Unfortunately, neither the Georgian Labor Code nor the Act includes regulations for this. So, from the legal viewpoint this can lead to certain problems – if one of the sides violates the principle of privacy and the other side demands the damage caused by it to be compensated.

Generally, privacy assists a mediator to gain trust. In order to increase trust towards mediation, the law should strictly define the conditions of using the information received during the mediation process: mediation participant sides, mediator, as well as the persons involved in the process must not have a right to reveal the information received during mediation in court or arbitration. The law should forbid a mediator to make a speech regarding the mediation process in court or in any other institution.²⁶ In Spain, if the sides fail to achieve an agreement via the mediation process, they are deprived of the right to unveil private information received during the mediation in court.²⁷ Besides this, the issues which can be freely unveiled by the mediator must be defined as well.²⁸ If one of the sides or a mediator violates the principle of privacy (except the cases considered by law²⁹) he/she must be prosecuted. In the USA, a side is deprived of the right to demand mediation privacy protection in court if he/she has violated a similar liability before.³⁰ In frequent cases, as a rule, before mediation kicks off, the sides sign a privacy protection contract. This is a kind of guarantee that the information obtained during the mediation process will not be used in court.³¹

3.3.4. Legal basis of mediator responsibility

Article 7, paragraph 3 of the Act defines the general rule for the mediator's legal liabilities. The Georgian Labor Code Article 48¹ paragraph 9 is also important; it charges the mediator not to unveil the information obtained in the mediation process. It is also noteworthy that the law says nothing about the mediator's responsibility. Thus, the existence of the mediator's responsibility regulation in the government Act and not in the law cannot be reckoned as reasonable. The law should define the legal bases of the mediator's responsibility. This is important because if there is any dispute regarding the issue, the side should have real legal bases to protect his/her rights. The exigency of Article 7, paragraph 3 of the Act is important as according to it a mediator's responsibility is defined by the acting legislation. Thus, if a mediator violates the conditions of the contract signed by him/her, including the violation of the privacy principle, a side can demand a damage reimbursement from him/her.

In this particular case the issue connected with the demand's legal base needs to be solved. Besides this, considering a mediator's responsibility, if the mediation process fails, it is totally unacceptable to impose responsibility for this on the mediator.³² Georgian legislation does not pay attention to this issue. Besides this, it is significant to explain whether the mediator, appointed by the minister, is a public employee or not, and whether the same damage settlement norms are applicable to him /her as in the case of state officials (example: Criminal Law, Article 1005). The Georgian Labor Code and the Act say nothing regarding the issue.

²⁵ Compare: *Palo G., Trevor M. B.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford, 2012, 142.

²⁶ *Merabishvili A.*, Legal Bases of Mediation (General Review), TSU MA Thesis, Tb., 2011, 19.

²⁷ <<http://www.spanish-law.net/mediation.asp>>, [18.01.2014].

²⁸ *See*, Uniform Mediation Act (last revised or amended in 2003 with prefatory note and comments), National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 10.12.2003, Art. 7.

²⁹ EU directive Article 7 see: 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.

³⁰ *Tsertsvadze G.*, Mediation, ADR (General Review), TSU Faculty of Law, ADR Methodology and Scientific Research Institute, Tb., 2010, 53.

³¹ *Okropiridze B.*, Mediation – Novelty in Modern Georgian Law and its Implementation Prospects on the Base of International Experience, ADR, Tb., Catalogue 2012, 31.

³² *Tsertsvadze G.*, Mediation, ADR (General Review), TSU Faculty of Law, ADR Methodology and Scientific Research Institute, Tb., 2010, Catalogue 264,

Thus, considering all this it is possible to define the legal bases for the mediator's responsibility. According to one of the opinions expressed in the doctrine, while defining a mediator's responsibility, the following things must be considered: a) Are the liabilities considered by a mediation contract violated and how is it expressed? b) Are there any traces of the mediator's fault in the violation? d) Are there any damages? e) Is there any connection between the damage and contract violation³³. If there is an ordinary civil procedural contract formed between the mediator and the sides, it is obvious that in case of contract violation, a base for a demand will be the regulations included in the contract itself.

As a result of legal analysis of the Georgian Labor Code and the Act, it becomes obvious that a mediator, appointed by the Georgian Minister of Labor, Healthcare and Social Affairs, does not sign a contract with the dispute sides regarding mediation. Thus, in such case, if a mediator violates the privacy principle, it is difficult to define the issue of his/her liability.

4. Conclusion

Considering the abovementioned practice several issues can be distinguished. First of all, one of the legislative recommendations must include that the rule of appointing a mediator by the Georgian Minister of Labor, Healthcare and Social Affairs should be changed and this process should be conducted by the sides. The sides must have a right to choose a mediator during the dispute resolution. Besides this, the minister must not have a right to quit the mediation process, as only the sides are able to make such a decision. Defining a mediator's service fee is also a significant issue. It is better for the mediation service fee to be paid considering the complexity of the case. Article 7 of the Act includes important information as well. Paragraph 2 subparagraph "A" of the Article should also be edited and it must say that - a mediator is an independent, agreement-oriented person who conducts the mediation process and not a judge (as the current version of the Article says).

The privacy issue needs to be regulated as well. It would be better if together with the mediator, dispute sides were also responsible for protecting privacy. Besides this, in case of privacy principle violation, the law should regulate the damage reimbursement issue.

It is necessary to define the legal basis for a mediator's responsibility as well. Defining a mediator's responsibility on the basis of the government act is unacceptable. It is important for a side to have a base for demanding his/her violated right to be restored by the mediator's assistance. Besides this, it is crucial to define the legal status of the mediator. This is significant because in case of a dispute a side must have a real chance to demand assistance from a mediator, which will be regulated by the appropriate mediation law.

Considering the abovementioned discussion, it is obvious that introducing the mediation procedure into the Georgian Labor Code is pretty much important for maintaining modern social relationships and achieving mutual agreement as well. Despite all this, the Minister's interference in the collective dispute discussion process is totally unacceptable. The appointment of a mediator by the minister is against the essence of the mediation itself. Besides the existing regulations there exist real legal mistakes, which create certain problems in the further process. Considering the abovementioned document it will be good to make changes in the Georgian Labor Code and the government act as well. Only in case of making changes mentioned above, mediation will appear effective and real for dispute resolution.

³³ *Gabriel S.*, Die Haftung des Mediators im schweizerischen Rechtssystem, "Stämpfli", Bern, 2008, 138. Indicated, *Tsertsvadze G.*, Mediation, ADR (General Review), TSU Faculty of Law, ADR Methodology and Scientific Research Institute, Tb., 2010, Catalogue 265.

Party-Appointed Arbitrators: Past, Present and Future

1. Introduction

International arbitration is founded on the predominant principle of party-autonomy.¹ The role and importance of this principle in arbitration proceedings is very clearly exemplified by the parties' right to agree on the selection method of arbitral tribunal.² Several possible scenarios for the appointment of arbitrators can be employed, such as: random selection from a list of names; appointment made by the arbitral institution; joint and consensual decision of the parties; unilateral appointment by the parties, etc.³ Mandatory legal provisions do not impose any significant restrictions on the appointment method. According to Articles 34 and 36 of UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and Article V of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, the only regulation that needs to be observed is that the arbitration agreement shall give equal possibilities to the parties in the appointment process. There is a widely established and prevailing contemporary practice that the arbitral tribunal consists of three arbitrators, two of which are unilaterally selected by the disputing parties and a presiding arbitrator is appointed by the party-appointed arbitrators.

In the last few years, however, the existing practice of unilateral appointment has been challenged by several distinguished arbitration practitioners and became a very hot topic in the arbitration world. In 2010, Professor Jan Paulsson delivered his inaugural lecture at the University of Miami, School of Law entitled "*Moral Hazard in International Dispute Resolution*" and criticized the existing practice of unilateral appointment as creating "*moral hazard*" in arbitral proceedings.⁴ This famous speech was soon followed by the contribution of Professor Albert Jan van den Berg, where he presented striking statistical data from investment arbitration that nearly all dissenting opinions were prepared by the arbitrator appointed by a losing party and the arbitrator has never dissented from the position of his/her appointer.⁵ Therefore, Professor Paulsson suggested the appointment of each arbitrator by both parties or by a neutral body, while Professor van den Berg argued for the observance of the principle "*nemine dissentiente*" by party-appointed arbitrators. Later, the existing system was vigorously defended by a number of equally pre-eminent scholars and practitioners, including Judge Charles N. Brower, Johnny QC Veeder, Alexis Mourre etc. In 2012, the International Arbitration Survey was conducted by Queen Mary University of London and White & Case, which disclosed that significant majority of respondents (76%) prefer unilateral selection of

* Master of Law.

¹ Redfern A., Hunter M., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd ed., London, 1999, 131-132.

² Mistelis L., Baltag C. M., Trends and Challenges in International Arbitration: Two Surveys of In-House Counsel of Major Corporations, 2 *World Arbitration and Mediation Review* 83, 2008, 94; Kapeliuk D., The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators, 96 *Cornell Law Review* 47, 2010, 60; Finizio S., Salas C., It's my party, *CDR Commercial Dispute Resolution*, <<http://www.cdr-news.com/categories/expert-views/its-my-party>>, [27.12. 2013] (hereinafter *Finizio/Salas*).

³ Redfern A., Hunter M., Blackaby N., Partasides C., *Redfern & Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, USA, 5th ed., 2009, paras: 4.29-4.37, (hereinafter *Redfern/Hunter*).

⁴ Paulsson J., *Moral Hazard in International Dispute Resolution*, Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair University of Miami School of Law, 29 April 2010, reprinted in: *Transnational Dispute Management*, Vol. 8, Issue 2, 2011 (hereinafter - *Paulsson*).

⁵ Albert Jan van den Berg, Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration in: Mahnouch Arsanjani et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honour of W. Michael Reisman*, Brill Academic, 2011 (hereinafter *Albert Jan van den Berg*).

the two co-arbitrators in a three-member tribunal.⁶ Therefore, based on the results of the survey, it was concluded that the arbitration community generally disapproves the proposal calling for an end to unilateral party appointments.⁷

The purpose of the present contribution is to bring this famous debate to the Georgian arbitration community and start a discussion about the advantages and disadvantages of party-appointed arbitrators. It will first consider historical origins of the present system (Section 1) and will review the obligations of independence and impartiality owned by the arbitrators (Section 2). Then the arguments presented by the critics of unilateral appointments (Section 3), as well as, the position advanced by the supporters of the present system will be analyzed (Section 4). Finally, the article will discuss possible solutions which can accommodate the existing concerns (Section 5). This contribution aims to provide a general overview of the topic and it has no intention to cover all the complexities involved in the constitution of the arbitral tribunals.

2. Historical Origins

The basic paradigm of contemporary international arbitration provides the right of each party to unilaterally appoint its arbitrator and to jointly agree on a presiding arbitrator.⁸ Such practice has been used for centuries and its historical origins can be traced back to international conventions concluded in the 18th and 19th centuries, which expressly provided for such unilateral appointments by contracting parties.⁹ The earliest examples from modern history of the use of a tribunal to resolve an international dispute envisaged the parties' right to unilaterally appoint the arbitrators. Such provision was included in the Jay Treaty concluded between the United States and Great Britain in 1794¹⁰ and in the Treaty of Washington concluded in 1871 between the same parties.¹¹

The Treaty of Washington led to the well-known Alabama Claims arbitration which took place in Geneva in 1872, and it is regarded as an origin of modern international arbitration. At the annual meeting of the American Society of International Law in April 2013, a British arbitrator Johnny QC Veeder delivered an inaugural Brower lecture "*The Historical Keystone to International Arbitration: the Party Appointed Arbitrator – from Miami to Geneva*" and referred to the Alabama claims arbitration to justify the role of party-appointed arbitrators.¹² This dispute concerned the period of the U.S. Civil War, when several Confederate Ships, including the ship Alabama, were constructed in the territory of Great Britain. The United States considered that the duty of neutrality was breached through such conduct and requested the compensation of damages caused by these ships from Great Britain. The parties agreed to resolve the disagreement through arbitration. The panel was comprised of five arbitrators, one chosen by the parties and three appointed by the sovereigns: the King of Italy, the Emperor of Brazil, and the President of the

⁶ Friedland P., Brekoulakis S., International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, Queen Mary University of London, 2012, 5, <<http://www.arbitrationpractices.whitecase.com/>>, [27.12.2013], (hereinafter *Queen Marry Survey*).

⁷ Ibid.

⁸ Schneider M. E., President's Message: Forbidding unilateral appointments of arbitrators – a case of vicarious hypochondria?, 29(2) ASA Bulletin 273, 2011, 273 (hereinafter *Schneider*).

⁹ Ibid; Brower Ch. N., The (Abbreviated) Case for Party Appointments in International Arbitration, Newsletter, American Bar Association, Section of International Law, 2013, Vol. 1, Issue 1, 10 (hereinafter *Brower*).

¹⁰ Treaty of Amity, Commerce and Navigation, London, 19 November 1794, Articles V-VII.

¹¹ Treaty of Washington, 1871, Article I.

¹² Veeder J.QC, A History of Party-Appointed Arbitrators "from Miami to Geneva", Inaugural Charles N. Brower Lecture on International Dispute Resolution, <<https://www.youtube.com/watch?v=BIgnALvoEIE>>, [27.12.2013]; Carter E., Inaugural Brower Lecture, Johnny Veeder Sets Out History Advantages of Party-Appointed Arbitrators, ASIL Cables, 7 April 2013, <<http://69.195.124.65/~asilcabl/2013/04/07/in-inaugural-brower-lecture-johnny-veeder-sets-out-history-advantages-of-party-appointed-arbitrators/>>, [27.12.2013] (hereinafter *Carter*); Sebastian P., Party appointments are "keystone" of arbitration, says Veeder, Global Arbitration Review, 2013 (hereinafter *Sebastian*).

Swiss Confederation. Johnny QC Veeder underlined the role played by the two party-appointed arbitrators and declared that they ensured that the Alabama Claims arbitration was not suspended. He stated that due to the skills and drive of party-appointed arbitrators, the arbitration was saved and the war was averted. Mr. Veeder suggested that such active involvement will not and shall not take place in the modern times, but the existence of a party-appointed arbitrator gives the feeling of “ownership” to the party over the arbitral process.¹³

The right of parties to appoint the arbitrator was subsequently included in the Hague Conventions of 1899¹⁴ and the Hague Convention of 1907.¹⁵ Furthermore, the very first bilateral investment treaty, the Germany-Pakistan BIT of 1959, as well as, the first BIT providing for investor-State arbitration, the Netherlands-Tunisia BIT of 1963, provided for party-appointed arbitrators.¹⁶

Nowadays the parties’ right to appoint an arbitrator unilaterally is included in most BITs, all major international arbitration rules and the majority of domestic arbitration laws, including the UNCITRAL Model Law.¹⁷ This extensive historical background and the current practice indicate that the right of the parties to appoint the arbitrators has become an established principle in international arbitration.¹⁸

3. Duties of Independence and Impartiality

The arbitration rules and treaty law universally require that an arbitrator shall be neutral, impartial and independent.¹⁹ These traits are essential for the integrity and legitimacy of the arbitral process and its outcome, since arbitrators make a binding decision, which is subject to minimal judicial review. The fundamental purpose of the duties of impartiality and independence is to ensure that the arbitrator is unbiased and fair-minded. National laws and arbitration rules are rather general and do not provide a specific standard of compliance with these duties.²⁰ According to Article 12(2) of the UNCITRAL Model Law, *an arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence*. The case-law of national courts does not set the standard of impartiality and independence either, since they are applied differently from jurisdiction to jurisdiction and are highly fact-specific.²¹ The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration further states that *every arbitrator shall be impartial and independent of the parties at the time of accepting an appointment*

¹³ Ibid.

¹⁴ 1899 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, 29 July 1899, Articles 24, 32.

¹⁵ 1907 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, 18 October 1907, Articles 45, 87.

¹⁶ *Brower*, supra note 9, 2; Treaty for the Promotion and Protection of Investments between Pakistan and Federal Republic of Germany, 25 November 1959, Article 11(3)(b); Treaty for the Promotion and Protection of Investments between Netherlands and Tunisia, Article 8.

¹⁷ UNCITRAL Arbitration Rules, 2010, Article 9(1); UNCITRAL Arbitration Rules, 1976, Article 7(1); Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Article 13(3); International Chamber of Commerce Arbitration Rules, 2012, Article 12(4); International Chamber of Commerce Arbitration Rules, 1998, Article 8(4); International Centre for Dispute Resolution (ICDR) Arbitration Rules, Article 6; International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention, Article 37(2)(b); International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Arbitration Rules, Article 3(1); UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 2006, Article 11(3).

¹⁸ *Brower*, supra note 9, 11.

¹⁹ International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention, Article 14(1); International Chamber of Commerce Arbitration Rules, Article 7(1); London Court of International Arbitration (LCIA) Rules, 1998, Article 5(1); UNCITRAL Arbitration Rules, 2010, Article 9.

²⁰ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 2006, Article 12(2); French Code of Civil Procedure, Article 1456; English Arbitration Act 1996, Section 24(1)(a); Swiss Private International Law Act, Article 180(1)(c); UNCITRAL Arbitration Rules, 2010, Article 11; International Chamber of Commerce Arbitration Rules, 2012, Article 11; London Court of International Arbitration (LCIA) Rules, 1998, Article 5; Swiss Rules of International Arbitration, 2012, Article 9.

²¹ *Melanie van Leeuwen*, Pride and Prejudice in the Debate on Arbitrator Independence, in *Christoph Müller and Antonio Rigozzi* (eds) *New Developments in International Commercial Arbitration*, 2013, 9 (hereinafter *Melanie van Leeuwen*).

and shall remain so during the entire arbitration proceeding. The IBA Guidelines obligates the arbitrator to decline an appointment or withdraw from arbitration in case he or she is unable to be impartial and independent.²² Besides, an arbitrator shall disclose the existence of any circumstances that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence.²³ The majority of legal scholars consider that the impartiality requirement is a subjective standard, which obliges the arbitrator to hear and judge the case in a neutral, unbiased, fair-minded manner, without prejudice with respect to any of the disputed issues and without predisposition towards any of the disputing parties.²⁴ On the other hand, independence refers to an objective standard that aims to ensure that unacceptable external relations or connections between an arbitrator and the parties or counsel involved in arbitration proceedings do not exist.²⁵

According to the established standard, each arbitrator, whether party-appointed or not, is bound by the same duty of impartiality and independence.²⁶ For example, in ICSID arbitration, all members of the tribunal sign the same oath. It is suggested, however, that there is a clear practical difference between the panel, the members of which have been appointed by an arbitral institution, and the three-member tribunal, composed of two party-appointed arbitrators and a president.²⁷ The results of Queen Marry Survey, which was provided above, further strengthens this presumption, since the survey showed that the parties have more confidence and expectations in arbitrators who they appoint unilaterally.²⁸

Although it is generally agreed that the party-appointed arbitrators must comply with the same obligations of impartiality and independence,²⁹ the United States followed a different approach and a number of state laws and arbitration rules have historically distinguished between party-appointed arbitrators, referred to as "non-neutrals", and sole or presiding arbitrators, who are referred to as "neutrals". The partisan arbitrators were institutionalized and accepted in a number of U.S. states in the past and the different standards were set for party-appointed arbitrators and for sole and presiding arbitrators.³⁰ Some of the authors even referred to the party-appointed arbitrators as "judge advocates", thus undermining their perceived neutrality.³¹ This approach is being abandoned in the US and currently the same requirements of

²² International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 22 May 2004, General Standard (2)(a).

²³ International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 22 May 2004, Explanation to General Standard 2(b).

²⁴ *Melanie van Leeuwen*, supra note 21, 10; *Bishop D., Reed L.*, Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration, *Arbitration International*, Vol. 14, Issue 4, 1998, 398-399 (hereinafter *Bishop/Reed*); *Lew J., Mistelis L., Kröll S.*, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, 258-261; *Gaillard E., Savage J.*, (eds), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, 561-565; *Born G.*, International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2009, 1473-1474; *Redfern/Hunter*, supra note 3, 326-328.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 22 May 2004, General Standard 1; UNCITRAL Arbitration Rules, 2010, Article 11; International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Arbitration Rules, Article 6; International Chamber of Commerce Arbitration Rules, 2012, Article 11; London Court of International Arbitration (LCIA) Rules, 1998, Article 5; Swiss Rules of International Arbitration, 2012, Article 9.

²⁷ *Melanie van Leeuwen*, supra note 21, p. 2.

²⁸ *Ibid.*; *Queen Marry Survey*, supra note 6.

²⁹ *Paulsson*, supra note 4, 13; *Brower Ch., Rosenberg Ch.*, The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded, *Arbitration International*, Vol. 29, Issue 1, 2013, 14 (hereinafter *Brower/Rosenberg*).

³⁰ *Davis K. C.*, Administrative Law Treatise, St. Paul, 1958, 157; *Arnold T.*, The Unacceptable Common Partiality of "Neutral" Party Appointed Arbitrators, 1996 Chartered Institute of Arbitrators' conference, 5; *Farber E. I.*, The Role of the Neutral in Party-Appointed Arbitrations, *Outside Counsel*, 2002; *Del Monte Corp. v. Sunkist Growers, Inc.*, 10 F.3d 753, 11th Circuit 1993, 760.

³¹ *Garmisa S. P.*, Reexamining Built-In Bias of Party-Appointed Arbitrators, *Chicago Daily Law Bulletin*, 11 March 2002, 48; *Reisman M.*, International Decision: Eritrea-Yemen Arbitration (Award, Phase II: Maritime Delimitation), 94 *American Journal of International Law* 721, 2000, 736; *Simpson J. L., Fox H.*, *International Arbitration: Law and Practice*, Praeger, 1959, 88.

impartiality and independence are applied in the same manner for both groups of arbitrators.³² However, the different perceptions about the role of party-appointed arbitrator still exist between the scholars and practitioners from the U.S. and the rest of the world.³³ Moreover, one of the leading text-books in the field of international arbitration states that it is not improper for a party-appointed arbitrator to ensure that the tribunal properly understands the case being advanced by the party who appointed him or her.³⁴ Such examples indicate that although the duties of impartiality and independence are widely accepted, it is still considered that the role of a party-appointed arbitrator differs from other members of the panel.

4. Critics of Unilateral Appointment

Concerns related to the impartiality and independence of the party-appointed arbitrators has been raised from time to time.³⁵ As it was mentioned above, Professor Jan Paulsson revived this debate on 29 April 2010, when he delivered his inaugural lecture “*Moral Hazard in International Dispute Resolution*” at the University of Miami School of Law and proposed the abolition of unilateral party-appointments altogether in order to avoid arbitrator-bias. He questioned the impartiality of party-appointed arbitrators and argued that such a practice jeopardizes and undermines the integrity of the whole arbitral process.³⁶ Professor Paulsson argued that many arbitrators are inclined to assist the party, which appointed them.³⁷ He described several striking examples of such conduct. In the *Loewen* case, there was a dispute between the Canadian investor and the United States. The U.S. Department of Justice unilaterally appointed a former federal judge as a member of the tribunal in this proceeding.³⁸ The United States won the case and several years later the dispute became a subject of wide discussion. At a symposium the arbitrator appointed by the United States disclosed the meeting with the state officials prior to his appointment, where he was told: “*if we lose this case, we could lose NAFTA*”. He also remembered his answer: “*if you want to put pressure on me, then that does it*”. Based on the influence which was disclosed several years later, Professor Paulsson concluded that the particular dispute was not adjudicated by an impartial and independent tribunal.³⁹

In the speech Jan Paulsson advocated forbidding or at least rigorously policing the practice of unilateral appointments.⁴⁰ He argued that the freedom of unilateral selection of the arbitrators by the parties led to “*moral hazard*”, since a party-appointed arbitrator, in pursuit of his personal commercial interest, will rule in that party’s favor as opposed to deciding the matter objectively.⁴¹ Professor Paulsson proposed

³² American Bar Association Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, 2004.

³³ *Lieberman S. H.*, Something’s Rotten in the State of Party-Appointed Arbitration: Healing ADR’s Black Eye that is “Nonneutral Neutrals”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 5:215, 2004, 243.

³⁴ *Redfern/Hunter*, supra note 2, 239.

³⁵ *Melanie van Leeuwen*, supra note 21, 4; *Scott R. A.*, On Integrity in Private Judging, *Arbitration International*, *Arbitration International*, Vol. 14, Issue 2, 1998; *Bishop/ Reed*, supra note 24; *Mosk R.*, *Ginsberg T.*, Dissenting Opinions in International Arbitration, in *Liber Amicorum Bengt Broms*, Finnish Branch of the International Law Association, Helsinki, 1999; *Redfern A.*, Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly, *Arbitration International*, Vol. 20, 2004 (hereinafter *Redfern*); *Kirby J.*, With Arbitrators, Less Can Be More: Why the Conventional Wisdom on the Benefits of Having Three Arbitrators May Be Overrated, *Journal of International Arbitration*, Vol. 26, Issue 3, 2009; *Rogers C. A.*, Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct, *Transnational Dispute Management*, Vol. 8, Issue 1, 2011.

³⁶ *Paulsson*, supra note 4, 3-4; see also: *Paulsson J.*, Are Unilateral Appointments Defensible?, available at: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/04/02/are-unilateral-appointments-defensible/> (last accessed on 27 December 2013).

³⁷ *Paulsson*, *ibid.*, 7.

³⁸ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID (NAFTA), Case No. ARB(AF)98/3, Award on Merits, 26 June 2003.

³⁹ *Paulsson*, supra note 4, 9.

⁴⁰ *Paulsson*, *ibid.*, 11.

⁴¹ *Paulsson*, *ibid.*, 10.

three alternative methods of appointment: (i) all members of a tribunal are jointly appointed by the parties; (ii) all members of a tribunal are appointed by an arbitral institution; or (iii) the parties can unilaterally select arbitrators from a pre-existing list of qualified arbitrators selected by an arbitration institution.⁴² Jan Paulsson's lecture gave rise to a considerable debate whether parties should retain the right to select the tribunal to determine their dispute. He received a strong support from distinguished members of the arbitration community.⁴³

Professor van den Berg continued the critique of the party-appointed arbitrators and specifically referred to the dissenting opinions issued by unilaterally appointed members of the tribunal. He analyzed 150 publicly reported awards in investment arbitration. Out of these decisions dissenting opinions were issued in 34 cases, nearly all of which was prepared by the arbitrator appointed by the losing party.⁴⁴ Similar statistics was disclosed by Mr. Alan Redfern in 2003 with respect to commercial arbitration when he showed that out of the 24 dissenting opinions issued in ICC arbitrations in 2001, 22 dissents were in favor of the appointing party.⁴⁵

Professor van den Berg argued that the dissents by party-appointed arbitrators may hinder the deliberative process since the prejudiced arbitrator will not engage in a meaningful dialogue about the case and the other members of the tribunal will not take the advocate-arbitrator seriously.⁴⁶ He concluded that the root of the problem is the method of unilateral appointments which makes the arbitrators dependent on the parties that appointed them. Therefore, he suggested the abolition of unilateral appointment system or introduction of the principle: *nemine dissentiente*.⁴⁷

Professor Hans Smit of Columbia University referred to the concept of party-appointed arbitrators as a "*pernicious institution*" and proposed its abolition or acknowledgement of the fact that such arbitrators were the advocates of the party.⁴⁸ He argued that it is a counsel's duty to appoint someone who is most likely to obtain the best result for the client, while an arbitrator's personal incentive is to secure reemployment by providing his or her party with a favorable outcome. Professor Smit further stated that the arbitrators might rule against the party that appointed them in exchange for a compromise by the other members of the tribunal, who are usually interested in obtaining unanimous awards. Such a bargain does not serve the principle of fairness and the presence of a partisan arbitrator on a panel will normally reduce, if not eliminate, the free exchange of ideas among the members of the tribunal. Professor Smit stated that many, if not most, of party-appointed arbitrators respond to their personal incentives and become, to a certain extent, party advocates within a system that expects them to behave objectively.⁴⁹

The above-mentioned arguments clearly summarize why the authors consider that the system of party-appointed arbitrators is flawed and that it creates, in the words of Jan Paulsson, a "*moral hazard*". Therefore, if international arbitration wishes to offer a credible alternative to litigation before the state

⁴² Paulsson, *ibid*, 16.

⁴³ Albert Jan van den Berg, *supra* note 5; Smit H., The Pernicious Institution of the Party-Appointed Arbitrator, Columbia FDI Perspectives, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, No. 33, 2010 (hereinafter *Smit*); Nassib Z., L'éthique et l'arbitrage en matière d'investissement: grandeur et misère de la fonction d'arbitre, *Revue de l'arbitrage*, 2012.

⁴⁴ Albert Jan van den Berg, *supra* note 5; 825; Franck S., Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration, 80 North Carolina Law Review 1, 2007, 77.

⁴⁵ Redfern, *supra* note 35, 223-242.

⁴⁶ Albert Jan van den Berg, *supra* note 5, 829; see also: Derains Y., La pratique du délibéré arbitral, in Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Rober Briner 221, 2005, 224.

⁴⁷ Albert Jan van den Berg, *supra* note 5, 831; see also: Derains Y., The Deliberations of the Arbitral Tribunal — "Retour au délibéré arbitral", in The Resolution of the Dispute - from the Hearing to the Award: ASA Special Series, No. 29, 2007, 16.

⁴⁸ Smit, *supra* note 43, 2.

⁴⁹ *Ibid*; Slaoui F.Z., The Rising Issue of "Repeat Arbitrators": a Call for Clarification, *Arbitration International*, Vol. 25, 2009, 103-119.

courts, it should satisfy the same standard by ensuring that arbitrators are unbiased adjudicators, judging disputes on their merits only.⁵⁰

Even in case the apparent arbitrator bias is absent, it is clear that the lawyers representing the party will always try to appoint an arbitrator who is going to be sympathetic and responsive to the arguments advanced by that party.⁵¹ As it was clearly mentioned in one recent ICSID case involving the challenge to an arbitrator because of his academic writings: “No arbitrator and, more generally, no human being of a certain age is, in absolute terms, independent and impartial. Simply put, every individual is conveying ideas and opinions based on its moral, cultural, and professional education and experience”.⁵² The lawyers will certainly try to explore the ideas and opinions of prospective arbitrator and use it for the advantage of their client.

Recently published statistical data clearly suggests that the parties of the arbitration proceedings increasingly challenge the arbitrators unilaterally appointed by the other party. Out of 26 published ICSID decisions on challenges to arbitrators, 24 have been since 2007, and there have been a number of headlines concerning the resignations of prominent arbitrators in several cases.⁵³ The reasons of challenges vary and they include “issue conflicts,” i.e. allegations that prior positions taken by the arbitrator reflect a predetermined view on a specific issue in dispute, or because of repeated appointment of an arbitrator by the same party or counsel.⁵⁴ The growing number of such challenges clearly indicates that there is a problem with the existing system of party-appointed arbitrators and this problem needs to be solved.

5. Supporters of Unilateral Appointment

The proposal to abolish the existing practice of unilateral appointment was met with fierce criticism from equally distinguished members of arbitration community.⁵⁵ A vigorous response defending the use of party-appointed arbitrators and rebutting “*vicarious hypochondria*”⁵⁶ to change the system was presented by the eminent arbitral scholars and practitioners led by Judge Charles Brower.⁵⁷

In the article published by Charles Brower and Charles Rosenberg, the authors referred to the proposal made by Jan Paulsson as “*wrongheaded*” and declared that the fundamental right to appoint the arbitrator is one of the most attractive aspects of arbitration as an alternative to domestic litigation.⁵⁸ They submitted that such a right constitutes a basic principle of arbitration, which dates back to State-to-State and investor-State arbitration from 1794. It was further stated that if an arbitrator has an actual bias in favor of a particular party, he or she shall be dismissed on the basis of the General Standard set by Article 2(a) of the IBA Guidelines. The authors considered, however, that it is acceptable if the arbitrator is selected based on particular past judicial or professional track record, where he or she analyzed a particular subject matter

⁵⁰ *Mosk/Ginsburg*, Dissenting Opinions in International Arbitration, 15 MEALEY'S International Arbitration Report 6, 2000, 9.

⁵¹ *Ibid*; *John Uff CBE QC*, Party-Appointed Arbitrators: What Is Their Proper Role?, <<http://www.mondaq.com/x/267544/Arbitration+Dispute+Resolution/PartyAppointed+Arbitrators+What+Is+Their+Proper+Role>>, [27.12.2013].

⁵² *Urbaser S.A. v Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Claimants' Challenge of Professor Campbell McLachlan, 2010, para. 40.

⁵³ *Finizio/Salas*, supra note 2.

⁵⁴ *Ibid*.

⁵⁵ *Brower/Rosenberg*, supra note 29; *Mourre A.*, Are unilateral appointments defensible? On Jan Paulsson's moral hazard in international arbitration, Kluwer Arbitration Blog, 2010, <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/10/05/are-unilateral-appointments-defensible-on-jan-paulsson%E2%80%99s-moralhazard-in-international-arbitration/>>, [27.12.2013] (hereinafter *Mourre*); *Carter*, supra note 12.

⁵⁶ *Schneider*, supra note 8, 273.

⁵⁷ *Brower/Rosenberg*, supra note 29; *Matthews J. M.*, Difficult Transitions Do Not Always Require Major Adjustment – It's Not Time to Abandon Party-Nominated Arbitrations in Investment Arbitration, 25 ICSID Review 356, 2010; *Branson D.*, Sympathetic Party-Appointed Arbitrators: Sophisticated Strangers and Governments Demand Them, 25 ICSID Review 367, 2010; *Schneider*, supra note 8; *Mourre*, supra note 55.

⁵⁸ *Brower/Rosenberg*, supra note 29, 8.

and took a particular position on relevant issues.⁵⁹ They stressed that the parties shall have confidence in the tribunal as a collegial body, which cannot be achieved if the parties have not participated in the constitution of the tribunal.⁶⁰

Charles Brower and Charles Rosenberg further responded to the concerns raised by Professor van den Berg about the dissenting opinions and stated that dissenting opinions offer a unique tool to produce better arbitral awards, given that a dissent is likely to bear out the weaknesses in the majority's decision and thereby force the majority to redress such weaknesses in the factual and legal foundation of its decision.⁶¹ They submitted that dissenting opinions by party-appointed arbitrators should be viewed as the reflection of their shared outlook with the party who appointed them, rather than the dependency or fear to alienate such a party. Therefore, it was concluded that party-appointed arbitrators and their ability to express dissenting opinions contributes to the perceived legitimacy of the arbitration process and changing the status quo would impede the further development of the field.⁶²

At the inaugural Brower lecture mentioned above Johnny QC Veeder also supported the existing practice of party-appointed arbitrators and dissenting opinions thereof.⁶³ He declared that the system of party-appointment is "*the keystone of international arbitration and that we should be wary of abandoning a well-established tradition without cause*".⁶⁴ Mr. Veeder responded to the arguments raised by Professor van den Berg about the dissenting opinions and stated that a good dissent is the sign of health intellectual vigor within arbitral deliberations, rather than evidence of any fatal malady in the system of party appointed arbitrators.⁶⁵

The proposal of Jan Paulsson was also criticized by the French lawyer Alexis Mourre in the article published on Kluwer Arbitration Blog.⁶⁶ These eminent practitioners further debated this issue at the specialist seminar organized by London School of Economics and Political Science.⁶⁷ Mr. Mourre stated the selection of arbitrators provides a certain degree of control over the arbitral proceedings to the parties.⁶⁸ According to him, parties select arbitrators based on their reputation, and any inappropriate influences are ultimately counterproductive in the deliberative process as biased arbitrators will appear in the minority of the tribunal members.⁶⁹

Professor Giorgio Sacerdoti continued the defense of the existing system of party-appointed arbitrators and stated that the right to select the tribunal distinguishes arbitration from litigation and gives a possibility to appoint arbitrators that would reflect the expectations of the appointing party by nationality, language, culture, legal and technical expertise.⁷⁰ He argued that there are the safeguards which can ensure that the unilaterally appointed arbitrators do not abuse their powers, in particular:

- the general recognition that arbitrators are not agents of the parties appointing them but rather trustees who have to decide the dispute fairly;
- the power of courts to control whether basic rules of due process have been respected during the arbitral proceedings;

⁵⁹ Ibid, 17.

⁶⁰ Ibid, 14.

⁶¹ Ibid, 34.

⁶² Ibid, 32.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ *Sebastian*, supra note 12, 4.

⁶⁵ *Carter*, supra note 12, 2.

⁶⁶ *Mourre*, supra note 55.

⁶⁷ "Unilaterally Appointed Arbitrators - A Good Idea?" Debate between Alexis Mourre (Castaldi Mourre Paris) and Professor Jan Paulsson (LSE), 24 November 2010, <<https://www.youtube.com/watch?v=DeTK-rUb6fU>>, [27.12.2013].

⁶⁸ *Mourre*, supra note 55.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ *Sacerdoti G.*, Is the party-appointed arbitrator a "pernicious institution"? A reply to Professor *Hans Smit*, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, No. 35, 2011, 2.

- the existing best practices, e.g. the IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration of 1994, which are becoming the accepted standard.

Professor Giorgio Sacerdoti further submitted that such right enhances the chances of acceptance of the ultimate award by the parties and criticized the alternatives of unilateral appointment, in particular, appointment by institutions. He stated that in such case international commercial arbitration would lose one of its fundamental features turning to becoming a kind of international quasi-judiciary mechanism.⁷¹

Based on all the abovementioned, there are two main arguments raised by the supporters of party-appointed arbitrators: first concerns the parties' right to actively participate in the selection of arbitral tribunal and subsequent legitimacy of the award, while the second underlines the contributions which a party-appointed co-arbitrator can provide during the arbitral process. It is suggested that such an arbitrator might have specific local knowledge leading to the ability to clarify the procedural expectations that parties from a particular jurisdiction may have and enhancing the understanding of the whole tribunal about the specific matter.

6. The Way Forward

It is widely accepted that parties of the arbitral proceeding shall enjoy the right to have an impartial tribunal. The method of appointment must serve this principal goal. The parties' right to participate in the formation of the tribunal legitimates the award and it makes arbitration a prevailing dispute resolution method.⁷² At the same time, however, the unilaterally appointed arbitrator might not be absolutely independent and might feel pressure to assist and benefit the appointing party, thus undermining the right of the other party to have an impartial tribunal. Although it is widely established that party-appointed arbitrators shall remain independent and impartial, it is hard to preclude the bias, especially if a particular case represents a relevant part of the arbitrator's cases and significantly contributes to the arbitrator's income.⁷³

Therefore, in order to accommodate all the legitimate concerns, it is necessary to introduce the system of arbitrator appointment which will guarantee that both parties are confident that the arbitrator will impartially hear and decide the dispute. The best way to achieve this goal is the joint selection of each panel member. The parties will have full confidence in such tribunal, since the arbitrators will not be able to determine which of the parties was more relevant for their appointment and will feel committed to both of them. The parties shall conduct all pre-selection interviews with potential arbitrators together in order to get information about the qualification, expertise and experience of the arbitrator in a particular field. Such joint interviews shall not be used to check the arbitrator's view about the specific disputed legal problem, as it often happens when the party selects the arbitrator unilaterally.

Joint appointment will provide all the advantages existing in the current system and will resolve the drawbacks. The parties will be involved in the proceedings as the creators of the tribunal and they will be able to control the level of competence and experience of each arbitrator. Such system can ensure that the parties will trust the whole arbitral tribunal and not only one or two members, eliminating the idea that the party-appointed arbitrator is the arbitrator "of" the appointing party.⁷⁴ Introduction of the proposed system might become an important step forward in order to solve the problem of increasing challenges of unilaterally appointed arbitrators, which was described above. If a party was involved in the appointment process of a particular arbitrator, the risk of subsequent challenges will significantly decrease.

Moreover, it shall be noted that the proposed system will still provide a possibility to the parties to appoint the arbitrator of their choice. The disputing parties can negotiate that each of them will support the

⁷¹ Ibid.

⁷² *Vetulli H.E.*, The Parties' Right to Appoint 'their' Arbitrator in an International Arbitration Proceeding, International Academy for Arbitration Law, Winning Essay, Laureate of the Academy Prize, 1 (hereinafter *Ezequiel Héctor Vetulli*).

⁷³ *Melanie van Leeuwen*, supra note 21, 14.

⁷⁴ *Ezequiel Héctor Vetulli*, supra note 72, 3.

arbitrator proposed by the other party. Therefore, the system leaves a chance for quasi unilateral appointment, if the other party explicitly agrees and actively participates in such a scenario.

Although the proposed system might solve all the existing shortcomings, it will not be easy to implement, since the agreement shall be reached between the parties who already have a dispute. Therefore, an alternative appointment method shall also exist, which will provide that in the absence of an agreement between the parties regarding the appointment of the arbitrators, the tribunal can be appointed by the arbitral institution.⁷⁵ Considering that the parties might have legitimate concerns about the selection of tribunal by the arbitral institution without their involvement, they will have an additional incentive to negotiate and agree on the experienced and qualified arbitrators in good faith.

7. Conclusion

The famous debate about the future of party-appointed arbitrators will certainly continue and pre-eminent professionals from both camps will introduce additional arguments to support their view. When Professor Paulsson made his famous speech and proposed the abolition of unilateral appointments, he estimated that this position would be shared by the majority of arbitration community by 2060. Considering a strong disagreement between the debating parties, it might well take until 2060 to find mutually acceptable solution on this topic.

The purpose of the present contribution was to bring the arguments of both debating groups on party-appointed arbitrators to Georgian arbitration community. Furthermore, the article proposes a system of joint appointment of the tribunal by the parties and in case of disagreement the involvement of arbitral institution. This proposal might serve as a starting point for the development of new tools to tackle the existing challenges and solve the problems related to unilaterally appointed arbitrators.

⁷⁵ Paulsson J., *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013, 277.

მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრი: წარსული, აწმყო, მომავალი

1. შესავალი

საერთაშორისო არბიტრაჟი ეფუძნება მხარეთა ავტონომიის ძირითად პრინციპს.¹ საარბიტრაჟო წარმოებაში აღნიშნული პრინციპის როლი და მნიშვნელობა გამოიხატება მხარეთა მიერ საარბიტრაჟო ტრიბუნალის შერჩევის მეთოდის არჩევის უფლებაში.² საარბიტრაჟო წარმოებაში გამოიყენება არბიტრის დანიშვნის სხვადასხვა მეთოდი, როგორებიცაა: არბიტრთა სიიდან შემთხვევითი შერჩევა; საარბიტრაჟო ინსტიტუტის მიერ არბიტრის დანიშვნა; მხარეთა შეთანხმების საფუძველზე არბიტრის შერჩევა; მხარეთა მიერ ცალმხრივად არბიტრის დანიშვნა და სხვა.³ არბიტრის დანიშვნის მეთოდზე რაიმე მნიშვნელოვანი სავალდებულო სამართლებრივი შეზღუდვები არ არის დაწესებული.

UNCITRAL-ის საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟების მოდელური კანონის 34-ე და 36-ე მუხლებისა და უცხო ქვეყნის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობისა და აღსრულების შესახებ ნიუ-იორკის კონვენციის V მუხლის თანახმად, ერთდერთ საყურადღებო დანაწესს წარმოადგენს რეგულაცია, რომლის თანახმადაც საარბიტრაჟო შეთანხმებით არბიტრის დანიშვნის პროცესში მხარეები უზრუნველყოფილი უნდა იყვნენ თანაბარი შესაძლებლობებით. დამკვიდრებული თანამედროვე პრაქტიკის თანახმად, საარბიტრაჟო ტრიბუნალი შედგება სამი არბიტრისგან, რომელთაგან ორი არბიტრი შეირჩევა თითოეული მხარის მიერ ცალმხრივად, ხოლო არბიტრაჟის თავმჯდომარე ინიშნება მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების მიერ.

თუმცა, გასული რამდენიმე წლის განმავლობაში, არბიტრების მხარეთა მიერ დანიშვნის პრაქტიკა გასაჩივრდა რამდენიმე გამორჩეული პრაქტიკოსის მიერ და აღნიშნული პრაქტიკა საარბიტრაჟო სფეროში მწვავე განხილვის საგნად იქცა.

2010 წელს, პროფესორმა ჟან პაულსონმა, მაიამის უნივერსიტეტის სამართლის სკოლაში ჩატარებულ ლექციაზე, რომელიც ეხებოდა „მორალურ საფრთხეს საერთაშორისო დავების გადაჭრის სფეროში“, გააკრიტიკა არბიტრების ცალმხრივად დანიშვნის არსებული პრაქტიკა და მას უწოდა „მორალური საფრთხე“ საარბიტრაჟო წარმოებაში.⁴

ზემოთ აღნიშნული ცნობილი სიტყვის შემდეგ პროფესორმა ალბერტ ვან დენ ბერგმა წარმოადგინა საინვესტიციო არბიტრაჟის სტატისტიკური მონაცემები, რომლის თანახმადაც, თითქმის ყველა განსხვავებული მოსაზრება წარმოდგენილი იყო წამგებიანი პოზიციის მქონე მხარის მიერ დანიშნული არბიტრის მიერ. ამასთან, მხარის მიერ დანიშნული არბიტრის მოსაზრება თითქმის ყოველთვის ემთხვეოდა მისი დამნიშნავი მხარის მოსაზრებას.⁵ ამდენად, პროფესორი პაულსენის აზრით, თითოეული არბიტრი უნდა დაინიშნოს ორივე მხარის შეთანხმე-

* სამართლის მაგისტრი.

¹ Redfern A., Hunter M., Law and Practice of International Commercial Arbitration, 3rd ed., London, 1999, 131-132.

² Mistelis L., Baltag C. M., Trends and Challenges in International Arbitration: Two Surveys of In-House Counsel of Major Corporations, 2 World Arbitration and Mediation Review 83, 2008, 94; Kapeliuk D., The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators, 96 Cornell Law Review 47, 2010, 60; Finizio S., Salas C., It's my party, CDR Commercial Dispute Resolution, <<http://www.cdr-news.com/categories/expert-views/its-my-party>>, [27.12.2013].

³ Redfern A., Hunter M., Blackaby N., Partasides C., Redfern & Hunter on International Arbitration, Oxford University Press, USA, 5th ed. ed., 2009, paras: 4.29-4.37 (შემდგომში Redfern/Hunter).

⁴ Paulsson J., Moral Hazard in International Dispute Resolution, Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair University of Miami School of Law, 29 April 2010, reprinted in: Transnational Dispute Management, Vol. 8, Issue 2, 2011 (შემდგომში - Paulsson).

⁵ Albert Jan van den Berg, Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration in: Mahnouch Arsanjani et al. (eds.), Looking to the Future: Essays on International Law in Honour of W. Michael Reisman, Brill Academic, 2011 (შემდგომში - Albert Jan van den Berg).

ბით ან ნეიტრალური პირის მიერ, ხოლო პროფესორი ვან დენ ბერგი კი ემხრობა “*nemine dissentiante*” პრინციპის დაცვას მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების მიერ. მოგვიანებით, არსებული სისტემის დასაცავად გამოვიდნენ გამოჩენილი მეცნიერები და პრაქტიკოსები, მათ შორის, მოსამართლე შარლზ ნ. ბროვერი, ჯონი ქს ვიდერი, ალექსის მოურე და სხვა. 2012 წელს, ლონდონის დედოფალი მერის უნივერსიტეტმა და White & Case-მა ჩაატარეს საერთაშორისო არბიტრაჟის კვლევა. კვლევის თანახმად, მოპასუხეთა მნიშვნელოვანი უმრავლესობა (76%) ემხრობა სამი არბიტრისგან შემდგარი არბიტრაჟის შემთხვევაში არბიტრების მხარეთა მიერ ცალმხრივად შერჩევის მეთოდს.⁶ კვლევის შედეგებზე დაყრდნობით გადაწყდა, რომ სა-არბიტრაჟო პროცესში ჩართული საზოგადოება, ძირითადად, უარყოფს შემოთავაზებას არბიტრების მხარეთა მიერ ცალმხრივად დანიშვნის გაუქმების შესახებ.⁷

წინამდებარე სტატიის მიზანია ქართული საარბიტრაჟო საზოგადოების ცნობილი დებატების შესახებ ინფორმირება და მხარეთა მიერ არბიტრების დანიშვნის მეთოდის დადებითი და უარყოფითი მხარეების განხილვა.

აღნიშნულ სტატიაში, პირველ რიგში, განიხილება არსებული სისტემის ჩამოყალიბების ისტორიული საფუძვლები (1-ლი ნაწილი) და არბიტრების დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის ვალდებულებები (მე-2 ნაწილი). შემდეგ წარმოადგენილი იქნება არბიტრების მხარეთა მიერ ცალმხრივად დანიშვნის მოწინააღმდეგეთა არგუმენტები (მე-3 ნაწილი), გაანალიზდება, ასევე, აღნიშნული მეთოდის მომხრეთა შეხედულებები (მე-4 ნაწილი). დაბოლოს, სტატიაში განხილული იქნება შესაძლო გადაწყვეტილებები, რომლებიც უპასუხებს არსებულ პრობლემებს (მე-5 ნაწილი). სტატიაში ზოგადად იქნება განხილული აღნიშნული თემა. სტატია მიზნად არ ისახავს საარბიტრაჟო ტრიბუნალთან დაკავშირებული საკითხების სიღრმისეულ განხილვას.

2. ისტორიული საფუძვლები

თანამედროვე საერთაშორისო არბიტრაჟის ძირითადი პრინციპის თანახმად, თითოეულ მხარეს ენიჭება უფლება ცალმხრივად დანიშნოს არბიტრი და ამ წესით დანიშნულმა ორმა არბიტრმა დანიშნოს არბიტრაჟის თავმჯდომარე.⁸ ამგვარი პრაქტიკა დამკვიდრებულია საუკუნეების განმავლობაში და მისი ჩამოყალიბების ისტორიულ საფუძველს წარმოადგენს მე-18 და მე-19 საუკუნეში დადებული საერთაშორისო კონვენციები, რომლებითაც უზრუნველყოფილია ხელშემკვერელ მხარეთა მიერ არბიტრების ცალმხრივად დანიშვნა.⁹ თანამედროვე ისტორიაში საერთაშორისო დავის ტრიბუნალის მეშვეობით გადაწყვეტის ყველაზე ადრეულმა მაგალითმა განაპირობა მხარეთა უფლება ცალმხრივად დაენიშნათ არბიტრები. აღნიშნული დებულება გათვალისწინებულ იქნა შეერთებულ შტატებსა და დიდ ბრიტანეთს შორის 1794 წელს გაფორმებულ მეგობრობის, კომერციისა და ნავიგაციის შეთანხმებაში¹⁰ და იგივე მხარეებს შორის 1871 წელს გაფორმებულ ვაშინგტონის შეთანხმებაში.¹¹ ვაშინგტონის შეთანხმების შემდეგ, 1872 წელს, ჟენევაში ჩატარდა ალაბამას სარჩელის საარბიტრაჟო განხილვა, რომელიც მიიჩნევა თანამედროვე საერთაშორისო არბიტრაჟის ჩამოყალიბების საფუძვლად. 2013 წლის აპრილში საერთაშორისო სამართლის ამერიკული საზოგადოების ყოველწლიურ შეხვედრაზე ბრიტანელმა არბიტრმა ჯონი ქს ვიდერმა წაიკითხა ლექცია „საერთაშორისო არბიტრაჟის ის-

⁶ Friedland P., Brekoulakis S., International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, Queen Mary University of London, 2012, 5, <<http://www.arbitrationpractices.whitecase.com/>>, [27.12.2013] (შემდგომში - *Queen Marry Survey*).

⁷ იქვე.

⁸ Schneider M. E., President’s Message: Forbidding unilateral appointments of arbitrators – a case of vicarious hypochondria?, 29 (2) ASA Bulletin 273, 2011, 273 (შემდგომში - *Schneider*).

⁹ იქვე. Brower Ch. N., The (Abbreviated) Case for Party Appointments in International Arbitration, Newsletter, American Bar Association, Section of International Law, 2013, Vol. 1, Issue 1, 10 (შემდგომში - *Brower*).

¹⁰ მეგობრობის, კომერციისა და ნავიგაციის შეთანხმება, ლონდონი (Treaty of Amity, Commerce and Navigation, London), 1794 წლის 19 ნოემბერი, მუხლები V-VII.

¹¹ ვაშინგტონის შეთანხმება, 1871, მუხლი I.

ტორიული ქვეაკუთხედი: მხარის მიერ დანიშნული არბიტრი – მაიამიდან ჟენევაში¹² და მხარის მიერ დანიშნული არბიტრის როლის გასამართლებლად მაგალითად მოიყვანა ალაბამას არბიტრაჟი.¹² აღნიშნული დავა შეეხებოდა შეერთებული შტატების სამოქალაქო ომის პერიოდს, როდესაც დიდი ბრიტანეთის ტერიტორიაზე აიგო კონფედერაციის გემები, მათ შორის, ალაბამას გემი. შეერთებულმა შტატებმა მიიჩნია, რომ აღნიშნული ქმედებით დაირღვა ნეიტრალიტეტის ვალდებულება და დიდი ბრიტანეთისგან მოითხოვა აღნიშნული გემების მიერ მიყენებული ზიანის ანაზღაურება. მხარეები შეთანხმდნენ, მათ შორის წამოჭრილი დავა გადაეჭრათ არბიტრაჟის გზით. არბიტრაჟი შედგებოდა ხუთი არბიტრისგან, რომელთაგანაც ერთი შერჩეული იყო მხარეთა მიერ და დანარჩენი სამი მონარქების მიერ: იტალიის მეფის, ბრაზილიის იმპერატორის და შვეიცარიის კონფედერაციის პრეზიდენტის მიერ. ჯონ ვიდერმა ხაზი გაუსვა მხარეთა მიერ არჩეული არბიტრების როლს და განაცხადა, რომ სწორედ მხარეთა მიერ არჩეული არბიტრების დამსახურება იყო ალაბამას სარჩელის განხილვის დასრულება და ომის თავიდან აცილება.

ბატონმა ვიდერმა აღნიშნა, რომ არბიტრების მსგავსი აქტიური ჩართულობა არ და ვერ იქნება უზრუნველყოფილი დღევანდელ დღეს, მაგრამ მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების არსებობა მოდავე მხარეს საარბიტრაჟო პროცესის „მესაკუთრის“ განცდას უქმნის.¹³

მხარეთა უფლება, დანიშნოს არბიტრი, შემდგომში გათვალისწინებულ იქნა 1899 წლის ჰააგის კონვენციაში¹⁴ და 1907 წლის ჰააგის კონვენციაში.¹⁵ ამასთან, პირველი ორმხრივი საინვესტიციო შეთანხმება, 1959 წლის გერმანია-პაკისტანის ორმხრივი საერთაშორისო შეთანხმება და პირველი ორმხრივი საერთაშორისო შეთანხმება, რომელიც ინვესტორებისთვის უზრუნველყოფდა სახელმწიფო არბიტრაციას, 1963 წლის ნიდერლანდებისა და ტუნისის ორმხრივი საერთაშორისო შეთანხმება ითვალისწინებდა არბიტრის მხარეთა მიერ დანიშვნას.¹⁶

დღესდღეობით, მხარის უფლებას ცალმხრივად დანიშნოს არბიტრი, ითვალისწინებს უმეტესი ორმხრივი საერთაშორისო შეთანხმება, ყველა ძირითადი საერთაშორისო საარბიტრაჟო წესი და უმეტესი ადგილობრივი საარბიტრაჟო კანონმდებლობა, მათ შორის, UNCITRAL-ის მოდელური კანონი.¹⁷ ეს ვრცელი ისტორიული საფუძველი და არსებული პრაქტიკა

¹² *Veeder J. QC., A History of Party-Appointed Arbitrators “from Miami to Geneva”, Inaugural Charles N. Brower Lecture on International Dispute Resolution, <<https://www.youtube.com/watch?v=BIgnALvoEIE> (მომხმარებელმა ვებგვერდი ბოლოს მოინახულა 2013 წლის 27 დეკემბერს); Carter E., Inaugural Brower Lecture, Johnny Veeder Sets Out History Advantages of Party-Appointed Arbitrators, ASIL Cables, 7 April 201: <<http://69.195.124.65/~asilcabl/2013/04/07/in-inaugural-brower-lecture-johnny-veeder-sets-out-history-advantages-of-party-appointed-arbitrators/> (შემდგომში - Carter); Sebastian P., Party appointments are “keystone” of arbitration, says Veeder, Global Arbitration Review, 2013 (შემდგომში - Sebastian).*

¹³ იქვე.

¹⁴ 1899 წლის კონვენცია საერთაშორისო დავების მშვიდობიანი მოგვარების შესახებ (Convention for the Pacific Settlement of International Disputes) 1899 წლის 29 ივლისი, მუხლები 24, 32.

¹⁵ 1907 წლის კონვენცია საერთაშორისო დავების მშვიდობიანი მოგვარების შესახებ Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, 1907 წლის 18 ოქტომბერი, მუხლები 45, 87.

¹⁶ *Brower*, იხ. ზემოთ, 9, 2; პაკისტანსა და გერმანიის ფედერაციულ რესპუბლიკას შორის გაფორმებული შეთანხმება ინვესტიციების ხელშეწყობისა და დაცვის შესახებ (Treaty for the Promotion and Protection of Investments between Pakistan and Federal republic of Germany), 1959 წლის 25 ნოემბერი, მუხლები 11(3) (b); ნიდერლანდებსა და ტუნისს შორის გაფორმებული შეთანხმება ინვესტიციების ხელშეწყობისა და დაცვის შესახებ (Treaty for the Promotion and Protection of Investments between Netherlands and Tunisia), მუხლი 8.

¹⁷ UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესები, 2010, მუხლი 9v(1); UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესები, 1976, მუხლი 7 (1); სტოკჰოლმის სავაჭრო პალატის საარბიტრაჟო ინსტიტუტის წესები (Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, მუხლი 13(3); საერთაშორისო სავაჭრო პალატის საარბიტრაჟო წესები (International Chamber of Commerce Arbitration Rules), 2012, მუხლი 12 (4); საერთაშორისო სავაჭრო პალატის საარბიტრაჟო წესები (International Chamber of Commerce Arbitration Rules), 1998, მუხლი 8 (4); დავების გადაწყვეტის საერთაშორისო ცენტრი (International Centre for Dispute Resolution) (ICDR) საარბიტრაჟო წესები, მუხლი 6; საინვესტიციო დავების გადაჭრის საერთაშორისო ცენტრი (International Centre for Settlement of Investment Disputes) (ICSID) კონვენცია,

მიუთითებს, რომ მხარეთა უფლება დანიშნონ არბიტრი საერთაშორისო არბიტრაჟში დამკვიდრებული პრინციპია.¹⁸

3. დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის მოვალეობა

საარბიტრაჟო წესებისა და სახელშეკრულებო სამართლის ნორმების თანახმად, არბიტრი უნდა იყოს ნეიტრალური, მიუკერძოებელი და დამოუკიდებელი.¹⁹ აღნიშნული თვისებები მნიშვნელოვანია საარბიტრაჟო წარმოების და საარბიტრაჟო პროცესის შედეგის კანონიერებისათვის, რადგან არბიტრი იღებს გადაწყვეტილებას, რომელიც მხარესათვის შესასრულებლად სავალდებულოა და ექვემდებარება მხოლოდ მინიმალურ გადახედვას. მიუკერძოებლობისა და დამოუკიდებლობის ვალდებულების ფუნდამენტურ მიზანს წარმოადგენს არბიტრის მიერ ობიექტური და სამართლიანი გადაწყვეტილების მიღება. ეროვნული კანონმდებლობა და საარბიტრაჟო წესები ზოგადია და უზრუნველყოფს სპეციფიკურ შესაბამისობის სტანდარტს აღნიშნულ ვალდებულებასთან.²⁰ UNCITRAL-ის მოდელური კანონის 12 (2) მუხლის თანახმად, არბიტრის აცილება შესაძლებელია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ არსებობს დასაბუთებული ვარაუდი, რომ იგი არ არის მიუკერძოებელი ან ობიექტური. ეროვნული სასამართლოების პრეცედენტული სამართალი არ აწესებს მიუკერძოებლობისა და დამოუკიდებლობის სტანდარტებს, რადგან აღნიშნული სტანდარტი განსხვავდება სხვადასხვა ქვეყნის იურისდიქციაში და დამოკიდებულია კონკრეტულ ფაქტებზე.²¹

საერთაშორისო არბიტრაჟში ინტერესთა კონფლიქტის შესახებ საერთაშორისო ადვოკატთა ასოციაციის სახელმძღვანელო პრინციპების თანახმად, ყველა არბიტრი უნდა იყოს მიუკერძოებელი და დამოუკიდებელი მიუხედავად იმისა, რომ ისინი დანიშნულნი არიან მხარეთა მიერ. არბიტრებმა საარბიტრაჟო წარმოების პერიოდში უნდა შეინარჩუნონ დამოუკიდებლობა და მიუკერძოებლობა. საერთაშორისო ადვოკატთა ასოციაციის სახელმძღვანელო პრინციპები ავალდებულებს არბიტრს უარი თქვას არბიტრად დანიშვნაზე ან თვითაცილება გააკეთოს იმ შემთხვევაში, თუ იგი ვერ უზრუნველყოფს საქმის მიუკერძოებლად და დამოუკიდებლად განხილვას.²² ამასთან, არბიტრი ვალდებულია დასაბუთებული ეჭვის არსებობისას გაამყლავ-

მუხლი 37 (2) (b); საინვესტიციო დავების გადაჭრის საერთაშორისო ცენტრი (International Centre for Settlement of Investment Disputes) (ICSID) საარბიტრაჟო წესები, მუხლი 3 (1); UNCITRAL საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ მოდელური კანონი (Model Law on International Commercial Arbitration), 2006, მუხლი 11 (3).

¹⁸ Brower, იხ. ზემოთ, 9, 11.

¹⁹ საინვესტიციო დავების გადაჭრის საერთაშორისო ცენტრი (International Centre for Settlement of Investment Disputes) (ICSID) კონვენცია, მუხლი 14(1); საერთაშორისო სავაჭრო პალატის საარბიტრაჟო წესები, მუხლი 7 (1) (International Chamber of Commerce Arbitration Rules), Article 7 (1); საერთაშორისო არბიტრაჟის ლონდონის სასამართლოს წესები London Court of International Arbitration (LCIA) Rules, 1998, მუხლი 5 (1); UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესები 2010, მუხლი 9.

²⁰ UNCITRAL მოდელური კანონი საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ (Model Law on International Commercial Arbitration), 2006, მუხლი 12 (2); ფრანგული სამოქალაქო სამართლის კოდექსი (French Code of Civil Procedure), მუხლი 1456; ინგლისის არბიტრაჟის აქტი (English Arbitration Act) 1996, თავი 24(1)(a); შვეიცარიის კერძო საერთაშორისო სამართლის აქტი (Swiss Private International Law Act), მუხლი 180(1)(c); UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესები (Arbitration Rules), 2010, მუხლი 11; საერთაშორისო სავაჭრო პალატის საარბიტრაჟო წესები (International Chamber of Commerce Arbitration Rules), 2012, მუხლი 11; საერთაშორისო არბიტრაჟის ლონდონის სასამართლოს წესები (London Court of International Arbitration (LCIA) Rules, 1998, მუხლი 5; შვეიცარიის საერთაშორისო არბიტრაჟის წესები (Swiss Rules of International Arbitration, 2012, მუხლი 9.

²¹ Leeuwen M., Pride and Prejudice in the Debate on Arbitrator Independence, in Christoph Müller and Antonio Rigozzi (eds) New Developments in International Commercial Arbitration, 2013, 9 (შემდგომში - *Melanie van Leeuwen*).

²² საერთაშორისო ადვოკატთა ასოციაციის სახელმძღვანელო პრინციპები საერთაშორისო არბიტრაჟში ინტერესთა კონფლიქტის შესახებ (International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration), 22 მაისი 2004, ზოგადი სტანდარტები General Standard (2)(a).

ნოს გარემოება არბიტრის მიუკერძოებლობისა და დამოუკიდებლობის შესახებ.²³ მეცნიერთა უმრავლესობა მიიჩნევს, რომ მიუკერძოებლობის მოთხოვნა სუბიექტური სტანდარტია, რომელიც არბიტრს ავალდებულებს მოისმინოს და განიხილოს საქმე ნეიტრალურად, მიუკერძოებლად და სამართლიანად, არ დაუშვას სადავო საქმეზე წინასწარი აზრის შექმნა და ერთ-ერთი მოდავე მხარის მიმართ კეთილგანწყობის შექმნა.²⁴ მეორე მხრივ, დამოუკიდებლობა ეხება ობიექტურ სტანდარტს, რის მიხედვითაც დაუშვებელია საარბიტრაჟო წარმოების პერიოდში არბიტრებსა და მხარეებს ან ადვოკატებს შორის კავშირი.²⁵

დადგენილი სტანდარტის თანახმად, თითოეულ არბიტრს, მიუხედავად იმისა, მხარის მიერ არის იგი დანიშნული თუ არა, თანაბრად აკისრია მიუკერძოებლობისა და დამოუკიდებლობის ვალდებულება.²⁶ მაგალითად, საინვესტიციო დავების გადაჭრის საერთაშორისო ცენტრის ICSID არბიტრაჟში, ტრიბუნალის ყველა წევრი ერთსა და იმავე ფიცს დებს. თუმცა, ივარაუდება, რომ არსებობს მკაფიო პრაქტიკული სხვაობა საარბიტრაჟო ინსტიტუტის მიერ დანიშნულ წევრებსა და სამი არბიტრისგან შემდგარი ტრიბუნალის წევრებს შორის, რომელიც შედგება ორი მხარის მიერ დანიშნული არბიტრისგან და პრეზიდენტისგან.²⁷ Queen Marry კვლევის შედეგები ამყარებს ზემოაღნიშნულ პრეზუმციას, რადგან კვლევის თანახმად, მხარეებს მეტი ნდობა და მოლოდინი აქვთ მათ მიერ ცალმხრივად დანიშნული არბიტრების მიმართ.²⁸

მიუხედავად იმისა, რომ ზოგადად მხარეთა მიერ დანიშნულ არბიტრებს მიუკერძოებლობისა და დამოუკიდებლობის იგივე ვალდებულებები აკისრიათ,²⁹ შეერთებულ შტატებში სხვა მიდგომაა დამკვიდრებული, კერძოდ, ისტორიულად, მრავალი სახელმწიფო კანონი და საარბიტრაჟო წესი უწოდებს მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების უფლება-მოვალეობებს „არანეიტრალურს“, ხოლო არბიტრაჟის თავმჯდომარეს, „ნეიტრალურს“. შეერთებული შტატების რამდენიმე შტატში განხორციელდა პარტიზანი/მომხრე არბიტრთა ინსტიტუციონალიზაცია და მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრებისათვის და არბიტრაჟის თავმჯდომარისათვის განისაზღვრა სხვადასხვა სტანდარტები.³⁰ ზოგიერთი ავტორი მხარეთა მიერ დანიშნულ არბიტრებს „მოსამართლეთა ადვოკატებსაც“ კი უწოდებდა, რაც ძირს უთხრიდა მათ მოჩვენე-

²³ საერთაშორისო ადვოკატთა ასოციაციის სახელმძღვანელო პრინციპები საერთაშორისო არბიტრაჟში ინტერესთა კონფლიქტის შესახებ International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 22 მაისი 2004, ზოგადი სტანდარტების განმარტება Explanation to General Standard 2(b).

²⁴ *Melanie van Leeuwen*, შენიშვნა 21, 10; *Bishop D., Reed L.*, Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration, Arbitration International, Vol. 14, Issue 4, 1998, 398-399 (შემდგომში - *Bishop/Reed*); *Lew J., Mistelis L., Kröll S.*, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, 258-261; *Gaillard E., Savage J.* (eds), *Fouchard Gaillard Goldman* on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, 561-565; *Born G.*, International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2009, 1473-1474; *Redfern/Hunter*, იბ.ზემოთ, 3, 326-328.

²⁵ იქვე.

²⁶ International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 22 May 2004, General Standard 1; UNCITRAL Arbitration Rules, 2010, Article 11; International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Arbitration Rules, Article 6; International Chamber of Commerce Arbitration Rules, 2012, Article 11; London Court of International Arbitration (LCIA) Rules, 1998, Article 5; Swiss Rules of International Arbitration, 2012, Article 9.

²⁷ *Melanie van Leeuwen*, იბ.ზემოთ, 21, 2.

²⁸ იქვე; *Queen Marry Survey*, იბ.ზემოთ, 6.

²⁹ *Paulsson*, იბ.ზემოთ, 4, 13; *Brower Ch., Rosenberg Ch.*, The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded, Arbitration International, Vol. 29, Issue 1, 2013, 14 (შემდგომში - *Brower/Rosenberg*).

³⁰ *Davis K. C.*, Administrative Law Treatise, St. Paul, 1958, 157; *Arnold T.*, The Unacceptable Common Partiality of “Neutral” Party Appointed Arbitrators, 1996 Chartered Institute of Arbitrators’ conference, 5; *Farber E. I.*, The Role of the Neutral in Party-Appointed Arbitrations, Outside Counsel, 2002; *Del Monte Corp. v. Sunkist Growers, Inc.*, 10 F.3d 753, 11th Circuit 1993, 760.

ბით ნეიტრალობას.³¹ აღნიშნული მიდგომა შეერთებულ შტატებში გაუქმდა. დღესდღეობით არბიტრთა ორივე ჯგუფისთვის მიუკერძოებლობისა და დამოუკიდებლობის ერთი და იგივე მოთხოვნები მოქმედებს.³² თუმცა შეერთებული შტატების მეცნიერებსა და პრაქტიკოს იურისტებს და დანარჩენ მსოფლიოს შორის კვლავ არსებობს განსხვავებული შეხედულებები მხარეთა მიერ დანიშნულ არბიტრებთან მიმართებაში.³³ უფრო მეტიც, საერთაშორისო არბიტრაჟის შესახებ ერთ-ერთი წამყვანი სახელმძღვანელოს თანახმად, მხარის მიერ დანიშნული არბიტრისთვის შეუფერებელი არ არის იზრუნოს, რომ ტრიბუნალმა სათანადოდ გაიგოს საქმესთან დაკავშირებული გარემოებები.³⁴ ამგვარი მაგალითები მიუთითებს, რომ თუმცა მიუკერძოებლობისა და დამოუკიდებლობის ვალდებულება საყოველთაოდ მიღებულია, მაინც მიიჩნევა, რომ მხარის მიერ დანიშნული არბიტრის როლი განსხვავდება პანელის სხვა წევრების როლისაგან.

4. ცალმხრივად დანიშვნის კრიტიკა

დროდადრო წამოიჭრება დავა მხარეთა მიერ დანიშნულ მიუკერძოებელ და დამოუკიდებელ არბიტრებთან დაკავშირებით.³⁵ როგორც ზემოთ აღინიშნა, პროფესორმა ჟან პაულსენმა გააცოცხლა დებატები 2010 წლის 29 აპრილს, მის მიერ მაიამის სამართლის სკოლის უნივერსიტეტში ჩატარებულ ლექციაზე, რომელიც შეეხებოდა საკითხს „მორალური რისკი საერთაშორისო დავების გადანაცვლებაში“, სადაც მან წამოაყენა ცალმხრივად არბიტრის დანიშვნის სისტემის მთლიანად გაუქმების წინადადება არბიტრთა ტენდენციურობის თავიდან ასაცილებლად. მან კითხვის ქვეშ დააყენა მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების მიუკერძოებლობის საკითხი და დაასაბუთა, რომ ამგვარი პრაქტიკა საფთხის ქვეშ აყენებს მთლიანად საარბიტრაჟო პროცესის მთლიანობას.³⁶ პროფესორი *პაულსენი* ამტკიცებდა, რომ არბიტრთა უმრავლესობა დახმარებას უწევს იმ მხარეს, რომელმაც იგი დანიშნა.³⁷ მან აღნიშნული ფაქტის დასადასტურებლად მოიყვანა მრავალი გასაოცარი მაგალითი. მან წარმოადგინა *Loewen*-ის მაგალითი, სადაც დავა მიმდინარეობდა კანადელ ინვესტორსა და შეერთებულ შტატებს შორის. შეერთებული შტატების იუსტიციის დეპარტამენტმა ტრიბუნალის წევრად ცალმხრივად დანიშნა ყოფილი ფედერალური მოსამართლე.³⁸ შეერთებულმა შტატებმა მოიგო პროცესი. რამდენიმე წლის შემდეგ აღნიშნული დავა განსჯის საგანი გახდა. სიმპოზიუმზე, შეერთებული

³¹ *Garmisa S. P.*, Reexamining Built-In Bias of Party-Appointed Arbitrators, *Chicago Daily Law Bulletin*, 11 March 2002, 48; *Reisman M.*, International Decision: Eritrea-Yemen Arbitration (Award, Phase II: Maritime Delimitation), 94 *American Journal of International Law* 721, 2000, 736; *Simpson J. L., Fox H.*, *International Arbitration: Law and Practice*, Praeger, 1959, 88.

³² ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის ეთიკის კოდექსი არბიტრებისთვის კომერციულ დავებში *American Bar Association Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*, 2004.

³³ *Lieberman S. H.*, Something's Rotten in the State of Party-Appointed Arbitration: Healing ADR's Black Eye that is "Nonneutral Neutrals", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 5:215, 2004, 243.

³⁴ *Redfern/Hunter*, *იბ.ზემოთ*, 2, 239.

³⁵ *Melanie van Leeuwen*, *იბ.ზემოთ*, 21, 4; *Scott R.A.*, On Integrity in Private Judging, *Arbitration International*, *Arbitration International*, Vol. 14, Issue 2, 1998; *Bishop/Reed*, *იბ.ზემოთ*, 24; *Mosk R., Ginsberg T.*, Dissenting Opinions in International Arbitration, in *Liber Amicorum Bengt Broms*, Finnish Branch of the International Law Association, Helsinki, 1999; *Redfern A.*, Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly, *Arbitration International*, Vol. 20, 2004 (შემდგომში - *Redfern*); *Kirby J.*, With Arbitrators, Less Can Be More: Why the Conventional Wisdom on the Benefits of Having Three Arbitrators May Be Overrated, *Journal of International Arbitration*, Vol. 26, Issue 3, 2009; *Rogers C. A.*, Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct, *Transnational Dispute Management*, Vol. 8, Issue 1, 2011.

³⁶ *Paulsson*, *იბ.ზემოთ*, 4, 3-4; *იბ.*, ასევე: *Paulsson J.*, Are Unilateral Appointments Defensible?, <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/04/02/are-unilateral-appointments-defensible/>>, [27.12.2013].

³⁷ *Paulsson*, *იქვე*, 7.

³⁸ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID (NAFTA), Case No. ARB(AF)98/3, Award on Merits, 26 June 2003.

შტატების მიერ დანიშნულმა არბიტრმა გაამჟღავნა, რომ იგი არბიტრად დანიშვნამდე შეხვდა სახელმწიფო ოფიციალურ პირებს. აღნიშნულ შეხვედრაზე მას უთხრეს, რომ „ამ პროცესის ნაგების შემთხვევაში ისინი ნააგებდნენ NAFTA-ს.“ არბიტრმა უპასუხა: „თუ თქვენ გსურთ ჩემზე ზენოლის მოხდენა, მოახდინეთ“. ამგვარი ზენოლის საფუძველზე, რომელიც გამჟღავნდა რამდენიმე წლის შემდეგ, პროფესორმა პაულსენმა დაასკვნა, რომ ამ კონკრეტულ დავაზე გადწყვეტილება არ მიუღია მიუკერძოებელ და დამოუკიდებელ ტრიბუნალს.³⁹

თავის სიტყვაში ჟან პაულსონმა მხარი დაუჭირა არბიტრის ცალმხრივად დანიშვნის პრაქტიკის აკრძალვას ან შემოგვთავაზა მისი სულ მცირე მკაცრად გაკონტროლება.⁴⁰ მისი მტკიცებით, მხარეთა მიერ არბიტრების ცალმხრივად დანიშვნის თავისუფლებამ განაპირობა „მორალური საფრთხე“, რადგან მხარის მიერ დანიშნული არბიტრი, თავისი პირადი, კომერციული ინტერესის გამო გამოიტანს გადაწყვეტილებას მისი დანიშნავი მხარის სასარგებლოდ და არა ობიექტურად.⁴¹ პროფესორმა პაულსონმა შემოგვთავაზა არბიტრის დანიშვნის სამი ალტერნატიული მეთოდი: (i) ტრიბუნალის ყველა წევრი დაინიშნოს მხარეთა მიერ ერთობლივად; (ii) ტრიბუნალის ყველა წევრი დაინიშნოს საარბიტრაჟო ინსტიტუტის მიერ; ან (iii) მხარეებმა ცალმხრივად დანიშნონ არბიტრები საარბიტრაჟო ინსტიტუტის მიერ წინასწარ შედგენილი კვალიფიციური არბიტრების სიიდან.⁴² ჟან პაულსონის ლექცია შემდგომი დებატების საფუძველი გახდა, რომელიც შეეხებოდა შემდეგ საკითხს, უნდა შეინარჩუნოს თუ არა მხარემ ტრიბუნალის წევრების ცალმხრივად შერჩევის უფლება. პროფესორს მხარი დაუჭირეს საარბიტრაჟო საზოგადოების გამოჩენილმა წევრებმა.⁴³

პროფესორმა ვან დენ ბერგმა განაგრძო არბიტრების მხარეთა მიერ დანიშვნის კრიტიკა. მისი განსაკუთრებული ყურადღება მიმართული იყო ცალმხრივად დანიშნული ტრიბუნალის წევრის განსხვავებულ აზრზე. მან გააანალიზა 150 გასაჯაროებული გადაწყვეტილება საინვესტიციო არბიტრაჟის სფეროში. აღნიშნული საქმეებიდან 34 საქმეში მოიპოვება 34 განსხვავებული აზრი, რომელთაგან თითქმის ყველა მომზადებული იყო ნაგებული მოდავე მხარის მიერ დანიშნული არბიტრის მიერ.⁴⁴ ბატონმა ალან რედფერნმა 2003 წელს გამოაქვეყნა მსგავსი სტატისტიკური მონაცემები კომერციული არბიტრაჟის სფეროში, რომლის თანახმადაც, 2001 წელს, საერთაშორისო სავაჭრო პალატის არბიტრაჟებმა გამოსცეს 24 განსხვავებული აზრი, საიდანაც 22 განსხვავებული აზრი დამნიშნავი მხარის სასარგებლოდ იყო შემუშავებული.⁴⁵

პროფესორი ვან დენ ბერგის მტკიცებით, მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების მიერ შემუშავებული განსხვავებული აზრი ხელს უშლის არბიტრთა სათათბირო პროცესს, რადგან ტენდენციური არბიტრი არ ჩაერთვება საქმის გარემოებებთან დაკავშირებით გამართულ დიალოგში, ტრიბუნალის სხვა წევრები კი ადვოკატი არბიტრის მოსაზრებას სერიოზულად არ მიიღებენ.⁴⁶ პროფესორის აზრით, პრობლემის არსს წარმოადგენს არბიტრების მხარეთა მიერ ცალმხრივად დანიშვნა, რაც არბიტრებს დამოკიდებულს ხდის მის დამნიშნავ მხარეზე. ამდე-

³⁹ Paulsson, *იხ. ზემოთ*, 4, 9.

⁴⁰ Paulsson, *იქვე*, 11.

⁴¹ Paulsson, *იქვე*, 10.

⁴² Paulsson, *იქვე*, 16.

⁴³ Albert Jan van den Berg, *იხ. ზემოთ*, 5; Smit H., The Pernicious Institution of the Party-Appointed Arbitrator, Columbia FDI Perspectives, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, No. 33, 2010 (შემდგომში - Smit); Nassib Z., L'étique et l'arbitrage en matière d'investissement: grandeur et misère de la fonction d'arbitre, *Revue de l'arbitrage*, 2012.

⁴⁴ Albert Jan van den Berg, *იხ. ზემოთ*, 5; 825; Franck S., Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration, 80 North Carolina Law Review 1, 2007, 77.

⁴⁵ Redfern, *იხ. ზემოთ*, 35, 223-242.

⁴⁶ Albert Jan van den Berg, *supra* note 5, 829; *იხ. ასევე*, Derains Y., La pratique du délibéré arbitral, in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Rober Briner* 221, 2005, 224.

ნად, იგი გვთავაზობს არბიტრის ცალმხრივად დანიშნვის სისტემის გაუქმებას ან შემდეგი პრინციპის დანერგვას: *nemine dissente*.⁴⁷

კოლუმბიის უნივერსიტეტის პროფესორმა ჰანს სმიტმა მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრის კონცეფციას „საზიანო ინსტიტუტი“ უწოდა და შემოგვთავაზა მისი გაუქმება ან იმ ფაქტის აღიარება, რომ ასეთი არბიტრები წარმოადგენენ მხარეთა ადვოკატებს.⁴⁸ მისი მოსაზრებით, კლიენტისთვის საუკეთესო შედეგის მიღწევისთვის ვინმეს დანიშვნა წარმოადგენს ადვოკატის მოვალეობას, როცა არბიტრისთვის კლიენტისათვის სასარგებლო შედეგის მიღწევა წარმოადგენს მისი ხელახალი დასაქმების შესაძლებლობას. პროფესორმა სმიტმა ასევე განაცხადა, რომ არბიტრმა შეიძლება გამოიტანოს დამნიშნავი მხარის საწინააღმდეგო გადანყვეტილება ტრიბუნალის იმ წევრების კომპრომისის სანაცვლოდ, რომლებიც, როგორც წესი, დაინტერესებულნი არიან მიიღონ ერთსულოვანი გადანყვეტილება. ამგვარი შეთანხმება არ ემსახურება სამართლიანობის პრინციპს. პარტიზანი არბიტრის არსებობა პანელზე ჩვეულებრივ ხელს შეუშლის ტრიბუნალის წევრებს შორის იდეების გაცვლას. პროფესორმა სმიტმა განაცხადა, რომ მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების უმრავლესობა რეაგირებს პირად წახალისებაზე და, გარკვეულწილად, ხდება მხარის ადვოკატი სისტემაში, რომელიც მათგან ობიექტურ ქმედებას მოითხოვს.⁴⁹

ზემოთ ხსენებული არგუმენტების თანახმად, შეიძლება გავაკეთოთ დასკვნა, თუ რატომ მიაჩნიათ ავტორებს მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების სისტემა ნაკლოვანად და რატომ ქმნის აღნიშნული სისტემა ჟან პაულსენის სიტყვებით „მორალურ საფრთხეს“. ამიტომ, თუ საერთაშორისო არბიტრაჟი შემოგვთავაზებს სახელმწიფო სასამართლოს საიმედო ალტერნატივას, იგი უნდა აკმაყოფილებდეს იგივე სტანდარტებს, კერძოდ, უნდა უზრუნველყოფდეს არბიტრების მიერ მიუკერძოებელი გადანყვეტილების მიღებას და დავების გადანყვეტას მხოლოდ მათი შინაგანი რწმენის საფუძველზე.⁵⁰

იმ შემთხვევაშიც კი, თუ სახეზე არ გვაქვს არბიტრის აშკარა ტენდენციურობა, ცხადია, რომ იურისტები, რომლებიც წარმოადგენენ მხარეს ყოველთვის ეცდებიან დანიშნონ არბიტრი, რომელიც თანაუგრძობს მხარეს და უპასუხებს მხარის მიერ წამოყენებულ არგუმენტებს.⁵¹ საინვესტიციო დავების გადანყვეტის საერთაშორისო ცენტრის (ICSID) ერთ-ერთ საქმეში ნათლად იყო აღნიშნული არბიტრის განწვევის შესახებ მისი აკადემიური ნაშრომის გამო: „გარკვეული ასაკის არცერთი არბიტრი და ზოგადად კი, არცერთი ადამიანი არ არის მიუკერძოებელი და დამოუკიდებელი. უფრო მარტივად რომ ვთქვათ, თითოეული ინდივიდი გადმოსცემს იდეებს და აზრებს მისი მორალური, კულტურული და პროფესიული განათლებისა და გამოცდილების შესაბამისად.“⁵² იურისტები, რა თქმა უნდა, შეეცდებიან შეისწავლონ არბიტრების იდეები და მოსაზრებები და გამოიყენონ ეს თავიანთი კლიენტის სასარგებლოდ.

ცოტა ხნის წინ გამოქვეყნებული სტატისტიკური მონაცემების თანახმად, საარბიტრაჟო წარმოების მხარეები უფრო ხშირად ახდენენ მეორე მხარის მიერ დანიშნული არბიტრის აცილებას. საინვესტიციო დავების გადანყვეტის საერთაშორისო ცენტრის (ICSID) 26 გამოქვეყნებული გადანყვეტილებიდან 2007 წლიდან დღემდე 24 შეეხებოდა არბიტრთა აცილებას, ხოლო

⁴⁷ *Albert Jan van den Berg*, supra note 5, 831; იხ. ასევე: *Derains Y.*, The Deliberations of the Arbitral Tribunal — “Retour au délibéré arbitral”, in *The Resolution of the Dispute - from the Hearing to the Award: ASA Special Series*, No. 29, 2007, 16.

⁴⁸ *Smit*, იხ. ზემოთ, 43, 2.

⁴⁹ იქვე; *Slaoui F. Z.*, The Rising Issue of “Repeat Arbitrators”: a Call for Clarification, *Arbitration International*, Vol. 25, 2009, 103-119.

⁵⁰ *Mosk/Ginsburg*, Dissenting Opinions in International Arbitration, 15 *MEALEY'S International Arbitration Report* 6, 2000, 9.

⁵¹ იქვე; *John Uff CBE QC*, Party-Appointed Arbitrators: What Is Their Proper Role?, <<http://www.mondaq.com/x/267544/Arbitration+Dispute+Resolution/PartyAppointed+Arbitrators+What+Is+Their+Proper+Role>>, [27.12.2013].

⁵² *Urbaser S. A. v Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Claimants’ Challenge of Professor Campbell McLachlan, 2010, para. 40.

სამი საქმე შეეხებოდა სხვადასხვა საქმეში განთქმული არბიტრების თვითაცილებას.⁵³ აცილებების მიზეზები განსხვავდებოდა. ერთ-ერთ მიზეზად შეიძლება მოვიყვანოთ „საკითხთან დაკავშირებული კონფლიქტი“, ანუ განცხადებები იმის თაობაზე, რომ არბიტრის მიერ ადრე დაკავებული პოზიცია გამოხატავს მის წინასწარ დამოკიდებულებას კონკრეტულ სადავო საკითხთან დაკავშირებით, ან მხარის ან მისი ადვოკატის მიერ არბიტრის რამდენჯერმე დანიშვნა.⁵⁴ აცილების ფაქტების მზარდი რაოდენობა ნათლად მიუთითებს მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების სისტემის ნაკლოვანებაზე და ამ პრობლემის გადაჭრის აუცილებლობაზე.

5. არბიტრების ცალმხრივად დანიშვნის სისტემის მომხრეები

არბიტრების ცალმხრივად დანიშვნის არსებული პრაქტიკის გაუქმების წინადადებას კრიტიკით შეხვდნენ საარბიტრაჟო საზოგადოების გამორჩეული წარმომადგენლები.⁵⁵ მოსამართლე ჩარლზ ბროვერის ხელმძღვანელობით საარბიტრაჟო სფეროში გამორჩენილი მეცნიერები და პრაქტიკოსები ენერგიულად იცავდნენ მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების პრაქტიკას და ეწინააღმდეგებოდნენ „ცვლილების იპოხონდრიას“⁵⁶ შეეცვალათ სისტემა.⁵⁷

ჩარლზ ბროვერის და ჩარლზ როზენბერგის მიერ გამოქვეყნებულ სტატიაში, ავტორები ჟან პაულსენის წინადადებას უწოდებდნენ „wrongheaded“ და აცხადებენ, რომ სამართალწარმოების ალტერნატივად არბიტრის დანიშვნის ფუნდამენტური უფლება არბიტრაჟის ერთ-ერთი მიმზიდველი ასპექტია.⁵⁸ ავტორებმა განაცხადეს, რომ ასეთი უფლება წარმოადგენდა არბიტრაჟის ძირითად პრინციპს 1794 წელს სახელმწიფოთაშორის და ინვესტორსა და სახელმწიფოს შორის ურთიერთობებში. ავტორებმა, ასევე, განაცხადეს, რომ იმ შემთხვევაში, თუ არბიტრი ტენდენციურია რომელიმე მხარის მიმართ, იგი უნდა გათავისუფლდეს საერთაშორისო საადვოკატო ასოციაციის სახელმძღვანელო პრინციპების 2 (ა) მუხლის ძირითადი სტანდარტების თანახმად. ავტორები მისაღებ პრაქტიკად განიხილავდნენ არბიტრების შერჩევას მათი კონკრეტული სამართლებრივი ან პროფესიული გამოცდილების მიხედვით, რადგან მათ კონკრეტული საკითხის ანალიზის საფუძველზე კონკრეტული პოზიცია უჭირავთ შესაბამის საკითხთან დაკავშირებით.⁵⁹ ავტორებმა აღნიშნეს, რომ მხარეებს უნდა გააჩნდეთ ნდობა ტრიბუნალის მიმართ, როგორც კოლეგიალური ორგანოს მიმართ, რისი მიღწევაც შეუძლებელია, თუ მხარეები მონაწილეობას არ მიიღებენ ტრიბუნალის ფორმირების პროცესში.⁶⁰

ჩარლზ ბროვერმა და ჩარლზ როზენბერგმა უპასუხეს პროფესორი ვან დენ ბერგის შემოთავაზებას განსხვავებული აზრის შესახებ და განაცხადეს, რომ განსხვავებული აზრი უკეთესი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების მიღების საფუძველია, იმის გათვალისწინებით, რომ სავარაუდოდ განსხვავებული აზრი ამტკიცებს უმრავლესობის გადაწყვეტილების სისუსტეს და ამით აიძულებს უმრავლესობას გამოასწოროს გადაწყვეტილების სუსტი მხარეები გადაწყვეტილების ფაქტობრივ და სამართლებრივ საფუძველებში.⁶¹ მათი მოსაზრებით, მხარეთა მიერ დანიშ-

⁵³ Finizio/Salas, იხ. ზემოთ, 2.

⁵⁴ იქვე.

⁵⁵ Brower/Rosenberg, იხ. ზემოთ, 29; Mourre A., Are unilateral appointments defensible? On Jan Paulsson's moral hazard in international arbitration, Kluwer Arbitration Blog, 2010, <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/10/05/are-unilateral-appointments-defensible-on-jan-paulsson%E2%80%99s-moralhazard-in-international-arbitration/>>, [27.12.2013] (შემდგომში - Mourre); Carter, იხ. ზემოთ, 12.

⁵⁶ Schneider, იხ. ზემოთ, 8, 273.

⁵⁷ Brower/Rosenberg, შენიშვნა 29; Matthews J.M., Difficult Transitions Do Not Always Require Major Adjustment – It's Not Time to Abandon Party-Nominated Arbitrations in Investment Arbitration, 25 ICSID Review 356, 2010; Branson D., Sympathetic Party-Appointed Arbitrators: Sophisticated Strangers and Governments Demand Them, 25 ICSID Review 367, 2010; Schneider, იხ. ზემოთ, 8; Mourre, იხ. ზემოთ, 55.

⁵⁸ Brower/Rosenberg, იხ. ზემოთ, 29, 8.

⁵⁹ იქვე, 17.

⁶⁰ იქვე, 14.

⁶¹ იქვე, 34.

ნული არბიტრების განსხვავებული აზრი უნდა განვიხილოთ, როგორც მხარის პოზიციის ანა-რეკლი და არა როგორც დამოუკიდებლობის ან მხარისადმი გაუცხოების შიში. ამდენად, გა-კეთდა დასკვნა, რომ მხარის მიერ დანიშნული არბიტრი და მათი განსხვავებული აზრის გა-მოთქმის უნარი ამყარებს საარბიტრაჟო პროცესის აღქმულ ლეგიტიმურობას და ამ სტატუს-კვოს შეცვლა ხელს შეუშლის საარბიტრაჟო სფეროს შემდგომ განვითარებას.⁶²

ბროვერის ზემოთ ხსენებულ ლექციაზე *ჯონი ქს ვედერმა* ასევე მხარი დაუჭირა მხარეთა მიერ არბიტრის დანიშვნისა და განსხვავებული აზრის არსებულ პრაქტიკას.⁶³ მან განაცხადა, რომ მხარეთა მიერ არბიტრის დანიშვნის სისტემა წარმოადგენს „საერთაშორისო არბიტრაჟის ქვაკუთხედს და რომ ჩვენ წინდახედულობა უნდა გამოვიჩინოთ უმიზეზოდ დამკვიდრებული ტრადიციის შეცვლისას“.⁶⁴

ბატონმა *ვიდერმა* უპასუხა პროფესორ *ვან დენ ბერგის* მიერ გამოთქმულ არგუმენტებს განსხვავებული აზრის შესახებ და აღნიშნა, რომ კარგი განსხვავებული აზრი საარბიტრაჟო განხილვაში ჯანსაღი ინტელექტუალური ენერჯის ნიშანია და არა მხარეთა მიერ არბიტრების დანიშვნის სისტემის ფატალური ავადმყოფობის გამოვლინება.⁶⁵

იან პაულსონის წინადადება გააკრიტიკა ფრანგმა იურისტმა *ალექსის მურემ კლუვერის* საარბიტრაჟო ბლოგში გამოქვეყნებულ სტატიაში.⁶⁶ ამ განთქმულმა პრაქტიკოსებმა შემ-დგომში აღნიშნული საკითხი განიხილეს ლონდონის ეკონომიკისა და პოლიტიკური მეცნიერე-ბების სკოლის მიერ ორგანიზებულ სპეციალისტების სემინარზე.⁶⁷ ბატონმა *მურმა* განაცხადა, რომ არბიტრების შერჩევა უზრუნველყოფს მხარეთათვის საარბიტრაჟო წარმოების პროცეს-ზე გარკვეული კონტროლის მექანიზმს.⁶⁸ მისი აზრით, მხარეები ირჩევენ არბიტრს მათი რეპუ-ტაციიდან გამომდინარე და ნებისმიერი შეუსაბამო ზეგავლენა საბოლოო ჯამში არ არის პრო-დუქტიული განხილვის პროცესისთვის, რადგან ტენდენციური არბიტრები აღმოჩნდებიან სა-არბიტრაჟო ტრიბუნალის წევრთა უმცირესობაში.⁶⁹

პროფესორი *ჯიორჯიო საკერდოტი* მხარს უჭერდა მხარეთა მიერ არბიტრების დანიშ-ვნის არსებულ სისტემას და ამტკიცებდა, რომ ტრიბუნალის წევრების არჩევის უფლება განას-ხვავებდა საარბიტრაჟო წარმოებას სამართალწარმოებისაგან და საშუალებას აძლევდა მხა-რეს დაენიშნა არბიტრები, რომლებიც უპასუხებდნენ მხარის მოლოდინს ეროვნების, ენის, კულტურის, სამართლებრივი და ტექნიკური ცოდნის გათვალისწინებით.⁷⁰ იგი ამტკიცებდა, რომ არსებობს გარანტიები იმისათვის, რომ ცალმხრივად დანიშნულმა არბიტრებმა ბოროტად არ გამოიყენონ თავიანთი უფლებები. ეს გარანტიებია:

- აღიარება, რომ არბიტრები არ არიან მხარეთა წარმომადგენლები, არამედ ისინი არიან მეურვეები, რომლებმაც დავა უნდა გადაწყვიტონ სამართლიანად;
- საარბიტრაჟო პროცესში გათვალისწინებულია სასამართლოს უფლება გააკონტრო-ლოს სამართლებრივი პროცესის ძირითადი წესების დაცვა;
- არსებული საუკეთესო პრაქტიკა, მაგალითად, 1994 წლის საერთაშორისო ადვოკატთა ასოციაციის სახელმძღვანელო პრინციპები საერთაშორისო არბიტრაჟოში ინტერესთა კონ-ფლიქტის შესახებ მიღებული სტანდარტია.

⁶² იქვე, 32.

⁶³ იქვე.

⁶⁴ *Sebastian*, იხ. ზემოთ, 12, 4.

⁶⁵ *Carter*, იხ. ზემოთ, 12, 2.

⁶⁶ *Mourre*, იხ. ზემოთ, 55.

⁶⁷ “Unilaterally Appointed Arbitrators - A Good Idea?” Debate between Alexis Mourre (Castaldi Mourre Paris) and Professor Jan Paulsson (LSE), 24 November 2010, <<https://www.youtube.com/watch?v=DeTK-rUb6fU>>, [27.12.2013].

⁶⁸ *Mourre*, იხ. ზემოთ, 55.

⁶⁹ იქვე.

⁷⁰ *Sacerdoti G.*, Is the Party-Appointed Arbitrator a “Pernicious Institution”? A reply to *Professor Hans Smit*, Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, No. 35, 2011, 2.

პროფესორ *ჯიორჯიო საკერდოტმა* შემდგომში განაცხადა, რომ ამგვარი უფლება ამტკიცებს მხარეთა მიერ საბოლოო გადაწყვეტილების მიღების შანსს და გააკრიტიკა არბიტრის ცალმხრივი დანიშვნის ალტერნატიული გზები, კერძოდ, არბიტრების ინსტიტუტის მიერ დანიშვნის ალტერნატივა. მან განაცხადა, რომ მოცემულ შემთხვევაში, საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟი დაკარგავს მის ერთ-ერთ ფუნდამენტურ თვისებას და გადაიქცევა საერთაშორისო კვაზი სამართლებრივ მექანიზმად.⁷¹

ყოველივე ზემოთ აღნიშნულიდან გამომდინარე, მხარეთა მიერ არბიტრების დანიშვნის მომხრეების მიერ წამოყენებულია ორი არგუმენტი: პირველი შეეხება მხარეთა უფლებას აქტიური მონაწილეობა მიიღონ საარბიტრაჟო ტრიბუნალის ფორმირებისა და საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ლეგიტიმაციის პროცესში, მეორე არგუმენტი ხაზს უსვამს მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების მიერ საარბიტრაჟო პროცესში შეტანილ წვლილს.

6. მომავალი

მიღებულია, რომ საარბიტრაჟო წარმოების მხარეებს მიუკერძოებელი ტრიბუნალის უფლება უნდა გააჩნდეთ. დანიშვნის მეთოდი უნდა ემსახურებოდეს ძირითად მიზანს. მხარეთა უფლება, მონაწილეობა მიიღონ ტრიბუნალის ფორმირების პროცესში, კანონიერს ხდის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას და საარბიტრაჟოპროცესს დავის გადაწყვეტის უპირატეს მეთოდთან აქცევს.⁷² თუმცა, ამავე დროს, ცალმხრივად დანიშნული არბიტრი არ უნდა იყოს აბსოლუტურად დამოუკიდებელი, იგი უნდა გრძნობდეს ვალდებულებას მისი დამნიშნავი მხარისათვის სასარგებლო გადაწყვეტილების მისაღებად და ამით, მეორე მხარეს არ უნდა უზღუდავდეს მიუკერძოებელი ტრიბუნალის უფლებას. მიუხედავად საყოველთაოდ აღიარებული ფაქტისა, რომ მხარის მიერ დანიშნული არბიტრი უნდა იყოს დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი, რთულია ტენდენციურობის თავიდან აცილება, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც კონკრეტული საქმე წარმოადგენს არბიტრის საქმიანობის ძირითად საქმეს და მნიშვნელოვან შემოსავალთან არის დაკავშირებული.⁷³

ამდენად, აუცილებელია არბიტრების დანიშვნის ისეთი სისტემის დანერგვა, რომელიც ორივე მხარისათვის უზრუნველყოფს ნდობას, რომ არბიტრი მიუკერძოებლად მოისმენს და გადაწყვეტს დავას. აღნიშნული მიზნის მიღწევის საუკეთესო გზას წარმოადგენს არტბიტრაჟის თითოეული წევრის ერთობლივად შერჩევა. მხარეები გამსჭვალული იქნებიან ტრიბუნალისადმი ნდობით, რადგან არბიტრები ვერ შეძლებენ დაადგინონ, თუ რომელი მხარის ინიციატივით მოხდა მათი შერჩევა და ამდენად, ორივე მხარის ერთგულნი დარჩებიან. მხარეებმა პოტენციური არბიტრების შერჩევის კონკურსი ერთობლივად უნდა ჩაატარონ არბიტრის კონკრეტულ სფეროში კვალიფიკაციის, ცოდნისა და გამოცდილების შესახებ ინფორმაციის მისაღებად. ამგვარი ერთობლივი კონკურსი არ უნდა ემსახურებოდეს არბიტრების კონკრეტულ საკითხზე სამართლებრივი შეხედულების გარკვევას, როგორც ეს ხდება არბიტრის ცალმხრივად შერჩევის შემთხვევაში.

არბიტრების ერთობლივი დანიშვნის სისტემა ითვალისწინებს არსებული სისტემის ყველა უპირატესობას და, ამავე დროს, გვთავაზობს სისტემაში არსებული ხარვეზების აღმოფხვრას. მხარეები საარბიტრაჟო პროცესში ჩართულები იქნებიან, როგორც ტრიბუნალის შემქმნელები და შეძლებენ გააკონტროლონ თითოეული არბიტრის კომპეტენციის დონე და გამოცდილება. მოცემული სისტემა უზრუნველყოფს მხარეების ნდობას მთლიანად საარბიტრაჟო ტრიბუნალის მიმართ და არა მხოლოდ ტრიბუნალის ცალკეული წევრების მიმართ და ამით უგულვებელყოფილი იქნება აზრი, რომ მხარის მიერ დანიშნული არბიტრი არის ამ მხარის არ-

⁷¹ იქვე.

⁷² *Vetulli H.E.*, The Parties' Right to Appoint 'their' Arbitrator in an International Arbitration Proceeding, International Academy for Arbitration Law, Winning Essay, Laureate of the Academy Prize, 1 (შემდგომში *Ezequiel Héctor Vetulli*).

⁷³ *Melanie van Leeuwen*, იხ. ზემოთ, 21, 14.

ბიტრი.⁷⁴ წარმოდგენილი სისტემის დანერგვა მნიშვნელოვანი წინგადადგმული ნაბიჯი იქნება ზემოაღნიშნულ ცალმხრივად დანიშნულ არბიტრების გამოწვევასთან დაკავშირებული პრობლემების გადასაჭრელად. თუ მხარე ჩართული იქნება კონკრეტული არბიტრის შერჩევის პროცესში, შემდგომი პრობლემების რისკი მნიშვნელოვნად შემცირდება.

ამასთან, უნდა აღინიშნოს, რომ წარმოდგენილი სისტემა არ გამოიციხავს მხარეთა შესაძლებლობას დანიშნონ მათ მიერ შერჩეული არბიტრი. მოდავე მხარეებმა შეიძლება მოილაპარაკონ, რომ თითოეული მათგანი მხარს დაუჭერს მეორე მხარის მიერ შემოთავაზებულ არბიტრს. ამდენად, მოცემული სისტემა კვაზი ცალმხრივი დანიშვნის შანსს ტოვებს, იმ შემთხვევაში, თუ მეორე მხარე ღიად ეთანხმება და აქტიურად მონაწილეობს ამგვარ სცენარში.

მიუხედავად იმისა, რომ წარმოდგენილმა სისტემამ შესაძლოა აღმოფხვრას არსებული ნაკლოვანებები, მისი განხორციელება ადვილი არ იქნება, რადგან შეთანხმება მიღწეული უნდა იქნეს მოდავე მხარეებს შორის. ამდენად, ასევე უნდა არსებობდეს არბიტრების დანიშვნის ალტერნატიული მეთოდი, რომელიც მხარეთა შორის არბიტრის დანიშვნაზე შეუთანხმებლობის შემთხვევაში უზრუნველყოფს ტრიბუნალის დანიშვნას საარბიტრაჟო ინსტიტუტის მიერ.⁷⁵ იმ ფაქტის გათვალისწინებით, რომ შესაძლოა მხარეები ლეგიტიმურად არ ენდობოდნენ მათი ჩართულობის გარეშე საარბიტრაჟო ინსტიტუტის მიერ ტრიბუნალის წევრების შერჩევას, მათ მოლაპარაკებისა და გამოცდილი და კვალიფიციური არბიტრის შერჩევისთვის კეთილსინდისიერად ექნებათ დამატებითი სტიმული.

7. დასკვნა

ნათელია, რომ დავა მხარეთა მიერ დანიშნულ არბიტრებთან დაკავშირებით მომავალშიც გაგრძელდება და სახელგანთქმული არბიტრები დამატებით არგუმენტებს წარმოადგენენ თავიანთი შეხედულებების მხარდასაჭერად. როდესაც პროფესორმა პაულსონმა თავის ცნობილ სიტყვაში ცალმხრივად არბიტრის დანიშვნის ინსტიტუტის გაუქმებას დაუჭირა მხარი, აღნიშნა, რომ 2060 წლისთვის აღნიშნულ პოზიციას გაიზიარებს საარბიტრაჟო სფეროში ჩართული საზოგადოების წარმომადგენლების უმრავლესობა. მოდავე მხარეებს შორის აზრთა სხვადასხვაობის გათვალისწინებით, სავარაუდოდ, აღნიშნულ საკითხზე ორმხრივი შეთანხმების მიღწევა მართლაც 2060 წლამდე გადავადდება.

წინამდებარე სტატიის მიზანია საქართველოს საარბიტრაჟო საზოგადოებისთვის მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების შესახებ ორივე მხარის არგუმენტების წარმოჩენა. ამასთან, სტატია გვთავაზობს საარბიტრაჟო ტრიბუნალის მხარეთა მიერ ერთობლივად დანიშვნას და შეუთანხმებლობის შემთხვევაში გადანყვეტილების მიღების პროცესში საარბიტრაჟო ინსტიტუტის ჩართვას. ზემოთ აღნიშნული შეთავაზება საფუძვლად დაედება ახალი ინსტრუმენტების შემუშავებას არსებული გამოწვევების დასაძლევად და ცალმხრივად დანიშნულ არბიტრებთან დაკავშირებით არსებული პრობლემების გადასაჭრელად.

⁷⁴ *Vetulli E. H*, იხ. ზემოთ, 72, 3.

⁷⁵ *Paulsson J.*, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013, 277.

Mediation as a Calling: Addressing the Disconnect Between Mediation Ethics and the Practices of Lawyer Mediators

The purpose of this essay is to outline a problem that I believe we face in lawyer-mediated cases, speculate about the causes of the problem, and tentatively and cautiously suggest possible solutions. The problem is the apparent disconnect between mediation's core values as expressed in most, if not all, of the mediator standards of conduct, and the predominant practices of lawyer mediators.

Mediator ethics has become a subject of widespread attention.¹ Interest in developing appropriate standards of conduct for mediators has been fueled by the increasing popularity of court-sponsored mediation programs during the final decade of the twentieth century and into the twenty-first. Courts, both state and federal, in several jurisdictions, have promulgated mediator ethics rules to regulate the behavior of court-appointed mediators; these rules often borrow "language from standards of conduct for mediators that had been developed by professional organizations and ADR [Alternative Dispute Resolution] practitioners."² In some states, state bar associations or ADR organizations have published statewide standards.³

Let us look first at the two sets of standards that were developed by consortia of ADR organizations: the Model Standards of Conduct for Mediators (Joint Standards), developed and adopted by the American Arbitration Association, the American Bar Association (ABA), and the Association for Conflict Resolution (originally adopted in 1994 and revised in 2005),⁴ and the Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation (Family Standards), developed through a symposium convened by the Association of Family and Conciliation Courts, the Family Law Section of the ABA, and the National Council of Dispute Resolution Organizations (adopted in 2000).⁵ Many jurisdictions that have adopted mediator standards of conduct have used the Joint Standards as a model. The Joint Standards are also often used as a guide in states that have not adopted standards.⁶

My focus will largely be on the core values and principles of mediation as enunciated in the various standards. Party self-determination is the most fundamental principle of mediation and is regularly referenced in the standards.⁷ To emphasize the goal of party self-determination, for example, both sets of national standards explicitly caution the mediator to avoid coercion.⁸ The national standards and most sets

* Professor of Law, Dean Emeritus, South Texas College of Law (Houston, Texas).

¹ See generally *Kovach K.K.*, Musings on Idea(l)s in the Ethical Regulation of Mediators: Honesty, Enforcement, and Education, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 21, 2005, 123 (discussing mediator ethics); *Pou C., Jr.*, "Embracing Limbo": Thinking About Rethinking Dispute Resolution Ethics, *Penn St. L. Rev.*, Vol. 108, 2003, 199 (presenting an overview of ethics in mediation); *Feerick J. D.*, Toward Uniform Standards of Conduct for Mediators, *S. Tex. L. Rev.*, Vol. 38, 1997, 455 (discussing the Model Standards of Conduct for Mediators); *Alfini J.J.*, Mediator Ethics, in *Dispute Resolution Ethics: A Comprehensive Guide 65* (*Bernard Ph. & Garth B. eds.*), 2002 (comparing different standards of conduct for mediators).

² *Alfini*, supra note 1, at 65.

³ *Ibid*

⁴ Model Standards Of Conduct for Mediators, 2005, <http://www.abanet.org/dispute/documents/model_standards_conduct_april2007.pdf>.

⁵ Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, 2000, <<http://www.afccnet.org/pdfs/modelstandards.pdf>>.

⁶ See *Alfini*, supra note 1, 65–66.

⁷ Model Standards of Conduct for Mediators pmb., Standard I, Standard VI; Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation Overview and Definitions, Standard I, Standard VI.

⁸ Model Standards of Conduct for Mediators Standard I ("A mediator shall conduct a mediation based on the principle of party self-determination. Self-determination is the act of coming to a voluntary, uncoerced decision in which each party makes free and informed choices as to process and outcome."); Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation Standard I ("A family mediator shall recognize that mediation is based on the

of state standards also offer both general language and explicit guidance concerning process fairness, another core value.⁹ Some have noted, however, that a mediator's ability to work toward process fairness, by ensuring that the disputants have sufficient information or power to make informed decisions, is problematic.¹⁰ While the mediator may view certain information as essential to informed decision making, if the mediator provides this information, he or she may be viewed as giving an advantage to a party, thereby running the risk of compromising his or her impartiality, which is another core value of mediation.¹¹ Moreover, the information may be taken as a form of advice by the parties, thereby eroding the goal of party self-determination. Although these apparent dilemmas are real, all of the standards consistently promote the core values of party self-determination, process fairness, and impartiality.

Indeed, I believe there would be general agreement among mediators that party self-determination is mediation's guiding principle. It is the one value that distinguishes mediation from other dispute resolution processes. Arguably, then, everything a mediator does in mediation should be consistent with the principle or core value of party self-determination. A mediator's actions should be directed toward achieving the goal of party self-determination and, conversely, nothing a mediator does should compromise this core value.

On the other hand, a mediator also needs to be careful that he or she does not compromise the core value of mediator impartiality. Although impartiality is not unique to mediation – it is also a core value of adjudication and arbitration – I believe it goes hand-in-hand with party self-determination. These two core values – mediator impartiality and party self-determination – are essential to good mediation practice and are most threatened by current practices.

During the past two decades we have witnessed an explosion of interest in mediation among judges and lawyers. Many court-sponsored mediation programs have been put into place in both state and federal courts across the country and their efficacy is now being assessed.¹² With the advent of these institutionalized, court-sponsored mediation programs, we have also witnessed an increasing interest on the part of the legal community in not only representing parties in this alternative forum, but also in developing mediation skills and adding the role of the mediator to their legal practices. That is, lawyers have begun to colonize the mediation field. I would argue that with the increased use of lawyer mediators in court-sponsored mediation programs, we are now witnessing an erosion of the traditional model of mediation that requires a firm commitment to party self-determination.

The good news is that I believe we are prepared to take stock of this current situation and do something about it. In particular, I think we are entering a new era of ADR criticism. The old criticism of ADR and mediation, in particular, was very generalized and relatively uninformed. Scholars such as Owen Fiss and Judith Resnik worried that the increasing use of informal processes like mediation threatened to turn our justice system topsy-turvy, but they offered this criticism at a very abstract level.¹³ The new criticism of mediation is much more informed because it is essentially self-criticism. We now have experienced mediators offering critiques of our current practices. One of the leading thinkers of this new

principle of self-determination by the participants. . . . The family mediator's commitment shall be to the participants and the process. Pressure from outside of the mediation process shall never influence the mediator to coerce participants to settle.”)

⁹ See Model Standards of Conduct for Mediators Standard VI; Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation Standard VI (“A family mediator shall structure the mediation process so that the participants make decisions based on sufficient information and knowledge.”).

¹⁰ See, e.g., *Riskin L. L.*, Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed, *Harv. Negot. L. Rev.*, Vol. 1, 1996, 7, 44–45 .

¹¹ Model Standards of Conduct for Mediators Standard II. (“Impartiality means freedom from favoritism, bias or prejudice.”); Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation Standard IV (“A family mediator shall conduct the mediation process in an impartial manner.”).

¹² See generally *Brazil W. D.*, Court ADR 25 Years After Pound: Have We Found a Better Way?, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 18, 2002, 93 (highlighting the need to preserve party self-determination to ensure process fairness).

¹³ See, e.g., *Resnik J.*, Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication, *Ohio St. J. On Disp. Resol.*, Vol. 10, 1995, 211, 241–65 ; *Fiss O. M.*, Against Settlement, *Yale L.J.*, Vol. 93, 1984, 1073, 1082–83. But see *Menkel-Meadow C.*, Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases), *Geo. L.J.*, Vol. 83, 1995, 2663, 2672–78.

era is Professor Nancy Welsh of the Dickinson School of Law at Pennsylvania State University.¹⁴ In an earlier incarnation, Nancy was an experienced mediator, serving as the executive director of the Mediation Center in Minneapolis. Nancy offers an excellent critique of current mediation practices in her article, *Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do With It?*¹⁵ In her article, Nancy considers how changes in the traditional, or classic, mediation model, due to its institutionalization in court-sponsored programs, may affect disputant perceptions of procedural justice. The changes that she identifies include (1) the reduced role for the parties in mediation, (2) the emerging preference for evaluative interventions, (3) the abandonment or marginalization of the joint session, and (4) the lack of creativity in the settlements that are produced.¹⁶

Let us take these one at a time. First is the reduced role in mediation for the parties. This, of course, goes to the heart of party self-determination. Nancy points out that the need for many parties to be present in a mediation has diminished because, in the context of civil, non-family cases, the “defendants do not control the funds that will be necessary to settle the case.”¹⁷ The real party in interest is often an insurance company. So, in many of these cases it is the parties’ attorneys who attend the mediation sessions and negotiate on behalf of the parties. Even where the parties do possess settlement authority, there seems to be a trend toward having the agents of the parties, namely the attorneys, be the principal bargainers during a mediation.

Why? Because it is more efficient to do it that way. The attorneys have the necessary expertise, detachment, and even the flexibility to guide the process toward a settlement. There are negotiation theorists who would support this reduced role for the parties because it results in a more efficient bargaining process, but this reduced role for disputants is inconsistent with procedural justice (or process fairness) as most of us would define it – the opportunity to have a voice, and to have this voice considered and treated with dignity and respect. The problem I have with this reduced role of the parties is that it not only mutes the parties, but it moves us back toward an adjudicatory model that is more lawyer-centric than party-centric. This development is inconsistent with mediation’s core value of party self-determination.

The second aspect of Nancy’s analysis is that there is a preference for evaluative (rather than facilitative) interventions in court-connected mediation.¹⁸ Both empirical and anecdotal evidence suggests that many attorneys who represent parties in mediation seem to want evaluative mediation rather than facilitative mediation.¹⁹ That is, they seem to want mediators to provide a “reality check” for both their own clients and for the opposing parties; they want mediators to offer opinions on the merits – both strengths and weaknesses – of their cases, and they want the mediators to offer their view of reasonable settlement ranges.²⁰

From a bargaining theory viewpoint, evaluative mediation can be very effective in moving the parties efficiently toward a settlement. If the mediator is trusted by the attorneys and the parties and is perceived to be fair and impartial, it is more likely, in the minds of the lawyers, that the parties will be persuaded to adopt a more rational view of their cases and accept realistic settlement offers. Nancy’s analysis of the increased use of evaluative mediation in the court-connected context is actually fairly

¹⁴ Penn State Dickinson School of Law, Faculty Profile, <<http://www.dsl.psu.edu/faculty/welsh.cfm>>, [4.04.2008].

¹⁵ *Welsh N. A.*, *Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do With It?*, Wash. U. L.Q., Vol. 79, 2001, 787.

¹⁶ *Ibid.*, 789–93.

¹⁷ *Ibid.*, 801–02.

¹⁸ See *Ibid.*, 805–09.

¹⁹ *Ibid.*, at 805; see, e.g., *Guthrie Ch.*, *The Lawyer's Philosophical Map and the Disputant's Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and Lawyering*, Harv. Negot. L. Rev., Vol. 6, 2001, 145, 148–50 (arguing that even in a world mandating facilitative mediation, mediation with lawyer-mediators is highly unlikely to be a purely facilitative process because of the lawyer's philosophical map and the disputant's perceptual map).

²⁰ For a variety of perspectives on evaluative vs. facilitative mediation, see *Riskin*, *supra* note 10; *Kovach K. K. & Love L. P.*, *Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid*, Harv. Negot. L. Rev., Vol. 3, 1998, 71; *Alfini J. J.*, *Evaluative Versus Facilitative Mediation: A Discussion*, Fla. St. U. L. Rev., Vol. 24, 1997, 919; *Riskin L. L.*, *Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System*, Notre Dame L. Rev., Vol. 79, 2003, 1 (noting that parties and lawyers want evaluations as part of mediation services); *Stempel J. W.*, *Identifying Real Dichotomies Underlying the False Dichotomy: Twenty-First Century Mediation in an Eclectic Regime*, J. Disp. Resol., Vol. 2000, 2000, 371.

generous and accepting. She believes that evaluative mediation is not inconsistent with procedural justice if it is done in a particular way. To quote her: “These [evaluative] interventions have the potential to be consistent with (and even to enhance) disputants’ perceptions of procedural justice if they are used after the disputants have had sufficient opportunity to tell their stories and if it is clear that the disputants may choose to reject the mediator’s assessment.”²¹

I would not be so generous. The problem I see with evaluative mediation is that even if it gives parties an opportunity to tell their stories – that is, to have a voice in the mediation—taking an evaluative approach necessarily narrows the framework in which resolution of the dispute is discussed. The framework, if the mediator is a lawyer, most likely is the law, and that invites attorney dominance of the mediation process. This result is inconsistent with the core value of party self-determination. Once again, we have moved the parties away from center stage and moved the lawyers back to a dominant position in the dispute resolution process.

Nancy’s third observation about changing practices in the court-connected context is that the joint session is being abandoned or marginalized.²² The joint session is when the mediator meets with all the parties in the same room and usually encourages the parties to speak to one another. Nancy argues that the joint session is abandoned in favor of a shuttle diplomacy model where one party and the party’s lawyer are put in a room, the other party is put in another room, and the mediator shuttles back and forth between the parties.²³ Actually, I noted this emerging practice in a study I conducted in Florida in 1990 and subsequently published in an article entitled *Trashing, Bashing, and Hashing It Out: Is This the End of “Good Mediation”?*²⁴ I identified this practice as a trashing methodology. One of the lawyer mediators I interviewed said, “I trash their cases.”²⁵ He explained that he would go into a room with the plaintiffs and point out all the weaknesses in their case; he would then give them time to think about it while he went to the defendants’ room to do the same thing.²⁶ The parties are then softened up enough to begin to offer realistic settlement figures.

Nancy argues that “[w]hen the mediator abandons the joint session or the disputants’ attorneys present only cursory summaries of their clients’ cases in joint session, they are likely to sacrifice procedural justice for more efficient deal-brokering.”²⁷ Again, from a negotiation theory standpoint, this may be a more efficient way to produce a settlement. However, once again this is inconsistent with the core value of party self-determination. It reduces the opportunity for the parties to tell their stories with the other party present and leads to attorney dominance of the process. Rather than providing the parties with the opportunity for the kind of give and take that a joint session affords, the parties must rely on the mediator to hear their story correctly in the caucus room and transmit that story to the other party. As we all know, however, the dialogue that takes place in a caucus room is largely that between the mediator and the attorney and the party once again is shunted to the side.

Finally, Nancy argues that there is a lack of creativity in the settlements produced in court-connected mediation.²⁸ Because the mediator and the attorneys now tend to dominate court-connected mediations, there is a tendency for them to quickly transform the parties’ stories into financial and legal terms. This practice tends to impede the parties’ opportunity to speak and to have their voices considered respectfully. Thus, we have a lessened opportunity to produce creative, non-monetary settlements that may include, for example, a simple apology. Once again, this is inconsistent with the concept of party self-determination and plays more to a mediator and lawyer-dominated process.

I think these practices also have a tendency to compromise mediator impartiality, particularly when a mediator offers his or her views on the legal merits of each side of the case and suggests an outcome – a settlement amount. Unless this is very skillfully done, there is a great risk that one party will see the

²¹ *Welsh*, supra note 15, at 851.

²² *Ibid*, at 809–13.

²³ *Ibid*.

²⁴ *Alfani J. J.*, *Trashing, Bashing, and Hashing It Out: Is This the End of “Good Mediation”?*, *Fla. St. U. L. Rev.*, Vol. 19, 1991, 47.

²⁵ *Ibid*, at 66.

²⁶ *Ibid*, at 66–67.

²⁷ *Welsh*, supra note 15, at 852.

²⁸ See *Ibid*, at 813–16.

mediator's evaluation as favoring the other side. At that point, in the eyes of that party, the mediator has compromised his or her image of impartiality.

Although there are mixed messages being sent by the ethics standards concerning the kinds of practices that will ensure procedural justice, there is a genuine commitment in all the mediator ethics standards to mediation's core values of party self-determination, impartiality, and process fairness.²⁹ Why, then, is there a disconnect between what we are seeing in practice in the court-sponsored programs and what is called for in the ethics standards that have been created for these programs? One reason, I believe, is that the standards fail to provide one with a sense of the place of the mediator in the broader realm of the American justice system. As far as democratic values and justice are concerned, these standards are benign. The standards fail to offer a broader sense of purpose. They fail to provide the mediator with an inspirational or aspirational compass.

On the other hand, the two sets of ethics rules with which lawyers are most familiar, the ABA's Model Rules of Professional Conduct³⁰ and the ABA's Model Code of Judicial Conduct,³¹ have strong statements about the links between the ethical conduct of lawyers and judges, and democratic values and justice. The Model Rules of Professional Conduct, for example, state in the Preamble: "A lawyer, as a member of the legal profession, is a representative of clients, an officer of the legal system and a *public citizen having special responsibility for the quality of justice.*"³² Similarly, the Model Code of Judicial Conduct, in its Preamble, states:

[T]he judiciary plays a central role in preserving the principles of justice and the rule of law. . . . [J]udges, individually and collectively, must respect and honor the judicial office as a public trust and strive to maintain and enhance confidence in the legal system.³³

There is no similar inspirational language in any of the sets of mediator ethics standards with which I am familiar. Rather, the prefatory language of these standards is focused on providing a definition of mediation, which, although arguably adequate for procedural justice purposes, makes no attempt to place the mediator in a broader, social justice context.

Perhaps we need to consider adding statements to mediator standards that place mediators in a broader context. But this begs the question: How do mediators promote or enhance justice in our society?³⁴ There has been surprisingly little thinking and writing on this topic. Does mediation foster democratic decision making? How or why? Is it because of its core value of party self-determination that reserves decision-making authority to the parties, thereby enhancing party respect for both process fairness and outcome fairness?³⁵ Thus, does it strengthen democratic values by insisting on process fairness or procedural justice?³⁶ It may be that the drafting of ethics rules or standards of conduct for mediators

²⁹ See supra notes 8, 9, 11 and accompanying text.

³⁰ Model Rules of Prof'l Conduct, 2007.

³¹ Model Code Of Judicial Conduct, 2007.

³² Model Rules of Prof'l Conduct pmb., para. 1 (emphasis added).

³³ Model Code of Judicial Conduct pmb., para. 1.

³⁴ For a discussion of how mediation might further the goals of reparative, distributive, and procedural justice, see *Hyman J. M. & Love L. P., If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation, Clinical L. Rev., Vol. 9, 2002, 157, and Hyman J. M., Swimming in the Deep End: Dealing with Justice in Mediation, Cardozo J. Conflict Resol., Vol. 6, 2004, 19.*

³⁵ For a broader discussion of the democratic values inherent in settlement, see *Menkel-Meadow*, supra note 13.

³⁶ See *Reuben R. C., Democracy and Dispute Resolution: Systems Design and the New Workplace, Harv. Negot. L. Rev., Vol. 10, 2005, 11, 44* ("As a consensual dispute resolution process requiring the consent of the parties before a dispute can be resolved, mediation may generally be seen as an inherently more democratic process than an adjudicatory process like arbitration."). But see *Welsh N. A., The Place of Court-Connected Mediation in a Democratic Justice System, Cardozo J. Conflict Resol., Vol. 5, 2004, 117, 137* ("As attorneys have become more frequent participants in mediation sessions and have assumed responsibility for selecting mediators, the process has become less focused on empowering citizens and more focused on forcing these citizens to confront and become reconciled to the legal, bargaining and transactional norms of the courthouse."). For a variety of perspectives on deliberative democracy and dispute resolution, see articles in *Raising the Bar: What Deliberative Democracy Means for Dispute Resolution, Disp. Resol. Mag., Winter, 2006.*

presents an excellent opportunity to establish this link between procedural and social justice, and to develop an inspirational compass for mediators in court-sponsored programs.

Injecting inspirational, higher purpose language into mediator standards of conduct would be an important first step in establishing mediation as a professional calling. If mediation is viewed as a calling, lawyer mediators might be more willing to conform their practices to the core values (particularly party self-determination) expressed in mediator ethics rules.

However, establishing mediation as a calling may not be enough to conform a lawyer mediator's behavior to mediation's core values. Anecdotal and empirical evidence suggests that at least some of these core values are inconsistent with the "lawyer's standard philosophical map."³⁷ Over twenty five years ago, Professor Leonard Riskin observed that the "philosophical map employed by most practicing lawyers and law teachers . . . differs radically from that which a mediator must use."³⁸ More recently, Professor Chris Guthrie has analyzed the empirical evidence on lawyers' attitudes and personalities and concluded: "Consistent with Riskin's astute observations, the empirical evidence suggests that most lawyers are unlikely to be able to sustain purely facilitative, non-evaluative behavior in mediation."³⁹ Even strong proponents of facilitative mediation (and its close association with the core value of party self-determination) somewhat reluctantly come to this conclusion. Kovach and Love concede that lawyer mediators customarily present adversarial arguments relating to the merits of the case and thereby tend to draw mediation back into their adversarial paradigm.⁴⁰ Thus, lawyer mediators are more likely simply to view mediation as a settlement technique than a calling unless there are fundamental changes or adjustments in the lawyer's philosophical map.

I believe that we are beginning to witness a broadening of the lawyer's philosophical map, or role, during the twenty-first century. Various commentators have argued that lawyers' ethics rules need to be revised to accommodate these changes. Some have argued that the rules of professional conduct need to allow for a non-adversarial, problem-solving approach to lawyering.⁴¹ Others have argued that rather than broadening the rules of professional conduct for lawyers, separate sets of ethics rules should be developed for lawyers operating in different professional contexts.⁴² Professor Scott Peppet, for example, argues for a contract model of legal ethics, which would permit lawyers to opt in or out of different ethics regimes depending on the client's needs and circumstances.⁴³

In short, the problem occasioned by the disconnect between mediation ethics and the practices of lawyer mediators will require reforms of both mediation ethics and the ethics of lawyering as a first step. Mediation standards of conduct will need to be revised to offer mediators a broader sense of purpose – a calling. At the same time, lawyers' ethics rules will have to be broadened to allow the lawyer mediator to see this calling as a part of a new lawyer philosophical map. Although realizing these reforms will be no sport for the short-winded, it will be worth the wait to have mediation reach its full potential.

³⁷ See *Riskin L. L.*, *Mediation and Lawyers*, Ohio St. L.J., Vol. 43, 1982, 29, 43–44 (observing that most lawyers tend to view disputants as adversaries and believe that disputes should be resolved by applying laws to facts).

³⁸ *Ibid.*, at 43.

³⁹ *Guthrie*, supra note 19, at 164.

⁴⁰ *Kovach & Love*, supra note 20, at 96.

⁴¹ See, e.g., *Menkel-Meadow C.*, *Ethics and Professionalism in Non-Adversarial Lawyering*, Fla. St. U. L. Rev., Vol. 27, 1999, 153, 155; *Kovach K. K.*, *New Wine Requires New Wineskins: Transforming Lawyer Ethics for Effective Representation in a Non-Adversarial Approach to Problem Solving: Mediation*, Fordham Urb. L.J., Vol. 28, 2001, 935, 953–59; *Kovach K. K.*, *Lawyer Ethics Must Keep Pace with Practice: Plurality in Lawyering Roles Demands Diverse and Innovative Ethical Standards*, Idaho L. Rev., Vol. 39, 2003, 399, 414–18.

⁴² *Peppet S. R.*, *Lawyers' Bargaining Ethics, Contract, and Collaboration: The End of the Legal Profession and the Beginning of Professional Pluralism*, Iowa L. Rev., Vol. 90, 2005, 475, 511–14.

⁴³ *Ibid.*, at 514–529.

მედიანია რობორს გამოწვევა: მედიანის ეთიკასა და ადვოკატ მედიატორების პრაქტიკას შორის კავშირის წყვეტის საკანონმდებლო

სტატიის მიზანია იმ პრობლემის ზოგადი დახასიათება, რომელსაც, ჩემი აზრით, ვხვდებით ადვოკატის შუამავლობით მიმდინარე პროცესებში, პრობლემის გამომწვევი მიზეზების გააზრება და საორიენტაციოდ და ამავე დროს პრობლემის გადასაჭრელად დიდი სიფრთხილით შესაძლო გადაწყვეტილებების შეთავაზება. პრობლემას წარმოადგენს მედიატორის ქცევის უმეტეს ნორმებში გამოხატული მედიაციის ძირითად ღირებულებებსა და ადვოკატ მედიატორების დომინირებულ პრაქტიკებს შორის კავშირის აშკარა წყვეტა.

მედიატორის ეთიკა გახდა ფართო ყურადღების საგანი.¹ სათანადო ქცევის ნორმების განვითარებაში ინტერესის გაღვივებას ხელი შეუწყო სასამართლოს მიერ დაფინანსებული მედიაციის პროგრამების პოპულარობის ზრდამ მეოცე საუკუნის უკანასკნელი დეკადიდან ოცდამეერთე საუკუნის დასაწყისამდე. სასამართლოს მიერ დანიშნული მედიატორების ქცევის რეგულირების მიზნით, საშტატო და ფედერალურმა სასამართლოებმა რამდენიმე იურისდიქციაში გამოაქვეყნეს მედიატორის ეთიკის წესები; ეს წესები ხშირად იყენებს „მედიატორების ქცევის ნორმების ფორმულირებებს, რომლებიც შემუშავებულია პროფესიონალური ორგანიზაციებისა და დისპუტების ალტერნატიული გადაწყვეტის (ADR) ორგანიზაციის პრაქტიკოსების მიერ.“² ზოგ შტატში შტატის ადვოკატების ასოციაციამ და ADR ორგანიზაციებმა გამოაქვეყნეს სტანდარტები შტატის მასშტაბით.³

დასაწყისში განვიხილოთ ADR ორგანიზაციების კონსორციუმების მიერ შემუშავებული სტანდარტების ორი კომპლექსი: (1) მედიატორების ქცევის სტანდარტების მოდელი (ერთობლივი სტანდარტები), შემუშავებული და მიღებული ამერიკის საარბიტრაჟო ასოციაციის, ამერიკის იურისტთა ასოციაციისა (ABA) და კონფლიქტების გადაწყვეტის ასოციაციის მიერ (პირველად 1994 წელს მიღებული და შემდეგ შესწორებული 2005 წელს),⁴ და (2) საოჯახო და განქორწინების საკითხებში მედიაციის პრაქტიკის სტანდარტების მოდელი (საოჯახო სტანდარტები), შემუშავებული საოჯახო საქმეებისა და შერიგების სასამართლოების ასოციაციის, ამერიკის იურისტთა ასოციაციის საოჯახო სამართლის სექტორისა და დისპუტების გადაჭრის ორგანიზაციების ნაციონალური საბჭოს მიერ მოწვეულ სიმპოზიუმზე (მიღებული 2000 წელს).⁵ ბევრმა იურისდიქციამ, რომლებმაც მიიღეს მედიატორის ქცევის ნორმები, მოდელად გამოიყენეს ერთობლივი სტანდარტების მოდელი. იმ შტატებში, რომლებსაც არ მიუღიათ

* სამართლის პროფესორი, ემერიტუს დეკანი, სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლა (ჰიუსტონი, ტეხასი).

¹ იხ. ზოგადად, *Kovach K.K.*, Musings on Idea(l)s in the Ethical Regulation of Mediators: Honesty, Enforcement, and Education, *Ohio St. J. On Disp. Resol.*, Vol. 21, 2005, 123 (განიხილავს მედიატორის ეთიკას); *Pou Ch., Jr.*, “Embracing Limbo”: Thinking About Rethinking Dispute Resolution Ethics, *Penn St. L. Rev.*, Vol. 108, 2003, 199 (წარმოადგენს მედიაციაში ეთიკის მიმოხილვას); *Feerick J. D.*, Toward Uniform Standards of Conduct for Mediators, *S. Tex. L. Rev.*, Vol. 38, 1997, 455 (განიხილავს მედიატორების ქცევის ნორმების ნიმუშებს); *Alfini J. J.*, Mediator Ethics, in *Dispute Resolution Ethics: A Comprehensive Guide 65* (*Bernard Ph. & Garth B.* რედ.), 2002 (მედიატორების ქცევის სხვადასხვა ნორმების შედარება).

² *Alfini*, შენიშვნა 1, 65.

³ იქვე.

⁴ Model Standards of Conduct for Mediators, 2005, <http://www.abanet.org/dispute/documents/model_standards_conduct_april2007.pdf>.

⁵ Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, 2000, <<http://www.afcnet.org/pdfs/modelstandards.pdf>>.

სტანდარტები, ხშირად სახელმძღვანელო პრინციპად გამოიყენება ერთობლივი სტანდარტების მოდელი.⁶

ამ სტატიაში აქცენტი, ძირითადად, გაკეთდება მედიაციის უმთავრეს ღირებულებებსა და პრინციპებზე, როგორც ფორმულირებულია სხვადასხვა სტანდარტებში. მედიაციის ყველაზე ფუნდამენტალურ პრინციპს წარმოადგენს მხარის თვითგანსაზღვრა, რომელზედაც მუდამ არის მითითებული სხვადასხვა სტანდარტებში.⁷ მხარის თვითგანსაზღვრის მიზნის ხაზგასმის აღსანიშნავად, მაგალითად, ეროვნული სტანდარტების ორივე კომპლექსი აშკარად აფრთხილებს მედიატორს თავი აარიდოს ძალდატანებას.⁸ ეროვნული სტანდარტები და შტატების სტანდარტების უმრავლესობა, აგრეთვე, გვთავაზობს ორივეს, ზოგად ფორმულირებას და დეტალურ მითითებებს პროცესის სამართლიანობასთან, როგორც მეორე ძირითად ღირებულებასთან, დაკავშირებით.⁹ ზოგმა შენიშნა, რომ მედიატორის უნარი იმუშაოს პროცესის სამართლიანობის მიმართულებით იმის უზრუნველყოფით, რომ მოკამათე მხარეებს ჰქონდეთ საკმარისი ინფორმირებულობა ან შეეძლოთ ინფორმაციაზე დაყრდნობით დასკვნების გაკეთება, მაინც პრობლემატურია.¹⁰ იმ დროს, როდესაც მედიატორი კონკრეტულ ინფორმაციას შეიძლება განიხილავდეს როგორც არსებითს ინფორმაციაზე დაყრდნობით დასკვნების გასაკეთებლად და თუ მედიატორი აწოდებს ამ ინფორმაციას, მაშინ გამოდის, რომ იგი უპირატესობას აძლევს მხარეს, რითაც საფრთხე ექმნება მის მიუკერძოებლობას, მედიაციის მეორე ძირითად ღირებულებას.¹¹ უფრო მეტიც, ინფორმაცია შეიძლება მხარეების მიერ მიღებული იყოს, როგორც რჩევა. ამით ძირი ეთხრება მხარის თვითგანსაზღვრის მიზანს. თუმცა ეს აშკარა დილემები რეალურია, ყველა სტანდარტი მაინც წინა პლანზე აყენებს მხარის თვითგანსაზღვრას, პროცესის სამართლიანობასა და მიუკერძოებლობას.

მე ნამდვილად მჯერა, რომ მედიატორებს შორის იქნებოდა საერთო შეთანხმება, რომ მხარის თვითგანსაზღვრა წარმოადგენს მედიაციის მთავარ ხელმძღვანელ პრინციპს. ის არის ერთადერთი ღირებულება, რითაც მედიაცია გამოირჩევა დისპუტების გადაჭრის სხვა პროცესებისგან. მაშინ ალბათ ყველაფერი, რასაც მედიატორი გააკეთებს მედიაციის პროცესში, უნდა შეესაბამებოდეს მხარის თვითგანსაზღვრის პრინციპს, ანუ მის ძირითად ღირებულებას. მედიატორის ქმედებები მიმართული უნდა იყოს მხარის თვითგანსაზღვრის მიზნის მისაღწევად და იგი ისეთს არაფერს უნდა აკეთებდეს, რაც მიმართული იქნება ამ ძირითადი ღირებულების საპირისპიროდ.

⁶ იხ. *Alfini*, შენიშვნა 1, 65-66.

⁷ Model Standards of Conduct for Mediators pmbl, Standard I, Standard VI; Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation Overview and Definitions, Standard I, Standard VI.

⁸ Model Standards of Conduct for Mediators Standard I („მედიატორი მედიაციას წარმართავს მონაწილე მხარის თვითგანსაზღვრის პრინციპის საფუძველზე. თვითგანსაზღვრა წარმოადგენს ქმედებას, რომლის შედეგია ნებაყოფლობითი და ყოველგვარი ძალდატანების გარეშე მიღებული გადაწყვეტილება, რომელშიც თითოეული მხარე აკეთებს თავისუფალ და ინფორმაციის საფუძველზე დამყარებულ არჩევანს პროცესისა და შედეგის მიმართ“); Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation Standard I („მედიატორი საოჯახო საკითხებში გააცნობიერებს, რომ მედიაცია დამყარებულია მონაწილე მხარეების მიერ თვითგანსაზღვრის პრინციპის დაცვის საფუძველზე. საოჯახო საკითხების მედიატორი ვალდებულია აიღებს მონაწილეებისა და პროცესის მიმართ. მედიაციის პროცესზე ზეწოლა გარედან ვერასოდეს მოახდენს ზეგავლენას მედიატორზე, მონაწილეების საკითხის ძალდატანებით გადაჭრაზე.“).

⁹ იხ. Model Standards of Conduct for Mediators Standard VI; Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation Standard VI („მედიატორი საოჯახო საკითხებში ისეთნაირად მოაწყობს მედიაციის პროცესს, რომ მონაწილეებმა გადაწყვეტილებები მიიღონ საკმარისი ინფორმაციისა და ცოდნის საფუძველზე.“).

¹⁰ იხ., მაგ., *Riskin L. L.*, Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed, 1 Harv. Negot. L. Rev., Vol. 7, 1996, 44-45.

¹¹ Model Standards of Conduct for Mediators Standard II. („ობიექტურობა ნიშნავს თავისუფლებას ფავორიტიზმისაგან, მიკერძოებულობისაგან ან ცრუ აზრებისაგან.“); Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation Standard IV („საოჯახო საქმეებში მედიატორი მედიაციის პროცესს წარმართავს მიუკერძოებლად.“).

მეორე მხრივ, მედიატორი, აგრეთვე, ფრთხილად უნდა იყოს, რომ თავისი ქმედებებით საფრთხე არ შეუქმნას მედიატორის მიუკერძოებლობის ძირითად ღირებულებას. თუმცა მიუკერძოებლობა არ არის ერთადერთი მხოლოდ მედიაციისთვის, იგი აგრეთვე წარმოადგენს სასამართლო გადაწყვეტილების გამოტანისა და არბიტრაჟული განხილვის ძირითად ღირებულებას – მე მჯერა, რომ ის მჭიდროდ უკავშირდება მხარის თვითგანსაზღვრას. ეს ორი ღირებულება – მედიატორის მიუკერძოებლობა და მხარის თვითგანსაზღვრა არის არსებითი მედიაციის კარგი პრაქტიკისთვის, ხოლო არსებული პრაქტიკები მათზე მოქმედებს უარყოფითად.

ორი უკანასკნელი დეკადის განმავლობაში ჩვენ ვიხილეთ მედიაციისადმი ინტერესის ზრდა მოსამართლეებში და ადვოკატებში. ორივე საშტატო და ფედერალურ სასამართლოში მთელი ქვეყნის მასშტაბით გატარებული იქნა მედიაციის ბევრი პროგრამა, დაფინანსებული სასამართლოს მიერ და ამჟამად ფასდება მათი ეფექტურობა.¹² სასამართლოს მიერ დაფინანსებული მედიაციის ამგვარ პროგრამებთან ერთად, ასევე, ვიხილეთ სულ უფრო და უფრო ზრდადი ინტერესი სამართლებრივი საზოგადოების მხრიდან არა მხოლოდ მხარეების წარმოდგენისადმი ამ ალტერნატიულ ფორუმში, არამედ მედიაციის უნარ-ჩვევების ჩამოყალიბებისადმი და თავიანთი სამართლებრივი პრაქტიკისათვის მედიატორის როლის დამატებისადმი, ანუ ადვოკატებმა დაიწყეს მედიაციის ველში შეღწევა. მე დავასაბუთებდი, რომ ადვოკატ მედიატორების სულ უფრო და უფრო მეტი გამოყენებით სასამართლოს მიერ დაფინანსებული მედიაციის პროგრამებში ახლა ვხედავთ, რომ ძირი ეთხრება მედიაციის ტრადიციულ მოდელს, რომელიც უნდა მოითხოვდეს მხარის თვითგანსაზღვრის მტკიცე ვალდებულებას.

კარგი სიახლე არის ის, რომ მზად ვართ არსებული სიტუაციის შესაფასებლად და სამოქმედოთ, კერძოდ, შევდივართ დისპუტების ალტერნატიული გადაწყვეტის კრიტიკის ახალ ეპოქაში. დისპუტების ალტერნატიული გადაწყვეტისა და მედიაციის ძველი კრიტიკა იყო ძალზედ განზოგადოებული და შედარებით არაინფორმირებული. მეცნიერები, როგორცაა მაგალითად, ოუენ ფისი (Owen Fiss) და იუდიტ რეზნიკი (Judith Resnik), ნუხდნენ, რომ მედიაციის მსგავსი არაოფიციალური პროცესების ხშირი გამოყენება ყირამალა დააყენებდა ჩვენი სამართლის სისტემას, მაგრამ ეს კრიტიციზმი მათ შემოგვთავაზეს ძალზედ აბსტრაქტულ დონეზე.¹³ მედიაციის ახალი კრიტიციზმი არის ბევრად უფრო გაცნობიერებული, ვინაიდან ის არსებითად წარმოადგენს თვითკრიტიკას. ჩვენ ახლა გვყავს გამოცდილი მედიატორები, რომლებიც კრიტიკულად აფასებენ ჩვენს ამჟამად არსებულ პრაქტიკებს. ამ ახალი ეპოქის ერთ-ერთი ნამყვანი მოაზროვნე არის პენსილვანიის შტატის უნივერსიტეტის დიკინსონის იურიდიული სკოლის პროფესორი ნენსი უელში (Nancy Welsh),¹⁴ იგი გამოცდილი მედიატორი იყო, მუშაობდა მედიაციის ცენტრის აღმასრულებელ დირექტორად მინიაპოლისში. ნენსი გვთავაზობს არსებული მედიაციის ბრწყინვალე კრიტიკას თავის სტატიაში: *გარიგება სასამართლოსთან დაკავშირებულ მედიაციაში: რა უნდა გააკეთოს სამართალმა ამასთან დაკავშირებით?*¹⁵ თავის სტატიაში ნენსი განიხილავს, თუ როგორ შეუძლია მედიაციის ტრადიციულ ან კლასიკურ მოდელს სასამართლოს მიერ დაფინანსებულ პროგრამებში მისი დამყარების გამო იმოქმედოს პროცედურული სამართლიანობის აღქმაზე მოკამათე მხარის მიერ. მის მიერ იდენტიფიცირებული ცვლილებები მოიცავს: (1) მედიაციაში მხარეების შემცირებულ როლს, (2) შეფასებითი ინტერ-

¹² იხ. ზოგადად, *Brazil W.D.*, Court ADR 25 Years After Pound: Have We Found a Better Way?, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 18, 2002, 93, (ნათლად გამოყოფს მხარის თვითგანსაზღვრის პრინციპის დაცვის საჭიროებას პროცესის სამართლიანობის უზრუნველსაყოფად).

¹³ იხ. მაგ. *Resnik J.*, Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 10, 1995, 211, 241–65; *Fiss O.M.*, Against Settlement, *Yale L. J.*, Vol. 93, 1984, 1073, 1082–83. მაგრამ, იხ. *Menkel-Meadow C.*, Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases), *Geo. L. J.*, Vol. 83, 1995, 2663, 2672–78.

¹⁴ Penn State Dickinson School of Law, Faculty Profile, <<http://www.dsl.psu.edu/faculty/welsh.cfm>>, [4.04.2008].

¹⁵ *Welsh N.A.*, Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do With It?, *Wash. U. L.Q.*, Vol. 79, 2001, 787 (2001).

ვენციების ახალ უპირატესობას, (3) ერთობლივი სესიის გაუქმებას ან მარგინალიზაციას და (4) კრეატიულობის ნაკლებობას წარმოქმნილ შეთანხმებებში.¹⁶

განვიხილოთ თითოეული მათგანი. პირველი არის მხარეების როლის შემცირება მედიაციის პროცესში. ეს, რა თქმა უნდა, მიდის მხარის თვითგანსაზღვრის არსამდე. ნენსი აღნიშნავს, რომ ბევრი მხარისთვის მედიაციის პროცესში ყოფნის საჭიროება შემცირდა, ვინაიდან სამოქალაქო, არა-საოჯახო შემთხვევებში „ბრალდებულები ვერ აკონტროლებენ თანხებს, რომლებიც საჭირო იქნება საქმის დასარეგულირებლად.“¹⁷ დაინტერესებულ რეალურ მხარეს ხშირად წარმოადგენს სადაზღვევო კომპანია. ამრიგად, ამ შემთხვევებიდან ბევრ მათგანში სწორედ მხარეების ადვოკატები ესწრებიან საშუაშუალო სესიებს და მხარეების სახელით აწარმოებენ მოლაპარაკებებს. მაშინაც კი, როდესაც მხარეები არიან უფლებამოსილნი კამათის დარეგულირების საქმეში, მაინც შეინიშნება ტენდენცია იმისა, რომ მხარეებს ჰყავთ თავიანთი წარმომადგენლები, რომლებიც არიან ძირითადი მომლაპარაკებლები მედიაციის პროცესში.

რატომ? იმიტომ, რომ ასე გაკეთება უფრო ეფექტურია. ადვოკატებს აქვთ საჭირო გამოცდილება და, ამავე დროს, მოქნილობაც, რომ გაუძღვნენ პროცესს დარეგულირებისაკენ. თეორეტიკოსები მსჯელობენ იმის თაობაზე, თუ ვინ დაუჭერდა მხარს მხარეების როლის შემცირებას, რამდენადაც მას შედეგად მოაქვს უფრო ეფექტური მოლაპარაკების პროცესი, მაგრამ მოკამათე მხარეების ეს შემცირებული როლი ეწინააღმდეგება პროცედურულ სამართალს (ანუ, პროცესის სამართლიანობას), როგორც უმრავლესობა ჩვენგანი განსაზღვრავდა მას – ჰქონდეთ ხმის შესაძლებლობა და ეს ხმა უნდა იყოს გათვალისწინებული და ითვლებოდეს ღირსეულად და პატივისცემით. ჩემი აზრით, მხარეების როლის შემცირებასთან დაკავშირებული პრობლემა არის არა მხოლოდ ის, რომ იგი აჩუმებს მხარეებს, არამედ იგი უკან გვწევს სასამართლოს მოდელამდე, რომელიც უფრო მეტად ადვოკატზეა ორიენტირებული, ვიდრე მხარეზე. ასეთი პოზიცია არ შეესაბამება მედიაციის ძირითად ღირებულებას – მხარის თვითგანსაზღვრას.

ნენსის ანალიზის მეორე ასპექტს წარმოადგენს შეფასებითი (და არა ხელშემწყობი) ინტერვენციების უპირატესობა სასამართლოსთან დაკავშირებულ მედიაციაში.¹⁸ ორივე ემპირიული და ერთეული შემთხვევა გვკარნახობს, რომ ადვოკატებს, რომლებიც წარმოადგენენ მხარეებს მედიაციაში, უფრო მეტად სურთ შეფასებითი, ვიდრე ხელშემწყობითი მედიაცია,¹⁹ ანუ მათ სურთ მედიატორები, რომლებიც ჩაატარებენ „შემომწმებას რეალურ პირობებში“ თავიანთი საკუთარი კლიენტებისთვის და მონიშნაღმდეგე მხარეებისთვის; მათ სურთ, რომ მედიატორები იძლეოდნენ შეხედულებებს საქმის არსზე – თავიანთი საქმეების სუსტ და ძლიერ მხარეებზე და მათ სურთ, რომ მედიატორები სთავაზობდნენ გადაწყვეტილებების მიზანშეწონილი დიაპაზონების განხილვას.²⁰

მოლაპარაკებების თეორიის თვალსაზრისით, შეფასებითი მედიაცია შეიძლება ძალზედ ეფექტური იყოს მხარეებს შორის დავის დასარეგულირებლად. თუ მედიატორს ენდობიან ადვოკატები და მხარეები და იგრძნობა, რომ იგი არის სამართლიანი და მიუკერძოებელი, მოსა-

¹⁶ *Welsh N.A.*, Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do With It?, Wash. U. L.Q., Vol. 79, 2001, 789-93 (2001).

¹⁷ იქვე, 801-02.

¹⁸ იხ. იქვე, 805-809.

¹⁹ იხ. იქვე, 805; იხ. მაგალითად, *Guthrie Ch.*, The Lawyer's Philosophical Map and the Disputant's Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and Lawyering, Harv. Negot. L. Rev., Vol. 6, 2001, 145, 148-50 (ავტორი არგუმენტირებს, რომ მსოფლიო მასშტაბით სანქციონირებული ხელშემწყობითი მედიაციის დროსაც კი ადვოკატ მედიატორების მონაწილეობით მედიაცია არ იქნება წმინდა ხელშემწყობითი პროცესი ადვოკატის მიერ გაკეთებული დასკვნებისა და კამათის მონაწილე მხარის აღქმის ფონზე).

²⁰ ხელშემწყობითი მედიაციის მრავალრიცხოვანი ვარიანტების პერსპექტივების შეფასებასთან დაკავშირებით იხ. *Riskin*, ზემოთ აღნიშნული შენიშვნა 10; *Kovach K. K. & Love L. P.*, Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid, Harv. Negot. L. Rev., Vol. 3, 1998, 71; *Alfini J. J.*, Evaluative Versus Facilitative Mediation: A Discussion, Fla. St. U. L. Rev., Vol. 24, 1997, 919; *Riskin L. L.*, Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System, Notre Dame L. Rev., Vol. 79, 2003, 1 (შენიშნავს, რომ მხარეებსა და ადვოკატებს სურთ, შეფასებები იყოს მედიაციის მომსახურების შემადგენელი ნაწილი); *Stempel J.W.*, Identifying Real Dichotomies Underlying the False Dichotomy: Twenty-First Century Mediation in an Eclectic Regime, J. Disp. Resol., Vol. 2000, 2000, 371.

მართლები ალბათ იფიქრებენ, რომ მხარეებს დაიყოლიებენ, რომ მიიღონ თავიანთი შემთხვევების უფრო რაციონალური ხედვა და რეალისტურ საფუძველზე დაფუძნებული დარეგულირების წინადადებები. სასამართლოსთან დაკავშირებულ კონტექსტში შეფასებითი მედიაციის ხშირ გამოყენებაზე ნენსის მიერ ჩატარებული ანალიზი რეალურად ფართო და მისაღებია. მას სჯერა, რომ შეფასებითი მედიაცია არ არის შეუსაბამო პროცედურულ სამართალთან, თუ იგი ხორციელდება განსაკუთრებული სახით. მისი ციტირებით: „ამ [შეფასებით] ინტერვენციებს აქვთ იმის პოტენციალი, რომ შეესაბამებოდეს (და კიდევაც აამაღლოს) მოკამათე მხარეების მიერ პროცედურული სამართლის აღქმას, თუ ისინი გამოიყენება მას შემდეგ რაც მოკამათე მხარეებს მიეცამათ საკმარისი შესაძლებლობა თავიანთი ისტორიების მოსაყოლად და თუ ნათელია, რომ მოკამათე მხარეები უარს აცხადებენ მედიატორის შეფასებაზე.“²¹

მე არ ვიქნებოდი ასე გულუხვი. ჩემი შეხედულებით და შეფასებით მედიაციასთან დაკავშირებით პრობლემა მდგომარეობს იმაში რომ, თუნდაც იგი აძლევდეს მხარეებს თავიანთი ამბების მოყოლის შესაძლებლობას – ანუ ჰქონდეთ ხმა მედიაციაში – შეფასებითი მეთოდის გამოყენება აუცილებლად ავიწროებს საფუძველს, რომელზე დაყრდნობითაც განიხილება დისპუტების გადაჭრა. თუ მედიატორი არის იურისტი, საფუძველი ყველაზე დიდი ალბათობით არის კანონი და იგი ადვოკატს ანიჭებს დომინანტურ პოზიციას მედიაციის პროცესში. ეს შედეგი არ შეესაბამება მხარის თვითგანსაზღვრის ძირეულ ღირებულებას. კიდევ კვლავ მხარეები მოვაცილეთ ცენტრალურ პოზიციას და იურისტები დაეაბრუნეთ დომინანტურ პოზიციასზე დისპუტების გადაჭრის პროცესში.

ნენსის მესამე დაკვირვება ცვალებად პრაქტიკებზე სასამართლოსთან დაკავშირებულ კონტექსტში არის ის, რომ ერთობლივი სესია ლიკვიდირდება ან ხდება უმნიშვნელო.²² ერთობლივ სესიას ადგილი აქვს მაშინ, როდესაც მედიატორი ყველა მხარეს ხვდება ერთსა და იმავე ოთახში და ხელს უწყობს მათ ერთმანეთთან დალაპარაკებაში. ნენსი არგუმენტირებს, რომ ერთობლივი სესია ლიკვიდირებულია „მაქოსებრი დიპლომატიის“ მოდელის სასარგებლოდ, სადაც ერთი მხარე და მისი ადვოკატი არიან ერთ ოთახში და მეორე მხარე – მეორე ოთახში და მედიატორი მოძრაობს წინ და უკან მხარეებს შორის.²³ ფაქტობრივად, ეს ახალი პრაქტიკა მე შევნიშნე ფლორიდაში კვლევის ჩატარების დროს 1990 წელს და მოგვიანებით გამოვაქვეყნე სტატიაში სათაურით: „ნაგავში ქექვა, გაკრიტიკება და განხილვა: არის ეს „კარგი მედიაციის დასასრული“?“²⁴ ამ პრაქტიკას მე ვაიდენტიფიცირებდი როგორც ნაგვის ქექვის მეთოდოლოგიად. ერთ-ერთმა ადვოკატმა მედიატორმა ჩემთან გასაუბრებისას განაცხადა: „მე ნაგვისაგან ვათავისუფლებ მათ საქმეებს.“²⁵ მან ახსნა, რომ იგი შედიოდა მოსარჩელების ოთახში და მიუთითებდა მათი საქმეების სუსტ მხარეებზე და აძლევდა დროს მოსაფიქრებლად, სანამ იგი შევიდოდა მოპასუხეების ოთახში იგივე ქმედების ჩასატარებლად.²⁶ მხარეებს შორის დაძაბულობა საკმარისად სუსტდებოდა რეალისტურ საფუძველზე დარეგულირების დასაწყებად.

ნენსი ამტკიცებს, რომ როდესაც მედიატორი უარს აცხადებს ერთობლივ სესიაზე ან მოკამათე მხარეების ადვოკატები ესწრებიან თავიანთი კლიენტების საქმეების მხოლოდ ზედაპირულ შეჯამებებს ერთობლივ სესიაში, ისინი აუცილებლად საფრთხეში უნდა აგდებდნენ პროცედურულ სამართალს უფრო ეფექტური გარიგების შუამავლობისთვის.²⁷ კვლავ მოლაპარაკებების თეორიის თვალსაზრისით, ეს შეიძლება იყოს უფრო ეფექტური გზა დისპუტების დარეგულირებისათვის, თუმცა ეს ისევ არ შეესაბამება მხარის თვითგანსაზღვრის ძირეულ ღირებულებას. იგი ამცირებს მხარეების მიერ თავიანთი ამბების მოყოლის შესაძლებლობას მეო-

²¹ Welsh, ზემოთ აღნიშნული შენიშვნა 15, 851.

²² იქვე, 809–13.

²³ იქვე.

²⁴ Alfini J.J., Trashing, Bashing, and Hashing It Out: Is This the End of “Good Mediation”?, Fla. St. U. L. Rev., Vol. 19, 1991, 47.

²⁵ იქვე, 66.

²⁶ იქვე, 66–67.

²⁷ Welsh, ზემოთ აღნიშნული შენიშვნა 15, 852.

რე მხარის თანდასწრებით და ინვესტს ადვოკატის დომინირებას პროცესში. ნაცვლად იმისა, რომ მხარეებს მიეცეს შეხედულებების ურთიერთგაცვლის შესაძლებლობა, რასაც ითვალისწინებს ერთობლივი სესია, ისინი უნდა ეყრდნობოდნენ მედიატორს, რომელმაც სწორად უნდა მოუსმინოს მათ ამბავს დახურული შეკრებების ოთახში და გადასცეს იგი მეორე მხარეს, თუმცა, როგორც ჩვენთვის ცნობილია, დიალოგი, რომელსაც ადგილი აქვს დახურული შეკრებების ოთახში, გარკვეულწილად წარმოადგენს დიალოგს მედიატორსა და ადვოკატს შორის და მხარის მონაწილეობა კვლავ არ არის გათვალისწინებული.

დაბოლოს, ნენსი ამტკიცებს, რომ არაკრეატიულობას აქვს ადგილი კონფლიქტების დასარეგულირებელ გადაწყვეტილებებში, რომლებიც მიიღება სასამართლოსთან დაკავშირებულ მედიაციაში.²⁸ იმის გამო, რომ მედიატორსა და ადვოკატებს აქვთ სასამართლოსთან დაკავშირებული მედიაციის დომინირების ტენდენცია, ისინი ცდილობენ მხარეების ამბების სწრაფად გარდაქმნას ფინანსურ და კანონიერ მაჩვენებლებში. ასეთი პრაქტიკა აფერხებს მხარეების ლაპარაკისა და მათი ხმების პატივისცემით განხილვის შესაძლებლობას. ამრიგად, მცირდება დისპუტების მოსაგვარებლად კრეატიული, არაფულადი გადაწყვეტილებების, რომლებიც შეიძლება მოიცავდეს უბრალო ბოდიშს, მიღების შესაძლებლობა. კიდევ ერთხელ ადგილი აქვს შეუსაბამობას მხარის თვითგანსაზღვრის იდეასთან და მიზნებისთვის უფრო მეტად გამოყენებულია მედიატორი და ადვოკატით დომინირებული პროცესი.

ვფიქრობ, ამ პრაქტიკებს აქვთ მედიატორის მიუკერძოებლობის კომპრომეტირების ტენდენცია, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც მედიატორი საკუთარ შეხედულებებს სთავაზობს საქმის თითოეული მხარის სამართლებრივ არსზე და იძლევა სავარაუდო შედეგს – დისპუტების დარეგულირების საფუძველზე თანხის გადახდასთან დაკავშირებით. თუ ეს ზედმინევით ოსტატურად არ განხორციელდა, ყოველთვის იქნება დიდი რისკი იმისა, რომ ერთი პარტია მედიატორის შეფასებას ჩათვლის მეორე მხარის სასარგებლოდ განხორციელებულ შეფასებად. ამ თვალსაზრისით, იმ მხარის თვალში მედიატორს შერყეული ექნება მისი მიუკერძოებელი იმიჯის რეპუტაცია.

თუმცა პროცედურული სამართლიანობის გარანტირებისათვის პრაქტიკის სახეობებთან დაკავშირებულ ეთიკის ნორმებში ფორმულირდება შერეული შეხედულებები, მედიატორის ეთიკის ყველა ნორმაში არის მედიაციის ძირითადი ღირებულებების, როგორცაა მხარის თვითგანსაზღვრის, მიუკერძოებლობისა და პროცესის სამართლიანობის ჭეშმარიტი ვალდებულება.²⁹ მაშინ რატომ არის წყვეტა პრაქტიკულად, რაც ჩანს სასამართლოთი დაფინანსებულ პროგრამებსა და ეთიკის ნორმებს შორის, რომლებიც მოითხოვება ამ პროგრამების შესაქმნელად? ერთი მიზეზი, ჩემი აზრით, მდგომარეობს იმაში, რომ სტანდარტები ვერ უზრუნველყოფს მედიატორის ადგილს ამერიკის მართლმსაჯულების სისტემის ფართო სფეროში. რაც შეეხება დემოკრატიულ ღირებულებებსა და სამართალს, ეს სტანდარტები არის მსუბუქი ფორმის. სტანდარტები ვერ იძლევა მიზნის უფრო ფართო აზრს. ისინი ვერ უზრუნველყოფს მედიატორს შთაგონებისა და მიზნის განხორციელებისაკენ სწრაფვის საზღვრებით.

მეორე მხრივ, ეთიკის წესების ორ კომპლექსს, რომელიც ყველაზე მეტად იციან იურისტებმა, პროფესიონალური ეთიკის ABA-ს ტიპურ ნორმას³⁰ და სასამართლოს ქცევის ABA-ს ტიპურ ნორმას,³¹ აქვს ძლიერი ფორმულირებები, რომლებიც ადგენს კავშირებს ადვოკატებისა და მოსამართლეების ეთიკურ ქცევასა და დემოკრატიულ ღირებულებებსა და სამართალს შორის. მაგალითად, პროფესიონალური ეთიკის ტიპური ნორმა შესავალ ნაწილში, პრეამბულაში ადგენს: „ადვოკატი, როგორც იურიდიული პროფესიის წევრი არის კლიენტების წარმომადგენელი, საკანონმდებლო სისტემის ჩინოვნიკი და სამართლის ხარისხზე განსაკუთრებული პა-

²⁸ იქვე, 813-816.

²⁹ იხ. ზემოთ აღნიშნული შენიშვნები 8, 9, 11 და თანმხლები ტექსტი.

³⁰ Model Rules of Prof'l Conduct, 2007.

³¹ Model Code of Judicial Conduct, 2007.

სუბსმგებლობის მქონე საზოგადოებრივი მოქალაქე.³² ანალოგიურად სასამართლოს ქცევის ტიპური ნორმა თავის პრეამბულაში ადგენს:

სამართალწარმოება ცენტრალურ როლს თამაშობს სამართლის პრინციპებისა და სამართლის ნორმების შენარჩუნებაში. მოსამართლეები ინდივიდუალურად და კოლექტიურად პატივისცემით უნდა ექცეოდნენ სასამართლო თანამდებობას, როგორც საზოგადოებრივ ტრასტს და უნდა ისწარფვოდნენ ნდობის შესანარჩუნებლად და ასამაღლებლად იურიდიულ სისტემაში.³³

მედიატორის ეთიკის არცერთ ჩემთვის ცნობილ სტანდარტში არ არის შთაგონებისკენ მიმართული არავითარი ფორმულირება. უფრო ზუსტად, ამ სტანდარტების შესავალი ფოკუსირდება მედიაციის განმარტებაზე, რომელიც შესაძლოა ადეკვატურია პროცედურული სამართლის მიზნებისთვის, მაინც არ გამოხატავს სწრაფვას მედიატორის უფრო ფართო საზოგადოებრივი სამართლის კონტექსტში ჩაყენებისკენ.

შეიძლება ჩვენთვის საჭირო იყოს მედიატორის ნორმების დამატებითი ფორმულირების განხილვა, რომლებიც მედიატორს წარმოგივდგენს უფრო ფართო კონტექსტში, მაგრამ აქ ჩნდება შემდეგი კითხვა: როგორ უნებოთ ხელს ან აძლიერებენ მედიატორები სამართალს ჩვენს საზოგადოებაში?³⁴ ამ თემაზე საოცრად ცოტა რამ არის ნაფიქრი ან დაწერილი. აძლევს თუ არა მედიაცია სტიმულს დემოკრატიული გადაწყვეტილების მიღებას? როგორ ან რატომ? ეს იმიტომ ხომ არ არის, რომ მხარის თვითგანსაზღვრის ძირითადი ღირებულება, რომელიც მხარეებს უნარჩუნებს უფლებამოსილებას გადაწყვეტილების მიღებაზე, აძლიერებს მხარის ორივე – პროცესისა და შედეგის სამართლიანობას?³⁵ ამრიგად, აძლიერებს იგი დემოკრატიულ ღირებულებებს პროცესის სამართლიანობის ან პროცედურული სამართლის დაჟინებით მოთხოვნით?³⁶ შეიძლება მედიატორების ეთიკის წესების ან ქცევის ნორმების შედგენა წარმოადგენს პროცედორულ და საზოგადოებრივ სამართალს შორის კავშირის დამყარებისა და მედიატორებისთვის შთაგონების საზღვრების ჩამოყალიბების ბრწყინვალე შესაძლებლობას სასამართლოთი სპონსორირებულ პროგრამებში.

შთაგონებითი, უფრო მაღალი მიზნის ფორმულირების შეტანა მედიატორის ქცევის ნორმებში შეიძლება იყოს მნიშვნელოვანი პირველი ნაბიჯი მედიაციის, როგორც პროფესიული გამონწვევის, ჩამოყალიბებაში. თუ მედიაცია განიხილება, როგორც გამონწვევა, ადვოკატ მედიატორებმა შეიძლება უფრო მეტად მოისურვონ თავიანთი პრაქტიკის შეთავსება ძირეულ ღირებულებებთან (განსაკუთრებით მხარის თვითგანსაზღვრა), რომლებიც გამოხატულია მედიატორის ეთიკის წესებში.

³² Model Rules of Prof'l Conduct pmbl., para. 1 (აქცენტირება თანდართულია).

³³ Model Code of Judicial Conduct pmbl., para. 1.

³⁴ მსჯელობა იმის თაობაზე, თუ როგორ შეიძლება მედიაციამ ხელი შეუწყოს აღდგენითი, კეთილდღეობის გავრცელებისა და პროცედურული სამართლიანობის მიზნების სტიმულირებას, იხ. Hyman J. M., Love L. P., If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation, *Clinical L. Rev.*, Vol. 9, 2002, 157 და Hyman J. M., Swimming in the Deep End: Dealing with Justice in Mediation, *Cardozo J. Conflict Resol.*, Vol. 6, 2004, 19.

³⁵ დისპუტების დარეგულირებისთვის დამახასიათებელი დემოკრატიული ღირებულებების უფრო ფართო განხილვა იხ. *Menkel-Meadow*, ზემოთ აღნიშნული შენიშვნა 13.

³⁶ იხ. *Reuben R. C.*, Democracy and Dispute Resolution: Systems Design and the New Workplace, 10 *Harv. Negot. L. Rev.*, Vol. 10, 2005, 11, 44, (დავების შეთანხმებით გადაწყვეტის პროცესი – მედიაცია, რომელიც მოითხოვს მხარეების თანხმობას დავის გადაჭრამდე. მედიაცია საზოგადოდ შეიძლება ჩანდეს როგორც თვისობრივად უფრო დემოკრატიული ფორმა, ვიდრე სასამართლო პროცესი, არბიტრაჟის მსგავსად). მაგრამ, იხ. *Welsh N. A.*, The Place of Court-Connected Mediation in a Democratic Justice System, *Cardozo J. Conflict Resol.*, Vol. 5, 2004, 117, 137 („ვინაიდან ადვოკატები გახდნენ მედიაციის სესიების უფრო ხშირი მონაწილენი და აიღეს პასუხისმგებლობა მედიატორების შერჩევაზე, პროცესი უფრო ნაკლებად ფოკუსირებული გახდა მოქალაქეებისათვის უფლებამოსილების მინიჭებაზე და მეტად ორიენტირებული მოქალაქეების იძულებაზე გაცნონ და შეურიგდნენ სასამართლოს სამართლებრივ, მომრიგებლურ და სახელშეკრულებო ნორმებს“). გააზრებული დემოკრატიულობისა და დისპუტების გადაჭრის პერსპექტივების ვარიანტებისათვის იხ. სტატიები: *Raising the Bar: What Deliberative Democracy Means for Dispute Resolution*, *Disp. Resol. Mag.*, Winter, 2006.

მაგრამ მედიაციის, როგორც გამონვევის ჩამოყალიბება შეიძლება არ იყოს საკმარისი ადვოკატ მედიატორის ქცევის შესათავსებლად მედიაციის ძირეულ ღირებულებებთან. შემთხვევითი და ექსპერიმენტული მტკიცებულების თანახმად, ამ ძირეული ღირებულებებიდან მინიმუმ რამდენიმე მათგანი არ შეესაბამება „ადვოკატის სტანდარტულ ფილოსოფიურ რუკას“³⁷ ოცდახუთზე მეტი წლის წინ პროფესორ ლეონარდ რისკინმა დაკვირვების შედეგად აღმოაჩინა, რომ „საუკეთესო პრაქტიკის მქონე ადვოკატებისა და იურისტ პედაგოგების მიერ გამოყენებული ფილოსოფიური რუკა რადიკალურად განსხვავდება რუკისაგან, რომელიც მედიატორმა უნდა გამოიყენოს.“³⁸ უფრო ბოლო დროს პროფესორ კრის გუთრიემ (Chris Guthrie) გააანალიზა ექსპერიმენტული მონაცემები ადვოკატთა დამოკიდებულებაზე და ინდივიდუალობებზე და დაასკვნა: „რისკინის გამჭრიახი დაკვირვებების შესაბამისად, ექსპერიმენტული მონაცემებიდან გამომდინარეობს, რომ ნაკლებად სავარაუდოა ადვოკატთა უმეტესობა ხელს უწყობდეს სრულიად ხელსაყრელ და შეუფასებელ ქცევას მედიაციაში.“³⁹ ხელსაყრელი მედიაციის (და მხარის თვითგანსაზღვრის ძირითად ღირებულებასთან მისი ახლო კავშირის) ძლიერი მომხრეებიც კი როგორღაც ვერ მიდიან ამ დასკვნამდე. კოვჩი და ლოვი აცხადებენ, რომ ადვოკატ მედიატორებს ჩვეულებივ მოჰყავთ ურთიერთსაწინააღმდეგო არგუმენტები საქმის კონკრეტულ არსთან დაკავშირებით და ამრიგად აქვთ მედიაციის თავიანთ ურთიერთსაწინააღმდეგო პარადიგმაში დაბრუნების ტენდენცია.⁴⁰ ამრიგად, უფრო მარტივად, ადვოკატი მედიატორები მედიაციას თვლიან უფრო დისპუტების დარეგულირების მეთოდად, ვიდრე გამონვევად, თუ არ იქნება ძირეული ცვლილებები ან შესწორებები ადვოკატის ფილოსოფიურ სქემაში.

მე მნამს, რომ ოცდამეერთე საუკუნის განმავლობაში ვიხილავთ ადვოკატის ფილოსოფიური სქემის, ანუ როლის გაფართოებას. სხვადასხვა ინტერპრეტაციები კამათობენ, რომ ადვოკატების ეთიკის ნორმები გადახედული უნდა იყოს ამ ცვლილებებისადმი მოსარგებლად. ზოგი ამტკიცებს, რომ პროფესიონალური ქცევის წესებში შეტანილი უნდა იყოს არაურთიერთსაწინააღმდეგო მიდგომა საადვოკატო პრაქტიკის პრობლემის გადაჭრისადმი.⁴¹ სხვები ამტკიცებენ, რომ ადვოკატების პროფესიონალური ქცევის წესების გაფართოების ნაცვლად უმჯობესია ჩამოყალიბდეს ეთიკის წესების ცალკეული კომპლექსები სხვადასხვა პროფესიონალურ სფეროში მომუშავე ადვოკატებისათვის.⁴² მაგალითად, პროფესორი სკოტ პეპეტი (Scott Peppet), ასაბუთებს სამართლებრივი ეთიკის პირობითი მოდელის შემოტანას, რომელიც ადვოკატებს მისცემდა სხვადასხვა რეჟიმში მონაწილეობის მიღების ან არ მიღების საშუალებას კლიენტის საჭიროებებისა და გარემოებების მიხედვით.⁴³

მოკლედ, პრობლემის გადასაჭრელად, რომელიც წარმოიშვა მედიაციის ეთიკასა და ადვოკატ მედიატორების პრაქტიკას შორის ნყვეტის გამო, უპირველეს ნაბიჯს წარმოადგენს რეფორმების განხორციელება როგორც მედიაციის ეთიკაში, ასევე ადვოკატთა პრაქტიკის ეთიკაში. მედიაციის ქცევის ნორმები საჭიროებს გადახედვას, რათა მედიატორებს შესთავაზონ მიზნის უფრო ფართო აზრი – გამონვევა. ამავე დროს, ადვოკატების ეთიკის წესებს მოუწევს გაფართოება, რათა ადვოკატ მედიატორებმა დაინახონ ეს გამონვევა როგორც ადვოკატის ახალი ფილოსოფიური სქემის ნაწილი. მაგრამ ეს რეფორმები არ განხორციელდება დაჩქარებულად, რადგანაც საჭირო იქნება, რომ მედიაციამ მიაღწიოს თავის სრულ პოტენციალს.

³⁷ იხ. *Riskin L.L.*, *Mediation and Lawyers*, Ohio St. L.J., Vol. 43, 1982, 29, 43-44 (აღნიშნავს, რომ ადვოკატების უმრავლესობა ცდილობს განიხილოს მოკამათე მხარეები, როგორც მონაწილედგეები და სჯერა, რომ დავები უნდა გადაწყდეს კანონების ფაქტებისადმი მისადაგების გზით).

³⁸ იქვე, 43.

³⁹ *Guthrie*, ზემოთ აღნიშნული შენიშვნა 19, 164.

⁴⁰ *Kovach & Love*, ზემოთ აღნიშნული შენიშვნა 20, 96.

⁴¹ იხ. მაგალითად, *Menkel-Meadow C.*, *Ethics and Professionalism in Non-Adversarial Lawyering*, Fla. St. U. L. Rev., Vol. 27, 1999, 153, 155; *Kovach K. K.*, *New Wine Requires New Wineskins: Transforming Lawyer Ethics for Effective Representation in a Non-Adversarial Approach to Problem Solving: Mediation*, Fordham Urb. L.J., Vol. 28, 2001, 935, 953-59; *Kovach K. K.*, *Lawyer Ethics Must Keep Pace with Practice: Plurality in Lawyering Roles Demands Diverse and Innovative Ethical Standards*, Idaho L. Rev., Vol. 39, 2003, 399, 414-18.

⁴² *Peppet S.R.*, *Lawyers' Bargaining Ethics, Contract, and Collaboration: The End of the Legal Profession and the Beginning of Professional Pluralism*, Iowa L. Rev., Vol. 90, 2005, 475, 511-14.

⁴³ იქვე, 514-29.

Mediation for Lawyers

“Mediation is not an adversarial process to determine who is right and who is wrong. Mediation should be approached as a problem-solving exercise.”¹

Introduction

Georgian lawyers unfamiliar with mediation may have very reasonable concerns about this relatively new process. They may be worried that they might lose clients who choose to mediate instead of litigating. They may try to convince clients not to mediate. They may treat mediation like an annoying step on the way to Court or, worst of all, treat it like another adversarial process similar to litigation.

This article will attempt to address the above concerns. It will explain the important differences between litigation and mediation. It will discuss the qualities and skills of lawyers that can be very useful in mediation. It will also warn of the dangers of certain behaviours that lawyers can bring into mediation by way of legal training or habit. Finally, it will suggest a simple, collaborative practice idea that could be used in mediation to ensure that lawyers are truly acting in their client's best interests.

As mediation becomes more widely used, clients will be looking for lawyers who have mediation knowledge and experience. Client satisfaction will often depend significantly on the level of direct participation in mediation and the ability of the lawyer to work effectively according to mediation principles.

Litigation vs Mediation

Lawyers are familiar with the adversarial litigation system where disputing sides build a legal case against each other and use various skills and strategies to obtain their preferred outcome, by settlement or in Court. This is often a rights-based process focusing on legal issues, formal processes and negotiation. The lawyer controls the process and the client can almost be called a spectator. It can be said that “the traditional role of lawyers is to represent and advocate on behalf of clients in an adversarial system. It is not to act as an independent facilitator who believes in the ability of persons to negotiate and settle things for themselves.”² Mediation, a form of Alternative Dispute Resolution (ADR) is based on quite different principles. Core elements of mediation are that it is a problem-solving process focusing on the interests and needs of disputants rather than their legal positions. Another main element is that it involves much more client control and has the potential to empower disputants to resolve not only their current conflict themselves but also future conflicts. There is much evidence that client satisfaction depends a lot on the level of participation in their dispute resolution.³ There are many other potential benefits of mediation that are unavailable through litigation and that may surprise lawyers.

* Alex Azarov an Australian lawyer and mediator with two years experience mediating tenancy disputes in Brisbane, Australia. He is Bachelors of Medical Science and Laws from the University of Technology, Sydney, and a masters of Mediation & Conflict Resolution from the University of Queensland, Australia.

¹ Law Council of Australia, “Guidelines for Lawyers in Mediations”, 2007, <<http://www.nswbar.asn.au/docs/professional/adr/documents/LAWCOUNCILGUIDELINESFORLAWYERSINMEDIATIONS.pdf>>, [02.04.2014].

² *Ardagh A., Cumes G.*, The legal profession post-ADR: From mediation to collaborative law, 18 *Australasian Dispute Resolution Journal*, Vol. 18, 2007, 205, 208.

³ *Hardy S., Rundle O.*, Mediation for Lawyers, CCH Australia, 2010, 8-9.

A good illustration involved a tenancy dispute in Australia between young tenants and an old property owner. At the end of the mediation, the tenants had agreed to give a cheque to the old property owner. When everyone thought the mediation was over, the old man tore up the cheque and said that he just wanted them to know that they shouldn't take advantage of someone just because of their old age.⁴ A very common phrase encountered by mediators is "It's not about the money, it's the principle!"

Emotion is also something that lawyers see not having much place in litigation (unless it can have a useful effect on a judge or a jury). However, emotion can be a very underrated factor in many disputes and often manifests itself in disputants needing to vent. Although a generalisation, emotion may be an even more important factor in dispute resolution in Georgian culture. It is possible to constructively manage emotions in mediation instead of shutting them out as being irrelevant. The danger of doing so is that suppressed emotions may blow up eventually or make the mediation very ineffective. Some other examples of non-legal interests and needs include:

- an apology or expression of regret;
- an explanation of what went wrong;
- information about changes that have occurred since the events giving rise to the dispute;
- to compromise the matter even though the legal case is strong;
- to keep the outcome secret;
- to make a joint public announcement about settlement;
- to discuss patterns of interaction for the future; or
- to consider non-legally available options such as compensating by providing goods or services rather than cash.⁵

The legal system plays a very important role in maintaining order in society and in resolving various disputes. However it "is often beyond the understanding of the community, and fails to adequately recognise and satisfy human needs, or to provide for direct participation."⁶ With the growing popularity around the world of ADR processes like mediation, Georgian lawyers can rectify these limitations by becoming effective participants in mediations and by becoming an important link between ADR and the legal system.

How Can Lawyers be Useful in Mediation?

Lawyers already possess specific skills that are very useful in mediation. For example, they are trained to analyse large amounts of information and complicated disputes, to identify main issues and to summarise them succinctly. There may be new skills or information that lawyers would need to learn in order to play a constructive role in mediation.

Before Mediation

Firstly, it is still crucial for a lawyer to make a sound assessment of the client's legal case, to advise the client of legal issues and the litigation option. Mediation should be given as an alternative option and its advantages over litigation honestly explained, especially if the client does not know much about mediation and is hesitant. Since it is, in principle, a voluntary process, the client always has the choice to stop mediating and proceed with other options like litigation. In Appendix 1 of this article, there is a checklist of information that can be useful to provide to a client when they are deciding whether to participate in mediation or not.

⁴ *Hardy S., Rundle O.*, Mediation for Lawyers, CCH Australia, 2010 ,6-10.

⁵ *Id.*, 131.

⁶ *Ardagh A., Cumes G.*, The legal profession post-ADR: From mediation to collaborative law, Australasian Dispute Resolution Journal, Vol. 18, 2007, 205, 206.

If a client has decided to try mediation, it is crucial for the lawyer to prepare as much as if the lawyer is preparing for a court case. This can include analysing/summarising the facts, making a chronology, identifying the positions, needs and interests of all sides, preparing yourself and preparing the client.⁷

It is important for a lawyer to be able to give 'mediation process advice' to the client.⁸ This includes practical issues like explaining how the mediation would proceed, determining if mediation is inappropriate⁹ (there may be exceptions where, for example, there is a threat of violence from the other side), determining if there are power imbalances and how to address them as well as explaining the main principles of mediation: voluntariness, confidentiality, impartiality of the mediator and party participation.

Another important role that a lawyer could play before mediation is conflict coaching. This relates to the substance of the dispute like the client's concerns, interests and needs underlying their position.¹⁰ It may help to ask questions like "What do you really want?", "What is your best/worst alternative to a negotiated agreement?" and "How do you feel about ... ?" It may seem like more of a role of a psychologist but it can be extremely effective and is only limited by the lawyer's communication skills and emotional intelligence. These can be improved with specific training and lots of materials exist on the topics of conflict coaching and emotions. Appendix 2 has a list of useful questions, which a lawyer could ask a client in preparation for mediation.

"Is this realistic?" is another crucial question a lawyer can ask the client. Lawyers are in a very good position to conduct 'reality testing' and 'doubt creation' with emotional clients because they are on the client's side. It is more difficult for an impartial mediator to do this. Reality testing could involve asking the client to think about how a judge may view the situation. The lawyer could also ask the client to put themselves in the other party's shoes to see the dispute from their point of view. This can help the client be more reasonable and reduce unrealistic expectations.

To help achieve the above, there is a very useful communication tool-kit for lawyers: LARSQ. Listening (or active listening) involves regular verbal feedback to show the client that they are being heard; Acknowledging involves acknowledging how the client may be feeling (e.g. "I can see that you're very frustrated by this dispute"); Reframing can be used to describe something in a different (often less negative) way that focuses on what the lawyer sees as the crucial issues; Summarising of the key issues should come naturally to a lawyer and can be useful whenever people are stuck or confused; Questioning is also something lawyers do very well, with open questions often being more useful in mediation than closed ones.

During Mediation

There is a spectrum of roles a lawyer can play during mediation, depending on the level of the lawyer's involvement in the process. These can be described (from less to more involvement) as: 'absent advisor', 'absent observer', 'expert contributor', 'supportive professional participant' and 'spokesperson'.¹¹ As an absent advisor, a lawyer can give advice to a client and help with preparation but does not attend the mediation. An absent observer plays the same role but attends the mediation without actively participating, only speaking to the client in a private session. An expert contributor is an 'absent observer' who does speak during mediation but only to clarify points of law or to raise legal issues. A supportive professional participant does the same as an expert contributor but goes beyond legal issues. This role can involve discussing underlying interests and needs, alternatives, options and reality testing proposed solutions.

⁷ For detailed advice about how to prepare for mediation, see *Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers*, CCH Australia, 2010, Chapter 4.

⁸ *Cooper D., Brandon M., How Can Family Lawyers Effectively Represent their Clients in Mediation and Conciliation Processes?*, Australian Journal of Family Law, Vol. 21, 2007, 288, 292.

⁹ For a discussion on appropriateness of mediation, see *Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers*, CCH Australia, 2010, 11-15.

¹⁰ *Cooper D., Brandon M., How Can Family Lawyers Effectively Represent their Clients in Mediation and Conciliation Processes?*, Australian Journal of Family Law, Vol. 21, 2007, 288, 294.

¹¹ See *Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers*, CCH Australia, 2010, 143-154.

Finally, a spokesperson lawyer will do all this but speak on behalf of the client. This may be appropriate if the client is not comfortable speaking or if there is a severe power imbalance.

What kind of role a lawyer plays in mediation should ideally depend on the client's wishes. Lawyers need to determine this with the client before mediation while maximising the chances of direct participation by the client. A lawyer should also be prepared to shift roles during mediation if it becomes appropriate.

Advocating for a client is a role that is natural for lawyers. However, such a role should only be an exception in the context of mediation. There may be times when there is a clear power imbalance between parties (e.g. an employee with a low level of education and a highly educated employer). Good mediators should be able to address such imbalances while still remaining impartial. However, the weaker party's lawyer could support the client and make sure the client is not disadvantaged.¹²

Lawyers can also play an important role in relation to confidentiality in mediation.¹³ Confidentiality is quite a legal term with a strong basis in legislation. It is one of the core principles of mediation but, in practice, can be misunderstood and breached unwittingly by participants. Lawyers can use their legal knowledge to clarify and explain issues of confidentiality during mediation and maximise the chances of parties abiding by their confidentiality obligations.

If mediation has reached an impasse, lawyers can play an important role (usually in a private session with the client) to conduct reality testing and doubt creation. This can help a client shift perspective, agree to shift from an unreasonable position or come up with new resolution ideas.

At the End of Mediation

If mediation has reached a negotiation phase, lawyers can help their clients to negotiate constructively, which includes justifying offers, being realistic and pragmatic. They can also address power imbalances in negotiations, especially if their client lacks confidence or assertiveness.¹⁴

Finally, if an agreement is reached, lawyers can use their excellent drafting skills in helping to draft the agreement in a way that is practical, clearly understandable, without loopholes or uncertainties and can be effectively implemented by all parties involved. If an agreement is not finalised at the end of the mediation, a lawyer can advocate for the client during the process of finalising it.

How Can Lawyers Hinder Mediation?

Since litigation is an adversarial process, lawyers could fall into the trap of carrying their habitual adversarial behaviour into mediation. This can include using mediation as a “fishing expedition”¹⁵ to discover information about the other side's case, be too concerned about confidentiality to let the client speak openly, intentionally delay the mediation process to wear down the other side and so on.

One major danger of a lawyer's habits is domination of the process. One Australian study showed that 422 out of 502 opening statements in mediations were made by lawyers and not the clients.¹⁶ In litigation, this may seem natural. However, it completely goes against one of the core principles of mediation – direct disputant participation (DDP).¹⁷ 69% of lawyers in an Australian study thought that DDP was not a fundamental feature of mediation, while 17% considered it a disadvantage, e.g. that it might

¹² *Caputo Ch. M.*, Lawyers' participation in mediation, Australian Dispute Resolution Journal, Vol. 18, 2007, 84, 90.

¹³ For a detailed discussion of the issue of confidentiality in mediation, see *Hardy S., Rundle O.*, Mediation for Lawyers, CCH Australia, 2010, Chapter 6.

¹⁴ *Cooper D., Brandon M.*, How Can Family Lawyers Effectively Represent their Clients in Mediation and Conciliation Processes?, Australian Journal of Family Law, Vol. 21, 2007, 288, 297.

¹⁵ *Caputo Ch. M.*, Lawyers' Participation in Mediation, Australian Dispute Resolution Journal, Vol. 18, 2007, 87.

¹⁶ *Id.* 87.

¹⁷ *Rundle O.*, Barking Dogs: Lawyer attitudes Towards Direct Disputant Participation in Court-connected Mediation of General Civil Cases, Queensland University of Technology Law and Justice Journal Vol. 8(1), 2008, 77,

damage the case or the client may not be able to communicate well. 88% of lawyers did not support uncontrolled disputant participation. Lawyers tend to discourage their clients from direct participation or to heavily manage their participation.¹⁸

The above concerns are very understandable and it must be made very clear how important DDP is for mediation effectiveness, client satisfaction and empowerment. Clients who played an active role in resolving their dispute are much more likely to be satisfied with the outcome and, if an agreement is reached, are much more likely to abide by it. Clients who feel they did not have much input may feel like they were pressured into an agreement and may feel dissatisfied with the process, going so far as breaching any finalised mediation agreement.

Lawyers should try to maximise DDP, which may feel very unnatural at first given their normal, dominant lawyer-client relationship. If a client lacks confidence or assertiveness, it would be more useful to conduct some conflict coaching rather than just taking over and speaking on behalf of the client. However, if a client seriously lacks capacity or desire to actively participate, there is always a choice for the lawyer to play a more active role.

Finally, lawyers are very familiar with legislation, rights, obligations, various legal issues and arguments. It is important to remember that the subject matter of mediation can often extend beyond legal issues and into matters of emotions, relationships, needs and interests. Being open to discussing such issues in mediation could result in the mediation being more constructive, clients more satisfied and options generated that would not be available through litigation.

Collaborative Practice¹⁹

Lawyers have been criticised for not participating in mediation in good faith because they are more interested financially in the matter proceeding to Court. One simple solution to this potential problem is for the disputants and lawyers to sign, prior to mediation, an agreement that if no agreement is reached through mediation the lawyers must stop acting for their clients. If the matter then proceeds to Court, the clients would have to engage new lawyers.

This is an idea adopted from collaborative practice, which was established in the USA in 1990.²⁰ In Australia it developed within Family Law mediation and is primarily suited to divorce and parenting disputes.²¹ However, true collaborative practice is conducted without a mediator and involves lawyers and their clients trying to collaboratively resolve their dispute together.

Conclusion

Lawyer participation in mediation has often been criticised, mainly for the habitual adversarial and dominant behaviour that lawyers can bring to mediation. Some mediators, disputants and even jurisdictions²² may prefer the matter to be resolved without lawyers. However, this paper has tried to show that lawyers can play a very important role in the resolution of disputes and in mediation specifically.

¹⁸ *Rundle O.*, Barking Dogs: Lawyer Attitudes towards Direct Disputant Participation in Court-connected Mediation of General Civil Cases, Queensland University of Technology Law and Justice Journal Vol. 8(1), 2008, 77, 81.

¹⁹ *Counsel C.*, What is this Thing Called Collaborative Law?, 85 Family Matters, Vol. 85, 2010, 77.

²⁰ Law Council of Australia "Collaborative Practice", <<http://www.lawcouncil.asn.au/lawcouncil/images/LCA-PDF/a-z-docs/WhatisCollaborativePractice.pdf>>, [2.04.2014].

²¹ *Arday A., Cumes G.*, The Legal Profession Post-ADR: From Mediation to Collaborative Law, Australasian Dispute Resolution Journal, Vol. 18, 2007, 205, 209.

²² For example, the Civil and Administrative Tribunal in NSW, Australia Prefers Self-representation and only Allows Legal Representation in Special Circumstances, <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/legis/nsw/consol_act/caata2013326/s45.html>.

As mediation becomes more widely used by judiciaries and disputants, a new market will open for lawyers who have the specific knowledge and skills to participate constructively in mediation. What is important is for a lawyer to know thoroughly and respect the mediation process and principles, to be aware of their habitual strengths and weaknesses and to use their skills to ensure direct disputant participation, which will maximise the chances of a satisfied client and, thus, a satisfied lawyer.

References

- Ardagh, Anne and Cumes, Guy (2007) "The legal profession post-ADR: From mediation to collaborative law" 18 *Australasian Dispute Resolution Journal* 205.
- Caputo, Chiara-Marisa (2007) "Lawyers' participation in mediation" 18 *Australian Dispute Resolution Journal*, 84.
- Cooper D., Brandon M., How can family lawyers effectively represent their clients in mediation and conciliation processes?, *Australian Journal of Family Law*, 2007, Vol. 21, 288.
- Counsel C., What is this thing called collaborative law?, 85 *Family Matters*. 2010, Vol. 85, 77.
- Hardy S., Rundle O., *Mediation for Lawyers*, CCH Australia, 2010.
- Law Council of Australia, *Guidelines for Lawyers in Mediations*, 2007, <<http://www.nswbar.asn.au/docs/professional/adr/documents/LAWCOUNCILGUIDELINESFORLAWYERSINMEDIATIONS.pdf>>.
- Rundle O., Barking Dogs: Lawyer attitudes towards direct disputant participation in court-connected mediation of general civil cases, *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*, Vol. 8(1), 2008.77.

Appendix 1 - Information to provide to a client about mediation²³

- Mediation is an opportunity to see if the dispute can be resolved now.
- Mediation differs from trial – it is informal and there is no judge to please or decide.
- The mediator will not decide anything or decide who is "right" or "wrong".
- The mediator is impartial.
- It is up to the parties to make decisions, there is no compulsion to agree to a proposed outcome.
- Mediation is an opportunity to tell your whole story without interruption.
- Mediation provides an opportunity to see how the other side views the case.
- The mediator may help the other side understand our case better.
- Being in the same room as the other party may be a stressful experience. Any participant can request a break at any time. If the assistance of the mediator and/or lawyers is not reducing stress to a manageable level, then the process may proceed with the parties in separate rooms.
- Lawyers may or may not attend.
- Mediation is confidential.
- We can meet with the mediator privately and confidentially.
- Provide information about the background and qualifications of the mediator.
- Discuss the costs involved with mediation, including the mediator's fee.
- Discuss predicted time taken in mediation.
- The process may save time and money. It is usually more expedient than going to trial.
- You can terminate the process at any time.
- You can reflect on any agreement before entering into a legally binding agreement.
- You have little to lose because other process options will still be there if the mediation doesn't resolve the matter.

²³ Hardy S., Rundle O., *Mediation for Lawyers*, CCH Australia, 2010, 264-265.

Appendix 2 – Useful questions to ask your client when preparing for mediation²⁴

- What are the key issues?
- What are your main objectives of the session?
- What are your positions and underlying interests?
- What are the other party's positions and what are their possible underlying interests?
- What are the possible causes of conflict?
- What further information do we need to gather?
- What further information do we need from the other side?
- What questions do we need to ask the other side?
- What are some possible options that both parties may be able to live with?
- What further information do we need to gather to work out the suitability of these options?
- Are these options realistic and practical?
- What overall negotiation strategy will we adopt and where should we start when the negotiation phase of the process commences?
- An analysis of the best, worst and other possible results that the client can hope to achieve from the process (i.e., BATNA [best alternative to a negotiated agreement], WATNA [worst alternative to a negotiated agreement] and PATNA [probable alternative to a negotiated agreement]).
- What are your highest and lowest priorities?
- What is your bottom line?
- What are the risks and costs if the case doesn't settle?
- What further enquiries do we need to make before we participate in the process?
- If we reach agreement at the conclusion of the session, should we take the further steps to make it legally binding? If so, what information/precedents do we need to have available to prepare a draft of this agreement at the conclusion of the session?

²⁴ *Cooper D., Brandon M., How Can Family Lawyers Effectively Represent their Clients in Mediation and Conciliation Processes?*, Australian Journal of Family Law, Vol. 21, 2007, 288, 295-296.

მედიაცია ადვოკატებისათვის

„მედიაცია არ არის შეჯიბრებითი პროცესი, რომლის მიზანია მართლისა და მტყუანის დადგენა. მედიაციას უნდა მივუდგეთ, როგორც პრობლემის გადაჭრის პროცესს.“¹

შესავალი

ქართველ ადვოკატებს, რომლებიც არ იცნობენ მედიაციას, შესაძლოა ჰქონდეთ საფუძვლიანი იმედგაცრუება ამ შედარებით ახალ პროცესთან დაკავშირებით. ისინი შესაძლოა შიშობდნენ, რომ შეიძლება დაკარგონ ის კლიენტები, რომელთაც აირჩიეს მედიაცია სასამართლო პროცესის ნაცვლად. ამდენად, სცადონ კლიენტები დაარწმუნონ, არ მიმართონ მედიაციას. ასევე, ადვოკატები შესაძლოა მედიაციას განიხილავდნენ, როგორც გამაღიზიანებელ ნაბიჯს სასამართლოსკენ ან, ყველაზე რთულ შემთხვევაში, სასამართლო პროცესის მსგავს შეჯიბრებით პროცესს.

ამ სტატიით შესაძლებელი იქნება გადაიჭრას ზემოთ მოცემული საკითხები. ასევე, სტატია განმარტავს მნიშვნელოვან სხვაობას სასამართლო საქმის წარმოებასა და მედიაციას შორის. სტატია განიხილავს ადვოკატთა იმ კვალიფიკაციებსა და უნარებს, რომელიც შესაძლოა ძალზე გამოსადეგი იყოს მედიაციაში; ასევე, განიხილავს იმ ქცევის საფრთხის შესახებ, რომელიც ადვოკატებმა შესაძლოა შემოიტანონ მედიაციაში, ჩვევების სამართლებრივი სწავლების გზით. საბოლოო ჯამში, სტატია გვთავაზობს მარტივ და კოლაბორაციულ პრაქტიკულ იდეას, რომელიც შეიძლება გამოყენებულ იქნას მედიაციის პროცესში იმის უზრუნველსაყოფად, რომ ადვოკატები ნამდვილად მოქმედებენ თავიანთი კლიენტების სასიცოცხლო ინტერესების დასაცავად.

რამდენადაც მედიაციის გამოყენება სულ უფრო დიდ მასშტაბებს აღწევს, კლიენტები თანდათან იწყებენ ისეთი ტიპის ადვოკატების ძიებას, რომელთაც გააჩნიათ მედიაციის ცოდნა და გამოცდილება. კლიენტის კმაყოფილება, ხშირ შემთხვევაში, მნიშვნელოვნად დამოკიდებული იქნება მედიაციაში პირდაპირი მონაწილეობის დონეზე და ადვოკატთა უნარზე, იმოქმედონ ეფექტურად, მედიაციის პრინციპების გათვალისწინებით.

სასამართლო საქმის წარმოება თუ მედიაცია?

ადვოკატები კარგად იცნობენ შეჯიბრებითი ტიპის სასამართლო საქმის წარმოების სისტემას, სადაც მოდავე მხარეები აწარმოებენ სასამართლო საქმეს ერთმანეთის წინააღმდეგ და იყენებენ სხვადასხვა უნარებს და სტრატეგიებს უპირატესობის მისაღწევად, საკითხის გადანყვევით ან სასამართლო პროცესის გზით. ხშირ შემთხვევაში, ეს წარმოადგენს უფლებებზე დაფუძნებულ პროცესს, რომელიც ფოკუსირებულია სამართლებრივ საკითხებზე, ფორმალური პროცესებზე და მოლაპარაკებებზე. ადვოკატი აკონტროლებს პროცესს, ხოლო კლიენტს შესაძლოა მაყურებელიც კი ვუნოდოთ. შეიძლება ითქვას, რომ „ადვოკატთა ტრადიციული როლი არის კლიენტის წარდგენა და მისი დაცვა კლიენტის სახელით შეჯიბრებით სასამართლო

* ავსტრალიელი ადვოკატი და მედიატორი, ქ. ბრისბანში (ავსტრალია) საიჯარო დავებში მედიაციის ორწლიანი გამოცდილებით, სიდნეის ტექნოლოგიის უნივერსიტეტის სამედიცინო მეცნიერებისა და სამართლის ბაკალავრი და ავსტრალიის ქუინსლენდის უნივერსიტეტის მედიაციისა და კონფლიქტის მოგვარების მაგისტრი.

¹ Law Council of Australia, Guidelines for Lawyers in Mediation”, 2007, <<http://www.nswbar.asn.au/docs/professional/adr/documents/LAWCOUNCILGUIDELINESFORLAWYERSINMEDIATIONS.pdf>>, [02.04.2014].

სისტემაში. ეს იმას არ ნიშნავს, რომ იმოქმედო, როგორც დამოუკიდებელმა ფასილიტატორმა, რომელსაც სწამს, რომ პიროვნებებს გააჩნიათ მოლაპარაკებების წარმოებისა და საკითხების დამოუკიდებლად გადაწყვეტის უნარი.²

მედიაცია, როგორც დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ფორმა (ADR), ეფუძნება მეტად განსხვავებულ პრინციპებს. მედიაციის ძირითადი ელემენტებია ის, რომ ეს წარმოადგენს პრობლემის გადაწყვეტის პროცესს, რომელიც ფოკუსირებულია უფრო მოდავე მხარეების ინტერესებსა და საჭიროებებზე, ვიდრე თავიანთ სამართლებრივ სტატუსებზე. სხვა მთავარი ელემენტი ის არის, რომ პროცესი მოიცავს უფრო მეტად კლიენტის კონტროლს, ასევე, არსებობს მოდავე მხარეებისათვის არა მარტო თავიანთი მიმდინარე, არამედ მომავალი კონფლიქტების დამოუკიდებლად მოგვარების შესაძლებლობის პოტენციალი. მრავალი დამადასტურებელი ფაქტი არსებობს, რომ კლიენტის კმაყოფილება დიდად არის დამოკიდებული დავების გადაწყვეტის პროცესში მონაწილეობის დონეზე.³ არსებობს მედიაციის მრავალი სხვა პოტენციური სარგებელი, რომელიც არ არის ხელმისაწვდომი სასამართლო საქმის წარმოების გზით და რომელმაც შესაძლოა მოულოდნელად გააკვირვოს ადვოკატები.

კარგი მაგალითია შენობის იჯარით აღებასთან დაკავშირებული დავა, რომელსაც ადგილი ჰქონდა ავსტრალიაში ახალ მოიჯარეებსა და ქონების ძველ მფლობელს შორის. მედიაციის პროცესის დასასრულისთვის მოიჯარეები დათანხმდნენ ქონების ძველი მფლობელისათვის ჩეკის გადაცემას. როდესაც ყველას ეგონა, რომ მედიაცია დასრულებული იყო, ხანდაზმულმა მამაკაცმა დახია ჩეკი და თქვა, რომ მას უბრალოდ სურდა, მოიჯარეებს ცოდნოდათ, რომ მათ არ უნდა ესარგებლათ სიტუაციით მისი ხანდაზმული ასაკის გამო.⁴ მედიატორებმა ამ დროს მოულოდნელად გააჟღერეს ძალზედ ჩვეულებრივი ფრაზა: „ეს არ ეხება ფულს, არამეს ეს არის წესი!“

ემოციაც არის ისეთი რამ, რასაც ადვოკატები ხედავენ სასამართლო საქმის წარმოებაში ნაკლები მონაწილეობის მიუხედავად (სხვა შემთხვევაში, ამას შესაძლოა ჰქონდეს სასარგებლო გავლენა მოსამართლეზე ან ნაფიც მსაჯულზე). თუმცა ემოციის ფაქტორი შესაძლოა სათანადოდ ვერ იქნეს შეფასებული ბევრი დავის შემთხვევაში, ხშირად კი ვლინდება მოდავე მხარეებში, რომელთაც ესაჭიროებათ გრძნობების გამოხატვა. განზოგადოების მიუხედავად, ემოცია საქართველოს კულტურაში, დავების გადაწყვეტის პროცესებში შესაძლოა წარმოადგენდეს გაცილებით უფრო მნიშვნელოვან ფაქტორსაც კი. შესაძლებელია, რომ ემოციების მართვა მედიაციის პროცესებში მოხდეს კონსტრუქციულად, ემოციების ფაქტორის, როგორც არარელევანტურის, საერთოდ უგულებელყოფის ნაცვლად. ამგვარი ქმედების საფრთხეს წარმოადგენს ის, რომ ჩახშობილმა ემოციებმა საბოლოოდ შესაძლოა იფეთქოს ან გახადოს მედიაციის პროცესი ძალზედ არაეფექტური. არასამართლებრივი ინტერესებისა და საჭიროებების სხვა მაგალითებია:

- ბოდიშის მოხდა ან ნუხილის გამოხატვა;
- იმის განმარტება, თუ რა არ გაკეთდა სწორად;
- ინფორმაცია ცვლილებების შესახებ, რომელიც წარმოიშვა შემთხვევიდან დავამდე;
- საკითხზე შეთანხმება/კომპრომისზე წასვლა, იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც სასამართლო საქმე მყარია;
- შედეგის საიდუმლოების დაცვა;
- ერთობლივი საზოგადოებრივი განცხადების გაკეთება საკითხის გადაწყვეტის შესახებ;
- მომავალი ურთიერთქმედების მოდელის განხილვა; ან
- არსებული არასამართლებრივი ალტერნატივების მხედველობაში მიღება, როგორცაა

მაგალითად, კომპენსაცია უფრო საქონლის ან მომსახურების უზრუნველყოფის საშუალებით, ვიდრე ნაღდი ფულით.⁵

² Ardagh A., Cumes G., The legal profession post-ADR: From mediation to collaborative law, Australasian Dispute Resolution Journal, Vol. 18, 2007, 205, 208.

³ Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers, CCH Australia, 2010, 8-9.

⁴ იქვე, 6-10.

⁵ იქვე, 131.

სამართლებრივი სისტემა ასრულებს ძალიან მნიშვნელოვან როლს საზოგადოებაში წესრიგის შენარჩუნებაში და სხვადასხვა დავების გადაწყვეტაში. თუმცა, „ზოგჯერ სისტემა იმყოფება საზოგადოების ცნობიერების გარეთ, ასევე, ვერ ახერხებს ადამიანური საჭიროებების ადეკვატურად აღიარებასა და დაკმაყოფილებას, ან ვერ ითვალისწინებს პირდაპირ მონაწილეობას.“⁶ მედიაციის მსგავსად, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის (ADR) ფორმის მსოფლიო მასშტაბით მზარდი პოპულარობის პირობებში, ქართველ ადვოკატებს შეუძლიათ ცვლილებების შეტანა ამ შეზღუდვებში, მედიაციაში უფრო ეფექტური მონაწილეობის გზით, ასევე, გახდნენ მნიშვნელოვანი მაკავშირებლები დავის ალტერნატიულად გადაწყვეტასა და სამართლებრივ სისტემას შორის.

როგორ შეიძლება იქნან გამოყენებული ადვოკატები მედიაციაში?

ადვოკატები უკვე ფლობენ სპეციფიკურ უნარებს, რომელიც ძალიან გამოსადეგია მედიაციაში. მაგალითად, მათ გავლილი აქვთ ტრენინგი დიდი მოცულობის ინფორმაციის და გართულებული დავების ანალიზში, ძირითადი საკვანძო საკითხების იდენტიფიცირებისა და მათი ლაკონურად შეჯამების მიზნით. შესაძლოა, არსებობდეს ახალი უნარები ან ინფორმაცია, რომელთა შესწავლა დასჭირდებათ ადვოკატებს მედიაციაში კონსტრუქციული როლის შესასრულებლად.

მედიაციამდე

უპირველეს ყოვლისა, ადვოკატისათვის ჯერ კიდევ კრიტიკული როლი ენიჭება სასამართლო პროცესზე საიმედო და საღი შეფასების გაკეთებას, ასევე, კლიენტისათვის კონსულტაციების განწევას სამართლებრივ საკითხებზე და სასამართლო საქმის წარმოების ალტერნატივებზე. მედიაცია წარმოდგენილი უნდა იყოს, როგორც ალტერნატიული არჩევანი და მისი უპირატესობები სასამართლო საქმის წარმოებასთან მიმართებაში, რეალურად ახსნადია, განსაკუთრებით იმ შემთხვევაში, თუ კლიენტმა ბევრი არ იცის მედიაციის შესახებ და არ არის დარწმუნებული თავის არჩევანში. შედეგად, პრინციპში, ეს არის ნებაყოფლობითი პროცესი – კლიენტს ყოველთვის აქვს არჩევანი, შეაჩეროს მედიაცია და გააგრძელოს მოქმედება სხვა ალტერნატივებით, მაგალითად, მიმართოს სასამართლოს. ამ სტატიის დანართ 1-ში მოცემულია იმ ინფორმაციის ჩამონათვალი, რომელიც შეიძლება სასარგებლო იყოს კლიენტებისათვის გადაწყვეტილების მიღების პროცესში – მიიღონ მედიაციაში მონაწილეობა თუ არა.

თუ კლიენტმა გადაწყვიტა მედიაციაში მონაწილეობის მიღება, ადვოკატისთვის ძალზე მნიშვნელოვანია, შეძლებისდაგვარად მოემზადოს სასამართლო პროცესისათვის. ეს პროცესი გულისხმობს ფაქტების ანალიზს და შეჯამებას, ასევე, ქრონოლოგიის დადგენას, ყველა მონაწილე მხარის პოზიციების, საჭიროებებისა და ინტერესების იდენტიფიცირებას, საკუთარი თავისა და კლიენტის მომზადებას.⁷

ადვოკატისთვის, ასევე, ძალზე მნიშვნელოვანია, რომ გააჩნდეს „მედიაციის პროცესში კლიენტის კონსულტირების“ უნარი.⁸ ეს მოიცავს პრაქტიკულ საკითხებსაც, როგორცაა, მაგალითად, იმის ახსნა, თუ როგორ წარიმართებოდა მედიაცია იმ შემთხვევაში, თუ გაირკვეოდა, რომ მედიაცია არ არის შესაბამისი⁹ (შესაძლოა, არსებობდეს გამონაკლისები, სადაც, მაგალითად, არის ძალდატანების საფრთხე მეორე მხრიდან) ან არსებობს ძალათა დისბალანსი; როგორ უნდა მოხდეს საკითხის გადაწყვეტა, ასევე, მედიაციის ძირითადი პრინციპების გან-

⁶ *Ardagh A., Cumes G., The Legal Profession Post-ADR: From Mediation to Collaborative Law, Australasian Dispute Resolution Journal, Vol. 18, 2007, 205, 206.*

⁷ უფრო დეტალური კონსულტაციისათვის, თუ როგორ უნდა მოემზადოთ მედიაციისთვის, იხილეთ *Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers, CCH Australia, 2010, Chapter 4.*

⁸ *Cooper D., Brandon M., How can family lawyers effectively represent their clients in mediation and conciliation processes?, Australian Journal of Family Law, Vol. 21, 2007, 288, 292.*

⁹ მედიაციის შესაბამისობის განხილვისათვის, იხილეთ *Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers, CCH Australia, 2010, 11-15.*

მარტება: მედიატორისა და მონაწილე მხარის ნებაყოფლობითობა, კონფიდენციალურობა, მიუკერძოებლობა.

სხვა მნიშვნელოვანი როლი, რომელიც შეიძლება ადვოკატმა შეასრულოს მედიაციამდე, არის დავის შესწავლა. ეს ეხება დავის არსს, როგორცაა კლიენტის პრობლემური საკითხები, ინტერესები და საჭიროებები, სადაც უპირატესი მნიშვნელობა აქვს პოზიციას.¹⁰ ეს შესაძლოა დაეხმაროს რიგ კითხვებზე პასუხის გაცემაში, მაგალითად: „რა გსურთ რეალურად?“, „რა არის თქვენი საუკეთესო ალტერნატივა სახელშეკრულებო შეთანხმებისათვის?“ და „რას ფიქრობთ ...-სთან დაკავშირებით?“. ეს შესაძლოა უფრო ჰგავდეს ფსიქოლოგის როლს, მაგრამ ის შეიძლება იყოს მეტად ეფექტური; შეზღუდვა შესაძლოა დაკავშირებული იყოს მხოლოდ ადვოკატის საკომუნიკაციო და ემოციურ უნარებთან. ამ პროცესს შესაძლოა ხელი შეუწყოს სპეციფიკურმა ტრენინგებმა და კონფლიქტისა და ემოციების თემებთან დაკავშირებით არსებულმა დიდმა მასალამ. დანართი 2 მოიცავს იმ სასარგებლო კითხვების ჩამონათვალს, რომელიც შესაძლოა ადვოკატმა დაუსვას კლიენტს მედიაციისათვის მომზადების პროცესში.

„არის თუ არა ეს რეალური?“ – ეს არის კიდევ ერთი გადამწყვეტი და კრიტიკული კითხვა, რომელიც შესაძლოა ადვოკატმა დაუსვას კლიენტს. ადვოკატები არიან საკმაოდ კარგ პოზიციაში, ჩაუტარონ ემოციურ კლიენტებს „რეალობის შეფასებისა“ და „ეჭვის შექმნის“ ტესტი, რადგანაც ისინი კლიენტის მხარეზე იმყოფებიან. მიუკერძოებელი მედიატორისათვის გაცილებით რთულია ამის გაკეთება. რეალურობის ტესტი გულისხმობს კლიენტისათვის თხოვნას, იფიქროს იმაზე, თუ როგორ შეიძლება შეაფასოს მოსამართლემ ეს სიტუაცია. ადვოკატს, ასევე, შეუძლია სთხოვოს კლიენტს, დააყენოს თავისი თავი მეორე მხარის ადგილზე, რათა უკეთ შეძლოს დავის მეორე მხრიდან დანახვა. ეს აუცილებლად დაეხმარება კლიენტს, იყოს უფრო არგუმენტირებული და შეამციროს არარეალური მოლოდინები.

იმისათვის, რომ ხელი შეეწყოს ყოველივე ზემოხსენებულს, ადვოკატებისათვის არსებობს ძალიან სასარგებლო კომუნიკაციის ინსტრუმენტი: LARSQ. მოსმენა (ან აქტიური მოსმენა) მოიცავს რეგულარულ ვერბალურ უკუკავშირს, კლიენტისათვის იმის საჩვენებლად, რომ მას უსმენენ; აღიარება გულისხმობს იმის აღიარებას, თუ როგორ შეიძლება გრძნობდეს თავს კლიენტი (მაგალითად, „მე ვხედავ რომ შენ ძალზედ იმედგაცრუებული ხარ ამ დავით“); გამოსახულების ცენტრირება შესაძლოა გამოყენებულ იქნას რაიმე სხვა ფორმით (ხშირ შემთხვევაში ნაკლებად ნეგატიური ფორმით) აღწერისათვის, რომელიც ფოკუსირებულია იმაზე, თუ რას მიიჩნევს ადვოკატი ყველაზე მნიშვნელოვან საკითხად. უმთავრესი საკითხების შეჯამება არ უნდა წარმოადგენდეს ადვოკატისთვის სირთულეს, და ეს ძალზედ სასარგებლოა მაშინ, როდესაც მხარეები ჩიხში მოექცევიან; დაკითხვა, ასევე, არის მექანიზმი, რომელსაც ადვოკატები კარგად ასრულებენ ღია კითხვების საშუალებით, რაც უფრო გამოსადეგია მედიაციისა და ხურულ კითხვებთან შედარებით.

მედიაციის პროცესში

არსებობს როლების მთელი სპექტრი, რომლებიც შეუძლიათ ადვოკატებს შეასრულონ მედიაციის დროს, რაც დამოკიდებულია პროცესში ადვოკატთა ჩართულობის დონეზე. ეს შესაძლოა აღწერილ იქნას (უფრო ნაკლები ჩართულობიდან უფრო მეტი ჩართულობამდე) შემდეგნაირად: „მრჩეველი დაუსწრებლად“, „დამკვირვებელი დაუსწრებლად“, „ექსპერტის დამხმარე“, „მხარდამჭერი პროფესიონალი მონაწილე“ და „სპიკერი“.¹¹ როგორც მრჩეველს დაუსწრებლად, ადვოკატს შეუძლია გაუწიოს კლიენტს კონსულტაცია და დაეხმაროს მომზადების პროცესში, მაგრამ არ დაესწროს მედიაციას. დამკვირვებელი დაუსწრებლად თამაშობს იგივე როლს, მაგრამ ესწრება მედიაციას მხოლოდ აქტიური თანამონაწილეობის გარეშე და ესაუბ-

¹⁰ Cooper D., Brandon M., How Can Family Lawyers Effectively Represent their Clients in Mediation and Conciliation Processes?, Australian Journal of Family Law, Vol. 21, 2007, 288, 294.

¹¹ თითოეული როლის უპირატესობებისა და შეუსაბამობების დეტალური განხილვისათვის იხილეთ Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers, CCH Australia, 2010, 143-154.

რება კლიენტს მხოლოდ პირად შეხვედრებში. ექსპერტის დამხმარე არის „დამკვირვებელი და-უსწრებლად“, რომელიც საუბრობს მედიაციის მიმდინარეობისას, მაგრამ მხოლოდ ერთვება სამართლებრივი საკითხების ნათელყოფის ან სამართლებრივი საკითხების დაყენების მიზნით. მხარდამჭერი პროფესიონალი მონაწილე აკეთებს იგივეს, რასაც ექსპერტის დამხმარე, მაგრამ სცდება სამართლებრივ საკითხებს. ეს როლი მოიცავს ძირითად ინტერესებსა და საჭიროებებს, ალტერნატივებს, ვარიანტებსა და შემოთავაზებული გადაწყვეტების რეალობის ტესტირებას. საბოლოო ჯამში, სპიკერი ადვოკატი აკეთებს ამ ყველაფერს, მაგრამ გამოდის სიტყვით კლიენტის სახელით. ეს შეიძლება საჭირო იყოს, თუ კლიენტი კომფორტულად არ გრძნობს თავს საუბრისას ან არსებობს ძალთა დიდი დისბალანსი.

ის, თუ რა როლს თამაშობს ადვოკატი მედიაციაში, არსებითად დამოკიდებულია კლიენტის სურვილებზე. ადვოკატებს ესაჭიროებათ ამის გარკვევა კლიენტებთან მედიაციის დაწყებამდე, რაც მაქსიმუმამდე გაზრდის კლიენტის მიერ პირდაპირი მონაწილეობის შესაძლებლობებს. ადვოკატი, ასევე, მზად უნდა იყოს მედიაციის განმავლობაში როლების შეცვლისთვის, თუ ასეთი საჭიროება დადგება.

კლიენტის დაცვა წარმოადგენს ბუნებრივ როლს ადვოკატებისათვის. თუმცა ასეთი როლი უნდა იყოს მხოლოდ გამონაკლისი მედიაციის კონტექსტში. შესაძლოა იყოს ისეთი შემთხვევები, როდესაც ნათლად თავს იჩენს ძალთა დისბალანსი მხარეებს შორის (მაგალითად, დაბალი დონის განათლების მქონე თანამშრომელი და მაღალი დონის განათლების მქონე თანამშრომელი). კარგ მედიატორებს უნდა შეეძლოთ ასეთი დისბალანსის დარეგულირება, მაგრამ, ამავე დროს, უნდა დარჩნენ მიუკერძოებელნი. თუმცა უფრო სუსტი მხარის ადვოკატს შეუძლია მხარი დაუჭიროს კლიენტს და უზრუნველყოს, რომ კლიენტი არ იყოს არახელსაყრელ მდგომარეობაში.¹²

ადვოკატებს, ასევე, შეუძლიათ ითამაშონ მნიშვნელოვანი როლი მედიაციის პროცესში კონფიდენციალობის დაცვასთან დაკავშირებით.¹³ კონფიდენციალობა არის სრულად იურიდიული ტერმინი, მყარი საფუძვლით კანონმდებლობაში. ეს წარმოადგენს ერთ-ერთ უმთავრეს პრინციპს მედიაციაში, მაგრამ, პრაქტიკული თვალსაზრისით, შესაძლოა არ იყოს სწორად გაგებული და თავისდაუნებურად დარღვეული მონაწილეების მიერ. ადვოკატებს შეუძლიათ გამოიყენონ თავიანთი სამართლებრივი ცოდნა მედიაციის დროს კონფიდენციალობის საკითხების ნათელყოფისა და განმარტებისათვის, ასევე, კონფიდენციალურობის ვალდებულებებით აღჭურვილ მხარეთა შანსების მაქსიმუმამდე გაზრდის მიზნით.

თუ მედიაციის პროცესი აღმოჩნდა გამოუვალ მდგომარეობაში, ადვოკატებს შეუძლიათ შეასრულონ მნიშვნელოვანი როლი (როგორც წესი, კლიენტთან პირადი სესიის დროს) რეალურობის და ეჭვის შექმნის ტესტირების ჩატარების გზით. ამან შესაძლოა ხელი შეუწყოს კლიენტს, შეცვალოს პოზიცია, ასევე, გადავიდეს არაგონივრული და უსაფუძვლო პოზიციიდან ან მივიდეს ახალი გადაწყვეტების იდეებამდე.

მედიაციის დასასრულისთვის

თუ მედიაციამ მიაღწია მოლაპარაკებების ფაზას, ადვოკატებს შეუძლიათ გაუწიონ დახმარება თავიანთ კლიენტებს, აწარმოონ მოლაპარაკებები კონსტრუქციულად, რაც გულისხმობს რეალურ და პრაგმატულად დასაბუთებულ წინადადებებს/შეთავაზებებს. მათ, ასევე, შეუძლიათ გადანყვიტონ მოლაპარაკებების დროს ძალთა დისბალანსთან დაკავშირებული საკითხები, განსაკუთრებით კი, თუ მათი კლიენტი განიცდის ნდობის ან თავდაჯერებულობის ნაკლებობას.¹⁴

¹² Caputo Ch.-M., Lawyers' Participation in Mediation, Australian Dispute Resolution Journal, Vol. 18, 2007, 84, 90.

¹³ მედიაციაში კონფიდენციალობის დაცვის საკითხის დეტალური განხილვისათვის იხილეთ, Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers, CCH Australia, 2010, Chapter 6.

¹⁴ Cooper D., Brandon M., How Can Family Lawyers Effectively Represent their Clients in Mediation and Conciliation Processes?, Australian Journal of Family Law, Vol. 21, 2007, 288, 297.

საბოლოო ჯამში, თუ შეთანხმება მიღწეულია, ადვოკატებს შეუძლიათ გამოიყენონ თავიანთი ბრწყინვალე უნარები და დაეხმარონ ხელშეკრულების პროექტის მომზადებაში, რომელიც იქნება პრაქტიკული, ნათლად გასაგები, ყოველგვარი გაურკვევლობის და შეუსაბამობების გარეშე; ეს შესაძლოა ეფექტურად განხორციელდეს ყველა მონაწილე მხარის მიერ. თუ ხელშეკრულება არ არის დასრულებული მედიაციის ბოლოს, ადვოკატს შეუძლია დაიცვას კლიენტი პროცესის დასრულების პროცესში.

როგორ შეიძლება ადვოკატებმა შეაფერხონ მედიაცია?

რამდენადაც სასამართლო საქმის წარმოება არის შეჯიბრებითი პროცესი, ადვოკატები შესაძლოა მახეშიც გაეზან მედიაციაში თავიანთი ჩვეული შეჯიბრებითი ქცევის გამო. ეს შეიძლება გულისხმობდეს მედიაციის, როგორც „ცხელი ფაქტების“¹⁵ გამოყენებას, სხვა მხარის საქმესთან დაკავშირებული ინფორმაციის აღმოჩენის, ასევე კონფიდენციალობის მკაცრად დაცვის გზით, რის გამოც კლიენტებს არ ეძლევათ ღიად საუბრის საშუალება, მედიაციის პროცესის ხელოვნური გაჭიანურება მეორე მხარის გადაღლის მიზნით და სხვა.

ადვოკატთა ქცევის ერთ უმთავრეს საფრთხეს წარმოადგენს პროცესში დომინირება. ერთმა ავსტრალიურმა კვლევამ გვიჩვენა, რომ მედიაციის 502 სანწყისი მოხსენებიდან 422 მომზადებული იყო ადვოკატების, და არა კლიენტების¹⁶ მიერ. სასამართლო საქმის წარმოებისას, ეს შესაძლოა ბუნებრივად გამოიყურებოდეს. თუმცა ეს სრულად ეწინააღმდეგება მედიაციის უმთავრესი პრინციპებიდან ერთ-ერთს – მოდავე მხარის პირდაპირ მონაწილეობას (DDP).¹⁷ ავსტრალიის კვლევებში, ადვოკატთა 69% ფიქრობდა, რომ მოდავე მხარის პირდაპირი მონაწილეობა (DDP) არ წარმოადგენდა მედიაციის ძირითად მახასიათებელს, მაშინ, როდესაც 17% ამას მიიჩნევდა არახელსაყრელად, მაგალითად, ამან შეიძლება ზიანი მიაყენოს საქმეს ან კლიენტს შეიძლება არ შეეძლოს კარგი კომუნიკაცია. ადვოკატთა 88%-მა მხარი არ დაუჭირა უმართავ მოდავე მხარეთა მონაწილეობას. ადვოკატები ჩვეულებრივ ცდილობენ დაარწმუნონ თავიანთი კლიენტები, არ მიიღონ პირდაპირი მონაწილეობა ან მკაცრად მართონ მათი მონაწილეობა.¹⁸

ზემოთ ხსენებული განხილვის საგანი სავსებით გასაგებია და ნათელი უნდა გახდეს, თუ რამდენად მნიშვნელოვანია მოდავე მხარის პირდაპირი მონაწილეობა მედიაციის ეფექტურობისათვის, კლიენტის დაკმაყოფილებისათვის და უფლებამოსილების მინიჭებისათვის. კლიენტები, რომლებიც აქტიურ როლს ასრულებენ თავიანთი დავების გადაწყვეტაში, მეტ-ნაკლებად, რამდენადაც შესაძლებელია კმაყოფილნი უნდა იყვნენ შედეგით, ხოლო თუ შეთანხმება მიღწეულია, მეტ-ნაკლებად უნდა დაიცვან ის. კლიენტებს, რომლებიც გრძნობენ, რომ ბევრის ჩადება არ შეუძლიათ, შესაძლოა ჰქონდეთ შეგრძნება, რომ ადგილი ჰქონდა გავლენას ხელშეკრულებაზე და შესაძლოა გრძნობდნენ უკმაყოფილებას პროცესთან დაკავშირებით, რამაც შეიძლება დასრულებული მედიაციის ხელშეკრულების დარღვევამდეც კი მიგვიყვანოს.

ადვოკატები უნდა ეცადონ მაქსიმუმამდე გაზარდონ მოდავე მხარის პირდაპირი მონაწილეობა, რომელიც შესაძლოა არაბუნებრივი გამოჩნდეს პირველ ჩვეულებრივ ადვოკატი-კლიენტის ურთიერთობაში. თუ კლიენტი განიცდის ნდობის ან თავდაჯერებულობის ნაკლებობას, უფრო ხელსაყრელი იქნება კონფლიქტის თემაზე ტრენინგის ჩატარება, ვიდრე უბრალოდ გამოსვლა კლიენტის სახელით. თუმცა, იმ შემთხვევაში, თუ კლიენტი სერიოზულად განიცდის შესაძლებლობის ან სურვილის ნაკლებობას, მიიღოს აქტიური მონაწილეობა, ყოველთვის არსებობს არჩევანი ადვოკატისათვის, შეასრულოს უფრო აქტიური როლი პროცესში.

¹⁵ Caputo Ch. M., Lawyers' Participation in Mediation, Australian Dispute Resolution Journal, Vol. 18, 2007, 87.

¹⁶ იქვე.

¹⁷ Rundle O., Barking Dogs: Lawyer Attitudes towards Direct Disputant Participation in Court-connected Mediation of General Civil Cases, 8(1) Queensland University of Technology Law and Justice Journal, Vol. 8(1), 2008, 77.

¹⁸ იქვე, 77, 81.

საბოლოო ჯამში, ადვოკატები ძალიან კარგად იცნობენ კანონმდებლობას, უფლებებს, ვალდებულებებს, სხვადასხვა სამართლებრივ საკითხებს და არგუმენტებს. მნიშვნელოვანია, გვახსოვდეს, რომ მედიაციის განხილვის საგანი, ხშირ შემთხვევაში, შესაძლოა, გასცდეს სამართლებრივი საკითხების ფარგლებს და ემოციების, ურთიერთობების, საჭიროებების და ინტერესების არსს შეეხოს. მედიაციაში ამგვარი საკითხების განხილვამ შესაძლოა მიგვიყვანოს უფრო კონსტრუქციულ მედიაციამდე, კლიენტების უფრო მეტ კმაყოფილებამდე და წარმოშობილ ალტერნატივებამდე, რაც არ არის შესაძლებელი სასამართლო საქმის წარმოების შემთხვევაში.

კოლაბორაციული პრაქტიკები

ადვოკატებს აკრიტიკებენ მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ნაკლებობის გამო, რადგან სასამართლოში საქმის გადატანაში უფრო არიან დაინტერესებულნი ფინანსური თვალსაზრისით. დავაში მონაწილე მხარეთათვის და ადვოკატისათვის, ამ პოტენციური პრობლემის ერთი მარტივი გადაწყვეტაა, ხელი მოაწერონ ხელშეკრულებას მედიაციის დაწყებამდე; თუ შეთანხმება არ იქნება მიღწეული მედიაციის საშუალებით, ადვოკატებმა უნდა შეწყვიტონ კლიენტების საქმის წარმოება. თუ ამის შემდეგ საქმე მივა სასამართლომდე, კლიენტებმა უნდა მოიწვიონ ახალი ადვოკატები.

ეს არის კოლაბორაციული პრაქტიკიდან მიღებული იდეა, რომელიც დამკვიდრდა აშშ-ში 1990 წელს.¹⁹ ავსტრალიაში იგივე პრაქტიკა განხორციელდა ოჯახის სამართლის მედიაციის ფარგლებში და, ძირითადად, გამოიყენება განქორწინებისა და ბავშვთა აღზრდის დავებში.²⁰ თუმცა რეალური კოლაბორაციული პრაქტიკა ხორციელდება მედიატორის გარეშე და მოიცავს ადვოკატებსა და თავიანთ კლიენტებს, რომლებიც ცდილობენ კოლაბორაციულად და ერთად გადაწყვიტონ თავიანთი დავები.

დასკვნა

ადვოკატის მონაწილეობა მედიაციაში ხშირად წამოადგენს კრიტიკის საგანს, ძირითადად, ჩვეული შეჯიბრებითი და დომინანტური ქცევების გამო, რომელიც შეიძლება ადვოკატებმა შემოიტანონ მედიაციის პროცესში. რიგმა მედიატორებმა, მოდავე მხარეებმა და იურისდიქციებმაც კი²¹ შეიძლება უპირატესობა მიანიჭონ საკითხის ადვოკატების გარეშე გადაწყვეტას. თუმცა ეს დოკუმენტი აჩვენებს, რომ ადვოკატებს შეუძლიათ ძალზედ მნიშვნელოვანი როლი ითამაშონ კონკრეტულად მედიაციის პროცესში დავების გადაწყვეტაში.

რამდენადაც მედიაციას სულ უფრო ხშირად იყენებენ სასამართლოს წარმომადგენლები და მოდავე მხარეები, ახალი ბაზარი იქმნება იმ ადვოკატებისთვის, რომელთაც გააჩნიათ მედიაციაში კონსტრუქციულად მონაწილეობის სპეციფიკური ცოდნა და უნარები. ადვოკატისათვის ძალზე მნიშვნელოვანია სრულყოფილად იცნობდეს და პატივს სცემდეს მედიაციის პროცესს და პრინციპებს, ასევე, იცოდეს მისი ჩვეული ძლიერი და სუსტი მხარეები და იყენებდეს თავის უნარებს, მოდავე მხარეების პირდაპირი მონაწილეობის მიზნით, რაც მაქსიმალურს გახდის კმაყოფილი კლიენტის და თავისთავად, კმაყოფილი ადვოკატის შანსებს.

¹⁹ *Counsel C.*, What is This Thing Called Collaborative Law?, *Family Matters*, Vol. 85, 2010, 77.

²⁰ *Ardagh A., Cumes G.*, The Legal Profession Post-ADR: From Mediation to Collaborative Law, *Australasian Dispute Resolution Journal*, Vol. 18, 2007, 205, 209.

²¹ მაგალითად, ავსტრალიის NSW-ს სამოქალაქო და ადმინისტრაციული სასამართლო უპირატესობას ანიჭებს თვითწარმომადგენლობას და მხოლოდ უშვებს სამართლებრივ წარმომადგენლობას სპეციფიკურ ვითარებებში, <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/legis/nsw/consol_act/caata2013326/s45.html>.

წყაროები:

- არდაგი ანე, ქუმსი გაი (Ardagh Anne and Cumes Guy) იურიუდიული პროფესიის პოსტი – დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა: მედიაციიდან კოლაბორაციულ სამართლამდე, ავსტრალაზიური დავების გადაწყვეტის ჟურნალი 18, 2007, 205.
- კაპუტო ჩიარა-მარისა (Caputo Chiara-Marisa) ადვოკატთა მონაწილეობა მედიაციაში, ავსტრალაზიური დავების გადაწყვეტის ჟურნალი 18, 2007, 84.
- კუპერი დონა და ბრენდონი მიკი, (Cooper Donna and Brandon Mieke) როგორ შეუძლიათ ოჯახის ადვოკატებს ეფექტურად წარმოადგინონ თავიანთი კლიენტები მედიაციისა და მორიგების პროცესებში? ავსტრალიური ჟურნალი ოჯახური სამართლის შესახებ, 21, 2007, 288.
- კაუნსილი კაროლინ (Counsel Caroline) რას ნიშნავს კოლაბორაციული სამართალი? ოჯახური საკითხები, 85, 2010, 77.
- ჰარდი სამანტა და რანდლი ოლივია (Hardy Samantha and Rundle Olivia) მედიაცია ადვოკატებისათვის, CCH ავსტრალია, 2010.
- ავსტრალიის სამართლის საბჭო, სახელმძღვანელო ადვოკატებისათვის მედიაციებში, 2007, <<http://www.nswbar.asn.au/docs/professional/adr/documents/LAWCOUNCILGUIDELINESFORLAWYERSINMEDIATIONS.pdf>>, [2.04.2014].
- რანდლი ოლივია (Rundle Olivia) ავი ძაღლები: ადვოკატთა მიდგომები უშუალოდ მოდავე მხარეებთან მიმართებაში, გენერალური სამოქალაქო საქმეების სასამართლო პროცესებთან დაკავშირებულ მედიაციაში, ქუინსლენდის ტექნოლოგიების უნივერსიტეტი, კანონი და სამართალი, ჟურნალი 8(1), 2008, 77.

დანართი 1. ინფორმაცია კლიენტისათვის მედიაციის შესახებ²²

- მედიაცია არის შესაძლებლობა, დაინახო, შეიძლება თუ არა მოგვარდეს დავა ახლა.
- მედიაცია განსხვავდება სასამართლო პროცესისაგან – ეს არის არაფორმალური და აქ არ არსებობს მოსამართლე, რომელიც დააკმაყოფილებს ან მიიღებს გადაწყვეტილებას.
- მედიატორი არ გადაწყვეტს არაფერს ან არ გადაწყვეტს, ვინ არის „მართალი“ ან „მტყუანი“.
- მედიატორი მიუკერძოებელია.
- გადაწყვეტილების მიღება დამოკიდებულია მხარეებზე, არ არსებობს რაიმე სახის ძალდატანება, დაეთანხმო შესაბამის შედეგს.
- მედიაციაში არსებობს იმის შესაძლებლობა, რომ გადმოსცე მთელი შენი ამბავი წყვეტის გარეშე.
- მედიაცია უზრუნველყოფს შესაძლებლობას დაინახო, თუ როგორ ხედავს სხვა მხარე მიმდინარე საქმეს.
- მედიატორს შეუძლია დაეხმაროს მეორე მხარეს, უკეთ გაიგოს ჩვენი საქმე.
- იმყოფებოდე იმავე ოთახში, სადაც იმყოფება მეორე მხარე, შესაძლოა იყოს სტრესული გამოცდილება. ნებისმიერ მონაწილეს შეუძლია მოითხოვოს შესვენების აღება ნებისმიერ დროს. იმ შემთხვევაში, თუ მედიატორის ასისტენტს და/ან ადვოკატს არ შეუძლია შეამციროს სტრესი სათანადო დონემდე, მაშინ პროცესი მხარეებთან შესაძლოა გაგრძელდეს ცალ-ცალკე ოთახებში.
- ადვოკატებს შეუძლიათ დაესწრონ, ან არ დაესწრონ.
- მედიაცია არის კონფიდენციალური.
- შეგვიძლია შევხვდეთ მედიატორს პირადად და კონფიდენციალურად.

²² Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers, CCH Australia, 2010, 264-265.

- ინფორმაცია მედიატორის სამუშაო გამოცდილებისა და კვალიფიკაციის შესახებ ხელმისაწვდომია.
- მედიაციასთან დაკავშირებული ხარჯების განხილვა, მედიატორის სარგოს ჩათვლით.
- მედიაციისათვის წინასწარ განსაზღვრული დროის განხილვა.
- პროცესმა შესაძლოა დაზოგოს დრო და ფული. როგორც წესი, ეს უფრო მიზანშეწონილია, ვიდრე სასამართლო პროცესი.
- შენ შეგიძლია შეწყვიტო პროცესი ნებისმიერ დროს.
- შენ შეგიძლია განჭვრიტო ნებისმიერი შეთანხმება, სამართლებრივი ვალდებულებებით დატვირთული ხელშეკრულების დადებამდე.
- შენ გაქვს ცოტა დასაკარგი, რადგანაც სხვა პროცესების ალტერნატივებს ისევ ექნებათ ადგილი, თუ მედიაცია ვერ გადაჭრის პრობლემას.

დანართი 2. მედიაციისათვის მომზადების პროცესში თქვენი კლიენტებისათვის დასასმელი სასარგებლო კითხვები²³

- რა არის ძირითადი საკითხები?
- რა არის თქვენი შეხვედრის ძირითადი მიზნები?
- როგორია თქვენი პოზიცია და მთავარი ინტერესები?
- როგორია მეორე მხარის პოზიცია და რა არის მათი შესაძლო მთავარი ინტერესები?
- რა არის დავის გამომწვევი შესაძლო მიზეზები?
- რა ტიპის შემდგომი ინფორმაციის შეკრება გვესაჭიროება?
- რა ტიპის შემდგომი ინფორმაციის მოპოვება გვესაჭიროება მეორე მხრიდან?
- რა კითხვების დასმა გეჭირდება მეორე მხარისათვის?
- რა არის რიგი შესაძლო ალტერნატივები, რომელსაც შესაძლოა ორივე მხარე შეეგუოს?
- რა ტიპის შემდგომი ინფორმაციის შეკრება გვესაჭიროება, ამ ალტერნატივების შესაბამისობის განსაზღვრისათვის?
- არის თუ არა ეს ალტერნატივები რეალისტური და პრაქტიკული?
- მოლაპარაკების რა საყოველთაო სტრატეგიას მივიღებთ და საიდან უნდა დავიწყოთ, როცა დაიძვრება პროცესის მოლაპარაკებების ფაზა?
- საუკეთესო, ყველაზე ცუდი და სხვა შესაძლო შედეგების ანალიზი, რომელთან დაკავშირებითაც კლიენტს შეუძლია ჰქონდეს იმედი, რომ მიაღწევს არსებული პროცესიდან გამომდინარე (მაგალითად, BATNA [მოლაპარაკების შედეგად დადებული ხელშეკრულების საუკეთესო ალტერნატივა], WATNA [მოლაპარაკების შედეგად დადებული ხელშეკრულების ყველაზე ცუდი ალტერნატივა] და PATNA [მოლაპარაკების შედეგად დადებული ხელშეკრულების შესაძლო ალტერნატივა]).
- რა არის შენი უმაღლესი და უმდაბლესი პრიორიტეტი?
- რა არის შენთვის ყველაზე მნიშვნელოვანი ფაქტორი?
- რა რისკებთან და ხარჯებთან გვექნება საქმე იმ შემთხვევაში, თუ საქმე ვერ მოგვარდება?
- რა შემდგომი კითხვარის მომზადება გვესაჭიროება, პროცესში მონაწილეობის მიღებამდე?
- თუ შეთანხმება მიღწეული იქნება სესიის დასასრულისათვის, უნდა გადავდგათ თუ არა შემდეგი ნაბიჯები, სამართლებრივად პროცესის დოკუმენტირებისათვის? თუ ასეა, რა ტიპის ინფორმაცია/პრეცედენტები გვესაჭიროება ამ ხელშეკრულების პროექტის მომზადებისათვის, სესიის დასკვნით ეტაპზე?

²³ Cooper D., Brandon M., How Can Family Lawyers Effectively Represent their Clients in Mediation and Conciliation Processes?, Australian Journal of Family Law, Vol. 21, 2007, 288, 295-296.

Speediation: The Challenges of Resolving a Dispute in an Hour**

1. Introduction

I know what you are thinking – mediation is not about resolving someone’s dispute within an hour. Perhaps a more accurate description of mediation would be a catalyst for something that parties may not be able to achieve by themselves. In chemistry, a catalyst provides an alternate and easier reaction pathway rather than impelling particles to react. In order to find this alternate pathway under time restrictions, this essay proposes that a mediator should strive to discover what parties actually want from the process and ensure that the limited time is spent effectively assisting them to attain this.

As Alternative Dispute Resolution becomes more widely utilised in resolving various disputes, some practitioners and organisations are facing the challenges of high-volume workloads and limited resources, the most crucial resource being time. Organisations have experimented with various strategies like shuttle telephone negotiation¹ and abbreviated mediation.² The main task is to meet the aforementioned challenges without cutting corners, rushing or pressuring parties into settlement. High party satisfaction levels³ indicate that Speediation can be successful. This paper includes a Dispute First Aid Kit, which is a collection of strategies and suggestions to assist in Speediation.

As far as I am aware, the term Speediation was introduced by Professor Tania Sourdin when discussing the resolution of disputes before Tribunals.⁴ Five years later, Professor Sourdin mentioned the term again in a general critique of poor quality mediation. Her main criticism of Speediation was that it could fail to meet parties’ interests and leave them unsatisfied.⁵ So what interests can parties have apart from resolving their dispute?

2. Parties First

In order to promote the principle of self-determination, this paper will put the parties first. The first challenge for Speediation should be to determine as quickly as possible what the parties hope to achieve. This, of course, is not necessarily going to be the initial positions or demands. When time is scarce and a WATNA⁶ is looming, parties can be quite frank about their underlying interests. It may also be possible to

* Alex Azarov an Australian lawyer and mediator with two years experience mediating tenancy disputes in Brisbane, Australia. He is Bachelors of Medical Science and Laws from the University of Technology, Sydney, and a masters of Mediation & Conflict Resolution from the University of Queensland, Australia.

** The views expressed in this paper are my own and do not officially represent the views of the QLD Residential Tenancies Authority (RTA).

¹ *Doumany N.*, Residential Tenancy Authority’s Dispute Resolution Service: a Shuttle Telephone Negotiation Success Story, 7(6) ADR Bulletin, 2005. Note: telephone conferencing has been deemed much more effective than telephone shuttle negotiation and is now the primary form of conciliation at the RTA.

² <<http://www.justice.qld.gov.au/justice-services/dispute-resolution/mediation/abbreviated-mediation>> and *Eastall A., Condliffe P.*, Abbreviated Mediation: Trial of a New Process, ADR Bulletin 1(9), 1999, Article 3.

³ RTA Dispute Resolution Service received 7.2 out of 10 client satisfaction rating in 2011-2012. See also *Irvine Ch.*, Hanging on the Telephone: the Future of Mediation? Kluwer Mediation Blog, 2011, <<http://kluwermediationblog.com/2011/11/12/hanging-on-the-telephone-the-future-of-mediation>>. Note that a thorough analysis of Speediation satisfaction levels is beyond the scope of this paper but would be very useful.

⁴ *Sourdin T.*, Facilitating the Resolution of Disputes before Tribunals, Australasian Institute of Judicial Administration conference presentation, 2005, <<http://www.aija.org.au/Tribs05/tribprog05.htm>>.

⁵ *Sourdin T.*, Poor Quality Mediation – a System Failure?, ADR Bulletin 11(8), 2010, Article 2.

⁶ Worst alternative to a negotiated agreement.

discern needs or interests of which parties themselves are not aware, for example the need for venting, vindication or closure. These could be elucidated by way of mediator techniques like reframing or Socratic questioning.⁷ However, a mediator should be careful assuming what is the obvious solution or what is best for parties because there can be a lot more to a dispute than what is revealed.

Shifting the focus away from trying to successfully resolve the dispute to promoting party engagement, self-determination and informed decision-making⁸ can make Speediation much more effective. For example, a tenancy dispute involving numerous repairs / maintenance grievances from a tenant and arrears / counter-grievances from a lessor could involve hours of exploration of each repair issue along with repayment plan discussions. However, if the mediator is able to discover early on that both parties just want the tenancy to end, he/she could instead use the limited time to assist them in developing a mutual lease termination agreement. This shift could be achieved by effective acknowledgement of what has happened in the past, a shift to the present (limited time) and a solution-based focus on the future (what kind of agreement could everyone live with?).

Settlement is not the only measure of success. Indicators of effective mediation include interrelated factors such as parties' satisfaction with the process, cost/time efficiency, empowerment, durability of agreement, relationship improvement and achievement of parties' goals.⁹ It may turn out that parties all end up wanting to proceed to Court, yet be very satisfied with the mediation for clarifying issues, minimising legal arguments and reducing further costs. Alternatively, one party may refuse to come to an agreement to save face but then let the dispute go having satisfied the need to be heard or to have a moral victory. Having determined what the parties want from mediation, the mediator then needs to determine whether these aims are achievable within the given time.

3. Quality, not Quantity

Disputes come in a mind-boggling variety of sizes, colours and packages. Some parties can resolve their differences in fifteen minutes simply because you have been the catalyst for their previously non-existent communication. Some conflicts¹⁰ are so deep, complex and entrenched that working through them could take a hundred hours. This is especially the case when the causes of conflicts include fundamental personality / value differences or the parties themselves are not in a state conducive to resolution.

Mediation can achieve inspiring transformations – ‘mediation moments’ - in conflict relationships. However, it is important to keep grounded in the fact that mediators are not judges or counsellors and that not all parties will leave as best friends. Boulle & Alexander recognise that “high aspirations can ... be burdensome for ... hard-pressed conciliators in statutory schemes with daily piles of new files”.¹¹ An important question arises: is conciliation more effective and more appropriate than mediation when time is scarce? There are different views on the distinction between the two (if there even is one). Moore sees conciliation as the “psychological component of mediation.”¹² I see conciliation more as evaluative mediation and prefer the NADRAC definition of conciliators as being more active in evaluation or

⁷ See the X-ray tool in the ‘Dispute First Aid Kit’ appendix.

⁸ See NADRAC National Mediator Practice Standards, 2007. Standard 2(5) states that “The principle of self-determination requires that mediation processes be non-directive as to content.” Standard 9 outlines requirements of procedural fairness.

⁹ *Boulle L., Alexander N.*, *Mediation: Skills and Techniques*, 2nd, LexisNexis Butterworths, 2012, 12.

¹⁰ I prefer to use the term ‘conflict’ when describing a fundamental break-down of a continuing relationship between people, which can be compared to a disease. I use the term ‘dispute’ to refer to a potential symptom of a conflict. Hence, an unresolved conflict could result in different disputes flaring up over time. Disputes are generally less complex and may be at the end of a relationship between the parties. For discussions of this distinction, see *Boulle L.*, *Mediation: principles, process and practice*, 3rd ed., LexisNexis Butterworths, 2011, 108 and *Condliffe P.*, *Conflict Management: a practical guide*, 3rd ed., LexisNexis Butterworths, 2008, 4-5.

¹¹ *Boulle & Alexander*, see note 10 above, 9.

¹² *Moore Ch. W.*, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 3rd ed., Jossey-Bass, 2003, 136.

encouragement of settlement.¹³ However, it is a very fine line between conciliating and impacting on party self-determination. It is not possible to compare the efficiency of mediation and conciliation in this paper but such a study may assist in further exploring Speediation.

Whether conciliating or mediating, it is still important to focus on quality and to use the time effectively.

4. Time & Chronemics¹⁴

Chronemics is the study of how people perceive and manage time. The Western approach is monochronic and relies heavily on linear sequencing and dealing with one thing at a time. A mediation example may be going through an agenda one item at a time and ticking them off. An alternative approach popular in other cultures is polychronic and focuses on experiences and how they interrelate without as much concern for sequence, deadlines or finality.¹⁵ This could involve constantly moving amongst agenda items instead.

A challenge for Speediation is to question our cultural perceptions and management of time. Do the parties have to make a decision at the end of the allotted time? Does the agenda have to be numbered? Does the exploration have to deal with one issue before proceeding to the next? Could mediation start with private sessions or early option generation? Could the mediator just follow the conversation on a tangent or is it important to stick to the structured process, or park issues for later? Each dispute may present different answers to these questions but if exploring the concept of time and sequence is important for mediation, it is crucially important for Speediation.¹⁶

5. Speediation Pitfalls

Even if mediators have the parties' self-determination, interests and needs in mind, it is still possible to fall into mediation traps¹⁷. These are not unique to Speediation but the pressures of high-volume workloads and limited time can significantly increase the likelihood of encountering Speediation pitfalls. It is vital to deal with each new dispute in isolation¹⁸ from all previous ones and from everything else that is going on at work or in life. The reality is that stress from outside of work and from other disputes tends to accumulate and can push a mediator into Speediation pitfalls and ultimately a state of burn-out.¹⁹

Patience,²⁰ self-awareness and reflective practice²¹ are all qualities of a mindful mediator and will make it much easier to stay in control of the process and to imbue the parties with calmness and confidence. Finally, before discussing specific Speediation pitfalls, I propose that building rapport²² with parties is the most important task to achieve as early as possible. If a mediator has established a connection and trust with the parties, the dynamics and interventions will be much more effective and pitfalls will be much less likely.

¹³ See Definition of Conciliation in NADRAC, Dispute Resolution Terms, 2003, 5, <<http://www.nadrac.gov.au/PublicationsByDate/Documents/Dispute%20Resolution%20Terms.pdf>>.

¹⁴ For a thorough exploration of this topic see *Macduff I.*, Your pace or mine? Culture, time and negotiation, *Negotiation Journal*, 2006, 31-45.

¹⁵ See *Moore*, note 13 above, 323-332 for a discussion of deadlines and differing cultural perceptions of time.

¹⁶ See the Stopwatch tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

¹⁷ For an analysis of mediation traps and avoidance strategies, see *Boulle & Alexander*, note 10 above, Chapter 11.

¹⁸ The mantra 'Each time's the only time' may assist.

¹⁹ See the Roses tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

²⁰ See the Inhaler tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

²¹ See the Mirror tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

²² See the Super-glue tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

5.1. Ignoring emotions

It is not uncommon for mediators to favour avoidance of strong emotions. These can cause a range of detriment from arguments to physical violence via personal attacks and rash decisions. However, suppressing emotion could make the mediation awkward and unnatural, possibly resulting in an inexplicable impasse or an agreement that fails for lack of sincerity.²³

Instead, emotion can be seen as pent-up energy that can be normalised and channelled constructively.²⁴ This is essential in Speediation when parties exhibit strong emotions from the start. If these are ignored or suppressed, the mediator is likely to waste precious time trying to control the parties and risks getting caught up in the conflict personally.

One fairly radical suggestion might be that after some controlled venting or very heated exchanges, parties may benefit from a brief, guided meditation.²⁵ The sceptics can be reassured that emotions have strong and physiological effects, which can be minimised with closed eyes and a few moments of calm, controlled breathing.

5.2. Losing impartiality

If a party questions a mediator's impartiality, that could be because of a specific behaviour or even just a party's perception.²⁶ One of the worst examples would be when a mediator gets caught up in an argument with one party, seemingly siding with the other. In Speediation, this is often a result of impatience. In order to avoid perceptions of partiality, it is crucial to make your role crystal clear from the start²⁷ and to be deliberate and transparent with every intervention.²⁸ In order to avoid partial behaviours, it is important to constantly question how an intervention or behaviour would be perceived and to backtrack transparently if necessary.

5.3. Pressuring parties to agree

This pitfall is a typical Speediation challenge. With the benefit of ample time, parties may explore a myriad of interests and options as well as working through impasses. The challenge of Speediation is a delicate balance between giving up on settlement too easily (after all, many settled mediations begin with the famous first words "We will never reach an agreement") and encouraging parties too much. Over-encouragement is a common pitfall for conciliators, who controversially encourage settlement as part of their role.²⁹

"Encouraging settlement" is a controversial theme and is subject to subjective perceptions. In fact, it may be impossible to tell whether mediators are conducting very honest reality testing or whether they just want to convince you to reach an agreement. If a party riles up when settlement is being discussed, it is very likely that the mediator has failed to convince the party of his or her good intentions. So instead of encouraging settlement, mediators could focus on encouraging trust. If a mediator has established rapport³⁰ and respects party self-determination,³¹ then it is more likely that a determined party will politely decline to settle and give reasons instead of blowing up.

²³ *Boulle & Alexander*, see note 10 above, 58.

²⁴ See the Enema tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

²⁵ See the Buddha tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

²⁶ *Boulle & Alexander*, see note 10 above, 339.

²⁷ See the Map tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

²⁸ See the Transparency tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

²⁹ See note 14 above.

³⁰ See the Super-glue tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

³¹ See NADRAC National Mediator Practice Standards, 2007, Standard 2(5) and Standard 9.

5.4. Rushing or moving to solutions too quickly

This is a common pitfall in Speediation because simple solutions might seem obvious and very tempting. There are many reasons not to cut corners and most mediators have to learn the hard way.³² It should be explained to parties that proper discussion can uncover unexpected issues and generate unexpected options.

If parties yield suddenly, a mediator may want to check in and re-assess with them in private. On the other hand, when parties reach an agreement surprisingly quickly, a mediator should be careful of unnecessarily prolonging the process.

5.5. Dominating the process

This is an intuitive pitfall of Speediation because when time is short, it is easy to envisage a plan of action and forsake party participation. The solution I suggest is counter-intuitive: when you give up more control to the parties, they can do more of the work and may be more satisfied by the outcome.

One way to ensure control of a mediation is to do all the talking. However, this may lead to party dissatisfaction, disempowerment or perceptions of bias. Whether you are talking too much because you are a control freak or you tend to talk more when you are nervous, one solution is to pause³³ and switch to other senses.³⁴ By listening, focusing on non-verbal communication and using visual aids, a mediator can get the parties talking more and avoid dominating the process.

5.6. Vanting (post-mediation)

The term ‘vanting’ refers to a combination of venting and ranting. This pitfall does not affect parties but rather fellow mediators. In a Speediation environment, venting can be much more important because of the number and regularity of mediations. Venting is simply getting something off your chest. It is necessary, just like it may be for the parties, but needs to occur in a place, time and way that does not negatively impact on colleagues, friends or family. Mediators should find out what works for them and incorporate it into effective debriefing³⁵ and reflective practice.

6. Conclusion

There are legitimate criticisms of Speediation. This paper has attempted to address those criticisms by bringing the focus back onto the parties, the principle of self-determination and mindful mediation practice. The Dispute First Aid Kit offers some practical suggestions for avoiding Speediation pitfalls and ensuring that parties get quality service measured by the yardstick of lasting agreements and party satisfaction.

This paper will conclude with a respectful question to mediators in general: if Speediation is currently delivering fairly high rates of satisfaction and lasting agreements, are longer mediations always necessary?³⁶

³² See the Scissors tool in the ‘Dispute First Aid Kit’ appendix.

³³ See the Inhaler tool in the ‘Dispute First Aid Kit’ appendix.

³⁴ See the Stethoscope, Earmuffs and Glasses tools in the ‘Dispute First Aid Kit’ appendix.

³⁵ See the Notepad tool in the ‘Dispute First Aid Kit’ appendix.

³⁶ See *Irvine*, note 4 above.

✚ Appendix: Dispute First Aid Kit³⁷ ✚

Superglue: Rapport

Establishing rapport requires good social skills and comes naturally to some people. Parties will usually be satisfied with the process if the mediator understood them and respected them. This requires sincerity and transparency. Once a mediator has gained the parties' trust, he/she can be firm but fair. There are many different ways and styles for a mediator to gain the parties' trust.³⁸ In Speediation, the challenge is when to do it. The best opportunity is perhaps during intake or even, if that is not possible, before transferring a party into a teleconference. Matching language and a "How are you going?" could make an enormous difference to the mediation dynamics. As long as the same friendliness and respect is shown to all parties, it should not affect mediator impartiality.



X-ray: Discovering Underlying Needs / Interests



Mediation 101 is to explore parties' positions, discover what underlies them and then facilitate option generation that addresses underlying needs / interests. In Speediation, it may be important to promptly analyse the reasons for a party's behaviour and question his/her perception of the dispute.³⁹ The way to help parties discover needs and interests quickly can be through effective questions. The Socratic technique⁴⁰ uses questions in a dialogue instead of statements to help someone arrive at some conclusion.

These should be curious and inquisitive rather than a cross-examination.

Parties in dispute often exaggerate too. Asking suitable questions to clarify statements is a very good way to test a party's reality and help them discover new perspectives and options. Using Socratic questioning could be very effective in this way but it may become disempowering if used to logically direct a party to an outcome preferred by the mediator.

Map: Mapping the Process / Managing Expectations

A lot of things can go wrong in mediation if the parties have inaccurate or unreasonable expectations from the start.⁴¹ However, in Speediation the intake and/or opening statement may have to be very brief. Hence, it is vital to focus on key points and even explain the points instead of just listing them. This can anchor ideas and attitudes in parties' minds. Remember: quality, not quantity. In a teleconference, I would also suggest asking a question in the middle of the opening statement to engage the parties and ensure they have not switched off. E.g. "To ensure confidentiality, is there anyone unidentified listening in?"



A sample of an opening statement may be: "The purpose of this process is for me to give you a chance to constructively discuss any issues in dispute and perhaps reach an agreement. Your alternative may be to have a decision made for you. I am not here to decide who is right or wrong, advise you or resolve your dispute for you. There is no pressure to reach an agreement or to continue if things aren't working but you always have the option to speak to me in private, which I will then do with the other party to be fair. I ask that you respect confidentiality and do not interrupt when someone is speaking. I will make sure that everyone has a chance to respond and have their say." Note that this is not a complete opening statement and may not suit all types of Speediation. It should, however, demonstrate a brevity and flow that are crucial when time is short.

³⁷ All images in this appendix are freely usable from Wikimedia Commons, <http://commons.wikimedia.org/wiki/Main_Page>.

³⁸ *Boulle & Alexander*, see note 10 above, 49. See also *Moore*, note 33 above, Chapter 7 and specifically 193-194.

³⁹ *Moore*, see note 33 above, 183-184. *Moore* has introduced a mask-mirage analogy. Mask: how parties want to be perceived, mirage: an image of the dispute based on a party's psychic needs.

⁴⁰ See *Neenan M.*, Using Socratic questioning in coaching, *Journal of Rational – Emotive & Cognitive – Behaviour Therapy*, Vol. 27, 2009, 249-264.

⁴¹ *Sourdin*, see note 6 above, 2.



Overhead Projector Sheet: Being Transparent

Being honest and explaining risky interventions can help to maintain impartiality and party engagement. If you ask a party to do or say something, they may hesitate or refuse. If you do this and explain why it is important, they are much more likely to cooperate. In Speediation, rapport requires trust and trust requires transparency.

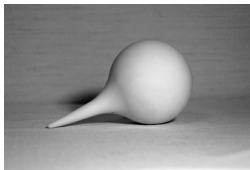
Scissors: Don't Cut Corners / Don't Run with Scissors / Don't Rush

In Speediation, Murphy's law⁴² dictates that if you cut corners hoping nothing would go wrong, it usually will go wrong. Forget to ask parties not to interrupt and you will have a ruckus on your hands. Forget to ask if anyone else is listening in during a teleconference and a mysterious fourth party will speak up towards the end. This trap is especially likely when one or more parties rush you. The lesson is – put the scissors down, acknowledge the very limited time and explain calmly that unless you do things properly, this could be a big waste of time and a missed opportunity. Remember that an hour is still a reasonably long time to run a proper process. Also, if you speak quickly and rush, the parties can automatically start matching your tone and pace of voice. You may wish to slow down to slow them down.



Enema: Venting Emotions

This tool may make some people uncomfortable. Emotions also make some people uncomfortable. Emotions are probably one of the most challenging aspects of Speediation because they are seen as anathema to rational and efficient problem solving. Channelling emotion can include a spectrum of interventions like reframing and encouraging direct communication of the emotion, directing the communication to you in the hope of the listening party's recognition shifts, allowing a party to vent to you in private, taking a break, adjourning mediation until the emotion has subsided, referring a party to seek other assistance and so on.⁴³



It should also be noted that emotional contagion may have a physiological basis.⁴⁴ It is not uncommon for people to begin to feel emotions that they are observing in someone else so a mediator needs to be acutely aware of how parties' emotions are affecting other parties and themselves.

When time is short, it is especially important not to attempt "amateur counselling".⁴⁵ A mediator could acknowledge the emotion and discuss with the party or parties transparently whether it is possible to keep it in check and continue or try other options. It is also important to differentiate between brief flares of emotion, more lasting bad moods, more permanent temperaments and serious mental illness. Unqualified psychoanalysis aside, it is vital to discern and deal with emotions as soon as possible and in the most appropriate way. Parties can be reminded that words and decisions are much more permanent than emotions.

Notepad: Venting + Debriefing

We all love to share our war stories. However, this can be done in many ways. Saying bad things about parties may feel good but is rarely constructive and could imprint a negative attitude on you and others. Used constructively, venting can be a precursor to debriefing. Apart from getting things off your chest, venting should also answer common debriefing questions like "What went wrong?" and "Why did that happen?"



⁴² See *Spark N. T.*, A history of Murphy's law, AIR, 2006.

⁴³ *Moore*, see note 33 above, Chapter 7.

⁴⁴ For further reading on 'mirror neurons', see: *Allen S. W.*, Mirror neurons: some resources, 2008 <<http://www.mediate.com/articles/WestAllenSbl20080602.cfm>>.

⁴⁵ *Boullé & Alexander*, see note 10 above, p47.

Writing things down will not only give you material for reflective practice but will also shift your brain from right-hemisphere emotion to left-hemisphere rationality. Even during mediation, asking parties to write down a list of issues can effectively manage an emotional flood by activating their left hemisphere.⁴⁶

Buddha: Guided Meditation

Rituals play an important role in many cultures and can be very powerful in mediation⁴⁷. A ritual does not have to involve a healing circle, holding hands and smoking a peace pipe. If the purpose and benefit of a ritual is explained to the parties (and if the mediator has established good rapport) then they are likely to cooperate. I am yet to try a guided meditation during mediation but I know that it has worked very well in training sessions and in my own life. In Speediation it can even be used instead of a break after parties have vented. Explain that you want everyone to trust you, close their eyes, take a few slow, deep breaths and think only about breathing in.. and breathing out. Meditation may be a waste of time right at the start if parties haven't had a chance to vent. On the other hand, it may actually dissipate a lot of strong emotion and put parties in a much better frame of mind.⁴⁸



Inhaler: Patience, Taking a Few Breaths, Taking a Break



It is impossible to breathe in and talk at the same time. Hence, consciously taking a deep breath every now and then can give you an important pause to think before speaking again. Deep breaths can also slow down your heart rate and give your overloaded brain more vital oxygen. In Speediation it is easy to get caught up in parties' emotions or the ticking of the clock. Taking a deep breath can let you reassess the situation and decide how to continue using the scarce time in the most effective way. It can also save you from saying something you will instantly regret.

Stethoscope: Active Listening

This is a fundamental tool of all mediators. There is a reason why you never see a doctor without one around his or her neck. In Speediation, it may be tempting to think ahead while parties are talking. However, being comfortable in the moment and giving 100% attention to a party through active listening can actually make the mediation flow much more smoothly.



Earmuffs: Non-verbal Communication



Literally blocking your ears will make you instantly much more aware of body language. It may be possible to somehow get away with this in face-to-face co-mediation or multi party facilitation. The alternative is to rest your elbow on the table, your head in the palm of your hand and block one ear with the tips of your fingers. You should look like you're pondering but really, you will be fine-tuning to the parties' non-verbal communication.

⁴⁶ For further discussion of neurological research, see: *Widener M. N.*, The five-tool mediator: game theory, baseball practices and southpaw scouting, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 12, 2012, 97 and *Eddy B.*, It's all your fault!: 12 tips for managing people who blame others for everything, Janis Publications, 2008.

⁴⁷ *Boullé & Alexander*, see note 10 above, 51-52.

⁴⁸ For a more in-depth discussion, see *Nobel B.*, Meditation and Mediation, *Family Court Review*, Vol. 43, 2005, 2.



Glasses: Visual Aids Like Whiteboards, Diagrams etc.

It is surprising that a lot of mediators do not use whiteboards or other visual aids.⁴⁹ It may seem like a waste of valuable time to write up an agenda or a diagram but lots of people, including myself, process information better visually. Something simplified on a whiteboard could avoid lengthy and confusing arguments, while also anchoring ideas and issues in the parties’ minds throughout the mediation. A visual agenda can also be used as a focal point when a mediator needs to restore order. I dislike numbering and prioritising agenda items because that can be a source of arguments itself. One alternative is to use a Venn diagram of overlapping circles that focuses parties on common ground.⁵⁰ Be very careful about what you put up, however, because it can have a lasting effect.

Stopwatch: Time Pressure

It is well known that deals are usually made and agreements reached at the last minute. Time pressure can make parties trade the less essential needs or interests in favour of finality. In Speediation, the effect of time pressure is even more acute. Parties can be politely reminded about the limited time and asked to “park” issues in order that they can have a chance to explore all other issues. I would suggest against saying “We don’t have time to go into this” because it may belittle something that could be very important to a party. An option is to acknowledge and subtly change the subject. If the party still comes back to the issue, you may actually have to make time for it. It is, in fact, possible to make time. E.g. by reframing a list of agenda items into one interest (e.g. a fair outcome), a mediator can shift from past to future and turn 30 minutes of protracted arguments into 10 minutes of productive option generation.



Mirror: Reflective Practice

Reflective practice is probably the most important tool for a mediator because it can have a global impact on his/her practice. A lot of us probably had some type of diary or journal in childhood. So why did we stop? Writing down what happened is only the first step but is usually the most difficult. It is briefly discussed in the Notepad tool. The first reflective challenge for a Speediator is to actually make time to note down mediation experiences and develop the habit. The high-volume workload has a tendency to desensitise mediators so that only the more extreme emotional experiences are remembered. The key is to ask “What could have I tried differently?” then trying it next time and reflecting further on the experience.



The danger in Speediation is becoming a mindless mediator⁵¹ and blaming things that go wrong on the parties. Another danger is normalising negative aspects of mediations. For example, saying that some people will always be unreasonable or will never reach an agreement. This may be true in some cases but if you never try doing something differently, you are unlikely to get a different and surprising result. A structured and regular debriefing program in a Speediation workplace can be very effective in establishing and supporting a mediator’s reflective practice.



Roses: Wake up, Stop and Smell the Roses

Sometimes you have to remind yourself why you mediate. Whenever I experience mediation moments, for example when parties experience

⁴⁹ Sourdin, Poor Quality Mediation, 5.

⁵⁰ I thank my colleague Heather Corkhill for this idea.

⁵¹ For more on this topic, see Boulle & Alexander, note 10 above, 68-69.

recognition of the other or sincerely apologise, I get instant job satisfaction and feel pretty damn good. It's quite special to change someone's life just with your presence and words yet burn-out may make you jaded and cynical. Recognising this is very important and so is doing something about it before your negativity starts to affect your parties and others around you. If not for anything else but your health and sanity, it is paramount to make sure you are still enjoying your profession.⁵² Oh and placing a fresh bouquet on your desk or mediation table can add some much needed colour, fragrance and life to the mediation experience.

⁵² For an inspiring book on mediation artistry, see *Lang M. D., Taylor A., The Making of a Mediator: Developing Artistry in Practice*, Jossey-Bass, 2000.

პროცესების ღაჩქარება: ბამონწვევები ღაზის მოქლე ღროში ბაღასაწყვებელ**

1. შესავალი

ვიცი, ახლა რასაც ფიქრობთ – შუამავლობა დავის ერთ საათში გადანყვეტა არ არის. თუმცა შუამავლობის/მედიაციის ზედმინენითი განმარტება იმაში მდგომარეობს, რომ ის ერთგვარი კატალიზატორია ორ დაპირისპირებულ მხარეს შორის, რომლებიც ერთმანეთში თავისით შეთანხმებას ვერ აღწევს.

ქიმიაში კატალიზატორი ალტერნატიული და უფრო მარტივი გზა კონკრეტული რეაქციის მისაღწევად. იმისათვის, რომ შეზღუდული დროის პირობებში, იპოვო ალტერნატიული გზა კონკრეტული დავის მოსაგვარებლად, მოცემული ესე გვთავაზობს და აღწერს მედიატორის ფუნქცია/მოვალეობებს, რაც შემდეგში მდგომარეობს: მედიატორმა დეტალურად უნდა გაარკვიოს, თუ რისი მიღწევა სურთ მომჩივან მხარეებს და დროის ლიმიტირებული მონაკვეთი ნაყოფიერად გამოიყენოს, მათ შორის, შეთანხმების მისაღწევად. რადგან დავის გადანყვეტის ალტერნატიული გზა უფრო და უფრო პოპულარული ხდება და გამოიყენება სხვადასხვა ტიპის დავების მოსაგვარებლად, ზოგიერთი პრაქტიკოსი და ორგანიზაცია გამონწვევების წინაშე დგებიან და საქმეების სიმრავლის გამო ცაიტნოტში ვარდებიან. ასე რომ, ამგვარ შემთხვევებში დროის ფაქტორი სასიცოცხლოდ შეიძლება ჩაითვალოს. აღნიშნულის გათვალისწინებით, ორგანიზაციებმა სხვადასხვა ხერხს მიმართეს და ექსპერიმენტები ჩაატარეს, შეიმუშავეს განსხვავებული სტრატეგიები, როგორებიცაა, ე.წ. რეგულარული¹ სატელეფონო მოლაპარაკებები და გამარტივებული მედიაცია.² უმთავრესია ზემოხსენებულ გამონწვევებს შეხვედრე ყოველგვარი დაბნეულობის გარეშე, ასევე მნიშვნელოვანია მორიგებისას მხარეებს არაფერი დააძალო. მხარეებს შორის კმაყოფილების მიღწევის მაღალი კოეფიციენტის თანახმად³, პროცესების დაჩქარებას ყოველთვის წარმატებულ შედეგებამდე მივყავართ. მოცემული ნაშრომი შეიცავს დავების მოგვარების პირველადი დახმარების ნაკრებს, რაც მოვლენების დაჩქარებისათვის სასარგებლო სტრატეგიებისა და შეთავაზებების მთელ პალიტრას იტევს.

რამდენადაც ჩემთვისაა ცნობილი, თავად ტერმინი „მოვლენების დაჩქარება“ (*Speediation*) პროფესორ ტანია სოურდინის ეკუთვნის, როდესაც დავებს, სასამართლოში გადაცემამდე იხი-

* ავსტრალიელი ადვოკატი და მედიატორი, ქ. ბრისბანში (ავსტრალია) საიჯარო დავებში მედიაციის ორწლიანი გამოცდილებით. ის არის სიდნეის ტექნოლოგიის უნივერსიტეტის სამედიცინო მეცნიერებისა და სამართლის ბაკალავრი და ავსტრალიის ქუინსლენდის უნივერსიტეტის მედიაციისა და კონფლიქტის მოგვარების მაგისტრი.

** ტექსტში გამოთქმული მოსაზრებები მეკუთვნის მე და არ გამოხატავს ქუინსლენდის უძრავი ქონების სააგენტოს შეხედულებებს (RTA).

¹ Doumany N., Residential Tenancy Authority's Dispute Resolution Service: a Shuttle Telephone Negotiation Success Story, 7(6) ADR Bulletin, 2005. Note: telephone conferencing has been deemed much more effective than telephone shuttle negotiation and is now the primary form of conciliation at the RTA.

<<http://www.justice.qld.gov.au/justice-services/dispute-resolution/mediation/abbreviated-mediation>>, და Eastall A., Condliffe P., Abbreviated Mediation: Trial of a New Process, ADR Bulletin 1(9), 1999, § 3.

³ RTA 10 კლიენტებიდან 7.2 დავების გადანყვეტის სერვისის მიღებით კმაყოფილია - 2011-12 სტატისტიკა. ასევე იხ.: Irvine Ch., Hanging on the telephone: the future of mediation? Kluwer Mediation Blog, 2011, <<http://kluwermediationblog.com/2011/11/12/hanging-on-the-telephone-the-future-of-mediation>>; აღსანიშნავია, რომ მოვლენების დაჩქარების შედეგად მიღწეული კმაყოფილების კოეფიციენტის დადგენა ამ ნაშრომს სცდება, თუმცა ის რაც მასშია აღწერილი უდავოდ სასარგებლოა.

ლავდა.⁴ ხუთი წლის შემდეგ, პროფესორმა სოურდინმა იგივე ტერმინი გამოიყენა მდარე ხარისხის მედიაციის კრიტიკისას. მისგან კრიტიკის უმთავრესი საფუძველი გახლდათ ის, რომ მისი აზრით, მოვლენების დაჩქარების გამო, მხარეთა ინტერესების განხილვას სათანადო დრო არ დაეთმობოდა, ეს კი შესაბამისად უკმაყოფილების საფუძველი გახდებოდა.⁵ ამგვარად, გარდა კონკრეტული დავის გადაწყვეტისა, რა ინტერესები შეიძლება ჰქონდეთ მხარეებს?

2. მხარეები უპირველეს ყოვლისა

იმისათვის, რომ თვითგამორკვევის პრინციპი უფრო პოპულარული გახდეს, მოცემული ნაშრომი პირველ ადგილას სწორედ მხარეებს აყენებს. „მოვლენების დაჩქარების“ მეთოდის გამოსაყენებლად, პირველი გამოწვევა გახლავთ ის, რომ რაც შეიძლება მალე გავარკვიოთ თუ რისი მიღწევა სურთ მხარეებს. ისიც უნდა ითქვას, რომ ეს ერთადერთი უმთავრესი მოთხოვნა არ არის. როდესაც დრო ძალიან ცოტაა, მოლაპარაკების მისაღწევად, ყველაზე ცუდი ალტერნატივაა კი ბუნდოვანია (WATNA)⁶, მხარეებმა რაც შეიძლება მოკლე დროში უნდა ახადონ ფარდა და თქვან, თუ რა არის მათი დავის საფუძველი. ისიც შესაძლებელია, რომ მხარეებს შორის დავის გადაწყვეტისას იმგვარი საჭიროებები გამოვლინდეს, რის შესახებაც მხარეებმა არც კი იციან, მაგალითად, გამოსავლის ძიება, რეაბილიტაცია ან სულაც კამათის შეწყვეტა. ამის მიღწევა კი მედიატორის ჩარევით არის შესაძლებელი, ის იყენებს ისეთ ტექნიკას, როგორიცაა ე.წ. სოკრატესული შეკითხვები.⁷ მიუხედავად ამისა, შუამავალი/მედიატორი ძალიან ფრთხილად უნდა იყოს და ეძებოს საუკეთესო გამოსავალი სიტუაციიდან, რადგან დავისას შესაძლოა ერთი კონკრეტული საკითხის გარდა, კიდევ მრავალი სადავო საკითხი წარმოიშვას. დავის გადაწყვეტის პირობებში, თვითგამორკვევამ და გადაწყვეტილების მიღების პროცესმა შესაძლოა, „პროცესების დაჩქარება“ უფრო ეფექტური გახადოს.⁸ მაგალითად, საიჯარო დავა, რომელიც სხვადასხვა ტიპის შემთხვევებს შეიძლება მოიცავდეს, გადაწყვეტილების მიღების მიხედვითაც და დროის მიხედვითაც განსხვავდება. ასე რომ, თუკი შუამავალი დავის პირველივე ეტაპზე აღმოაჩინეს, რომ მხარეებს ამ საიჯარო დავის რაც შეიძლება მალე დასრულება სურთ, ის საუკეთესო გამოსავალს შესთავაზებს მათ, ისე რომ ორივე მათგანი კმაყოფილი დარჩეს. ეს კი შემდეგნაირად მიიღწევა: წარსულის დეტალური შესწავლა, საუკეთესო გამოსავლის მონახვა ლიმიტირებულ დროში (ანმყო) და გადაწყვეტილებაზე ორიენტირებული მომავალი.

მოგვარება წარმატების მისაღწევად ერთადერთი საზომი არ არის. ეფექტური მედიაცია მოიცავს ურთიერთდამოკიდებულ ფაქტორებს, როგორებიცაა: მხარეების კმაყოფილება პროცესით, თანხის/დროის ეფექტურად გამოყენება, მინდობილობა, შეთანხმების ხანგრძლივობა, დამოკიდებულების გაუმჯობესება და, რაც მთავარია, მხარეების მიერ დასახული მიზნის მიღწევა.⁹ თვალსაჩინოა ის ფაქტი, რომ მედიაციის სერვისის გამოყენების შედეგად, მხარეები თავს არიდებენ სასამართლო პროცესებს, აღწევენ სასურველ შედეგს და, რა თქმა უნდა, ამცირებენ ხარჯებს. იმისათვის, რომ განისაზღვროს რა სურთ მხარეებს მედიაციისაგან, თავად მედიატორმა უნდა განსაზღვროს, რამდენად მოგვარებადია მხარეთა მიერ წამოყენებული დავა.

3. ხარისხი და არა რაოდენობა

დავები სხვადასხვა ზომის, შინაარსისა თუ ხასიათის არსებობს. ზოგიერთ შემთხვევაში დავის გადაწყვეტისათვის 15 წუთზე მეტი არ იხარჯება, რადგან შენ კატალიზატორის ფუნქცია

⁴ Sourdin T., Facilitating the Resolution of Disputes before Tribunals, Australasian Institute of Judicial Administration, 2005, პრეზენტაცია: <<http://www.aija.org.au/Tribs05/tribprog05.htm>>.

⁵ Sourdin T., Poor Quality Mediation – a System Failure? ADR Bulletin 11(8), 2010, Article 2.

⁶ მოლაპარაკების მისაღწევად ყველაზე ცუდი ალტერნატივა.

⁷ იხ., „რენტგენის ველი“, ‘Dispute First Aid Kit’ დანართში.

⁸ იხ., NADRAC მედიაციის ეროვნული პრაქტიკის სტანდარტები, 2007. Standard 2(5) States that “The Principle of Self-determination Requires that Mediation Processes be non-directive as to Content.” Standard 9 Outlines Requirements of Procedural Fairness.

⁹ Boulle L., Alexander N., Mediation: Skills and Techniques, 2nd LexisNexis Butterworths, 2012, 12.

გაქვს და მოდავე მხარეებს შორის უხილავ კავშირს უზრუნველყოფ. ზოგიერთი დავა¹⁰ იმდენად რთული და ჩახლართულია, რომ მისი მოგვარების გზების ძიებას ასობით საათი მიაქვს. ეს ხდება მაშინ, როდესაც კონფლიქტის მიზეზი რაიმე კონკრეტულის ნაცვლად, უფრო ფასეულობათა განსხვავებითაა ნაკარნახევი და თავად მხარეები არ არიან მონდომებულნი, რომ დავა გადაწყდეს.

მედიაციამ შესაძლოა კონფლიქტური ურთიერთობა ერთგვარ გარდასახვამდე მიიყვანოს. აუცილებლად უნდა იქნას გათვალისწინებული ის ფაქტი, რომ მედიატორები არ არიან მოსამართლეები და ყველა მომჩივანი მხარეც მეგობარი ვერ გახდება.

Boullé & Alexander-ს შეხედულებების მიხედვით „დიდი მისწრაფება შესაძლოა საკმაოდ დამღლეი აღმოჩნდეს მომრიგებელთათვის, რომელთაც უამრავი საქმე აქვთ განსახილველ-გადასაწყვეტი“. ¹¹ ჩნდება ძალზე მნიშვნელოვანი კითხვები: მომრიგებლობა მედიაციასთან შედარებით უფრო ეფექტურია მაშინ, როდესაც დროს გადასაწყვეტი მნიშვნელობა აქვს? ამ ორს შორის განსხვავების შესახებ მრავალი მოსაზრება არსებობს. მური მომრიგებლობას „მედიაციის ფსიქოლოგიურ კომპონენტად“ მიიჩნევს. ¹² ამ ნაშრომის მიზანი, მედიაციის და მომრიგებლობის შედარებისა და რომელიმეს უპირატესობის წარმოჩენა არ არის, თუმცა „პროცესის დაჩქარების“ თეორიის სიღრმისეული სწავლების კუთხით, საკითხის შესწავლა საინტერესოა ¹³.

მნიშვნელობა არ აქვს მედიაცია იქნება თუ მომრიგებლობა, საკითხის ხარისხიანად გადწყვეტაზე კონცენტრირება და დროის ეფექტიანად ხარჯვა, მაინც უმნიშვნელოვანესი ფაქტორებია.

4. დრო და ქრონემიკსი¹⁴

ე.წ. ქრონემიკსი არის სწავლება იმის შესახებ, თუ როგორ ახერხებენ ადამიანები დროის მართვას. საკითხისადმი დასავლური მიდგომა მონოქრონულია და ის ერთი და იგივე საქმის, ერთსა და იმავე დროის მონაკვეთში კეთებას ნიშნავს. მაგალითად, მედიაცია შესაძლოა მიმდინარეობდეს წინასწარ განერილი გეგმის მიხედვით, თითო საკითხის განხილვას დროის კონკრეტული მონაკვეთი ეთმობოდა. აღნიშნული მიდგომის ალტერნატიული ვარიანტია, ე.წ. პოლიქრონული მიდგომა, რომელიც უფრო მეტად გამოცდილებაზეა ორიენტირებული და დროის ზუსტ გამოყენებაზე საუბარიც არ არის. ¹⁵ ამგვარი მიდგომის პირობებში გეგმაში წინასწარ მოცემული სხვადასხვა საკითხი შეიძლება შეიცვალოს, გადანაცვლდეს ან სულაც კონკრეტულად მოცემულის ნაცვლად, სხვა განიხილოს.

პროცესების დაჩქარებისადმი დამოკიდებულება, თავად ჩვენი კულტურის აღქმასა და დროის მართვის ჩვევებში უნდა ვეძიოთ. შეუძლიათ თუ არა მხარეებს, გადაწყვეტილება მაინცდამაინც გამოყოფილი დროის მიწურულს მიიღონ? უნდა იყოს თუ არა დანომრილი დღის წესრიგი? საკითხების კვლევა მაინცდამაინც სათითაოდ უნდა ჩატარდეს? შეუძლია თუ არა მედიატორს საუბრისას სხვადასხვა საკითხზე ერთდროულად გამოხატოს აზრი და მოისმინოს ისინი, თუ ჯერ ერთზე უნდა კონცენტრირდეს და მერე მეორეზე? და ა.შ. თითოეული დავის პირობებში, აღნიშნულ შეკითხვებზე განსხვავებული პასუხების გაცემა არის შესაძლებელი, მაგრამ თუ ვეთანხმებით იმ ფაქტს, რომ მედიაციისათვის დროის ფაქტორი მნიშვნელოვანია, მაშინ პროცესების დაჩქარებაც (*Speediation*) ნამდვილად სასიცოცხლოა. ¹⁶

¹⁰ როდესაც ადამიანებს შორის გაუგებრობა სუფევს, სიტუაციის აღსაწერად მირჩევნია გამოვიყენო სიტყვა „კონფლიქტი“. რაც შეეხება სიტყვას „დისპუტი“ ის კონფლიქტის გამონწვევის ერთ-ერთ სიმპტომად მიმაჩნია. ამრიგად, გადაუჭრელი კონფლიქტები შესაძლოა სხვადასხვა სახის დისპუტებად იქცეს. საერთოდ, დისპუტები ნაკლებად ჩახლართულია. საკითხის შესახებ განხილვები იხ. *Boullé L., Mediation: Principles, Process and Practice*, 3rd ed., LexisNexis Butterworths, 2011, 108 და *Condliffe P., Conflict Management: a Practical Guide*, 3rd ed., LexisNexis Butterworths, 2008, 4-5.

¹¹ *Boullé & Alexander*, იხ. ზემოთ მე-10 შენიშვნა, 9.

¹² Moore Ch. W., *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, 3rd ed., Jossey-Bass, 2003, 136.

¹³ იხ. მორიგების განმარტება NADRAC, Dispute Resolution Terms, 2003, 5, <<http://www.nadrac.gov.au/PublicationsByDate/Documents/Dispute%20Resolution%20Terms.pdf>>.

¹⁴ ამ საკითხზე სრულყოფილად, იხ. *Macduff I., Your pace or mine? Culture, time and negotiation*, *Negotiation Journal*, 2006, 31-45.

¹⁵ იხ. *Moore*, ზემოთ მე-13 შენიშვნა, 323-332, სხვადასხვა კულტურებისათვის დროისა და დედლაინების აღქმის განსხვავებების შესახებ.

¹⁶ იხ. ნაშრომის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

5. პროცესების დაჩქარების საფრთხე

მიუხედავად იმისა, რომ მედიატორებს შეიძლება ჰქონდეთ სრული ინფორმაცია მხარეების თვითშეგნებისა თუ ინტერესების შესახებ, მაინც შესაძლებელია რაიმე სახის გაუგებრობაში გაება¹⁷. დავების მოგვარებისას გააზრებულ თუ გაუაზრებელ მახეში გაბმა უცხო ხილი არ არის, რადგან საქმეების სიმრავლისა და დროის სიმცირის გამო, ამგვარი პრეცედენტები არც თუ ისე იშვიათია. სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანია, რომ თითოეულ დავას ინდივიდუალურად მოეკიდოთ და კონცენტრირდეთ მხოლოდ მასზე და სხვაზე არაფერზე¹⁸. რეალურად, სრულებით შესაძლებელია, რომ გარემო პირობების ზემოქმედების საფუძველზე, მედიატორმა სათანადო კონცენტრირება ვერ მოახდინოს, პროცესების დაჩქარების მეთოდი გაუაზრებლად გამოიყენოს და ამ ყველაფერმა კი ის ჩიხში შეიყვანოს.¹⁹

მოთმინება²⁰ თვითშეგნება და პრაქტიკა²¹ ყურადღებიანი მედიატორისათვის დამახასიათებელი თვისებებია, რაც მას სიტუაციის სწორად შეფასებასა და მომჩივან მხარეებს შორის ჰარმონიულობის შეტანაში ეხმარება. საბოლოოდ, სანამ პროცესების დაჩქარების მეთოდოლოგიის ხარვეზებსა და საფრთხის შემცველ მხარეებზე ვისაუბრებდეთ, მინდა ვთქვა, რომ მხარეებს შორის ურთიერთგაგების²² შეგრძნების ჩამოყალიბება ყველაზე მნიშვნელოვანი ნაბიჯია მედიაციის პროცესში. თუკი მედიატორი, მხარეებს შორის პოზიტიური კონტაქტის ჩამოყალიბებას და ნდობის მშენებლობას შეუწყობს ხელს, მაშინ მედიაციის პროცესი გაცილებით ეფექტური იქნება და რაიმე საფრთხის შესაძლებლობაც განუღებდა.

5.1 ემოციების იგნორირება

მედიატორებისათვის ძლიერი ემოციებისათვის თავის არიდება, ხშირ შემთხვევაში, არაპოპულარულია. ამან შეიძლება უარყოფითი შედეგები მოიტანოს, თუმცა ემოციების სრულმა იგნორირებამ შესაძლოა უხერხულობა გამოიწვიოს და შუამავლობა საკმაოდ არაბუნებრივი გახადოს, რაც, საბოლოო ჯამში, შეიძლება არაგულწრფელი შედეგის დადების საფუძველი გახდეს და მხარეებსაც მის სისწორეში ეჭვი შეეპაროთ.²³

ნაცვლად ამისა, ემოცია შეიძლება აღვიქვათ, როგორც ფარული ენერგია, რომელიც შესაძლოა დაბალანდეს და კონსტრუქციულ ქმედებად ჩაითვალოს.²⁴ ეს ძალიან მნიშვნელოვანი დეტალია პროცესების დაჩქარების პირობებში (*Speediation*), როდესაც სანყის ეტაპზე მხარეები ძალიან ძლიერი ემოციების ტყვეობაში არიან და, შესაბამისად, გამოხატავენ მათ. მაგრამ, თუკი ეს ემოციური ფონი იგნორირებული და ჩახშობილია, მაშინ მედიატორი ძვირფას დროს დაკარგავს მხარეებზე კონტროლს მოსაპოვებლად და ამაოდ შეეცდება კონფლიქტის მიზეზები მალევე დაადგინოს.

ერთადერთი ნაკლებად რადიკალური შეთავაზება მხარეებისათვის ის გახლავთ, რომ მწვავე კამათისა და კომპრომატების „ომის“ ოდნავ შენელების შემდეგ, დაწყნარებულ გულზე მათ გაენიოთ შუამდგომლობა და მიეცეთ რჩევები.²⁵ სკეპტიკოსები ადვილად შეიძლება დავარწმუნოთ იმაში, რომ ემოციებს აქვთ ძლიერი ფსიქოლოგიური ეფექტები, რაც შესაძლებელია განედეს/მინიმუმამდე დავიდეს თვალების დახუჭვით, წუთიერი დუმილით და მართული (ღრმა ხშირი) სუნთქვით.

¹⁷ მედიაციის მახეებისა და არიდების სტრატეგიების შესახებ იხ. *Boulle & Alexander*, ზემოთ მე-10 შენიშვნა, თავი 11.

¹⁸ შელოცვა 'Each time's the only time' შესაძლოა დაგეხმაროთ.

¹⁹ იხ. ვარდების მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

²⁰ იხ. ინჰალატორის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

²¹ იხ. სარკის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

²² იხ. სუპერ-ნებოს მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

²³ *Boulle & Alexander*, იხილეთ ზემო მე-10 შენიშვნა, 58.

²⁴ იხ. ოყნის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

²⁵ იხ. ბუდას მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

5.2 მიუკერძოებლობის დაკარგვა

თუკი რომელიმე მხარე, მედიატორის მიუკერძოებლობას ეჭვქვეშ აყენებს, ეს ეჭვი შესაძლოა თავად მედიატორის ქცევიდან გამომდინარე გაუჩნდეს, ან მომჩივანი მხარე ამას გრძნობს.²⁶ ერთ-ერთი ყველაზე ცუდი მაგალითია, როდესაც მედიატორი მხარეებს შორის კამათში ერევა და ერთ-ერთი მომჩივანის მხარეს იჭერს. პროცესების დაჩქარების მეთოდის გამოყენებისას, ამგვარი საქციელი მოუთმენლობით აიხსნება. იმისათვის, რომ მიკერძოებულობა თავიდან იქნას არიდებული, მედიატორის როლი, დასაწყისიდანვე²⁷ უნდა იყოს მკაცრად განსაზღვრული და გამჭვირვალე.²⁸ ასევე, მიუკერძოებელი მედიატორის სტატუსის შესანარჩუნებლად, აუცილებელია, განსახილველ საქმეში დოზირებულად ჩარევის უზრუნველყოფა, რათა რომელიმე მხარემ მიკერძოებაში არ დაგდოთ ბრალი.

5.3 მხარეებისათვის შეთანხმების მიღწევისათვის ძალდატანება

ამგვარი საფრთხე „პროცესების დაჩქარების“ მეთოდისათვის დამახასიათებელია. „პროცესების დაჩქარების“ მეთოდოლოგიის გამოყენება, როგორც ერთგვარი გამოწვევა, არის დავის მოგვარების მიზნით, მხარეებს შორის გარკვეული ბალანსის ჩამოყალიბება (ჩემი ყოველი საქმე იწყებოდა შემდეგი სიტყვებით: „ჩვენ შეთანხმებას ვერასოდეს მივალწვეთ!“). მომჩივანი მხარეების ზედმეტად გამხნეების/წახალისების პრაქტიკა, სწორედ რომ მომრიგებლის ხარვეზად შეიძლება ჩაითვალოს, რადგან მისი უპირველესი ფუნქცია მედიატორია, რაც ბალანსირებულ ქცევასთან ასოცირდება, ყოველგვარი ზედმეტობების გარეშე.²⁹

„წახალისებელი/გამამხნეებელი მოგვარება“ მედიატორისათვის წინააღმდეგობაში მოდის და საკითხისადმი უფრო სუბიექტურ მიდგომასთან ასოცირდება. თუმცა არავის შეუძლია თავი დადოს მედიატორთა მიუკერძოებლობაზე და გაზომოს მათი გულწრფელობის კოეფიციენტი, საკითხავია რაზე არიან ისინი ფოკუსირებულნი: მართლა მიუკერძოებლები არიან, თუ უბრალოდ სურთ თქვენ დაგარწმუნოთ, რომ კონკრეტულ შეთანხმებას მიაღწიოთ? თუკი მორიგების პროცესში, რომელიმე მხარე პრეტენზიას გამოთქვამს, ეს იმის მაჩვენებელია, რომ მედიატორმა ვერ დაარწმუნა ესა თუ ის მხარე, მის სასიკეთო ზრახვებში. ასე რომ, „მოგვარების წახალისების“ ნაცვლად, მედიატორებისათვის უმჯობესია, მომჩივან მხარეებსა და თავად მედიატორებს შორის, ნდობის მშენებლობაზე ფოკუსირდნენ. თუკი მედიატორი მხარეებს შორის ჰარმონიის,³⁰ პატივისცემისა და თვითგამორკვევის³¹ ჩამოყალიბებას შეძლებს, უფრო რეალურია, რომ მომჩივანებმა „კომპრომატების ომის“, საკითხის მშვიდობიანად მოგვარება არჩიონ.

5.4 გადაწყვეტილების სწრაფად მიღება

ამგვარი საფრთხე „მოვლენების დაჩქარების“ მეთოდოლოგიისათვის დამახასიათებელია, რადგან მარტივი გადაწყვეტილებები შესაძლოა ცხადი და ძალიან მაცდური მოგერვნით. მრავალი მიზეზი არსებობს, რომელიც ამტკიცებს, რომ საკითხის გადაწყვეტისას მოკლე გზით წასვლას, ისევე შორი გზით მოვლა ჯობია.³² დავის განხილვის დანებებამდე, მხარეებს უნდა აუხსნას მედიატორმა, რომ შესაძლოა საქმის წარმოებისას მოულოდნელი დეტალები გასაჯაროვდეს ან მოულოდნელი შედეგები დადგეს. თუკი უცბად მხარეები დათმობაზე წავლენ, მაშინ მედიატორმა შესაძლოა საქმის გადახედვა მათთან ერთად, ცალკე მოინდომოს. გარდა ამისა, თუკი მხარეები შეთანხმებას უმოკლეს დროში მიაღწევენ, მედიატორი მაინც ფრთხილად უნდა იყოს, რადგან შესაძლოა პროცესი მაინც გაიწელოს (შემდგომში).

²⁶ Boulle & Alexander, იხილეთ ზემო მე-10 შენიშვნა, 339.

²⁷ იხ. რუქის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

²⁸ იხ. დიაპოზიტის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

²⁹ იხ. ზემოთ მე-14 შენიშვნა.

³⁰ იხ. სუპერ-ნების მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

³¹ იხ. NADRAC მედიატორის ეროვნული პრაქტიკის სტანდარტები, 2007, სტანდარტი 2(5) და სტანდარტი 9.

³² იხ. მაკრატლის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

5.5. პროცესზე დომინირება

ეს არის, „პროცესების დაჩქარების“ მეთოდოლოგიაში ერთგვარი ინტუიტიური საფრთხე, რადგან როდესაც დრო ძალიან შეზღუდულია, პროცესების განვითარებისა და გადაჭრის გზების წარმოსახვა მარტივია და მხარეების ჩართულობას თითქმის გამორიცხავს. გამოსავალი, რომელსაც მე გთავაზობთ კონტრ-ინტუიტიურია: როდესაც მხარეებს საქმის განხილვისას მასზე კონტროლის საშუალება ეძლევათ, ისინი მეტად ჩახედულნი ხდებიან პროცესში და საბოლოო ვერდიქტით უფრო კმაყოფილებიც რჩებიან. იმისათვის, რომ მედიატორმა ნეიტრალური პოზიციონირება შეინარჩუნოს, უკეთესი იქნება მან საქმის მსვლელობისას ბევრი ლაპარაკის ნაცვლად, უფრო ვიზუალური დახმარება გაუწიოს მომჩივანებს და მისცეს მათ მეტი საშუალება რათა ისაუბრონ და თავიანთი პოზიციები³³ კიდევ ერთხელ განმარტონ.³⁴ ამით კი მედიატორი თავს დაიზღვევს პროცესზე დომინირებისაგან.

5.6. პოსტ-მედაცია

ტერმინი „*vanting*“ არის „დაუფარავი სიბრაზის გამოხატვისა“ და „აღშფოთების გამოხატვის“ ერთობლიობა. ამგვარი ჩავარდნა უფრო ახალბედა მედიატორებისთვისაა დამახასიათებელი. „მოვლენების დაჩქარების“ მეთოდოლოგიის გამოყენებისას „სიბრაზის დაუფარავად გამოხატვა“ შესაძლოა საჭიროც კი გახდეს (ხანდახან). „სიბრაზის დაუფარავად გამოხატვა“, უბრალოდ, ეს არის საქციელი, როდესაც ყველაფერს ამბობ და გულში ხინჯად არაფერს იტოვებ. ამგვარი ქცევის გამოყენება, კონკრეტულ სიტუაციაზეა დამოკიდებული, რადგან მას შეიძლება ჰქონდეს როგორც პოზიტიური, ისე ნეგატიური გავლენა. ასე რომ, სიტუაციის სწორად შეფასება და ზემოხსენებული მეთოდების პოზიტიურ ჭრილში გამოყენება, მთლიანად მედიატორის ოსტატობაზეა დამოკიდებული.³⁵

6. დასკვნა

„მოვლენების დაჩქარების“ მეთოდოლოგიის მიმართ, კანონიერი კრიტიკაც არსებობს. აღნიშნული ნაშრომი, გახლდათ მცდელობა კონკრეტული საკითხები წამოენია, რაც ამ მეთოდთან არის დაკავშირებული. „დავების პირველადი დახმარების კომპლექტი“ რამდენიმე პრაქტიკულ რჩევას გთავაზობთ, რაც „მოვლენების დაჩქარების“ მეთოდოლოგიის ხარვეზებისაგან თავის ასარიდებლად გამოგადგებათ.

ამ ნაშრომს კი მედიატორებისათვის საჭირობოროტო შეკითხვით დავასრულებ (დასკვნის სახით): თუკი ამჟამად „მოვლენების დაჩქარების“ მეთოდოლოგია ნაკლებად რეიტინგულია დავების დაკმაყოფილების ჭრილში, გრძელვადიანი მედაცია ყოველთვის საჭიროდ შეიძლება ჩაითვალოს?³⁶

³³ იხ. ინჰალატორის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

³⁴ იხ. ფონეიდოსკოპის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

³⁵ იხ. ბლოკნოტის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

³⁶ იხ. *Irvine*, ზემოთ მე-4 შენიშვნა.

სუპერ-ნებო: ურთიერთგაგება

ურთიერთგაგების ჩემოყალიბება კარგ სოციალურ უნარ-ჩვევებს მოითხოვს და, ხშირ შემთხვევაში, ეს ადამიანებს ბუნებრივად გამოსდით. მხარეები პროცესით კმაყოფილები დარჩებიან, იმ შემთხვევაში თუ მედიატორი მათ სწორად გაუგებს და პატივისცემით მოეკიდება. ეს ყველაფერი კი გულწრფელობისა და გამჭვირვალობის გარეშე არ მიიღწევა. მედიატორისათვის მხარეების მხრიდან ნდობის მოსაპოვებლად სხვადასხვა გზები არსებობს.³⁸ „პროცესების დაჩქარების“ მეთოდის გამოყენების უპირატესობა, თავად მისი გამოყენების სპეციფიკაში მდგომარეობს. კიდევ ერთი დეტალი, მედიაციისათვის და თავად მედიატორისათვის, მხარეებს შორის ნეიტრალიტეტის შენარჩუნება, სასიცოცხლო მნიშვნელობისაა.



რენტგენი: უხილავი ინტერესების/საჭიროებების აღმოჩენა



მედიაციისას მნიშვნელოვანია აღმოაჩინო მომჩივანი მხარეების პოზიციები და ასევე, ფარული (უხილავი) საჭიროებები თუ ინტერესები, შემდეგ ფასილიტაციის განევის ხარჯზე შეძლო მათი მოგვარება/გადანყვეტა ისე, რომ ორივე მხარე კმაყოფილი დარჩეს. „პროცესების დაჩქარების“ მეთოდის გამოყენებისას კი უმნიშვნელოვანესია მომჩივანი მხარის ინტერესების მყისიერი ანალიზი ჩატარდეს და გამოირკვეს უკმაყოფილების კონკრეტული მიზეზები.³⁹ ერთ-ერთი ეფექტური ხერხი იმისათვის, რომ მხარეთა საჭიროებების და ინტერესების სწრაფად აღმოჩენა მოხდეს, თემატური კითხვების დასმაა. ე.წ სოკრატეს ტექნიკა⁴⁰, შეთანხმების მიღწევისათვის კონკრეტული განცხადების გაკეთების ნაცვლად, დიალოგისას კითხვების დასმის ხერხს იყენებს. ამგვარი მეთოდი კი ცნობის-მოყვარეობას უფრო გავს, ვიდრე ჯვარედინ დაკითხვას.

დავისას მხარეები, ხშირ შემთხვევაში, მოვლენებს აზვიადებენ. სწორედ ამიტომ, ეფექტური კითხვების დასმა კარგი საშუალებაა იმისათვის, რომ მხარეებმა რეალური სურათი აღწერონ. კითხვების დასმის ე.წ სოკრატეს ტექნიკა შესაძლოა ეფექტური საშუალება იყოს დავების გადანყვეტის კუთხით, თუმცა, ზოგ შემთხვევაში, დემოტივატორადაც შეიძლება იქცეს.

რუკა: პროცესების მაპინგი/მოლოდინების მართვა

თუკი დავის განხილვის დასაწყისშივე, მხარეებს პროცესისადმი გადაჭარბებული და არაადეკვატური მოლოდინები შეექმნებათ, მაშინ მედიაცია არაეფექტურობისთვისაა განწირული.⁴¹ თუმცა „პროცესების დაჩქარების“ მეთოდის გამოყენების შემთხვევაში, საწყისი სიტყვა (განცხადება) ძალზე მოკლე და ლაკონური უნდა იყოს. ამრიგად, ძალიან მნიშვნელოვანია, თავიდანვე საქმესთან დაკავშირებული ამოსავალი დეტალები გაუღერდეს და მათზე მოხდეს ფოკუსირება. ამან შეიძლება მხარეებს შორის კეთილგანწყობა გააღრმავოს.



³⁷ დანართში გამოყენებული ყველა ფოტოს გამოყენება თავისუფლად შესაძლებელია შემდეგი ვებ-მისამართიდან, <http://commons.wikimedia.org/wiki/Main_Page>.

³⁸ Boule & Alexander, იხ. ზემოთ მე-10 შენიშვნა, 49. იხ. Moore, 33-ე შენიშვნა, თავი 7 და სპეციალური გვერდები, 193-194.

³⁹ Moore, იხ. 33-ე შენიშვნა, 183-184. Moore გააცნო ე.წ. mask-mirage ანალოგი. ნიღაბი: როგორ სურთ მხარეებს, რომ იყვნენ აღქმულნი, მირაჟი: დავის სახეობა, რომელიც მხარის სულიერ საჭიროებაზეა დაფუძნებული.

⁴⁰ იხ. Neenan M., Using Socratic questioning in coaching, Journal of Rational – Emotive & Cognitive – Behaviour Therapy, Vol 27, 2009, 249-264.

⁴¹ Sourdin, იხ. მე-6 შენიშვნა, 2.

გახსოვდეს: ხარისხი და არა რაოდენობა. ტელეკონფერენციისას, მე გირჩევდით, რომ საუბრის დასაწყისიდანვე, სანყისი სიტყვის წარმოთქმისას, კითხვები დასვათ, რადგან დარწმუნდეთ, რომ საუბარი ფუჭი არ არის და ორივე მხარე ყურადღებით ისმენს.

სანყისი სიტყვის მაგალითი; სიტყვა შეიძლება იყოს შემდეგნაირი: „ჩემთვის აღნიშნული პროცესის მიზანია, თითოეულ თქვენგანს მიეცეს საკითხის კონსტრუქციულად განხილვის საშუალება და შანსი იმისა, რომ შეთანხმება იქნას მიღებული. მე აქ იმისთვის არ ვარ, რომ მტყუან-მართალი ვარკვიო და ვეძიო, მე აქ იმისთვის ვარ, რომ დავის მოგვარებაში დაგეხმაროთ და რჩევები მოგცეთ. შეთანხმების მისაღწევად ძალდატანება აბსოლუტურად მიუღებელია, თუმცა თქვენ ყოველთვის გაქვთ საშუალება პირადად ჩემთან ისაუბროთ კონკრეტულ საკითხზე, მე კი მეორე მხარის არგუმენტებსაც მოვისმენ ობიექტურობისათვის და სამართლიანობისათვის. გთხოვთ ყველამ გამოვიჩინოთ ერთმანეთისადმი პატივისცემა და საუბრის პროცესში არ შევანყვეტინოთ ერთმანეთს. მე უზრუნველყოფ იმას, რომ თითოეული თქვენგანს ჰქონდეს პასუხის გაცემის საშუალება.“ საყურადღებოა ის ფაქტი, რომ შესაძლოა აღნიშნული ტექსტი, ზოგიერთ შემთხვევაში, სანყის სიტყვად არ გამოდგეს. თუმცა მნიშვნელოვანია, რომ დროის სიმცირის პირობებში სანყისი სიტყვა იყოს ეფექტური და გამამხნეველი.

დიაპროექტორი: გამჭვირვალობა

გულწრფელობა მხარეების მხრიდან, საქმის განხილვისას მიუკერძოებლობის გარანტიაა. თუკი მხარეებს აუხსნით, რომ ისაუბრონ ღიად ყველაფერი იმის შესახებ რაშიც აქამდე ეჭვი ეპარებოდათ, აუხსნით ეს რამდენად მნიშვნელოვანია სასურველი შედეგის დასადგომად, ეს მათში ნდობასა და თანამშრომლობის სურვილს აღძრავს. „მოვლენათა დაჩქარების“ მეთოდში, ურთიერთგაგება მოითხოვს ნდობას და ნდობა მოითხოვს გამჭვირვალობას.



მაკრატელი: არ მოჭრა გზა/არ ირბინო „მაკრატლით“/არ იჩქარო

„მოვლენათა დაჩქარების“ მეთოდში, მერფის კანონის მიხედვით,⁴² თუკი იჩქარებ და „გზას მოჭრი“ იმის იმედით, რომ არაფერი დაშავდება, სწორედ მაშინ შეიძლება ყველაზე დიდი შეცდომა გაიპაროს. თუკი თქვენ მხარეებს არ გააფრთხილებთ, რომ ერთმანეთს საუბრისას ხელი არ შეუშალონ, ეს საკმაოდ არამომგებიანი სვლა იქნება. გარდა ამისა, თქვენ ასევე უნდა დაინტერესდეთ რამდენად ჩართულია აუდიტორია პროცესში და რამდენად უსმენენ საუბრებს. ასევე საუბრისას სიჩქარე გაუმართლებელია, რამაც თქვენდამი უნდობლობა შეიძლება გამოიწვიოს. ეს უბრალოდ დროის კარგვა იქნება და მეტი არაფერი. გახსოვდეთ რომ, 1 საათიც კი საკმაოდ დროა იმისათვის, რომ პროცესი სწორად წარიმართოს.



ოყნა: ემოციებისაგან დაცვა (სიბრაზის ამოხეთქვა)

ამ მეთოდის გამოყენება, შესაძლოა ზოგიერთებისათვის არაკომფორტული აღმოჩნდეს. ზოგიერთისათვის კი შეიძლება ემოციების გამოხატვა გახდეს დისკომფორტის საფუძველი. ემოციების გამოხატვა „მოვლენათა დაჩქარების“ მეთოდში, ერთ-ერთი ყველაზე თვალსაჩინო გამოწვევაა, რადგან ის პრობლემის გადაწყვეტის კუთხით გარკვეულ როლს თამაშობს (შესაძლოა, გულწრფელმა ემოციამ გადაწყვეტილების მიღების ობიექტურობა დაგვანახოს ან პირიქით).⁴³ ემოციურმაფონმა, სახელდობრ ემოციების გამოხატვამ, შესაძლოა ნეგატიური გავლენა იქონიოს,⁴⁴ ამიტომ აუცილებელია მედიატორი ყურადღებით იყოს და იცოდეს, თუ რა გავლენას ახდენს ემოცია მხარეებზე და თავად მათზე (მედიატორზე). რო-



⁴² იხ. *Spark N. T.*, A history of Murphy's law, AIR, 2006.
⁴³ *Moore*, იხ. 33-ე შენიშვნა, თავი 7.
⁴⁴ დამატებითი საკითხავი თემაზე 'mirror neurons', იხ.: *Allen S. W.*, Mirror neurons: some resources, 2008, <<http://www.mediate.com/articles/WestAllenSbl20080602.cfm>>.

დესაც დრო ძალიან ცოტაა, დავების გადაწყვეტისათვის რაიმე ექსპერიმენტული (არაპროფესიონალური) მეთოდების “amateur counselling” გამოყენებისაგან თავი უნდა შეიკავოთ.⁴⁵

მედიატორი ვალდებულია მართოს მხარეებს შორის ემოციური ფონი. ასევე, მნიშვნელოვანია პოზიტიური ან ნეგატიური ემოციური ფონის დროზე განეიტრალება, რადგან უნდა გვახსოვდეს, რომ სიტყვიერად, მშვიდ გარემოში მიღებული გადაწყვეტილება უფრო გრძელვადიანია ვიდრე ემოციურ ფონზე მიღებული.

ბლოკნოტი: გამოხატვა + გამოკითხვა

ყველა ჩვენგანს უყვარს ერთმანეთისათვის ისტორიების (დაძაბული ისტორიების) გაზიარება. ამისათვის კი მრავალი განსხვავებული ხერხი არსებობს. მონინალმდევე მხარის შესახებ ცუდის თქმამ შესაძლოა, თქვენ თავი კარგად გაგრძნობინოთ, მაგრამ



არის იმის საშიშროებაც, რომ თქვენი ნეგატიური განწყობა სხვების მიერ არასწორად იქნას აღქმული, რაც თქვენვე დაგაზარალებთ. ასე ვთქვათ, „გულში არაფრის ჩატოვების“ ნაცვლად, დიპლომატიური ნაბიჯი და ბრაზის გამოხატვის შეკავება უკეთესი გადაწყვეტილებაა, ამისათვის კი შემდეგ კითხვებზე პასუხის გაცემა დაგეხმარებათ: „რა მოხდა?“ და „რატომ მოხდა?“

ჩანიშვნების გაკეთება ბლოკნოტში დაგეხმარებათ არა მხოლოდ იმაში, რომ ამა თუ იმ კონკრეტულ საკითხზე რაიმე ნივთმტკიცება გქონდეთ, არამედ მოგცემთ საშუალებას საკითხი უკეთესად გაიაზროთ და შეაფასოთ. მედიაციის დროსაც კი, მხარეების მიერ საკითხის მნიშვნელოვანი დეტალების წინასწარ ჩამოწერა, მათ სშუალებას მისცემს ეფექტურად მართონ ემოციები.⁴⁶

ბუდა: მართული მედიტაცია

რიტუალები სხვადასხვა კულტურებში მნიშვნელოვან როლს თამაშობს და მედიტაციასაც სერიოზული გავლენა აქვს⁴⁷. რიტუალის ჩასატარებლად მაინცდამაინც ფეხმორთხმით ჯდომა, ხელების ერთმანეთზე ჩაკიდება ან ჩიბუხის გაბოლება აუცილებელი არ არის. თუკი მედიატორი მომჩივან მხარეებს რიტუალის მიზანსა და საჭიროებას აუხსნის, მაშინ შესაძლოა მხარეები თანამშრომლობაზე წავიდნენ. „მოვლენათა დაჩქარების“ მეთოდის გამოყენებისას, პატარა რიტუალური თერაპიის ჩატარება სასარგებლოც კი შეიძლება იყოს. მაგალითად, თუ თქვენდამი ყველა ნდობით გასურთ რომ აღივსოს, უთხარით მათ წუთიერად დახუჭონ თვალები, განიტვირთონ, ღრმად ჩაისუნთქონ და ამოისუნთქონ. ამგვარი მედიტაცია შესაძლოა ფუჭი და წარუმატებელი აღმოჩნდეს, თუკი მხარეებს დასაწყისშივე არ მიეცემათ ემოციებისაგან დაცლის (განიავების) საშუალება. თუმცა ისიც აუცილებლად უნდა აღინიშნოს, რომ მედიტაციამ შესაძლოა მხარეთა ემოციურ ფონზე დადებითი გავლენა მოახდინოს.⁴⁸



ინჰალაცია: მოთმინება, ამოსუნთქვა, ტაიმ აუტის აღება

ღრმად ჩასუნთქვა და საუბარი ერთდროულად, აბსოლუტურად შეუძლებელია. ამიტომ, როდესაც საუბრობთ, პერიოდულად ღრმად ჩასუნთქვა-ამოსუნთქვა წამიერი პაუზის საშუალებას მოგცემთ, რაც უდავოდ სასიკეთოა, რადგან დაფიქრდებით კიდევ ერთხელ, ვიდრე რაიმეს იტყვით. ღრმად ჩასუნთქვა-ამოსუნთქვა ასევე თქვენს გულისცემას შეანელებს და გადატ-

⁴⁵ Boulle & Alexander, იხ. მე-10 შენიშვნა, 47.

⁴⁶ საკითხის სიღრმისეული განხილვისათვის იხ.: Widener M. N., The five-tool mediator: game theory, baseball practices and southpaw scouting, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 12, 2012, 97 და Eddy B., It's all your fault!: 12 tips for managing people who blame others for everything, Janis Publications, 2008.

⁴⁷ Boulle & Alexander, იხ. მე-10 შენიშვნა, 51-52.

⁴⁸ საკითხის სიღრმისეული განხილვისათვის იხ. Nobel B., Meditation and Mediation, Family Court Review, Vol 43, 2005, 2.

ვირთულ ტვინსაც დამატებით ჟანგბადს მიანვდის. ღრმად ჩასუნთქვა-ამოსუნთქვა, საშუალებას მოგცემთ კიდევ ერთხელ შეაფასოთ სიტუაცია და გადაწყვიტოთ რა ხერხი იქნება თქვენთვის უფრო უპრიანი დროის რაციონალური გამოყენებისათვის. ეს ხერხი თქვენ ასევე დაგეხმარებათ თავი შეიკავოთ ისეთი რამის თქმისაგან, რაც შეიძლება მოგვიანებით სანანებლად გაქცეთ.

ფონეიდოსკოპი: აქტიური მოსმენა

ეს ძირითადი ხელსაწყოა ყველა მედიატორისათვის. სწორედ ეს გახლავთ იმის მიზეზი, რომ თქვენ ამ ხელსაწყოს გარეშე ვერცერთ ექიმს ვერ ნახავთ. „მოვლენათა დაჩქარების“ მეთოდის გამოყენებისას, საკითხზე წინასწარ ფიქრი სანამ მხარეები საუბრობენ, შესაძლოა სახარბიელოც კი იყოს. ასე რომ, თან ფიქრი და თან მხარეების აქტიური მოსმენა, ისე რომ არცერთი დეტალი არ გამოგრჩეთ, მედიაციას კიდევ უფრო ეფექტურს ხდის.



ყურსასმენები: არავერბალური კომუნიკაცია

თუკი სმენას დაიხშობთ, თქვენ ე.წ. სხეულის ენის „მოსმენას“ დაიწყებთ. ამისათვის ჩამოდეთ იდაყვი მაგიდაზე, თავი ხელის გულს შორის მოათავსეთ და თითოთ დაიხშეთ ყური. ეს ისე უნდა გააკეთოთ, ყველას ეგონოს, რომ თავი ფიქრს მიეცით, თუმცა აღნიშნული ხერხი კარგი საშუალებაა მხარეების არავერბალური კომუნიკაციის შესასწავლად.

სათვალეები: ვიზუალური დახმარება, როგორც თეთრი დაფა, დიაგრამა ა.შ.

საკვირველია, რომ მედიატორთა უმრავლესობა ე.წ. თეთრ დაფას და სხვა ვიზუალურ დამხმარე თვალსაჩინოებას არ იყენებს.⁴⁹ თითქოს დღის წესრიგის ჩამონერა ან რაიმე დიაგრამის დახატვა ძვირფასი დროის ხარჯვასთან ასოცირდება, თუმცა, ჩემი აზრით, ძალიან ბევრი ადამიანი, ჩემი ჩათვლით, ინფორმაციას უკეთესად აღიქვამს თუ ვიზუალურადაც ხედავს მას. რაიმე საკითხთან მიმართებაში, თეთრ დაფაზე დაწერილი მარტივი განმარტებები, გრძელი და მომაბეზრებელი განმარტებების გაკეთებისაგან გიხსნით, გარდა ამისა, კონკრეტული საკითხების თეზისებად ჩამონერაც სასარგებლოა მხარეებისათვის, მედიაციის პროცესში. თეთრ დაფაზე ჩამონერილი დღის წესრიგი, რომლის წაკითხვაც ყველა დამსწრეს შეუძლია, ერთგვარი ცენტრია მედიატორისათვის, რომელიც მასში მოცემულ ინფორმაციას წესრიგის აღსადგენად იყენებს. მე პირადად დღის წესრიგში მოცემული პუნქტების დანომვრისა და პრიორიტეტებად დაყოფის წინააღმდეგი ვარ, რადგან ეს შესაძლოა კამათის საგნად იქცეს. ერთი ალტერნატივაა ე.წ. ვენის დიაგრამის (ურთიერთგადამკვეთი წრეებისაგან შემდგარი დიაგრამა) გამოყენება, რომელიც მხარეებს საერთო ენის გამონახვაში ეხმარება.⁵⁰ ფრთხილად იყავით და გააზრებულად შეარჩიეთ თეთრ დაფაზე დასაწერი თითოეული სიტყვა, რადგან მას შესაძლოა გადამწყვეტი ეფექტი ჰქონდეს.



წამმზომი: ცაიტნოტი

ცნობილია, რომ შეთანხმება თუ გარიგება ბოლო მომენტში მიიღწევა ხოლმე. დროის სიმცირემ მხარეები შესაძლოა აიძულოს, რომ საკითხის განხილვა არ განელონ და გადაწყვეტილების მისაღებად არ იყოყმანონ. „მოვლენათა დაჩქარების“ მეთოდის გამოყენებისას, დროის მომენტი კიდევ უფრო მეტ აქტუალობას იძენს. მხარეებს ზრდილობიანად უნდა შეახ-



⁴⁹ Sourdin , Poor Quality Mediation, 5.

⁵⁰ მაღლობელი ვარ შენი, ჩემო კოლეგავ, Heather Corkhill, ამ იდეისათვის.

სენონ, რომ დრო საკმაოდ მცირეა და თუკი ერთ საკითხზე ბევრს ისაუბრებენ, სხვა საკითხების განსახილველად დრო არ ეყოფათ. მე გირჩევდით, რომ დროის ლიმიტის შესახსენებლად ამგვარი ფრაზა არ გამოიყენოთ: „ჩვენ იმდენი დრო არ გვაქვს, რომ ამ საკითხს ჩაუვლრმავდეთ!“ რადგან შესაძლოა, სწორედ ის დეტალი გამოტოვით, რომელიც დავის გადასაწყვეტად სასიცოცხლოა. გამოსავალი აღნიშნული სიტუციიდან ერთია, ზრდილობიანად და მოხერხებულად შეცვალოთ საუბრის თემა. თუმცა თუკი მხარე თემას კვლავ მიუბრუნდება, მაშინ თქვენ ამისათვის დრო აუცილებლად უნდა გამოყოთ. რეალურად, ამგვარ სიტუაციებში დამატებითი დროის გამოყოფა შესაძლებელია. მაგალითად: ეს მიღწევადია დღის წესრიგში მთელი რიგი ურთიერთმსგავსი შინაარსის მქონე პუნქტების ერთი ინტერესის სფეროდ დაჯგუფებით და 30-წუთიანი გაჭიანურებული კამათის ნაცლად 10-წუთიანი პროდუქტიული აზრთა გენერირებით.

სარკე: არეკვლის პრაქტიკა

ენ არეკვლის პრაქტიკა ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი იარაღია მედიატორისათვის, რადგან ამას მის (მედიატორი) სამომავლო გამოცდილებასა და პროფესიონალიზმზე შესაძლოა დიდი გავლენა ჰქონდეს. სავარაუდოდ, ბევრი ჩვენგანი ანარმოებდა დღიურებს ან ჩანაწერებს ჟურნალებს ბავშვობაში. და რატომ შევწყვიტეთ ეს ყველაფერი? დაწერა იმისა თუ რა მოხდა, მხოლოდ პირველი, თუმცა ყველაზე რთული ნაბიჯია. იგივე თემას „ბლოკნოტის მექანიზმის“ გამოყენებისასაც შევხვებ. პირველი ამგვარი გამონკვევა მედიატორისათვის მაინც გამოცდილების შედეგია. განსახილველი საქმეების სიმრავლემ შესაძლოა მედიატორზე იმდენად იმოქმედოს, რომ გრძნობებისაგან დაცალოს და მხოლოდ ძალიან გახმაურებული ან ემოციურად დატვირთული საქმეები დაამახსოვრდეს. ეს ცუდი არ არის, რადგან რამდენადაც მეტ გამოცდილებას იძენ, ის სარკისებურად მოქმედებს სხვა საქმეებზე და მათ სამართლიანად გადაწყვეტაში გეხმარება.



„მოვლენათა დაჩქარების“ მეთოდის გამოყენებისას ერთ-ერთი საფრთხე თავად მედიატორის უყურადღებობა შეიძლება აღმოჩნდეს, როდესაც ის საქმის ცუდად წარმართვაში მხოლოდ და მხოლოდ მომჩივან მხარეებს ადანაშაულებს.⁵¹ მეორე საფრთხე მედიაციის ნეგატიური ასპექტების სტანდარტად ქცევაა. მაგალითად: იმის თქმა, რომ ზოგიერთი ადამიანები ყოველთვის უგუნურნი იქნებიან და ვერასოდეს მიაღწევენ შეთანხმებას. ზოგიერთ შემთხვევაში ეს შესაძლოა სიმართლესაც შეესაბამებოდეს, მაგრამ თუ არასოდეს ეცდებით რაიმე შეცვალოთ იმისათვის, რომ მსგავსი დამოკიდებულება გაქარწყლდეს, ვერასოდეს მიიღებთ განსხვავებულ (დადებით) შედეგს. „მოვლენათა დაჩქარების“ მეთოდის გამოსაყენებლად რეგულარული ინსტრუქტაჟის ჩატარება ძალზე ეფექტურია მედიატორის, როგორც პროფესიონალის ჩამოსაყალიბებლად.

ვარდები: გამოილვიძე, შეჩერდი და დაყნოსე ვარდები

ზოგჯერ საკუთარ თავს უნდა შეახსენო, თუ რატომ შუამავლობ. როდესაც მედიაციის (შუამავლობის) მომენტებს ვიხსენებ, მაგალითად: როდესაც მხარეები ერთმანეთის სიმართლეში რწმუნდებიან ან სულაც გულწრფელ ბოდიშს იხდიან, ეს მე საოცარ სიამოვნებას მანიჭებს. უსაზღვროდ სასიამოვნოა, როდესაც შენ, მედიაციით, უბრალოდ, შენი შუამავლობით, სიტყვებით, ყოველგვარი ცინიზმის გარეშე ცვლი ადამიანების ცხოვრებას, ეხმარები მათ. სხვა თუ არაფრისათვის, შენი ჯანმრთელობისა და ფსიქიკური განონასწორებულობისათვის, უმნიშვნელოვანესია კიდევ ერთხელ დარწმუნდე იმაში, რომ შენი პროფესია გიყვარს და მუშაობისაგან სიამოვნებას იღებ.⁵²



ასე რომ, დადეთ თქვენს მაგიდაზე ყვავილების თაიგული და შეიგრძენით სასიამოვნო სურნელება, რაც თქვენს პროფესიულ გამოცდილებაზე, მერწმუნეთ, დადებითად აისახება.

⁵¹ ამ თემაზე ვრცლად იხ. *Boulle & Alexander*, შენიშვნა 10, 68-69.

⁵² მედიაციის ხელოვნების შესახებ სახელმძღვანელო იხ.: *Lang M. D., Taylor A., The Making of a Mediator: Developing Artistry in Practice*, Jossey-Bass, 2000.

Debra Berman*

James Alfini**

Lawyer Colonization of Family Mediation: Consequences and Implications

I. Introduction

The relationships among divorcing spouses, lawyers, and the courts have undergone significant changes over the past fifty years. The advent of no-fault divorce promoted with mechanisms that enhanced “private ordering”¹ encouraged by the legal system in divorce cases. In particular, court-sponsored family mediation programs became fairly common across the United States. The mediators who served in these programs came from a number of disciplines, particularly the mental health professions and law. Parties have also turned, and cases have also been referred, with increasing frequency to family mediators in the private sector.

This Article discusses and analyzes trends in family mediation over the past three decades, with a particular focus on the interdisciplinary² character of the family mediation field. Part II of this Article traces the history of family mediation. Part III explores current trends and looks at experiences with this dispute resolution alternative in three states (Texas, Florida, and Illinois). Finally, Part IV discusses some of the more salient themes that emerged from our research and concludes that the growth of family mediation, and particularly its interdisciplinary character, has been influenced by numerous factors. Most prominent among these influences have been fiscal constraints, judicial preferences, and lawyer colonization.

Many of the observations and analyses in this Article were informed by extensive interviews with prominent family mediators, lawyers, and academics. Interviewees are listed in the Appendix to this Article. Although most of the interviewees are located in Texas, Florida, and Illinois, a number of those interviewed are from other jurisdictions and were chosen to offer a national perspective.³

II. History of Family Mediation

Mediation techniques have been applied to domestic disputes for a considerable amount of time, albeit initially, they were used to assist the parties in reconciling rather than to facilitate their divorce.⁴ In the early twentieth century, legal aid organizations and various components of the justice system began using them.⁵ Several states initiated conciliation services; the first to do so was California. In 1939, California set up court-connected conciliation services geared helping discontented couples save their

* Acting Director, Frank Evans Center for Conflict Resolution at South Texas College of Law (STCL).

** Dean Emeritus and Professor of Law at South Texas College of Law. The authors would like to thank Christina Muehlmeier, a law student at South Texas College of Law, for her research and assistance with telephone interviews. Acting Director, Frank Evans Center for Conflict Resolution at South Texas College of Law.

¹ For a comprehensive discussion and analysis of “private ordering” in divorce cases, see *Mnookin R. H.*, Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 *Yale L. J.*, 1979, 950.

² A number of those interviewed for this article questioned whether the family mediation field has ever been truly interdisciplinary in that there was relatively little collaboration in the field among mediators from different disciplines. In this sense, the field might be more accurately characterized as “multidisciplinary.” See *Mayer B.S.*, *Beyond Neutrality: Confronting the Crisis in Conflict Resolution*, 2004, 69. That is, individuals from numerous disciplines worked in the field but there were relatively few efforts at cross-disciplinary collaboration. However, we will continue to use the term “interdisciplinary” in this article because of its widespread use.

³ Transcripts and notes of the interviews are on file with the authors. All interviewees were sent a draft of the article and asked to either verify or change quotes that were attributed to them. All of those interviewed complied with this request. The authors would like to thank those who contributed their thoughts to this enterprise for their time and their patience. See Appendix.

⁴ See *Pearson J.*, *An Evaluation of Alternatives to Court Adjudication*, 7 *Just. Sys. J.*, 1982, 420, 422 (1982).

⁵ *Ibid.*

troubled marriages.⁶ The individuals facilitating the reconciliation process at these courts were among the first to engage in what we now consider to be mediation.⁷ When reconciliation did not work, the process shifted to divorce counseling and mediation for any applicable custody issues.⁸ In the 1960s, divorce and custody mediation began to come to fruition when more employees within the family court system began experimenting with various dispute resolution methodologies.⁹ The real shift toward the use of dispute resolution techniques, however, did not take place for another decade. The catalyst for the big shift was a rise in divorce rates due primarily to the advent of no-fault divorce in the 1970s.¹⁰ At this time, there was a steady increase in the use of mediation because of a gradual cultural acceptance of divorce by a higher percentage of the population, the enactment of no-fault statutes, and the encouragement of “private ordering” in divorce law.¹¹

This increase in divorce rates led many states to adopt formal family mediation programs in their court systems. For instance, in the early 1970s, formal processes were developed in California, Minnesota, and Wisconsin.¹² Many states eventually followed, with 1975 being the average year when such programs originated.¹³ The increased prevalence of court-based mediation programs led to concurrent growth in private-sector mediation. In 1974, O.J. Coogler set up the first private sector family mediation center in Atlanta, Georgia.¹⁴ As mediation programs gained acceptance and started to yield positive results, states began to make mediation a prerequisite. This trend started in 1980, when California began to require that parents attempt to resolve custody issues and visitation disputes through mediation.¹⁵

The family mediation movement was genuinely interdisciplinary when it began, although mental health professionals predominated.¹⁶ Family and divorce mediation evolved from diverse fields such as counseling, social psychology, communications, labor mediation, negotiation, law, anthropology, and education.¹⁷ Therapists, social workers, child development experts, educators, lawyers, accountants, and family court personnel were all strongly involved in the family mediation movement.¹⁸ The Association of Family and Conciliation Courts (AFCC), one of the largest associations dedicated to the resolution of family conflict, was founded as an interdisciplinary association nearly fifty years ago, prior to the emergence of the family mediation movement.¹⁹ AFCC comprised of diverse professionals from public, private, and nonprofit sectors. Its members have always, and still do, include mental health professionals, family court judges, family lawyers, child development experts, and financial planners. Numerous organizations emerged from the family mediation movement. One such organization was the Academy of Family Mediators (AFM). AFM was founded in 1981 by an interdisciplinary group of mediators, including mental health professionals, lawyers, educators, and business people.²⁰

⁶ *Milne A. L., Folberg J., Salem P.*, The Evolution of Divorce and Family Mediation: An Overview, in *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications*, Jay Folberg et al. eds., 2004, 3, 5.

⁷ *Beck C. J. A., Sales B. D.*, *Family Mediation: Facts, Myths, and Future Prospects*, 2001, 7.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*, at 5.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Id.* at 5–7; *Langan E. B.*, “We Can Work It Out”: Using Comparative Mediation — a Blend of Collaborative Law and Traditional Mediation — to Resolve Divorce Disputes, 30 *Rev. Litig.*, 2011, 245, 250; *Mnookin, Kornhauser*, *supra* note 1, at 953–54.

¹² See *Ricci I.*, Court-Based Mandatory Mediation: Special Considerations, in *Divorce and Family Mediation*, *supra* note 6, at 397, 398.

¹³ *Pearson J. et al.*, A Portrait of Divorce Mediation Services in the Public and Private Sectors, 21 *Conciliation Cts. Rev.*, 1983, 1, 2.

¹⁴ *Milne et al.*, *supra* note 6, at 5.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Interview with *Peter Salem*, Exec. Dir, AFCC, in Orlando, Fla. (June 3, 2011); *Milne et al.*, *supra* note 6, at 9, 12.

¹⁷ *Foster N. J., Kelly J. B.*, Divorce Mediation: Who Should Be Certified? 30 *U.S.F. L. Rev.*, 1996, 665, 666.

¹⁸ *Mayer*, *supra* note 2, at 69.

¹⁹ See History, ASS’N of Fam. and Conciliation Cts., <<http://www.afccnet.org/About/History>>, [14.03.2012].

²⁰ *Foster, Kelly*, *supra* note 17, at 666. In 2001, the Academy of Family Mediators merged with the Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR) and other organizations to form the Association for Conflict Resolution (ACR). *Milne et al.*, *supra* note 6, at 6.

In the early 1980s, individuals falling under the broad spectrum of mental health professional represented nearly 80% of the family mediators in the private sector.²¹ The percentage was even higher in the public sector, with 90% of the mediators being mental health practitioners.²² The percentage of mediators who were lawyers at the time was minimal.²³ In the public sector, the percentage of attorneys was staggeringly low.²⁴ Attorneys made up only 1% of the family mediators at the time.²⁵ During the 1990s, there was a paradigm shift away from using mental health professionals. According to Nancy Foster and Joan Kelly, by 1996 39% of the membership of the AFM were attorneys.²⁶

In 1984, the first set of Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation were promulgated as a result of a series of symposia facilitated by AFCC.²⁷ The Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation (Model Standards) were designed to serve as a guide for family mediators and to promote public confidence in the process.²⁸ At the same time, the ABA Family Law Section designed its own set of Model Standards aimed specifically at lawyer-mediators.²⁹ The goal of the lawyer-based ABA Standards was to permit lawyers to serve as mediators, despite the ethical bar against lawyers representing both the husband and wife in a divorce.³⁰ The operational language used in both standards concerning the mediation process, however, was very similar.³¹ The two standards were in place until approximately 2000 when leadership from various organizations decided that there needed to be one, revised set of standards applicable to all mediators.³² AFCC convened a symposium and invited all constituencies to come together to draft a revised set of standards.³³ A number of dispute resolution organizations joined the AFCC at meetings held over a period of two years, providing input from mental health professionals, community mediators, non-attorney mediators, and attorneys.³⁴ Thus, a diverse group of professionals had a hand in crafting the current set of standards. In 2001, the Model Standards were adopted by a majority of dispute resolution organizations and they are still in use today.

The 2001 Model Standards represent an additional step in the acceptance and refinement of a burgeoning field that has been developing for decades. The number of formal mediation certification programs continues to grow, and the use of mediation to resolve family disputes has emerged as a standard practice for resolving disputes.

In drafting model standards of practice for family and divorce mediation, organizations and leaders in the family mediation field have been mindful of criticisms that have surfaced concerning the use of family mediation. In her influential article, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, Professor Trina Grillo argued against mandatory divorce mediation.³⁵ Among Grillo's concerns were that mandatory mediation puts a woman, as the more "relational" party, at a disadvantage by forcing her to speak in a setting she has not chosen and at a time she has not chosen, and that mandatory mediation imposes a "rigid orthodoxy" as to how she should speak and make decisions, thus exacerbating the

²¹ *Milne et al.*, supra note 6, at 9.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*; see also *Pearson et al.*, supra note 13, at 4 (noting that the public sector "relie[d] almost exclusively on social workers and marriage and family therapists").

²⁶ *Foster, Kelly*, supra note 17, at 666.

²⁷ See Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, 2001, ii (working draft).

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Interview with *Andrew Schepard*, Dir., Hofstra Law Sch. Ctr. for Children, Families, and the Law, in Orlando, Fla. (June 3, 2011)

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*; see also *Schepard A.*, An Introduction to the Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, 35 *Fam. L.Q.*, 2001, 1, 11 [hereinafter *Schepard*, Introduction].

³³ *Schepard*, Introduction, supra note 32, at 11–12; see also Interview with *Schepard A.*, supra note 30.

³⁴ *Schepard*, Introduction, supra note 32, at 11–12; see also Interview with *Schepard A.*, supra note 30.

³⁵ *Grillo T.*, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 100 *Yale L.J.*, 1991, 1545, 1549.

imbalance of power between the woman and her divorcing spouse.³⁶ Attempts by the mediator to correct this situation would be problematic because it would force the mediator into an evaluative role (to recognize and act on the imbalance of power), and a mediator may not have enough information or skill to do this effectively without compromising her image of impartiality.

Concerns over power imbalances in family mediation have been addressed in the Model Standards, particularly when there is a history of spousal or child abuse.³⁷ Standards IX, X, and XI of the Model Standards seem to be specifically aimed at addressing such situations. Standard IX provides: “A family mediator shall recognize a family situation involving child abuse or neglect and take appropriate steps to shape the mediation process accordingly;”³⁸ Standard X provides: “A family mediator shall recognize a family situation involving domestic abuse and take appropriate steps to shape the mediation process accordingly;”³⁹ and Standard XI provides: “A family mediator shall suspend or terminate the mediation process when the mediator reasonably believes that a participant is unable to effectively participate or for other compelling reason.”⁴⁰ These standards stress the need for “appropriate and adequate training” of the mediator before a mediator undertakes a mediation where there has been child or domestic abuse.⁴¹ Even the attorney family mediators that we interviewed expressed a concern that not only are lawyers generally ill-equipped to deal with such situations, but they are also ill-equipped to recognize child or domestic abuse if the court or other agency has not conducted pre-mediation screening for them.

Regardless of their abilities to deal with such sensitive issues, it is clear that lawyers are entering the family mediation field in larger numbers. Indeed, this lawyer colonization of the family mediation field has been facilitated, in some jurisdictions, by bar associations charging non-lawyer family mediators with the unauthorized practice of law (UPL).⁴² The biggest areas of risk for a non-lawyer mediator involve applying the law to a specific set of facts and drafting documents that can have a legally binding effect. Most UPL prosecutions are directed at divorce mediators for drafting divorce settlement agreements.⁴³ Although the prosecution of non-lawyer family mediator for UPL has been relatively rare, it has been argued that because there have been cases where non-lawyer divorce mediators have been prosecuted for UPL, non-lawyer mediation practice operates under the “shadow or threat of UPL regulations rather than under an active enforcement regime.”⁴⁴ Operating under this shadow may put non-lawyers at a disadvantage when competing with lawyers for family mediation cases.

III. Current Trends in Family Mediation

A. General trends

In considering general trends in family mediation, it is important to distinguish between two different types of mediators: private family mediators on the one hand, and on the other, court-based

³⁶ Ibid, at 1549–50. For related critiques of family mediation and ADR generally, see *Bryan P. E.*, *Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power*, 40 *Buff. L. Rev.*, 1992, 441; and *Delgado R. et al.*, *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution*, 1985 *Wis. L. Rev.* 1359.

³⁷ For concerns about power imbalances in these areas, see, e.g., *Gagnon A. G.*, *Ending Mandatory Divorce Mediation for Battered Women*, 15 *Harv. Women’s L. J.*, 1992, 272.

³⁸ Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation IX, reprinted in 35 *FAM. L.Q.* 27, 27–40 (2001).

³⁹ Ibid, Standard X.

⁴⁰ Ibid, Standard XI.

⁴¹ Ibid, Standards IX cmt. B & X cmt. B.

⁴² *Hoffman D. A., Affolder N. A.*, *Mediation and UPL: Do Mediators Have a Well-Founded Fear of Prosecution?*, *Disp. Resol. Mag.*, Winter, 2000, at 20.

⁴³ Ibid; Telephone Interview with *David Hoffman*, Founding Member, Bos. Law Collaborative, LLC (Sept.16, 2011).

⁴⁴ *Nolan-Haley J. M.*, *Lawyers, Non-Lawyers, and Mediation: Rethinking the Professional Monopoly from a Problem-Solving Perspective*, 7 *Harv. Negot. L. Rev.*, 2002, 235, 269–70.

mediators who are either employees of the courts or contracted out on an as-needed basis by the court. Historically, court-based dominated in family cases. Some mediation experts have estimated that the vast majority of court-based mediators in the late 1980s were mental health professionals.⁴⁵ According to Peter Salem, Executive Director of AFCC, one of the reasons for the dominance of mental health professionals at this time was that “many family court offices evolved from family court counseling agencies, which often required a mental health background as a condition of employment.”⁴⁶

Today, many mediators in court-connected settings are still mental health professionals, including social workers and psychologists.⁴⁷ In fact, numerous court-connected programs have very few mediators with legal backgrounds on their staffs.⁴⁸ The main reason that mental health professionals continue to dominate is that, indeed, many court-based mediation programs tend to focus on custody issues rather than property division.⁴⁹ Some court-connected mediation services are limited to parenting plans only.⁵⁰ Attorneys still appear on the rosters of court-appointed mediators, but the extent varies based on the financial incentives provided within different jurisdictions.⁵¹ In some jurisdictions, attorney-mediators make considerably less money mediating for the courts than they could in private practice.⁵² While there is no evidence that lawyer-mediators are more effective than non-lawyer mediators, it is the lawyers who are building successful private family mediation practices.⁵³

When family mediation began decades ago, “it was a new field and everyone was jockeying for it.”⁵⁴ However, some lawyers were initially opposed to family mediation.⁵⁵ One main reason accounted for this early pushback from attorneys: They feared that mediation would cause them to lose business.⁵⁶ However, many initially skeptical lawyers started to mediate when they discovered that mediation could lead to a happier client with a bill paid in full.⁵⁷ Another particularly important factor leading to an explosion of attorney involvement was the promulgation of statutes and rules mandating mediation.⁵⁸ With the promulgation of these rules came increased support from the bar for mediation.⁵⁹ Mediation also became a way for attorneys to supplement their incomes and perhaps reduce the tension between the parties by trying to resolve disputes in a less adversarial manner.⁶⁰ The present dominance of lawyers in private-sector mediation is also partially due “to the fact that lawyers are the major referral source for private mediators,” and in some circumstances, even judges have been unwilling to refer cases to non-lawyers.⁶¹ Bernard Mayer perhaps summed up the chain of events most succinctly by noting that “[t]he law profession at first

⁴⁵ Interview with *Peter Salem*, supra note 16.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Milne et al.*, supra note 6, at 9. Some states, including California, require child custody mediators to be mental health professionals because they often take on multiple tasks, including custody evaluation. See, e.g., Cal. Fam. Code § 1815, West 2004 & 2012 Supp.

⁴⁸ See *Mayer*, supra note 2, at 70.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Milne et al.*, supra note 6, at 10.

⁵¹ *Velikonja U.*, Making Peace and Making Money: Economic Analysis of the Market for Mediators in Private Practice, 72 Alb. L. Rev., 2009, 257, 286 (noting that fees for mediators on court rosters vary by geography).

⁵² *Ibid.*, at 281 (stating that lawyer-mediators make less money mediating than from doing “other legal work”).

⁵³ See *Mayer*, supra note 2, at 70; see also *Velikonja*, supra note 51, at 281 (noting that “the majority of full-time mediators in private practice are lawyers”); Interview with *Bernard Mayer*, Ph.D., Resident Professor of Conflict, Werner Inst. of Negotiation and Disp. Resol., in Orlando, Fla., June 3, 2011. *Mayer* believes that it is increasingly difficult for non-attorney mediators to succeed in private practice, particularly in the family arena. However, he notes a distinction in certain areas such as community, environmental, and international mediation where attorneys are not as dominant.

⁵⁴ Interview with *Bernard Mayer*, supra note 53.

⁵⁵ Telephone Interview with *Nancy Palmer*, Family Lawyer and Mediator, June 9, 2011.

⁵⁶ *Id.*; *Velikonja*, supra note 51, at 283.

⁵⁷ Interview with *Nancy Palmer*, supra note 55.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ See *Milne et al.*, supra note 6, at 12.

⁶⁰ See *ibid.*

⁶¹ See *Mayer*, supra note 2, at 69.

resisted mediation and then co-opted it.”⁶² This article focuses on these trends in three states: Florida, Illinois, and Texas. These three states provide a good sampling to examine these trends more specifically because each has a distinct history of involvement with mediators of different disciplines in civil cases. Also, the authors had established contacts in the family mediation community in each of the three states, thus facilitating the interview process.

B. Trends in three states

1. Texas

The State of Texas sets forth its policy “to encourage the peaceable resolution of disputes” through ADR in the Texas Civil Practice and Remedies Code, first adopted in 1987.⁶³ The Code outlines the responsibilities of the courts to carry out procedures in support of the state policy.⁶⁴ Recognizing the special nature of family cases, the Texas Family Code allows for mediation of specific family issues by agreement of the parties or by court order.⁶⁵ Depending on the nature of the issue and a county’s available services, mediation of family cases may be handled by either a private mediator, a Dispute Resolution Center (DRC), or through a Domestic Relations Office (DRO).⁶⁶ The mediation services offered through these sources must be offered at a reasonable cost to the parties.⁶⁷ These provisions in Texas law are intended to ensure that courts and parties utilize ADR to amicably resolve family conflicts prior to litigation.

Generally, Texas courts refer family cases to mediation before setting trial dates. Many counties require mediation of family cases,⁶⁸ while others give preferential treatment to mediated cases when scheduling hearings.⁶⁹ To facilitate mediation, larger counties commonly establish both a DRC and a DRO to provide low cost mediation to residents.⁷⁰ County DRCs utilize volunteer mediators who have met the training requirements established by the state.⁷¹ Mediators who wish to be on court rosters in Texas must have forty hours of classroom training in dispute resolution techniques.⁷² To mediate family disputes, “an additional 24 hours of training in the fields of family dynamics, child development, and family law” is required.⁷³ DRC mediators may be professionals of any type, so long as they have met the training requirements.⁷⁴ In contrast, county DRO mediators are paid staff members,⁷⁵ who are mental health professionals or attorneys, and they only handle issues relating to the parent–child relationship.⁷⁶

⁶² Interview with *Bernard Mayer*, supra note 53.

⁶³ Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154.002, West 2011.

⁶⁴ *Ibid.* § 154.003.

⁶⁵ Tex. Fam. Code Ann. § 6.602, West 2006.

⁶⁶ Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 152.002; see also Tex. Fam. Code Ann. §§ 203.001–.007 (describing the establishment of DRO’s in Texas).

⁶⁷ Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 152.006; see also Tex. Fam. Code Ann. § 203.005, West 2008 (indicating that fees for DRO services must be reasonable).

⁶⁸ Midland Cnty., Tex., R. 2.4(b); see also Jefferson Cnty., Tex., R. 3(A), <www.co.jefferson.tx.us/dclerk/rules.htm>; Lubbock Cnty., Tex., R. 4.45(B); Travis Cnty., Tex., R. 8.8(a).

⁶⁹ Harris Cnty., Tex., Fam. R. 3.2.2, <<http://www.justex.net/Courts/Family/LocalRules.aspx>>.

⁷⁰ Some examples of large counties with both DRCs and DROs are Harris, Dallas, Tarrant, Bexar, Travis, El Paso. See, e.g., El Pasp Cnty., Tex., R. 3.16(C), <<http://www.epcounty.com/councilofjudges/documents/part3.pdf>> (referring to local DRC); Domestic Relations Office, Epcounty.com, <<http://www.epcounty.com/DRO/>>, [11.04.2012].

⁷¹ See FAQ’s (Frequently Asked Questions), Disp. Resol. Center, <<http://www.austindrc.org/information-resources/faqs.php>>, [14.04.2012].

⁷² Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154.052.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ A distinct exception is the Harris County DRC, sponsored by the Houston Bar Association and funded through Harris County, which has specific requirements for its family mediators. At the Harris County DRC, non-attorneys are not allowed to mediate family cases on their own. Rather, they are required to co-mediate with an attorney. Telephone Interview with *Nick Hall*, Dir., Harris Cnty. Disp. Resol. Ctr. (May 18, 2011).

⁷⁵ Telephone Interview with *Duane Gallup*, former Alt. Disp. Resol. Coordinator, Dall. Cnty., Tex. (July 6, 2011); see also Telephone Interview with *Megan Ultis*, Intake Coordinator, Harris Cnty. Domestic Relations Office (July 8, 2011).

⁷⁶ Interview with *Megan Ultis*, supra note 75; see also Tex. Fam. Code Ann. § 203.004, West 2008 (confirming that

Although public sector mediation (i.e., the DRC and DRO) is still somewhat professionally diverse in Texas, the field of private family mediation is dominated by members of the bar. Like many other states, family mediation gained popularity in Texas in the 1980s. While the field included more of a diverse group of professionals when it began, today almost all successful private family mediators in Texas are former judges and experienced attorneys.⁷⁷ It appears that there are very few private non-attorney family mediators in Texas who are able to sustain a successful practice.⁷⁸ In fact, several attorneys that wish to remain anonymous stated that they do not know of any family attorneys who have ever suggested using a non-attorney mediator. The overwhelming majority of the time, attorneys will only choose family mediators who are also attorneys. The rare instances in which attorneys may send clients to mental health professional mediators are when a case involves a degree of high emotion or conflict that a mental health professional is particularly qualified to address.⁷⁹ In Texas, like in many other states, attorneys and parties can choose their own mediators for court-appointed cases.⁸⁰ If the parties are unable to select a mediator, then the judge appoints one. In Texas, judges tend to prefer attorney-mediators who “get the cases done.”⁸¹

Houston, in particular, appears to be one of the Texas communities most committed to attorney family mediators. Several attorneys, who wish to remain anonymous, could not recall any non-attorneys mediating privately or even receiving referrals through the courts. Houston’s extreme position on family mediation is evidenced by the Harris County DRC, which offers free mediation services.⁸² In general, most non-profit mediation centers select volunteer mediators from the ranks of all professional backgrounds. However, while 85% of mediators in the Harris County DRC community-based program are not attorneys, all *family* mediators at the DRC are required to be attorneys.⁸³ It is very unusual to find a free mediation provider that requires all family mediators to be attorneys. At the Houston DRC, if a non-attorney is interested in mediating a family case, he or she is required to co-mediate with an attorney.⁸⁴

Several attorneys in Houston expressed similar sentiments that the field is comprised almost exclusively of attorney-mediators and that non-attorney mediators would simply not get referrals from the court or from other attorneys.⁸⁵ In a survey conducted at the South Texas College of Law, the vast majority of respondents said that at least 99% of mediators in their family cases are attorneys.⁸⁶ When asked to provide their preferences in choosing a family mediator, 75% said they prefer attorneys.⁸⁷

Barbara Sunderland Manouso is one of the few successful private non-attorney family mediators in Houston that we were able to locate. Manouso, who has a Ph.D. in Conflict Resolution, believes family mediation is “very much an attorney’s business and always has been in Houston.”⁸⁸ As Manouso

DROs deal with parent–child relationship issues).

⁷⁷ Interview with *Norma Trusch*, Mediator & Collaborative Att’y, Harris Cnty., in Houston, Tex., May 16, 2011.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ See, e.g., El Paso Cnty., Tex., R. 3.16(C); Friend of the Ct. Bureau, State Ct. Admin. Office, Michigan Custody Guidelines 11; see also 16th Jud. Cir. Ct. of Jackson Cnty. R. 68.12 (“The parties may jointly and voluntarily select any mediator qualified under Rule 88.05 and thereafter undertake mediation.”).

⁸¹ Interview with *Norma Trusch*, supra note 77.

⁸² Disp. Resol. Ctr. of Harris Cnty., <<http://www.co.harris.tx.us/drc/>>, [14.03.2012]. “Established in 1980, the Dispute Resolution Center. . . is a non-profit corporation sponsored by the Houston Bar Association and funded through Harris County.” *Ibid.*

⁸³ Telephone Interview with *Nick Hall*, supra note 74.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Interview with *Carel Stith*, Att’y-Mediator, Carel L. Stith, P.C., in Hous., Tex., May 16, 2011 (stating that he was aware of only one non-attorney family mediator and that non- attorney mediators would not get referrals from the court); see also Interview with *Hon. Bruce Wettman*, Dir., Mediation Clinic at S. Tex. Coll. of Law, in Hous., Tex., May 23, 2011.

⁸⁶ S. Tex. Coll. of Law Frank Evans Ctr. for Disp. Resol., Family Mediation in Hous. Survey, May 6, 2011 (on file with authors).

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Telephone Interview with *Barbara Sunderland Manouso*, Founder of Manouso Mediation & Alt. Disp. Resol., May 20, 2011.

explained, “Mediation started from the law so the majority of mediators are attorneys.”⁸⁹ Besides herself, Manouso knows of only several other non-attorney family mediators in Houston who have managed to develop a successful practice and earn money mediating.⁹⁰ The one area in Houston where we have located attorney and non-attorney mediators is at the DRO. The DRO has eleven mediators, of which two are full-time attorney-mediators and nine are non-attorney mediators.⁹¹ Although the attorney-mediators conduct a majority of the cases, the non-attorney mediators are also utilized to a great degree.⁹² The prevalence of non-attorney mediators appears to be driven by the subject matter of the disputes. Specifically, the DRO only handles cases that involve children.⁹³

The Bexar County DRC in San Antonio utilizes attorney-mediators for its litigated family cases. Specifically, it groups its family cases into two categories: community disputes and litigation disputes.⁹⁴ Litigation family disputes are those which are already pending in court. In community cases, the mediators are generally not lawyers; however, for its pending litigation family cases, the Bexar County DRC uses a co-mediation model with at least one lawyer-mediator. The circumstances of the case might dictate that one of the mediators is a mental health professional or some other sort of professional with a skill set suited to the nature of the case.⁹⁵

While the Dallas DRC does not require its volunteer family mediators to be attorneys, attorneys there also make up the majority of the volunteer family mediators.⁹⁶ The office has a total of nineteen family mediators, five of whom are not attorneys. Two of the five are mental health professionals. Similar to Houston, judges in Dallas prefer using lawyers for family mediation.⁹⁷ Many practitioners have confirmed the current attorney-driven nature of family mediation in Dallas. Lynelle Yingling, who has a Ph.D. in mental health, explained the evolution over the past several decades. She noted that when she conducted mediation trainings in the 1980s, her trainings were composed primarily of non-attorneys in the basic 40-hour mediation training and half were attorneys in her family mediation training.⁹⁸ The interdisciplinary nature of the field began to change with the advent of “settlement week,”⁹⁹ which led to an increase in attorneys attending the trainings. Yingling began noticing “attorneys taking over” throughout the 1990s, as they got the message from the courts that “they would either be shut out or have to begin mediating, so they did.”¹⁰⁰ Financial opportunities helped spur the increase of attorneys in the field, which eventually caused Yingling and other mental health professionals to stop mediating because referrals were no longer being given to non-attorneys.¹⁰¹

⁸⁹ Telephone Interview with *Barbara Sunderland Manouso*, Founder of Manouso Mediation & Alt. Disp. Resol., May 20, 2011.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Interview with *Megan Ultis*, *supra* note 75.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Telephone Interview with *Nancy Oseasohn*, Intake Mediation Manager, Bexar Cnty. Disp. Resol. Ctr., July 7, 2011.

⁹⁵ *Ibid.* *Richard Orsinger*, a family attorney in San Antonio, noted that in the early 1980s when mediation first became popular in San Antonio, parties were pro se. See Telephone Interview with *Richard Orsinger*, Att’y, McCurley Orsinger McCurley Nelson & Downing L.L.P., June 18, 2011. These pro se parties would go to attorney-mediators for advice. However, because some saw this as a conflict of interest, this model was replaced by the model most often seen today, namely parties accompanied by counsel who would go to an attorney-mediator who did not give advice.

⁹⁶ Telephone Interview with *Kim Martinez*, Dir., Disp. Mediation Servs., Inc., June 21, 2011.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Telephone Interview with *Lynelle Yingling*, Ph.D, J&L Human Sys. Dev., June 21, 2011.

⁹⁹ Two settlement weeks are required per year in Texas counties with populations of 150,000 or more. Tex Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 155.001, West 2011. During settlement week, courts must facilitate voluntary settlements. See *ibid.* Section 155.003 states that “[a]ny attorney currently licensed in the state may serve as a mediator during the settlement weeks.” *Ibid.* §155.003.

¹⁰⁰ Interview with *Lynelle Yingling*, *supra* note 98.

¹⁰¹ *Ibid.*

Galveston County, Texas has a similar pro-attorney bias in the mediation arena. Dan Amerson, an ordained member of the clergy, runs a successful full-time mediation practice in Galveston County, Texas. He mediates all types of cases but focuses a significant amount of his attention on family cases. Amerson confirmed that family mediation has certainly become more attorney-driven in Galveston County and in the rest of the state.¹⁰² Over the past decade, he has seen an increasing number of attorneys going into the field, due in part to referrals and in part to the fact that attorneys need to supplement their income.¹⁰³ Also, there is “simply just a bias towards attorney mediators,” where Texas is still all about the “good old boys system.”¹⁰⁴

An outlier in the attorney-preferred family mediation process in Texas appears to be Travis County, which includes Austin. The Travis County DRC is not as attorney driven as other jurisdictions. Of the fifty-eight family mediators at the Austin DRC, twenty are attorneys.¹⁰⁵

There are several factors that appear to account for the trend toward attorney dominated family mediation taking place throughout Texas. First, there was an early incidence of civil case mediation in the state. Mediation styles in civil cases (caucus style shuttle diplomacy) may have influenced the development of family mediation.¹⁰⁶ Indeed, a prominent family mediator in Houston says that the shuttle diplomacy model has become much more common in family cases than in civil cases.¹⁰⁷ In family cases, he explains that the parties are seldom, if ever, brought together in joint session, even at the beginning of the mediation.¹⁰⁸ Second, is tort reform. Attorneys finding it difficult to make a living doing tort litigation post-tort reform have moved over to the family field and brought with them their litigious mindset. Third, several interviewees suggested an additional factor is that Texas is the only state that allows jury trials for custody disputes.¹⁰⁹ Finally, attorneys throughout Texas have expressed their belief that attorneys have cornered the court-appointment process because they provide contributions that help judges get re-elected. The quid pro quo is not something any of these sources have wanted to be identified as saying (nor have we cited to them in any other capacity to make sure that they remain anonymous).

2. Florida

The Florida Court System has employed mediation for the past several decades.¹¹⁰ Since its inception in the state, mediation has flourished as the Florida legislature and judiciary have created one of the most comprehensive court-connected mediation programs in the country.¹¹¹ “Prior to 1987, mediation programs for county and family cases were in operation, and legislation authorized . . . judicial referral of

¹⁰² Telephone Interview with *Dan Amerson*, Mediator, Galveston Cnty., Tex., June 20, 2011.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.* Amerson supported his claim through anecdotal evidence. When he took a forty-hour mediation training in Houston in 1999, he was told that he had just wasted his time and money by taking the training since mediating is “only for attorneys.” Amerson, of course, has proved them wrong.

¹⁰⁵ At the Travis County DRC, the public has a choice between two mediation models for family cases: a community-based mediation model, in which the parties are not guaranteed an attorney-mediator, and a civil litigation mediation (CLM) model where the parties are guaranteed an attorney-mediator. The community-based model only costs \$50 while mediation with a guaranteed attorney-mediator costs \$200. Telephone Interview with *David Huang*, Case Manager, Travis Cnty. Disp. Resol. Ctr., June 21, 2011.

¹⁰⁶ For discussions of mediation styles in civil cases, see, e.g., *Alfini J. J.*, *Trashing, Bashing, and Hashing It Out: Is This the End of “Good Mediation”?*, 19 Fla. St. U. L. Rev., 1991, 47; *Riskin L. L.*, *Understanding Mediators’ Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 Harv. Negot. L. Rev., 1996, 7; *Welsh N. A.*, *The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?*, 6 Harv. Negot. L. Rev., 2001, 1.

¹⁰⁷ Interview with *Hon. Bruce Wettman*, *supra* note 85.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ See Tex. Fam. Code Ann. § 105.002, West 2008.

¹¹⁰

¹¹¹ *Id.*

cases to family mediation programs.”¹¹² Court-based family mediation programs have grown from fourteen in 1988, to forty-five presently.¹¹³ “[T]he Florida Statutes were broadened in 1987 to grant trial judges the authority to refer any contested civil matter to mediation.”¹¹⁴ Today, in circuits in which a family mediation program has been established, courts “shall refer to mediation all or part of custody, visitation, or other parental responsibility issues.”¹¹⁵

All mediators in Florida who wish to be selected by the courts to mediate must obtain a rigorous certification by the Florida Supreme Court.¹¹⁶ What makes Florida unique is that mediator certification is premised on a point system.¹¹⁷ To qualify as a mediator, an applicant must have enough points for the type of certification sought.¹¹⁸ Family mediator certification requires a bachelor’s degree and at least 100 points; these points must be obtained through training, experience and education, and mentorship.¹¹⁹ According to the Dispute Resolution Center, which is housed in the Florida Supreme Court building, there are 2,168 family mediators certified by the Florida Supreme Court.¹²⁰ Of this total, 1,127 are non-attorneys and 1,041 are attorneys.¹²¹ The DRC Mediator Reporting System shows the following breakdown of the non-attorney family mediators by profession:

Mental Health Professional = 398;	Business = 80;	Teacher/Professor = 93;
Accountant = 63;	Physician/Dentist = 2;	
Government Employee/Administrator = 93;		Military = 8; Other = 123. ¹²²

Until recently in Florida, only attorneys were certified to mediate non-family civil cases, while non-attorneys could mediate family cases.¹²³ Moreover, to become a certified family mediator through the Florida Supreme Court, until recently, one had to be an attorney, have an advanced degree in mental health, or be a certified public accountant.¹²⁴

Family court mediation programs in Florida are staffed by full-time on-site mediators, contract mediators who are used on an as-needed basis, or both.¹²⁵ Many courts use contract mediators, since they are less costly than hiring additional full-time staff mediators. Contract mediators are paid a set fee or an hourly fee for each case mediated, unlike other states such as Texas, where mediators on the court rosters charge their own fees.¹²⁶

¹¹² Id. See, e.g., Interview with *Hon. Bruce Wettman*, supra note 85; Alternative Dispute Resolution, Fla. State Cts., <http://www.flcourts.org/gen_public/adr/adrintro.shtml>, [14.03.2012].

¹¹³ See, e.g., Interview with *Hon. Bruce Wettman*, supra note 85; Alternative Dispute Resolution, Fla. State Cts., <http://www.flcourts.org/gen_public/adr/adrintro.shtml>, [14.03.2012].

¹¹⁴ Id.

¹¹⁵ Fla. Stat. Ann. § 44.102(2)(c), West 2003.

¹¹⁶ See Fla. Stat. Ann. § 10.100, West 2010.

¹¹⁷ Id. § 10.105.

¹¹⁸ Id. §§ 10.100–10.105.

¹¹⁹ See id. §§ 10.100, 10.105.

¹²⁰ See Dispute Resolution Center Mediator Reporting System, Fla. State Cts., <http://199.242.69.70/pls/drc/drc_main_screen>, [3.02.2012]. This number is based on running “search for mediator” “demographics” and then selecting “family” for “mediator type.”

¹²¹ Id.

¹²² Id.

¹²³ See Proposed Standards of Prof’l Conduct for Certified and Ct.-Appt’d Mediators, 604 So. 2d 764, Fla. 1992 (approving Fla. R. Certified & Ct.-Appt’d Mediators 10.010, 1992, codified as amended at Fla. Stat. Ann. § 10.100).

¹²⁴ In re Amendments to the Fla. Rules for Certified & Ct.-Appt’d Mediators, 762 So. 2d 441, 449, Fla. 2000; see also Sup. Ct. of Fla., Annual Report 17, 2006.

¹²⁵ See Sup. Ct. of Fla., Comm’n on Trial Ct. Performance & Accountability, Recommendations for Alternative Dispute Resolution Services in Florida’s Trial Court 43, 2008, <http://www.flcourts.org/gen_public/court-services/bin/ADRMediationReport08-2008.pdf>.

¹²⁶ *Velikonja*, supra note 51, at 267 (stating that “[s]ome states regulate mediator fees”); see also Fla. Disp. Resol. Ctr., Florida Mediation & Arbitration Programs: A Compendium, Sharon Press ed., 18th ed. 2005, 84–86 (listing standard fees for mediators in each judicial circuit in Florida); see also *Harris Cnty., Tex.*, Civ. Ct. at Law, No. 4,

Court mediation programs in Florida are still a mix of attorneys and non-attorneys (particularly mental health professionals), although it varies by circuit and county. In the 15th Judicial Circuit ADR Program in Palm Beach, there are four full-time staff mediators.¹²⁷ Only one of these four is a lawyer, and that lawyer also happens to have a mental health degree.¹²⁸ On the other hand, the 15th Judicial Circuit maintains a roster of thirty contract mediators, many of whom are attorneys.¹²⁹ These contract mediators are paid approximately \$125 for a two-hour session.¹³⁰ In the 9th Judicial Circuit in Orlando, there are twenty-eight contract family mediators, nineteen of whom are attorneys.¹³¹ The other half represents a wide array of professionals, including therapists and CPAs.¹³² In some circuits, there are relatively few attorneys mediating through the court. This may be due to the fact that mediators on many of the court rosters are only paid a minimal amount. However, one of the non-monetary benefits of mediating that leads attorneys to join the court rosters is to gain experience.

Though the current breakdown of mediators in Florida is much more interdisciplinary than the mediation breakdown in Texas, the numbers, however, are all relative. Looking at where the mediation breakdown started in Florida shows a dramatic turn toward attorney involvement. Mel Rubin, a prominent attorney-mediator and mediation trainer in Miami explained that family mediation thirty years ago in Florida was “primarily dominated by therapists.”¹³³ Bill Moreno, ADR Director for the 15th Judicial Circuit, recounted a circumstance remarkably similar to that found in the early days of Texas mediation, namely that attorneys were not nearly as enthusiastic about mediation as their therapist counterparts.¹³⁴ The reasons for this lack of enthusiasm are certainly multifaceted, but one of the more interesting ones is the fact that attorneys initially balked at the idea of being told that they would need a third party to help them negotiate. It was not until attorneys realized that having a neutral party involved was beneficial that they eventually became interested in mediating themselves.¹³⁵

The shift toward attorney-mediators is reflected in the numbers. Today, there are only 398 mental health professionals on the Florida Supreme Court certified family mediator roster out of a total of 2,168.¹³⁶ This is approximately 18%, a major decline since a time not so long ago, when therapists were the driving force in the mediation landscape. While non-attorneys are still heavily involved in the Florida court mediation programs, private family mediation is “top heavy with attorneys.”¹³⁷ Mediation experts see a paradigm shift in Florida that is comparable to the direction of Texas, although not quite as extreme. Nevertheless, non-attorney mediators in Florida face tough odds if they want to earn their living from mediation.¹³⁸ The majority of mediators, and in particular, non-attorney mediators, “do not quit their day

Mediation Instructions, Harris Cnty., Tex., Civ. Ct. at Law No. 4, <<http://www.ccl.hctx.net/civil/4/Mediation%20Instructions%20for%20Case%20Parties.pdf>>, [14.03.2012] (stating that mediators on the court rosters in Harris County, Texas can charge up to \$400 per party).

¹²⁷ Telephone Interview with *Bill Moreno*, Alt. Disp. Resol. Dir., 15th Jud. Cir. Ct. of Fla., July 14, 2011.

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ 2011 Family Mediators, Ninth Judicial Cir. Ct. Offla., <http://www.ninthcircuit.org/programs-services/dispute-resolution-services/family_mediators.shtml>, [10.04.2012]; see also Telephone Interview with Genie Williams, Dir., 9th Jud. Cir. Ct. of Fla., Disp. Resol. Servs., July 14, 2011 (confirming the breakdown in professions).

¹³² Ninth Jud. Cir. Ct. Offla., *supra* note 131; Interview with *Genie Williams*, *supra* note 131.

¹³³ Telephone Interview with *Mel Rubin*, Att’y-Mediator, Miami, Fla., May 20, 2011; see also Telephone Interview with Charles Castagna, Att’y-Mediator, Clearwater, Fla., July 27, 2011 (confirming that therapists dominated in the early years).

¹³⁴ Interview with *Bill Moreno*, *supra* note 127.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ See Dispute Resolution Center Mediator Reporting System, *supra* note 120. The numbers were based on running a search through each occupation under the demographic “search for mediator” function. *Id.*

¹³⁷ Interview with *Bill Moreno*, *supra* note 127

¹³⁸ Interview with *Mel Rubin*, *supra* note 133; see also Interview with *Charles Castagna*, *supra* note 134. These experts were hard pressed to name many non-attorneys who generated substantial income from mediating.

jobs,” says attorney-mediator Helen Stein of Divorce Without War in Miami, Florida.¹³⁹ Some experts say there are definitely non-attorney mediators out there but they do not know if they are actually mediating and making money off of it.¹⁴⁰ Other experts believe “it is an exception for non-attorneys to make a living off mediating.”¹⁴¹

3. Illinois

Similar to Texas and Florida, family mediation has been utilized within the Illinois court system for the past three decades or so.¹⁴² Unlike Texas and Florida, however, the use of family mediation has not been as widespread within the Illinois court system nor has large civil case mediation or private family mediation been as pervasive as it has been in the other two states. We discussed this phenomenon with two experienced Illinois mediators, who attributed Illinois’ tendency to lag behind to the lack of leadership at the top of the judiciary.¹⁴³ When we pointed out to them that there clearly was judicial leadership at the top in Florida but no similar development in Texas,¹⁴⁴ they responded that there had been high level judicial antipathy in Illinois towards mediation at times, but that doesn’t seem to be the case at present.¹⁴⁵ Although a professional Illinois mediators group, the Mediation Council of Illinois, has been in existence since 1982, one experienced mediator exclaimed that “the mediation community in Illinois is not a strong one. It is so insular it is amazing.”¹⁴⁶

Family mediation has been extensively used in the Circuit Court of Cook County (Chicago), Illinois since 1982.¹⁴⁷ The Domestic Relations Division of the Circuit Court of Cook County orders virtually all cases involving disputed custody and visitation arrangements to mediation in its Marriage and Family Counseling Service (MFCS).¹⁴⁸ This is a free service provided by the court system and amounts to approximately 2,400 cases each year.¹⁴⁹ MFCS does not mediate financial issues in divorce matters, “largely as a concession to the matrimonial bar back in 1982.”¹⁵⁰

For most of its history, MFCS has been staffed by mediators drawn predominantly from the mental health professions.¹⁵¹ In 1991, Corinne (Cookie) Levitz became the first lawyer-mediator at MFCS.¹⁵² There are approximately nineteen full-time mediators in the MFCS, including five attorneys and fourteen from other professions, mostly mental health.¹⁵³ When she was hired, Levitz said, “I was looked at like I was from another planet. There was a perception among mental health professionals who were mediators that they

¹³⁹ Telephone Interview with *Helen Stein*, Att’y-Mediator, Divorce Without War, in Miami, Fla., Aug. 1, 2011.

¹⁴⁰ Telephone Interview with *Helen Stein*, Att’y-Mediator, Divorce Without War, in Miami, Fla., Aug. 1, 2011.

¹⁴¹ Interview with *Charles Castagna*, supra note 133.

¹⁴² For excellent sources of information on all aspects of court mediation in Illinois, see Resolution Systems Institute, <<http://www.aboutrsi.org/>>, [14.03.2012].

¹⁴³ Interview with *Corinne (Cookie) Levitz*, Bd. of Dirs., Ass’n for Conflict Resol., Chi. Chapter, in Chi., Ill., July 7, 2011; Interview with *Susan Yates*, Exec. Dir., Resol. Sys. Inst., in Chi., Ill., June 28, 2011.

¹⁴⁴ While the Supreme Court of Texas has not taken an active role in the development or promotion of mediation within the state, it certainly has encouraged other members of the state judiciary to play a leadership role. Most notably, Chief Justice *Frank Evans* of the First Court of Appeals has been widely considered to be the “father” of ADR in Texas.

¹⁴⁵ Interview with *Corinne (Cookie) Levitz*, supra note 143; Interview with *Susan Yates*, supra note 143.

¹⁴⁶ Interview with *Brigitte Bell*, Principal & Founder, Brigitte Schmidt Bell, P.C., in Chi., Ill., June 30, 2011.

¹⁴⁷ See Illinois Court ADR Sourcebook, Rsi’s Ct. ADR Resource Ctr., <<http://courtadr.org/sourcebook/programs.php?ID=3&b1=proc&b2=65&menuID=69&menuanchor=anchor&submenuID=73&submenuanchor=anchor>>, [14.03.2012].

¹⁴⁸ For descriptions of the MFCS program, see *Sharon Zingery*, *Zingery Sh.*, *Levitz C. (Cookie)*, *Royko D.*, Screening for Domestic Violence in Family Mediation Cases, in *Innovations in Court Services*, *Erickson C. A.* ed., 2010, 41,41–60; and Illinois Court ADR Sourcebook, supra note 147. The description herein of the MFCS program is drawn from these sources as well as our interview with *Corinne (Cookie) Levitz*, supra note 143.

¹⁴⁹ Illinois Court ADR Sourcebook, supra note 147.

¹⁵⁰ Interview with *Corinne (Cookie) Levitz*, supra note 143.

¹⁵¹ Illinois Court ADR Sourcebook, supra note 147.

¹⁵² Interview with *Corinne (Cookie) Levitz*, supra note 143.

¹⁵³ Illinois Court ADR Sourcebook, supra note 147.

owned family mediation because they understood the divorce dynamic.”¹⁵⁴ Although there was some suspicion towards her at first, she believes that attorney-mediators have generally been accepted over time.¹⁵⁵

Each MFCS mediator normally handles two cases per day and each mediation session lasts approximately two hours.¹⁵⁶ The expectation is that each case will have an intake session and then two mediation sessions.¹⁵⁷ If necessary, a third session can be scheduled if it is before the court status date.¹⁵⁸ Levitz explained, “We don’t feel pressured to get it done quickly.”¹⁵⁹

One of the major changes in family mediation that the interviewees noted is a greater sensitivity to domestic violence issues, particularly in the court programs. In the past, when most of the experienced mediators were trained under the “Haynes model,”¹⁶⁰ they were taught to keep the parties together. Levitz recounted an incident that apparently was a turning point in this regard:

In 1989, there was a picket line by a domestic violence advocacy group at the AFCC conference in Chicago demanding that family mediators and others take domestic violence into account before proceeding with family mediation. As a consequence, MFCS started a domestic violence committee. When I arrived at MFCS, they were very serious about this issue. I am convinced that screening for domestic violence is absolutely essential and am concerned that some lawyer mediators may not do it, but mental health professionals are not necessarily sensitive either. It’s really a mediation thing. If you are not trained that way, you don’t do it.¹⁶¹

Brigitte Bell, a private attorney-mediator with many years of experience and dedication to the field, expressed a similar belief about insensitivity to domestic violence issues and generalized it more broadly to the emerging lawyer family-mediator community:

As more attorneys try to mediate, there is more of a belief that settlement is the main goal and so mediators tend to be more evaluative. But, the lawyers who hold themselves out as mediators are unversed in mediation. They are not sensitive to the need for confidentiality, for example, and certainly not sensitive to the need for domestic violence screening. They don’t see the need to screen. They believe they know how to handle [domestic violence].¹⁶²

Bell believes that the number of attorney-mediators has grown considerably and that the term “mediator” has come to be used a bit too loosely: “Back in 1985, no attorneys wanted to do [mediation]. Now, if an attorney is a GAL [(guardian ad litem)], what they do tends to be called ‘mediation.’”¹⁶³

The private family mediators we interviewed expressed a belief that the Illinois Family Bar generally was not inclined to refer their cases to mediation: “Family lawyers tend to want to hold on to their cases and do it all.”¹⁶⁴ Bell explained further: “The family bar is interested first and foremost in their livelihood. They are not going to send cases to mediation that look good to them. They only send difficult issues that

¹⁵⁴ Interview with *Corinne (Cookie) Levitz*, supra note 143

¹⁵⁵ Id.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ *John Michael Haynes* was known by many as the “father” of modern divorce mediation. *Haynes* was the founding president of the Academy of Family Mediators and has trained over 20,000 mediators worldwide. *Paula M. Young*, A Connecticut Mediator in a Kangaroo Court?: Successfully Communicating the “Authorized Practice of Mediation” Paradigm to “Unauthorized Practice of Law” Disciplinary Bodies, 49 S. Tex. L. Rev. 1047, 1055 n.17, 2008.

¹⁶¹ Interview with *Corinne (Cookie) Levitz*, supra note 143.

¹⁶² Interview with *Brigitte Bell*, supra note 146.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Ibid.

they can't deal with."¹⁶⁵ Bell explained that for this reason, she receives very few mediation referrals from family lawyers. She gets most of her mediation referrals from therapists and satisfied clients. However, she noted that there is an increased willingness by lawyers to act as mediators:

They see the need to add another tool to their toolkit, because they are hungry. But, family lawyers don't refer their cases (for mediation) to other family lawyers. There is too much competition for cases. If they do make a referral to another lawyer there is usually a quid pro quo that that lawyer will also refer a case to him or her.¹⁶⁶

Thus, even though private family mediation apparently is increasing, there still are not a lot of referrals to private family mediators (particularly for cases involving financials) in Illinois (particularly Cook County).

Although she generally agreed with Bell that private divorce mediation has not been widespread in Illinois, Karen Shields, a private mediator who served as a domestic relations court judge for thirteen years, believes that this is changing.¹⁶⁷ She explained that the success of the MFCS program has been a major factor in encouraging the use of private mediation, as well as the education of judges in mediation. Like Bell, she believes that the competition for cases within the divorce bar is an inhibiting factor; she explained this sentiment by asking: "Why would a divorce lawyer take his case to another divorce lawyer to mediate?"¹⁶⁸ Thus, she believes that most of the best-known divorce mediators have been non-lawyers. Shields' success as a family mediator might also, in part, be attributed to the fact that she is not an active member of the family bar, but rather practices family mediation exclusively through JAMS.¹⁶⁹

Although there clearly is a burgeoning interest in family mediation among Illinois lawyers, particularly in Cook County, it would be premature at best to characterize it as "lawyer colonization" of the family mediation field in the same sense that we have used this phrase in connection with developments in Texas and Florida. The staff mediators in the MFCS program are still predominantly non-lawyers and family lawyers are reticent to refer cases for mediation to other family lawyers with mediation training.

In other Illinois counties where there are family mediation programs, other cultures are emerging that may more accurately be seen as "lawyer colonization." One of the private mediators in Cook County stated: "Lake and DuPage Counties don't have a MFCS, but they have lists of preapproved mediators and they tend to play favorites."¹⁷⁰

Lynn Gaffigan, a prominent family mediator in Lake County, Illinois, presented a more nuanced explanation of family mediation development in the suburban counties Chicago, particularly Lake, McHenry, and DuPage Counties.¹⁷¹ She stated that the courts in these areas became interested in sending divorce cases to mediation in the 1980s and 90s for a variety of reasons, and they turned to the local bar associations to draft rules.¹⁷²

The bar associations naturally looked to provide an opportunity for new business to their members and drafted the rules in a way that only attorneys would be qualified to be mediators. Some of us became concerned. We have always believed very strongly that family mediation benefitted from being an interdisciplinary field, and we advocated for this with the local courts and the bars.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Interview with the Honorable *Karen Shields*, Mediator, JAMS, in Chi., Ill., June 24, 2011.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ JAMS, Resolution Experts, is, by its own account, "the largest private alternative dispute resolution (ADR) provider in the world." About JAMS, Jams: The Resolution Eexperts, <http://www.jamsadr.com/aboutus_overview>, [14.03.2012].

¹⁷⁰ Interview with *Brigitte Bell*, supra note 146.

¹⁷¹ Telephone Interview with *Lynn Gaffigan*, Mediator, Lake Cnty., Ill., Oct. 14, 2011.

¹⁷² Id. However, *Gaffigan* also noted that in several counties, mental health mediators were brought onto the early committees involved in establishing the rules. Id.

They had a reason to feel comfortable with the notion of non-lawyers as family mediators because they had used therapists as custody evaluators.¹⁷³

Thus, the court lists and available pool of family mediators in these counties are currently interdisciplinary, but court appointments are highly dependent upon judicial preferences.

Judges like to appoint people they know. They know attorneys but also might appoint non-lawyers they have come to know as custody evaluators. When a case is mandated to mediation by a court early on and there are volatile issues, this might have some judges think in terms of referral to a non-lawyer mediator with a therapy background.¹⁷⁴

Other factors that may encourage greater lawyer involvement with family mediation in Illinois are the Uniform Mediation Act (IUMA) and the related explosion of local rules governing the mediation of major civil cases in various Illinois circuits. Illinois passed the Uniform Mediation Act in 2002.¹⁷⁵ Section 10 of the IUMA provides as follows: “An attorney or other individual designated by a party may accompany the party to and participate in a mediation.”¹⁷⁶ Pursuant to the IUMA, attorneys may now attend mediations conducted under a court program¹⁷⁷ that may previously have barred or discouraged attorney presence. Moreover, beginning in the mid-1990s, nearly half of the Illinois circuits adopted court-ordered mediation programs for major civil cases.¹⁷⁸ As these programs develop, attorneys most likely will become more familiar (and comfortable) with the mediation process by representing parties in mediation or actually serving as mediators.

Now that the Illinois Supreme Court has mandated that all Illinois circuits adopt local rules for custody mediation, it remains to be seen whether the “downstate” counties will establish an interdisciplinary pool of family mediators. Analogizing to the experiences in some of the suburban Chicago counties, a prominent family mediator and trainer offered the following hunch: “In downstate counties, it will depend on judges’ familiarity with mental health professionals regarding whether the courts turn to lawyers exclusively.”¹⁷⁹

C. Emerging themes

In this Part, we discuss and suggest explanations for some of the trends emerging from our research. We have grouped them into five general themes.

1. Divorce is Ultimately Governed by the Law

The role of a mediator is to help facilitate settlement discussions. Therefore, there has been a generally held belief that mediators do not necessarily “need substantive knowledge of the areas in which they mediate, including the law.”¹⁸⁰ However, that generally held belief has been questioned in the family law field. Some have observed that family disputes are perhaps unique because divorce mediations require mediators to address legal issues.¹⁸¹ As one commentator noted, the issues that must be resolved in a divorce mediation “inevitably involve legal questions.”¹⁸² Even if the contested issues in a divorce are limited to child custody and visitation, statutory child support guidelines and shared parenting requirements usually come into play. The discussions over these issues and agreements reached in divorce mediations are guided by the law and end with a final decree in the court to finalize the divorce. Accordingly, “[l]egal

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ See Ill. Unif. Mediation Act, 710 ILL. COMP. STAT. 35/1–16, West 2007.

¹⁷⁶ 710 ILL. COMP. STAT. 35/10.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ For a review and critique of the local rules governing these programs, see *Schmitz S. J.*, A Critique of the Illinois Circuit Rules Concerning Court-Ordered Mediation, 36 Loy. U. Chi. L. J., 2005, 783.

¹⁷⁹ Interview with *Lynn Gaffigan*, supra note 171.

¹⁸⁰ *Foster, Kelly*, supra note 17, at 668.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² *Schoenfeld N. M.*, Turf Battles and Professional Biases: An Analysis of Mediator Qualifications in Child Custody Disputes, 11 Ohio St. J. on Disp. Resol., 1996, 469, 481 (quoting *Coombs R. M.*, Noncourt-Connected Mediation and Counseling in Child - Custody Disputes, 17 Fam. L. Q., 1984, 469, 493).

institutions remain at the center of the family law system.”¹⁸³ As Mnookin and Kornhauser observed, parties in a divorce case do not bargain over finances and custody “in a vacuum”; rather, “they bargain in the shadow of the law.”¹⁸⁴ Since there are specified rules that govern the dollar amounts for alimony, child support, and other financial issues, divorcing couples negotiate with a general understanding of what would likely happen if the case went to trial.¹⁸⁵

Due to the legal considerations throughout the divorce process, the first thing many people think about when they are getting a divorce is that they need a lawyer. It is certainly understandable why parties would feel they need the protection and assistance of a lawyer, given the legally enforceable consequences that follow.¹⁸⁶ Divorcing couples want more than simply assistance with the process.¹⁸⁷ They want to know that what they are agreeing to is consistent with what others have done in similar situations. The parties in a divorce want to be reassured, especially if they are unrepresented. Therefore, many unrepresented parties want attorney-mediators who know the law and, if represented, many represented parties want attorney-mediators who can deal with their lawyers effectively.¹⁸⁸

The importance of creating an enforceable divorce decree also draws parties to attorney-mediators. If one of the parties violates the decree, it may not be enforceable if the decree was not specific enough or was flawed in some respect.¹⁸⁹ Mediated settlement agreements must also avoid any family code violations.¹⁹⁰ Having an attorney to help navigate these legal issues helps reduce client anxiety.¹⁹¹

Given all these legal issues, the prevalence of attorney-mediators may also be the result of non-attorneys leaving the field. Elinor Robin, Ph.D. – a mediator and mediation trainer in Boca Raton, Florida – said, “Some non-lawyers decide to get trained in family mediation because they want to help families in crisis, but ultimately leave when they come to see that there is a legal aspect to the divorce.”¹⁹² She explained that non-lawyer mediators “tend to feel overwhelmed because of their own lack of knowledge in the legal realm, and they may be concerned with unauthorized practice of law charges.”¹⁹³ For this reason, family mediation training requirements in some states, such as Florida, require that mediators receive specific training in family law, including child support calculations, equitable distribution, as well as financial training in subjects such as tax considerations in divorce.¹⁹⁴

Even with enhanced training, however, many non-lawyer mediators come to realize there is indeed a legal aspect to mediating divorce cases, and they may feel unqualified to deal with the law and prepare the necessary legal documents.¹⁹⁵ When parties are represented, the tendency is that lawyers choose attorney-mediators. Therefore, many non-attorney mediators are relegated to mediating pro se cases where the mediator is typically the one to draft the agreement. Robin feels that you must have the ability to draft agreements if you are mediating with pro se parties because there are no lawyer representatives in the room to draft the agreement.¹⁹⁶ This places non-lawyer mediators in a “catch-22” since it is the non-lawyer mediators that end up doing the most drafting.¹⁹⁷

¹⁸³ *Salem P.*, *Improving Our Family Courts and Services: A Call for Interdisciplinary Collaboration*, Unified Fam. Ct. Connection, Winter, 2011, at 7, 7.

¹⁸⁴ *Mnookin, Kornhauser*, supra note 1, at 968.

¹⁸⁵ See *ibid.*

¹⁸⁶ See *Mayer*, supra note 2, at 69–70.

¹⁸⁷ See *ibid.* at 70.

¹⁸⁸ Interview with *Andrew Shepard*, supra note 30.

¹⁸⁹ Interview with *Hon. Bruce Wettman*, supra note 85.

¹⁹⁰ Interview with *Nick Hall*, supra note 74.

¹⁹¹ See *Capuzziello P. T.*, *An Interdisciplinary Approach to Handling Divorce Cases*, Unified Fam. Ct. Connection, Winter, 2011, at 2, 4.

¹⁹² Interview with *Elinor Robin*, Ph.D., Mediator and Mediation Trainer, in Orlando, Fla., June 4, 2011.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ See Fla. Disp. Resol. Ctr., *ADR Resource HAND BOOK*, July 2011, 139, 168, <http://www.flcourts.org/gen_public/adr/bin/ResourceHandbook2011/2011ADRHandbookTab5MTSP.pdf>.

¹⁹⁵ Of course, it should be noted that not all attorney-mediators are necessarily familiar with family law either.

¹⁹⁶ Interview with *Elinor Robin*, supra note 192.

¹⁹⁷ *Ibid.*

2. Lawyer territorialism

Historically, lawyers were the last profession to jump on the proverbial mediation bandwagon. Many lawyers originally felt threatened by mediation and feared that it would take away business. Therefore, attorneys initially preferred to take an arms-length approach to mediation. However, as family attorneys became more involved in the private mediation community, they started limiting their referrals to attorney-mediators. More specifically for family mediators, the family law community is comprised of a very close-knit group of practitioners, and they often refer mediations to their fellow colleagues.¹⁹⁸ This phenomenon is a common practice that is not limited to the legal community: “Intra-professional referrals are common because people are more likely to know and trust those in their own network.”¹⁹⁹ For example, mental health mediators may be more likely to receive direct mediation referrals from mental health professionals treating divorcing spouses.²⁰⁰ More recently, a larger number of attorneys are entering the ADR field. Due in part to increased ADR programs and course offerings at law schools, more lawyers are now trained in ADR. Exposure to these ADR opportunities in law school also makes new attorneys more aware of the benefits of and avenues available for resolving disputes outside the courtroom. The shift toward a lawyer-centered family mediation pool is also the result of the fact that “the courts are the lawyers’ playground and family mediation is generally dependent on court activity.”²⁰¹ Additionally, for many experienced litigators, ADR offers a welcome reprieve from the grind of the litigation process. These attorneys’ exposure to the harms caused by protracted litigation has also led some to genuinely believe in the merits of ADR.²⁰²

Lawyers tend to control the mediator referral system, particularly when the parties are represented.²⁰³ Some see attorneys as gatekeepers of the mediator selection process.²⁰⁴ If the parties are represented, the attorneys will almost always choose an attorney-mediator.²⁰⁵ To generate business, many attorney-mediators make it a point to reach out and network with family attorneys because they are the ones who will refer cases to them. A number of those interviewed indicated that many family lawyers have established family mediation practices through quid pro quo arrangements with other family lawyers seeking to develop a mediation practice.²⁰⁶

Furthermore, it is often the case that lawyers want an attorney-mediator to deliver bad news to the clients and help persuade their client to settle. Attorneys seek attorney-mediators so they can provide a reality check to their client and the other side.²⁰⁷ Attorneys with difficult clients may especially seek out attorney-mediators to assist with this.²⁰⁸

¹⁹⁸ See *Velikonja*, supra note 51, at 282 (stating that attorneys are the primary source of mediation business).

¹⁹⁹ Interview with *Peter Salem*, supra note 16.

²⁰⁰ These mental health mediators may be mediating a higher percentage of cases before parties hire attorneys to review their agreements. E-mail from Gregory Firestone, Ph.D., Dir., U. of S. Fla. Conflict Resol. Collaborative, to author, Nov. 16, 2011 (on file with authors).

²⁰¹ Ibid.; see also Interview with *Lynn Gaffigan*, supra note 171.

²⁰² Interview with *Bill Moreno*, supra note 127.

²⁰³ Interview with *Bernard Mayer*, supra note 53.

²⁰⁴ *Velikonja*, supra note 51, at 282

²⁰⁵ Interview with *Kim Martinez*, supra note 96.

²⁰⁶ For example, a family attorney who is trying to develop a mediation practice may ask other family attorneys to refer mediation cases to him or her in exchange for referring mediations to them.

²⁰⁷ Telephone Interview with *Perry Itkin*, Att’y-Mediator, in Fort Lauderdale, Fla., Aug. 3, 2011. *Itkin* went on to say that he disagreed with this practice. “There is a misconception that lawyers have while representing their clients in mediation. They think that attorney-mediators can give legal advice or properly frame probative questions without crossing the line into the ‘unauthorized’ practice of law.”

²⁰⁸ However, others point out that attorneys are sometimes more likely to refer cases involving difficult clients to a mediator with a mental health background as that mediator may possess greater interpersonal skills to successfully conduct the mediation. *Gregory Firestone* points out that mental health professionals bring valuable skills to the mediation process, and many divorcing couples need or seek mediators with the necessary interpersonal skills to help the parties under a great deal of emotional stress. E-mail from *Gregory Firestone*, supra note.

3. Divorces and Divorce Decrees Have Become More Complicated From a Legal Perspective

Family cases referred to mediation have become increasingly complex. “Compared to disputed divorce cases in the 1980s, contemporary disputed divorce cases. . . involve families with more serious and multiple problems.”²⁰⁹ In addition, there has been a rise in nontraditional families, and within these non-traditional families, numerous issues have been emerging, such as “allegations of domestic violence, child abuse, and substance abuse.”²¹⁰ While the advent of no-fault statutes have simplified the grounds for divorce,²¹¹ the scope and complexity of property and asset distribution has increased, as issues regarding stocks, intangibles, and tax consequences continue to emerge in distinctive forms. In addition, child custody has become more complicated. The default in custody cases used to be that the mother received custody, but that is no longer the case.²¹² For instance, as Richard Orsinger has noted about custody decisions in Texas, “we’ve fractured the custodial position by mandating joint managing conservatorship.”²¹³ It might seem that the move toward awarding joint custody would make the decision easier to manage, since lawyers are less inclined to fight over which parent should receive sole custody. However, the preference for joint custody may just as likely add other complexities associated with how and when decision-making responsibilities will be addressed.²¹⁴

Mirroring the increased complexity in family cases, the divorce decree itself has become more complicated.²¹⁵ Many argue that because divorce decrees are so complicated and lengthy, lawyers are the preferred mediators to navigate the legal requirements and draft the complex decree. For example, the requirements for divorce decrees in Texas are extremely detailed and specific. Texas divorce decrees could be fifty pages or more if children are involved.²¹⁶ In addition to the length of the form itself, the language of these forms can be particularly legalistic.²¹⁷ While non-attorney mediators with sufficient training may very well be able to navigate these forms, even the appearance of complexity makes it likely that clients will be more inclined to want to rely on an attorney.

4. Increasing Number of Pro Se Parties and Never Married Parents

A big trend in family courts today is the rise in pro se parties. The economic downturn has inevitably led to an increase in pro se parties, as couples seeking divorces simply lack the resources needed to hire attorneys.²¹⁸ Also, many couples who use court resources regarding child custody,

²⁰⁹ *Salem P.*, The Emergence of Triagein Family Court Services: The Beginning of the End for Mandatory Mediation?, 47 Fam. Ct. Rev., 2009, 371, 377 (alteration in original) (quoting *Saposnek D. T.*, Commentary: The Future of the History of Family Mediation Research, Conflict Resol. Q., Fall–Winter 2004, 37, 38.).

²¹⁰ *Pearson J.*, Court Services: Meeting the Needs of Twenty-First Century Families, 33 Fam. L. Q., 1999, 617, 618–19.

²¹¹ *Chanen J. S.*, And Then There Was None, 96 A.B.A. J., Nov. 2010, 12, (confirming that all states permit no-fault divorce). Although all States today Permit no-fault divorces, divorcing litigants may still plead fault as a basis for requesting a disproportionate award of the community estate or child custody. *Kazen B. A.*, Division of Property at the Time of Divorce, 49 Bayl. Rev., 1997, 417, 426.

²¹² *Schepard A. I.*, Children, Courts and Custody: Interdisciplinary Models for Divorcing Families, 2004, 14–19.

²¹³ Interview with *Richard Orsinger*, supra note 95; see also Tex. Fam. Code Ann. §153.131(b), West 2008 (stating that “[i]t is a rebuttable presumption that the appointment of the parents of a child as joint managing conservators is in the best interest of the child”).

²¹⁴ Alternatively, *Richard Orsinger* has found that disputes over decision-making responsibilities are fairly easy to resolve. Interview with *Richard Orsinger*, supra note 95. For example, *Orsinger* explained that [y]ou can require consent of both parties for a decision to be made, allow either parent to consent, allow either parent to veto, or require the parent with exclusive decision-making authority to consult before making the decision. If consent of both spouses is required, you can have a third party tie-breaker, such as having the child’s primary physician’s recommendation prevail if the parents disagree.

²¹⁵ Interview with *Andrew Schepard*, supra note 30.

²¹⁶ See Interview with *Carel Stith*, supra note 85; Interview with *Norma Trusch*, supra note 77.

²¹⁷ See Interview with *Carel Stith*, supra note 85; Interview with *Norma Trusch*, supra note 77.

²¹⁸ See *Braz A.*, Out of Joint: Replacing Joint Representation with Lawyer - Mediation in Friendly Divorces, 78S. Cal. L. Rev., 2004, 323, 361.

visitation, and child support are not married.²¹⁹ These unmarried parents represent a significant portion of the pro se parties in family courts. According to one Florida attorney, between 60% and 80% of family cases in Florida involve pro se parties.²²⁰ Many parties feel that having one attorney-mediator is cheaper than each party having separate counsel.

Beyond monetary concerns, some pro se parties may seek a lawyer-mediator due to an increased level of comfort. Some argue that lawyer-mediators can add value to the mediation process for pro se parties because of their legal knowledge and familiarity with the judicial process. Lawyer-mediators are barred from providing legal advice, but they can provide legal education. For example, in a divorce case, an attorney-mediator may provide the parties with information regarding the state's marital property system or inform the parties of the factors a judge might consider if he or she was to render a decision on the case.²²¹ Thus, as one commentator has noted, the "lawyer-mediator's ability to bring the law – or at least the shadow of the law – to the mediation table is significant."²²² Finally, a lawyer-mediator is in a better position to assist the parties in drafting a mediated settlement agreement that complies with legal requirements.²²³ Lawyer-mediators, therefore, could offer pro se parties many of the advantages of separately represented parties without the added costs.

Finally, while a large percentage of families cannot afford legal representation, a significant number of divorcing couples choose to forego the lawyer model for reasons driven by concerns other than cost.²²⁴ Many couples simply do not want to fight, and they see lawyers as destructive and adversarial.²²⁵ As Lynelle Yingling observed, couples often believe that "attorneys tend to escalate the conflict."²²⁶ Similarly, Bernard Mayer noted that many people just do not want attorneys taking over the process.²²⁷ A desire to avoid the lawyer model and proceed pro se has also been caused by "generational" considerations.²²⁸ As Helen Stein explained, "[a]dult children of divorced parents saw the destruction of the adversarial divorce process firsthand, and they want to avoid that."²²⁹

5. Changes in Mediation Practices Caused by Fiscal Constraints

Many court-sponsored mediation programs have experienced significant cut-backs in recent years. Court service agencies typically provide free mediation services or offer mediation for a nominal fee. An AFCC survey conducted between 1998 and 2004 "found that 92[%] of family court service agencies offered mediation."²³⁰ However, many court-connected mediation programs are challenged by limited resources from budget cuts, leading them to struggle with reduced staff and growing caseloads of increasing complexity.²³¹ In the same survey, "[48%] of family court service programs surveyed reported increased workload for staff. . . ; 39[%] experienced a reduction in direct service staff; 31[%] reduced administrative staff; and 24[%] reduced supervisory staff."²³²

²¹⁹ See U.S. Census Bureau, Statistical Abstract of the United States: 2011, 56, <<http://www.census.gov/prod/2011pubs/11statab/pop.pdf>>.

²²⁰ Interview with Elaine Silver, Att'y-Mediator, in Orlando, Fla., June 3, 2011.

²²¹ *Braz*, supra note 218, at 359.

²²² *Id.* at 352.

²²³ However, attorney-mediator *Perry Itkin* believes that lawyers in their role as family mediator run a serious risk of crossing over into the "unauthorized" practice of law if they draft the mediated settlement agreement and use boilerplate forms they have created for their family practice instead of state-court-sponsored forms. See Interview with *Perry Itkin*, supra note 207.

²²⁴ Interview with *Elaine Silver*, supra note 220.

²²⁵ *Id.*

²²⁶ Interview with *Lynelle Yingling*, supra note 98.

²²⁷ Interview with *Bernard Mayer*, supra note 53.

²²⁸ Interview with *Helen Stein*, supra note 139.

²²⁹ *Id.*

²³⁰ *Salem*, supra note 209, at 373, 377 (citing *Babb B. A.*, George Ferrick & Stephen R. Grant, Presentation at the Annual Conference of the Association of Family and Conciliation Courts, Seattle, Wash.: AFCC Ct. Servs. Task Force Report, 2005).

²³¹ *Ibid.* at 377.

²³² *Ibid.*

While many court programs have full-time, on-site staff mediators, financial restraints simply do not allow many programs to continue to hire enough full-time staff to keep up with their caseloads. Therefore, courts will likely contract out to local mediators and pay them a minimal flat fee for their services. In fact, some court mediation programs have turned solely to contract mediators to reduce costs. A second approach that states have taken when the available funds are not sufficient to hire contract mediators is to use state employees who may not have sufficient time and experience mediating.²³³

Regardless of who is chosen to mediate, financial considerations may also have an impact on court-connected mediation sessions by limiting the amount of time available for any one mediation.²³⁴ This shortened time frame can have a significant impact on the resolution of the dispute. As one commentator noted with regard to court trends limiting child custody mediation to one session, “more difficult cases with multiple serious issues most likely will not be given sufficient opportunity to settle.”²³⁵ Thus, paradoxically, by shortening mediation session, courts may have to incur increased costs of litigation because the parties had insufficient time to work out the dispute in mediation sessions. The increasing complexity of cases also increases the chances that one mediation session will not be sufficient. Almost half of the family cases in court (about 10% of all divorcing families) involve high conflict families who cannot settle their disputes in a brief mandated mediation session and who consume a disproportionate share of family court service staff hours.²³⁶

Because of the need to settle disputes in more limited mediation sessions, there is an “increasing pressure to be deal cutters” even though most mediators were trained in the facilitative approach.²³⁷ To deal with more cases and shorter mediation sessions, court mediators thus have become increasingly directive.²³⁸ The pressure to quickly settle cases may lead to what has been referred to as a muscle mediation process in which the mediator essentially shapes the agreement rather than empowering the parties to do so.²³⁹ “[B]ehind closed doors, many court-connected mediators acknowledge that they cannot conduct a facilitative mediation process if they are to meet the expectations of their workplace.”²⁴⁰ These mediators express concern at “being caught between a rock and a hard place” because they are forced to provide quality mediations in a condensed time frame that they believe is not enough to do their job effectively.²⁴¹ So while their title is officially mediator, some argue that the process employed “certainly isn’t real mediation.”²⁴²

Because private sector family mediation is now primarily attorney driven in many regions, inevitably it has become more evaluative,²⁴³ with attorney-mediators separating the parties from the beginning.²⁴⁴ These general trends can be seen in the specific practices in individual states. For example, Yingling has estimated that in the Dallas area, the parents in private family cases only see each other face to face in

²³³ Interview with *Susan Berg*, Fam. Ct. Manager, 5th Jud. Cir., in Orlando, Fla., June 3, 2011 (explaining how this has happened in some areas of Florida).

²³⁴ In Florida, court subsidized mediation sessions are limited to two to three hours. Sup. Ct. Offla., Comm’n Trial Ct. Performance & Accountability, *supra* note 125, at 6.

²³⁵ *Salem*, *supra* note 209, at 378 (quoting *Kelly J. B.*, Family Mediation Research: Is There Empirical Support for the Field?, 22 Conflict Resol. Q., 20043, 29.).

²³⁶ See *id.* at 381.

²³⁷ Interview with *Bernard Mayer*, *supra* note 53.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ *Salem*, *supra* note 209, at 378.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² *Ibid.* (quoting an unnamed mediator and court services supervisor).

²⁴³ See *Guthrie Ch.*, The Lawyer’s Philosophical Map and the Disputant’s Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and Lawyering, 6 Harv. Negot. L. Rev., 2001, 145, 180 (“[L]awyers operate according to a standard philosophical map that predisposes them to practice law and mediation in an evaluative rather than a facilitative way.”); see also Interview with *Mel Rubin*, *supra* note 133. *Rubin*, an attorney-mediator in Miami, believes that ethnicity also plays a role in mediation styles. For example, he believes that parents who are Latino have a habit of setting up the mediator to be more evaluative. They tend to refer to attorney-mediators as “Doctor,” and they want an opinion similar to one they would get from a doctor.

²⁴⁴ Interview with *Hon. Bruce Wettman*, *supra* note 85.

approximately 10% of mediations.²⁴⁵ In terms of private mediators' styles, Florida appears to mirror Texas. While joint conferencing used to be common practice, now people have to argue for it.²⁴⁶ Given these common circumstances, it is understandable why many people believe that family mediation today, particularly among private attorney-mediators, more closely resembles settlement conferencing. The goal is simply to get an agreement done, and unfortunately, this task-based goal has become the driving force in many mediations.

The reasons for a shift to an evaluative approach are not just limited to the background of the mediator. The attorneys representing the clients have also played a critical role in shaping the current mediation styles used by mediators. Lawyers representing the clients tend to dictate how the mediation will run. Many attorneys are reticent to keep the parties together in the same room and will demand that the mediator separate the parties from the beginning. While numerous attorney-mediators prefer to use an evaluative style, other mediators, who might prefer a less directive style of mediation, succumb to the attorneys' requests because they want to be hired again. In addition to demanding a certain mediation style, some mediators report that attorneys have the mediator assist with discovery during the first half of mediation sessions.²⁴⁷ Some attorneys come to mediation sessions with boxes of discovery materials in hand, as if they were preparing to go to trial.²⁴⁸ Such activities seemingly convert "mediation into litigation without rules,"²⁴⁹ with lawyers acting as "a star player" rather than "as a coach."²⁵⁰

According to one mediator who wishes to remain anonymous, "family mediation is no longer client based mediation focused on party empowerment, but rather, it has become an attorney-driven process." The client-centered process, which is the cornerstone of "pure" mediation, has been lost. To some extent, it appears that family mediation has lost its distinctiveness and has become nothing more than a case evaluation forum.

IV. Conclusion

These trends and emerging themes in family mediation point toward a more lawyer-dominated process and away from a party-centric process. Particularly in the private sector, lawyers are colonizing the mediation field. Lawyers and judges are referring cases to attorney-mediators and generally shunning mediators from other professions. Ostensibly succumbing to expressed preferences of lawyer representatives, these lawyer-mediators have tended to adopt a more directive or evaluative orientation that relies on shuttle diplomacy and marginalizes the joint session. In this setting, the divorcing spouses have less of an opportunity to express themselves and will need to rely on their lawyers to reach an agreement. Mediation will thus offer a lessened opportunity to realize its full potential as a dispute resolution alternative.²⁵¹

As the family mediation field loses its interdisciplinary character, it will also become less distinctive in the public sector. Although court-sponsored custody mediation programs may continue to be staffed primarily by mediators from the mental health professions, fiscal constraints may lead to the elimination or downsizing of many of these programs. Parties and their lawyer representatives will most likely turn to lawyer-mediators in the private sector or rely on other court-sponsored alternatives to resolve their

²⁴⁵ Interview with *Lynelle Yingling*, supra note 98. In the early 1990s when *Yingling* began seeing more attorneys in her trainings, she had an eye opening experience when an attorney basically verbally attacked her saying that she did not know how to mediate because she "wanted to keep the parties together in the same room." *Id.*

²⁴⁶ Interview with *Mel Rubin*, supra note 133.

²⁴⁷ Interview with *Norma Trusch*, supra note 77.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Interview with *Lynelle Yingling*, supra note 98.

²⁵⁰ See *Schepard*, Introduction, supra note 32, at 24.

²⁵¹ See, e.g., *Hinshaw A.*, Mediators as Mandatory Reporters of Child Abuse: Preserving Mediation's Core Values, 34 Fla. St. U. L. Rev., 2007, 271, 276 ("[T]he greatest benefit of using mediation in divorce and child custody cases is its ability to increase the quality of the parties' communication to address emotionally charged issues.").

differences. If resource-strapped courts develop “triage” models,²⁵² fewer parties are likely to be offered mediation. Moreover, those that are offered mediation may be provided with abbreviated mediation sessions that are no less likely to add value to the communications of the parties than private-sector mediations offered by lawyer-mediators.²⁵³

Thus, lawyer colonization of the mediation field is likely to result in a less distinctive dispute resolution alternative and a lessened adherence to mediation’s core values, particularly party self-determination. Once seen as the primary means for assisting in the private ordering of divorce disputes, family mediation may be relegated to a secondary role. If family mediation is to continue to be viewed as a viable dispute resolution mechanism, lawyer-mediators should feel challenged to offer something more than a settlement conference. Otherwise, divorcing spouses and their lawyers may choose alternative services such as collaborative law, early neutral evaluation, parenting coordination, or cooperative negotiation agreements.²⁵⁴

The future of family mediation may thus be closely tied to the future of lawyering. To the extent that a return to mediation’s core values will be seen as the key to maintaining mediation’s primacy, the lawyer who is trained in a collaborative, problem solving tradition is most likely to have the capability to meet this challenge. These future lawyers most likely will also be inclined to be supportive and encouraging of the inclusion of mediators from other professions in the family mediation field.

Appendix

List of Interviewees

Dan Amerson	Galveston, Texas
Robert A. Badgley	Chicago, Illinois
Brigitte Bell	Evanston, Illinois
Susan Berg	Tavares, Florida
Charles Castagna	Tampa, Florida
Janice Fleischer	Tallahassee, Florida
Gregory Firestone	Tampa, Florida
Lynn Gaffigan	Lake Bluff, Illinois
Duane Gallop	Dallas, Texas
Lorri Meraz Graboswki	Houston, Texas
Nick Hall	Houston, Texas
David Hoffman	Boston, Massachusetts
David Huang	Austin, Texas
Perry Itkin	Fort Lauderdale, Florida
Corinne (Cookie) Levitz	Chicago, Illinois
Kimberlee Kovach	Austin, Texas
Barbara Sunderland Manousso	Houston, Texas
Kim Martinez	Dallas, Texas
Bernard Mayer	Omaha, Nebraska
Bill Moreno	Palm Beach, Florida

²⁵² For a trenchant analysis of the use of triage in family courts, see Salem, *supra* note 209.

²⁵³ On the other hand, it is possible that those who are offered mediation as an alternative may actually have a better process if fewer mediations are being conducted overall.

²⁵⁴ See generally *Salem*, *supra* note 209 (identifying these and other alternatives in the divorce context, notably triage).

Richard Orsinger	San Antonio, Texas
Nancy Oseasohn	San Antonio, Texas
Nancy Palmer	Daytona Beach, Florida
Sharon Press	St. Paul, Minnesota
Kenneth Rempell	Short Hills, New Jersey
Elinor Robin	Boca Raton, Florida
Mel Rubin	Miami, Florida
Peter Salem	Madison, Wisconsin
Arnie Shienvold	Harrisburg, Pennsylvania
Andrew Schepard	New York, New York
Karen Shields	Chicago, Illinois
Elaine Silver	Lake Mary, Florida
Carel Stith	Houston, Texas
Helen Stein	Miami, Florida
Norma Trusch	Houston, Texas
Megan Ultis	Houston, Texas
Hon. Bruce Wettman	Houston, Texas
Genie Williams	Orlando, Florida
Susan Yates	Chicago, Illinois
Lynelle Yingling	Dallas, Texas

ადვოკატის ჩართულობა ოჯახური ღავის მოგვარებაში: მისი მნიშვნელობა და შედეგები

I. შესავალი

უკანასკნელი 50 წლის მანძილზე, ურთიერთობებმა, ადვოკატსა, განქორწინების მსურველ მეუღლეებსა და სასამართლოს შორის მრავალი მნიშვნელოვანი ცვლილება განიცადა. განქორწინების ტიპის დანერგვამ ე.წ. “no-fault divorce”-მა, რომელიც შემდეგში მდგომარეობს: განქორწინების ამგვარი ფორმა, სასამართლოს არ ავალდებულებს განქორწინების მიზეზის ძიებას, ანუ წყვილი ღებულობს განქორწინებას ყოველგვარი დავისა და მტყუან-მართლის ძიების გარეშე, ხელი შეუწყო ექსპერიმენტული მექანიზმის ე.წ. “private ordering”¹ შემოღებას, რომელიც განქორწინების საქმეთა განხილვის კუთხით სრულიად ლეგალური და მისაღები გახლდათ. უფრო ზუსტად რომ ითქვას, სასამართლოს მიერ დაფინანსებული ოჯახური დავების მოგვარება, უფრო და უფრო არაპოპულარობით სარგებლობდა შეერთებულ შტატებში. შუამავლები (მედიატორები), რომლებიც აღნიშნულ პროგრამებში (სასამართლოს მიერ დაფინანსებული დავებისას) იყვნენ ჩართულნი, სხვადასხვა პროფესიის ადამიანები გახლდნენ, ისეთები როგორებიცაა: ფსიქოლოგ-ფსიქიატრები (გონებრივი პრობლემების მქონე ადამიანებთან მომუშავენი) და ასევე სამართლის სპეციალისტები. მხარეების მიერ შემოტანილი დავები, ძირითადად, ოჯახური დისპუტების გადაწყვეტას ეხებოდა.

აღნიშნული დოკუმენტი (სტატია) მოიცავს საოჯახო მედიაციის ტენდენციების ანალიზს უკანასკნელი 30 წლის განმავლობაში, სადაც ძირითადი აქცენტი გაკეთებულია ოჯახური მედიაციისათვის დამახასიათებელ დისციპლინათაშორის² სტატუსზე. სტატიის მეორე ნაწილში მოთხრობილია ოჯახური მედიაციის ისტორია. მესამე ნაწილი იკვლევს იმ ტენდენციებსა და მსგავსებებს, რომელიც არსებობს დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული გზების ძიებისას სამსხვადასხვა შტატში (ტეხასში, ფლორიდასა და ილინოისში).

დაბოლოს, მეოთხე ნაწილში განხილულია ისეთი საგულისხმო საკითხები, რომლებიც ჩვენი კვლევის შედეგად გამოვლინდა და დასკვნის სახით ნათქვამია, რომ საოჯახო მედიაციის ზრდა და, განსაკუთრებით, მისი დისციპლინათშორისი მახასიათებლების სიჭარბე, მრავალი ფაქტორით არის გამოწვეული. ყველაზე მნიშვნელოვანი ფაქტორი კი არის ფინანსური შეზღუდვა, სასამართლოს უპირატესობა და ადვოკატთა გადაჭარბებული უფლებამოსილებები.

სტატიაში მოცემული დაკვირვებების და ანალიზის უმრავლესობა გაკეთებულია ცნობილი და გავლენიანი ოჯახური დავების მედიატორებთან, ადვოკატებთან და დარგის პროფესი-

* სამხრეთ ტეხასის ფრანკ ევანსის კონფლიქტების მოგვარების ცენტრის დირექტორის მოვალეობის შემსრულებელი, სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლა.

** ემერიტუს დეკანი, სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლის პროფესორი. ავტორი მადლობას უხდის ქრისტინა მელმეიერს, სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლის სტუდენტს, რომელმაც დახმარება გაუწია ავტორს საგნის კვლევისას და სატელეფონო ინტერვიუების წარმოებაში.

¹ განქორწინების თაობაზე, ე.წ. “private ordering”-ის შესახებ მეტი ქეისებისა და ინფორმაციისათვის იხ. *Mnookin R. H., Kornhauser L., Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, Yale L.J., Vol. 88, 1979, 950.*

² სტატიაში გამოყენებული ინტერვიუები სრულად ეხება საოჯახო მედიაციას და მისი წარმოების ტექნიკას. დამატებითი ინფორმაციისათვის იხილეთ: *Mayer B. S., Beyond Neutrality: Confronting the Crisis in Conflict Resolution, 2004, 69.* ნაშრომი მოიცავს საკითხის სრულ დეტალიზაციას ტერმინის – ინტერდისციპლინური, გამოყენების შესახებ.

ონალებთან ჩანერგილი ინტერვიუების საფუძველზე. რესპონდენტთა სია მოცემულია სტატიის ბოლოს, დანართის სახით. რესპონდენტთა უმრავლესობა გამოკითხულია ტეხასში, ფლორიდასა და ილინოისში, თუმცა არიან სხვა იურისდიქციიდანაც.³

II. საოჯახო მედიაციის ისტორია

მედიაციის ტექნიკას ოჯახური დავების მოგვარების მიზნით ხშირად იყენებდნენ, თუმცა ამგვარი მეთოდი მიმართული იყო იმისათვის, რომ დავა წყვილის შერიგება/მორიგების სასარგებლოდ გადაწყვეტილიყო და არა იმისათვის, რომ მათი განქორწინებისათვის ხელი შეეწყოს.⁴ მე-20 საუკუნის დასაწყისში, სხვადასხვა იურიდიული დახმარების ორგანიზაციებმა და ასევე სასამართლო სისტემამ ამ მეთოდის გამოყენება აქტიურად დაიწყეს.⁵ რამდენიმე შტატში შემოღდა ე.წ. მორიგების სამსახურები; ამგვარი სამსახური პირველად კალიფორნიის შტატში გაჩნდა. 1939 წელს კალიფორნიის შტატში შეიქმნა სასამართლო სისტემაზე დაფუძნებული მორიგების სამსახურები, რომელიც ეხმარებოდა პრობლემური ქორწინების მქონე წყვილებს მათი ოჯახების შენარჩუნებაში.⁶ პიროვნებები, რომლებიც ფასილიტაციას უწევდნენ შერიგების პროცესს ზემოხსენებულ სასამართლოებში, გახლდნენ პირველები, რომლებსაც შეიძლება მედიატორები ვუწოდოთ.⁷ როდესაც მორიგების პროცესი უძღური იყო, მაშინ საქმე უკვე შემდგომ ინსტანციებში ე.წ. “custody mediation”-ს (მეთოდი, რომელს გამოყენებითაც შეიძლება სასამართლო პროცესის თავიდან აცილება) გადაეცემოდა.⁸ 1960-იან წლებში, განქორწინება და ე.წ. “custody mediation” პოპულარობის პიკში იყო, რადგან ამ პერიოდში საოჯახო დავების მორიგებისათვის სხვადასხვა ექსპერიმენტული მეთოდების გამოყენება ხშირი იყო.⁹ დავის მოგვარების ტექნიკის ცვლილება მომავალი 10 წლის მანძილზე არ მომხდარა. ამ კუთხით დიდი ცვლილებები უკვე 1970-იანი წლებიდან დაიწყო, როდესაც ე.წ. “no-fault” განქორწინების ცნება იქნა შემოღებული¹⁰. ამ დროისათვის მოსახლეობის რიცხვის ზრდასთან ერთად იზრდებოდა განქორწინების მსურველთა რაოდენობაც და, შესაბამისად, მედიაციაც მოთხოვნადი ხდებოდა, სწორედ ამან განაპირობა ე.წ. “no-fault” სტატუსისა და “private ordering” მეთოდების შემოღება განქორწინების შესახებ კანონში.¹¹

განქორწინების მსურველთა რაოდენობის განუხრელმა ზრდამ მრავალ შტატში დააყენა საკითხი იმის შესახებ, რომ სასამართლო სისტემაში ოჯახური მედიაციის პროგრამა მიეღოთ. მაგალითად, 1970-იან წლებში ამგვარი ფორმალური პროგრამა გავრცელდა კალიფორნიაში, მინესოტასა და ვისკონტის შტატებში¹². სხვა შტატებმა კი ანალოგიური პროგრამის თავისთან

³ ინტერვიუების ჩანაწერები და სრული ფაილები ხელმისაწვდომია ავტორთან. ყველა გამოკითხულ რესპოდენტს გამოქვეყნებამდე გადაეგზავნა სტატია გადასახედად, რათა საკუთარი ინტერვიუს სისწორესა და სიმართლეში დარწმუნებულიყვნენ და არ ეფიქრათ, რომ რაიმე არის შეცვლილი. ავტორი მადლობას უხდის ყველა რესპოდენტს, ვინც დრო და ენერგია არ დაიშურა და დაეხმარა მას. იხ. Appendix.

⁴ იხ. *Pearson J.*, An Evaluation of Alternatives to Court Adjudication, Just. Sys. J., Vol. 7, 1982, 420, 422.

⁵ იქვე.

⁶ *Milne A. L., Folberg J., Salem P.*, The Evolution of Divorce and Family Mediation: An Overview, in *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques, and Applications*, Jay Folberg et al. eds., 2004, 3, 5.

⁷ *Beck C. J. A., Sales B. D.*, Family Mediation: Facts, Myths, and Future Prospects, 2001, 7.

⁸ იქვე.

⁹ იქვე, 5.

¹⁰ იქვე.

¹¹ იქვე 5–7; *Langan E. B.*, “We Can Work It Out”: Using Comparative Mediation – a Blend of Collaborative Law and Traditional Mediation – to Resolve Divorce Disputes, *Rev. Litig.*, Vol. 30, 2011, 245, 250; *Mnookin, Kornhauser*, შენიშვნა 1, 953-954.

¹² იხ. *Ricci I.*, Court-Based Mandatory Mediation: Special Considerations, in *Divorce and Family Mediation*, supra note 6, at 397, 398.

გავრცელება უკვე 1975 წლიდან დაიწყო.¹³ სასამართლოზე დაფუძნებული მედიაციის პროგრამის ფართოდ გავრცელებამ, კერძო სექტორში მედიაციის ზრდა განაპირობა, რადგან ისინი უკვე კონკურენტებად იქცნენ. 1974 წელს ო.ჯ. კუგლერმა ნამოინყო და შექმნა პირველი კერძო საოჯახო მედიაციის ცენტრი ატლანტაში, ჯორჯიის შტატში.¹⁴ მაშინ, როდესაც მედიაციის პროგრამებმა დიდი პოპულარობა მოიპოვა და დავების გადაწყვეტის პროცესში დადებითი შედეგების მიღწევა დაიწყო, სწორედ ეს გახდა შტატებისათვის იმის წინაპირობა, რომ მედიაცია ელიარებიანათ, როგორც ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი მეთოდი. ეს ტენდენცია 1980 წლიდან დაიწყო, როდესაც კალიფორნიის შტატში აუცილებელი გახდა, რომ საოჯახო დისპუტები მშობლებს მედიაციის მეთოდის გამოყენებით გადაეწყვიტათ.¹⁵

როდესაც ოჯახური მედიაცია დაიწყო, ის გახდლათ ინტერდისციპლინური, თუმცა სულთ ავადმყოფთა სფეროს სპეციალისტები (ფსიქიატრები) ჭარბობდნენ.¹⁶ ოჯახური და განქორწინების მედიაციის განვითარება სხვადასხვა სფეროში მოხდა, როგორებიცაა: რჩევა-დარიგება, სოციალური ფსიქოლოგია, კომუნიკაცია, შრომითი მედიაცია, მოლაპარაკებები, კანონი, ანთროპოლოგია და განათლება.¹⁷

თერაპევტები, სოციალური მუშაკები, ბავშვთა განვითარების ექსპერტები, პედაგოგები, აღმზრდელები, ადვოკატები, ბუღალტრები და ა.შ აქტიურად იყვნენ ჩაბმულნი საოჯახო მედიაციის პროცესში.¹⁸ საოჯახო და მომრიგებელი სასამართლოების ასოციაცია (AFCC), ოჯახური დავების გადაწყვეტისათვის მიძღვნილი ერთ-ერთი ყველაზე მსხვილი ასოციაცია, დაარსდა როგორც დისციპლინათაშორისი ასოციაცია დაახლოებით 50 წლის წინ, რათა გარკვეულწილად განემტკიცებინა საოჯახო მედიაციის საქმიანობა.¹⁹ საოჯახო და მომრიგებელი სასამართლოების ასოციაცია დაკომპლექტებულია პროფესიონალებით სხვადასხვა სექტორიდან, როგორებიცაა საჯარო, კერძო და არასამთავრობო სექტორები. ასოციაციის წევრები არიან, ადვოკატები, ფსიქიატრები, საოჯახო სასამართლოს მოსამართლეები, ოჯახის ადვოკატები, ბავშვთა განვითარების ექსპერტები და ფინანსური მენეჯერები. მრავალი ორგანიზაცია აღმოცენდა საოჯახო მედიაციის საქმიანობიდან გამომდინარე. ერთ-ერთი ამგვარი ორგანიზაცია გახლდათ საოჯახო მედიაციის აკადემია (AFM). ის 1981 წელს დაარსდა ინტერდისციპლინური მედიატორთა ჯგუფის მიერ და მასში გაერთიანებული იყვნენ, ფსიქიატრები, ადვოკატები, პედაგოგები და ბიზნეს სექტორის წარმომადგენლები.²⁰

1980-იანი წლების დასაწყისში, სულთ ავადმყოფთა სფეროს სპეციალისტები (ფსიქიატრები), კერძო სექტორის ოჯახის მედიატორთა 80%-ს წარმოადგენდა.²¹ საჯარო სექტორში ეს ციფრი კიდევ უფრო მაღალი იყო და თითქმის 90%-ს უტოლდებოდა.²² იმ მედიატორთა რიცხვი, რომლებიც იყვნენ ადვოკატები გახლდათ მინიმუმი.²³ საჯარო სექტორშიც ადვოკატთა პროცენტულობა საოცრად დაბალი იყო²⁴ და იმ დროისათვის მედიატორთა მხოლოდ 1%-ს უტოლდებოდა.²⁵ 1990-

¹³ *Pearson J. et al., A Portrait of Divorce Mediation Services in the Public and Private Sectors, Conciliation Cts. Rev., Vol. 21, 1983, 1, 2.*

¹⁴ *Milne et al.,* შენიშვნა 6, 5.

¹⁵ იქვე.

¹⁶ Interview with *Peter Salem*, Exec. Dir, AFCC, in Orlando, Fla., June 3, 2011; *Milne et al.,* შენიშვნა 6, 9, 12.

¹⁷ *Foster N. J., Kelly J. B., Divorce Mediation: Who Should Be Certified?, 30 U.S.F. L. REV., 1996, 665, 666.*

¹⁸ *Mayer,* შენიშვნა 2, 69. U.S.F. L. Rev., 1996, 665, 666.

¹⁹ იხ. History, ASS'N of Fam. and Conciliation Cts., <<http://www.afccnet.org/About/History>>, [14.03.2012].

²⁰ *Foster, Kelly,* შენიშვნა 17, 666. 2001, წელს საოჯახო მედიატორთა აკადემია შეუერთდა დავის გადამწყვეტთა საზოგადოებას და ჩამოყალიბდა ორგანიზაცია სახელად – დავების მომგვარებელთა ასოციაცია (ACR). *Milne et al.,* შენიშვნა 6, 6.

²¹ იქვე, 9.

²² იქვე.

²³ იქვე.

²⁴ იქვე.

²⁵ იქვე; ასევე, იხ. *Pearson et al.,* შენიშვნა 13, 4 (ინფორმაცია სოციალურ მუშაკებზე და ქორწინებაზე ასევე ოჯახის ფსიქო-თერაპევტებზე).

იანი წლებიდან ერთგვარი პარადიგმა შეიქმნა, რის მიხედვითაც ფსიქიატრების პროცესში ჩართულობა შეიცვალა (თითქმის გამოირიცხა). ნენსი ფოსტერისა და ჯოან კელის მიხედვით, 1996 წელს საოჯახო მედიაციის აკადემიის წევრების 39 პროცენტს ადვოკატები (ვექილები) წარმოადგენდნენ.²⁶ 1984 წელს, ოჯახური და განქორწინების მედიაციის პრაქტიკის სტანდარტების მოდელი ოფიციალურად გამოქვეყნდა, რომლის ფასილიტაციაც გააკეთა საოჯახო და მომრიგებელი სასამართლოების ასოციაციამ.²⁷ ოჯახური და განქორწინების მედიაციის პრაქტიკის სტანდარტების მოდელი შეიქმნა იმისათვის, რომ ყოფილიყო ერთგვარი გიდი ოჯახური დავების მედიატორთათვის და აემალლებინა საზოგადოების ნდობა თავად პროცესის მიმართ.²⁸ გარდა ამისა, ასევე ე.წ. ოჯახური კანონების განყოფილებამ შეიმუშავა საკუთარი სტანდარტების მოდელი სპეციალურად ადვოკატი-მედიატორებისათვის.²⁹ ABA-ს მიერ შემუშავებული სტანდარტების უმთავრესი მიზანი იყო ის, რომ ადვოკატებს ჰქონოდათ უფლება ყოფილიყვნენ მედიატორებიც მიუხედავად იმ ეთიკური აკრძალვებისა, რომელსაც ადვოკატი გაყრის პროცესის მართვისას აწყდება.³⁰ ხოლო ის ენა (ლექსიკა), რომელიც მედიაციის პროცესში ორივე სტანდარტის შემთხვევაში გამოიყენება, საკმაოდ მსგავსია.³¹ ზემოაღნიშნული სტანდარტები 2000 წლამდე ვრცელდებოდა, თუმცა ორივე ორგანიზაციის ხელმძღვანელობა მივიდა იმ დასკვნამდე, რომ ასე აღარ შეიძლებოდა და სტანდარტი ერთი უნდა ყოფილიყო, რომელიც ყველა მედიატორის საქმიანობაზე გავრცელდებოდა.³² საოჯახო და მომრიგებელი სასამართლოების ასოციაციამ მოაწყო სიმპოზიუმი და მიიწვია ყველა, ვინც სტანდარტების შექმნაში იყვნენ ჩართულნი, რათა გაერთიანებული ძალებით ერთ კონკრეტულ კანონპროექტზე შეთანხმებულიყვნენ (სტანდარტზე).³³ დავის მომრიგებელი ორგანიზაციების დიდი ნაწილი ჩაერთო პროცესში, მათ შორის იყვნენ ფსიქიატრები, ადვოკატები და ა.შ ასე რომ, ამჟამად მოქმედი სტანდარტის შემუშავებასა და მიღებაში სხვადასხვა პროფესიის ადამიანებს დიდი მონაწილეობა აქვთ მიღებული.³⁴ 2001 წელს სტანდარტების მოდელი დავის მომრიგებელი ორგანიზაციების უმრავლესობამ მიიღო და დღემდე წარმატებით იყენებს. 2001 წელს სტანდარტების ეს მოდელი წარმოადგენს დამატებით ნაბიჯს განვითარების იმ ეტაპზე, რომელიც ათწლეულების მანძილზე მიმდინარეობდა. ფორმალური მედიაციის სასერტიფიკატო პროგრამების რაოდენობა იზრდება და მედიაცია, როგორც საოჯახო დავების გადაწყვეტის მექანიზმი, სტანდარტად იქცევა. სტანდარტების მოდელის კანონპროექტში, რომელიც ოჯახისა და გაყრის მედიაციას გულისხმობს, მასში ჩართულმა ორგანიზაციების ხელმძღვანელებმა რამდენიმე კრიტიკული შენიშვნა შეიტანეს თავად პროცესის მართვის მიმართულებით. მის გავლენიან სტატიაში „მედიაციის ალტერნატივა: ქალებისათვის სახიფათო პროცესი“, პროფესორმა ტრინა გრილომ გაილაშქრა სავალდებულო განქორწინების მედიაციის წინააღმდეგ.³⁵ გრილოს მიხედვით სავალდებულო მედიაცია ქალს აქცევს მხარედ, რომლის შემთხვევაშიც აიძულებს მას ილაპარაკოს ისა, როგორც მას არ სურს და ამ შემთხვევაში მისი მეუღლის უპირატესობა ხდება ნათელი, რადგან ასეთი მედიაციისას მამაკაცსა და ქალს შორის აბოლუტური დისბალანსია

²⁶ *Foster, Kelly*, შენიშვნა 17, 666.

²⁷ იხ. Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, 2001, ii (სამუშაო ვერსია).

²⁸ იქვე.

²⁹ იქვე.

³⁰ ინტერვიუ Andrew Schepard, Dir., Hofstra Law Sch. Ctr. ორლანდოში, ფლორიდაში გავრცელებული კანონი ბავშვებსა და ოჯახების შესახებ, June 3, 2011.

³¹ იქვე.

³² იქვე; ასევე, იხ. *Schepard A.*, An Introduction to the Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, *Fam. L.Q.*, Vol. 35, 2001, 1, 11 [აქვე, *Schepard*, Introduction].

³³ *Schepard*, Introduction, შენიშვნა 32, 11დ12; ასევე, იხ. ინტერვიუ *Schepard A.*, შენიშვნა 30.

³⁴ *Schepard*, Introduction, შენიშვნა 32, 11დ12; ასევე, იხ. ინტერვიუ *Schepard A.*, შენიშვნა 30.

³⁵ *Grillo T.*, The Mediation Alternative: Process Dangers for Women, *Yale L.J.*, Vol. 100, 1991, 1545, 1549.

და მამაკაცი ხდება უპირატესი.³⁶ მედიატორის მცდელობა გამოასწოროს ამგვარი სიტუაცია საკმაოდ პრობლემატურია, რადგან მედიატორი ერთგავრი შემფასებლის როლს ირგებს და სავარაუდოდ მას არ ექნება საკმარისი ინფორმაცია და უნარი ეს ყველაფერი გააკეთოს ისე, რომ საკუთარი მიუკერძოებლობა შეინარჩუნოს. ოჯახური დავის გადანყვევისას პრეტენზიები ძალის არათანაფარდობასთან (დისბალანსთან) დაკავშირებით შეტანილ იქნა სტანდარტების მოდელში, განსაკუთრებით იმ შემთხვევებისა, როდესაც საქმე მეუღლეზე ან ბავშვზე ძალადობას (შეურაცხყოფას) ეხება (ალსანიშნავია, რომ ამგვარი ისტორია მრავალი არსებობდა წარსულში).³⁷ მე-9, მე-10 და მე-11 სტანდარტი სწორედ ამ თემას ეხება. IX სტანდარტში წერია: „ოჯახური დავის მედიატორმა დეტალურად უნდა განიხილოს სიტუაცია, როდესაც ხდება ბავშვზე ძალადობა (შეურაცხყოფა) და მიიღოს შესაბამისი ზომები, წარმართოს პროცესი სიტუაციიდან გამომდინარე“;³⁸ X სტანდარტში წერია: „ოჯახური დავის მედიატორმა დეტალურად უნდა განიხილოს სიტუაცია, როდესაც ხდება ოჯახური ძალადობა და მიიღოს შესაბამისი ზომები, წარმართოს პროცესი სიტუაციიდან გამომდინარე“;³⁹ XI სტანდარტში წერია: „ოჯახური დავის მედიატორმა უნდა შეწყვიტოს ან დაასრულოს პროცესი, იმ შემთხვევაში, თუ იგი ამჩნევს, რომ პროცესში მონაწილე მხარე სათანადოდ ვერ იღებს მონაწილეობას ან შესაძლოა იყოს სხვა მიზეზიც“.⁴⁰ სტანდარტში ასევე განერილია, რომ მანამ, სანამ მედიატორი რაიმე პროცესის მართვას შეუდგება, განსაკუთრებით მაშინ თუ ეს ოჯახურ ძალადობას ან ბავშვზე ძალადობას ეხება, მან უნდა გაიაროს სპეციალური გადამზადება.⁴¹

ოჯახის ადვოკატები, რომლებიც გამოიკითხნენ აღნიშნული სტატიის მომზადებისას, გამოთქვამენ უკმაყოფილებას, რომ ადვოკატი-მედიატორები არა მხოლოდ უძღურნი არიან ამგვარი სიტუაციები მართონ, არამედ მათ უჭირთ კიდევ მსგავსი სიტუაციების გამოვლენა/შემჩნევა სანამ სასამართლო მათ სპეციალურ განხილვას არ ჩაუტარებს აღნიშნული საქმის შინაარსის გასაცნობად. მიუხედავად მათი კვალიფიციურობისა მართონ ამგვარი სენსიტიური საქმეები, ისიც ნათელია, რომ ოჯახური დავების გადასაწყვეტად, უფრო და უფრო დიდი დოზით იჭრებიან ადვოკატები მედიაციის სფეროში. ასე რომ, ადვოკატების ამ დოზით ჩართულობა ოჯახური დავების გადანყვევაში იმითაც გამომდინარეობს, რომ ისინი მეტად კვალიფიციურნი არიან სამართლებრივი კუთხით ვიდრე არადადვოკატი მედიატორები.⁴² არადადვოკატი მედიატორის შემთხვევაში შესაძლოა ყველაზე სასიცოცხლო იყოს რისკი იმისა, რომ არ მოხდეს რაიმე ფაქტის კანონგარეშე გადანყვევა ან პირიქით დაკნინება. ამგვარი რისკები უმრავლესად განქორწინების მსურველ წყვილებს ეხებათ.⁴³ თუმცა არადადვოკატი მედიატორთა რიცხვი, რომლებმაც რაიმე პრობლემები შექმნეს მედიაციის დროს საკმაოდ მცირეა და განქორწინების შემთხვევაში მედიაციისას აუცილებლად შესაბამისი კანონის ფარგლებში ხდება მოქმედება.⁴⁴

³⁶ იქვე, 1549–50. საოჯახო მედიაციასთან დაკავშირებული ზოგადი კრიტიკა, იხ. *Bryan P. E., Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power*, *Buff. L. Rev.*, Vol. 40, 1992, 441 და *Delgado R. et al., Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution*, 1985 *Wis. L. Rev.* 1359.

³⁷ ძალის დისბალანსის შესახებ აღნიშნულ სფეროში იხ. *Gagnon A. G., Ending Mandatory Divorce Mediation for Battered Women*, *Harv. Women's L.J.*, Vol. 15, 1992, 272.

³⁸ Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation IX, reprinted in *Fam. L.Q.*, Vol. 35, 2001, 27, 27-40.

³⁹ იქვე, სტანდარტი X.

⁴⁰ იქვე, სტანდარტი XI.

⁴¹ სტანდარტები IX cmt.B & X cmt.B.

⁴² *Hoffman D. A., Affolder N. A., Mediation and UPL: Do Mediators Have a Well-Founded Fear of Prosecution?*, *Disp. Resol. Mag.*, Winter, 2000, at 20.

⁴³ სატელეფონო ინტერვიუ *David Hoffman*, Founding Member, *Bos. Law Collaborative, LLC*, Sept. 16, 2011.

⁴⁴ *Nolan-Haley J. M., Lawyers, Non-Lawyers, and Mediation: Rethinking the Professional Monopoly from a Problem-Solving Perspective*, *Harv. Negot. L. Rev.*, Vol. 7, 2002, 235, 269–70.

III. საოჯახო მედიაციის თანამედროვე ტენდენციები

ა. ზოგადი ტენდენციები

როდესაც საოჯახო მედიაციის ზოგად ტენდენციებს განვიხილავთ, აუცილებელია გამოვყოთ 2 სხვადასხვა მედიატორის ტიპი: ერთი მხრივ, ოჯახის პირადი მედიატორები (კერძო) და, მეორე მხრივ, სასამართლოს მიერ დანიშნული მედიატორები, რომლებიც ან თავად სასამართლოს თანამშრომლები არიან ან მათ ქირაობს სასამართლო. ისტორიულად, სასამართლოს მიერ დანიშნული მედიატორები ძირითადად ოჯახური დავის საქმეებზე ინიშნებოდნენ. მედიაციის ზოგიერთი ექსპერტის მტკიცებით, 1980-იან წლებში, სასამართლოს მიერ დანიშნულ მედიატორთა უმრავლესობა იყვნენ ფსიქიატრები (სულით ავადმყოფთა სპეციალისტები).⁴⁵ საოჯახო და მომრიგებელი სასამართლოების ასოციაციის აღმასრულებელი დირექტორის პიტერ სალემის თქმით, ამგვარი ტენდენცია, როდესაც მედიატორთა უმრავლესობას ფსიქიატრები წარმოადგენდნენ, განპირობებული იყო იმით, რომ ოჯახური საქმეების მწარმოებელი სასამართლო საკონსულტაციო სააგენტოები ითხოვდნენ საქმე მათთვის გადაეცათ.⁴⁶ დღესდღეობით, სასამართლო სისტემაზე მიბმული მედიატორების დიდი ნაწილი კვლავ რჩება სულით ავადმყოფთა სფეროს სპეციალისტად, მათ შორის არიან სოციალური მუშაკები და ფსიქიატრები.⁴⁷ გარდა ამისა, სასამართლო სისტემაზე დაფუძნებულ პროგრამებში ჩართული მედიატორების უმრავლესობასაც არ გააჩნია სამართლებრივი ბექგრაუნდი.⁴⁸ ძირითადი მიზეზი იმისა, რომ სულით ავადმყოფთა სფეროს სპეციალისტები კვლავ მრავლად არიან მედიაციის სფეროში, გახლავთ ის, რომ სასამართლოზე დაფუძნებული მედიაციის პროგრამები ფოკუსირებულნი არიან უფრო ისეთ საკითხებზე, რომელიც შემდგომ მეურვეობის მინიჭებას ითვალისწინებს და არა ქონების გაყოფის შესახებ საკითხებზე.⁴⁹ სასამართლოზე დაფუძნებული ზოგიერთი მედიაციის სამსახური შეზღუდულნი არიან მოქმედების არეალში და მხოლოდ მეურვეობის საკითხებს კურირებენ.⁵⁰ ადვოკატები კვლავ რჩებიან მედიატორთა რიგებში, რომელთაც სასამართლო ნიშნავს, თუმცა მათი ანაზღაურება იურისდიქციის მიხედვით განსხვავდება.⁵¹ ზოგიერთი სამართალწარმოების დროს, ადვოკატი-მედიატორები, კერძო მედიატორებთან შედარებით, ნაკლებ თანხას გამოიმუშავენ იმ შემთხვევაში, თუკი მათ ნიშნავს სასამართლო.⁵² საგულისხმოა ისიც, რომ არ არსებობს მტკიცებულება რაც ადვოკატი-მედიატორის უპირატესობას და მეტ ეფექტიანობას განსაზღვრავს, არაადვოკატი მედიატორებთან მიმართებაში. თუმცა, ისიც ფაქტია, რომ სწორედ ადვოკატები ქმნიან წარმატებული ოჯახური მედიაციის პრეცედენტებს.⁵³ ათწლეულების წინ, როდესაც საოჯახო მედიაცია შემოვიდა, რო-

⁴⁵ ინტერვიუ *Peter Salem*, შენიშვნა 16.

⁴⁶ იქვე.

⁴⁷ *Milne et al.*, შენიშვნა 6, at 9. Some states, including California, require child custody mediators to be mental health professionals because they often take on multiple tasks, including custody evaluation. See, e.g., Cal. Fam. Code § 1815, West 2004 & 2012 Supp.

⁴⁸ იხ. *Mayer*, შენიშვნა 2, 70.

⁴⁹ იქვე.

⁵⁰ *Milne et al.*, შენიშვნა 6, 10.

⁵¹ *Velikonja U.*, Making Peace and Making Money: Economic Analysis of the Market for Mediators in Private Practice, *Alb. L. Rev.*, Vol. 72, 2009, 257, 286 (ადგილმდებარეობის მიხედვით მედიაციის საფასურის შესახებ).

⁵² იქვე, 281 (იმის შესახებ, რომ ადვოკატი-მედიატორები მედიაციის წარმართვისას უფრო დაბალ ანაზღაურებას იღებენ ვიდრე სხვა საქმეების წარმოებისას, მათი კომპეტენციის ფარგლებში).

⁵³ იხ. *Mayer*, შენიშვნა 2, at 70; ასევე, იხ. *Velikonja*, შენიშვნა 51, 281 (იმის შესახებ, რომ სრულ განაკვეთზე მომუშავე მედიატორის უმრავლესობა არის პროფესიით ადვოკატი) ინტერვიუ *Bernard Mayer*, Ph.D., Resident Professor of Conflict, Werner Inst. of Negotiation and Disp. Resol., in Orlando, Fla., June 3, 2011. *Mayer*-ს სჯერა, რომ არა ადვოკატი-მედიატორებისათვის საკმაოდ ძნელია საქმე წარმართონ წარმატებით, განსაკუთრებით როცა ეს ოჯახურ მედიაციას ეხება. თუმცა ის ასევე გამოყოფს რამდენიმე სფეროს, როგორებიცაა გარემოსდაცვითი თუ საერთაშორისო მედიაცია, სადაც ადვოკატი-მედიატორების ჩართვა აუცილებელი არ არის.

გორც დავის მოგვარების ერთ-ერთი მეთოდი, „ამ სიახლეს ყველა დაცინვით შეხვდა“.⁵⁴ საგულისხმოა ისიც, რომ ზოგიერთი ადვოკატი ამ მეთოდს სასტიკად ეწინააღმდეგებოდა.⁵⁵ ერთ-ერთი მთავარი მიზეზთაგანი ამგვარი წინააღმდეგობისა ადვოკატების მხრიდან გახლდათ შემდეგი: მათ ეგონათ, რომ საკუთარ საქმიანობა დაკარგავდნენ.⁵⁶ თუმცა, სწორედ ისინი, ვინც ამ სიახლეს ეწინააღმდეგებოდა ჩაებნენ მედიაციის პროცესში და გახდნენ მედიატორები, რადგან მიხვდნენ, რომ მათი სკეპტიციზმი უსაფუძვლო იყო და მედიაციაც გახლდათ უკეთესი გზა კლიენტის დარჩენილიყო კმაყოფილი და ასევე ფინანსურადაც საკმაოდ შემოსავლიანი საქმე იყო.⁵⁷ მეორე ძირითადი ფაქტორი, რამაც ადვოკატების მედიაციაში ჩართვის სურვილი კიდევ უფრო გაამძაფრა იყო სტატუსის ოფიციალურად მინიჭება და მედიაციის წესების დაკანონება.⁵⁸ აღნიშნული წესების გამოქვეყნებას თან მედიაციის ასოციაციის მხარდაჭერის ზრდა მოჰყვა.⁵⁹ ასევე, მედიაცია, ადვოკატებისათვის დამატებით შემოსავლის წყაროდ იქცა, თან პროცესის მართვა გაცილებით ნაკლებად დაძაბულ გარემოში და მხარეების ნაკლები გაღიზიანების ხარჯზე იყო შესაძლებელი.⁶⁰ ამჟამად მედიაციაში პროფესიონალი ადვოკატების ჩართულობა ქარბობს იმიტომ, რომ საქმის წარმოებისას მათი კომპეტენცია უფრო მაღალია ხშირ შემთხვევაში (კანონების თვალსაზრისით) და მოსამართლეებიც, ზოგიერთ შემთხვევაში, მათთან ურთიერთობას უფრო არჩევენ, საქმის ინტერესებიდან გამომდინარე.⁶¹ ბერნარდ მეიერმა მოვლენათა ეს ჯაჭვი ასე შეაფასა: „სამართლის სფეროს მსახურებმა თავდაპირველად უარყვეს მედიაცია და შემდგომ კი აირჩიეს ის“.⁶² აღნიშნული სტატია მოგვითხრობს 3 სხვადასხვა შტატში – ფლორიდაში, ილინოისსა და ტეხასში არსებული ტენდენციების შესახებ. ეს სამი შტატი არის კარგი მაგალითი იმისა, რომ განვიხილოთ ის ტენდენციები, რომლებიც ამ მიმართულებით იქ არსებობს და ასევე სამივეს აქვს განსხვავებული ისტორია. გარდა ამისა ავტორებმა მაგალითები კონკრეტული ინტერვიუების ჩანერის საფუძველზე განიხილეს.

ბ. ტენდენციები სამ შტატში

1. ტეხასი

ტეხასი იყო მოწინავე შტატი, რომელმაც მიიღო და ტეხასის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსით აღიარა დავის მოგვარების ალტერნატიული მეთოდი 1987 წელს.⁶³ კოდექსი გამოყოფს იმ პასუხისმგებლობებს, რომლებიც სასამართლოს აკისრია პროცესების მართვის დროს, რის მიხედვითაც მან პირველ პლანზე თავად შტატის პოლიტიკა უნდა დააყენოს.⁶⁴ ოჯახური დავების სპეციფიკიდან გამომდინარე, ტეხასის ოჯახის შესახებ კოდექსი მედიაციას ითვალისწინებს ორივე მხარის თანხმობის ან თავად სასამართლო ორდერის საფუძველზე.⁶⁵ საკითხის ტიპიდან გამომდინარე, საოჯახო საქმეების მედიაცია შეიძლება აწარმოოს ან კერძო მედიატორმა, ან დავების გადამწყვეტმა ცენტრმა (DRC), ან ოჯახური ურთიერთობების მომწესრიგებელმა ოფისმა (DRO).⁶⁶ აღნიშნული სერვისების სიმრავლე მხარეებს საშალებას

⁵⁴ ინტერვიუ *Bernard Mayer*, შენიშვნა 53.

⁵⁵ ინტერვიუ *Nancy Palmer*, *Family Lawyer and Mediator*, June 9, 2011.

⁵⁶ იქვე; *Velikonja*, შენიშვნა 51, 283.

⁵⁷ ინტერვიუ *Nancy Palmer*, შენიშვნა 55.

⁵⁸ იქვე.

⁵⁹ იხ. *Milne et al.*, შენიშვნა 6, 12.

⁶⁰ იხ. იქვე.

⁶¹ იხ. *Mayer*, შენიშვნა 2, 69.

⁶² ინტერვიუ *Bernard Mayer*, შენიშვნა 53.

⁶³ *Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann.* § 154.002, West 2011.

⁶⁴ იქვე, § 154.003.

⁶⁵ *Tex. Fam. Code Ann.* § 6.602, West 2006.

⁶⁶ *Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann.* § 152.002; ასევე, იხ. *Tex. Fam. Code Ann.* §§ 203.001–007 (აღწერს DRO's შექმნას ტეხასში).

უნდა აძლევდეს ფინანსურად მათთვის მისაღები ვარიანტი აირჩიონ.⁶⁷ ეს მრავალფეროვნება ტეხასის კანონმდებლობაში განპირობებულია იმით, რომ ოჯახური კონფლიქტები მშვიდობიანი და არა დაძაბული გზით გადაწყდეს, მაქსიმალურად გამოირიცხოს ყოველგვარი სასამართლო პროცესი. ზოგადად, ტეხასის სასამართლოები ოჯახური კონფლიქტების მოგვარებას უფრო მედიაციის დახმარებით ცდილობენ, სანამ საქმეს უშუალოდ სასამართლო პროცესის თარიღის დანიშვნამდე მიიტანენ. მრავალი ქვეყანა ოჯახური დავების საქმეში მედიაციის პროცესს აუცილებლად მოითხოვს, თუმცა სხვები მედიაციის უპირატესობას⁶⁸ მაშინ ხედავენ, როდესაც საქმის მოსმენისათვის უკვე თარიღია დათქმული.⁶⁹ იმისათვის, რომ მედიაციას ფასილიტაცია გაუწიონ, დიდი ქვეყნები ძირითადად, დავების გადამწყვეტ ცენტრსა (DRC) და ოჯახური ურთიერთობების მომწესრიგებელ ოფისს (DRO) იყენებენ, რათა ხარჯები ძალიან მაღალი არ იყოს.⁷⁰ ოლქის დავების გადამწყვეტი ცენტრები იყენებენ მოხალისე მედიატორებს, რომელთაც გავლილი აქვთ შტატის მიერ დანესებული შესაბამისი ტრენინგები⁷¹. მედიატორებს, რომელთაც სურთ, ტეხასის სასამართლოს სამუშაო გრაფიკში მოხვედრა, მაშინ მათ უნდა ჰქონდეთ გავლილი 40-საათიანი ტრენინგი დავის გადამწყვეტის ტექნიკის ფლობის შესახებ.⁷² ოჯახური დავების მედიაციის წარსამართად დამატებით 24-საათიანი ტრენინგის გავლაა საჭირო, რომელიც მოიცავს შემდეგ საკითხებს: საოჯახო დინამიკა, ბავშვთა განვითარება და ოჯახური კანონმდებლობა⁷³. დავების გადამწყვეტი ცენტრის (DRC) მედიატორები შეიძლება მრავალი სფეროს სპეციალისტებად ჩაითვალოს, რადგან მათ გავლილი აქვთ ზემოხსენებული სავალდებულო გადამზადების კურსები.⁷⁴ მათგან განსხვავებით, ოჯახური ურთიერთობების მომწესრიგებელი ოფისის (DRO) მედიატორები არიან ჩვეულებრივი შტატიანი თანამშრომლები, რომლებიც ხელფასს იღებენ,⁷⁵ ასევე მათი უმრავლესობა ფსიქიატრ-ფსიქოლოგები ან ადვოკატები არიან და მათ შეუძლიათ მართონ მედიაციის პროცესი იმ შემთხვევაში თუ საკითხი მშობლისა და ბავშვის ურთიერთობას ეხება.⁷⁶ თუმცა საჯარო სექტორის მედიაცია (ეს არის DRC და DRO) რაღაც დოზით მაინც განსხვავდება ერთმანეთისაგან ტეხასის შტატში, გარდა ამისა საგულისხმოა რომ ოჯახური დავების გადამწყვეტისას კერძო მედიაცია მაინც დომინირებს. სხვა მრავალი შტატის მსგავსად, ტეხასში საოჯახო მედიაცია პოპულარული 1980-იანი წლებიდან გახდა. დასაწყისში, მედიატორები სხვადასხვა სფეროს წარმომადგენლები გახლდნენ თუმცა, ამჟამად ოჯახური დავების გადასაწყვეტად, კერძო მედიაციის პროცესში, ძირითადად, ყოფილი მოსამართლეები და გამოცდილი ადვოკატები არიან ჩაბმულნი.⁷⁷ ამგვარად, ტეხასში, კერძო მედიაციის მწარმოებელი მედიატორების უმრავლესობა მაინც ადვო-

⁶⁷ Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 152.006; ასევე, იხ. Tex. Fam. Code Ann. § 203.005, West 2008 (მომსახურების გადასახადი DRO-სთვის).

⁶⁸ Midland Cnty., Tex., R. 2.4(b); ასევე, იხ. Jefferson Cnty., Tex., R. 3(A), <www.co.jefferson.tx.us/dclerk/rules.htm>; Lubbock Cnty., Tex., R. 4.45(B); Travis Cnty., Tex., R. 8.8(a).

⁶⁹ Harris Cnty., Tex., Fam. R. 3.2.2, <<http://www.justex.net/Courts/Family/LocalRules.aspx>>.

⁷⁰ ზოგიერთი დიდი ქვეყნის მაგალითები, რომელთაც აქვთ DRCs და DROs წარმოადგენს *Harris, Dallas, Tarrant, Bexar, Travis, El Paso*. მაგალითად, იხ. El Paso Cnty., Tex., R. 3.16(C), <<http://www.epcounty.com/councilofjudges/documents/part3.pdf>>, (ეხება შემდეგ საკითხს: DRC); Domestic Relations Office, Epcounrty.com, <<http://www.epcounty.com/DRO/>>, [11.04.2012].

⁷¹ იხ. FAQ's (Frequently Asked Questions), Disp. Resol. Center, <<http://www.austindrc.org/information-resources/faqs.php>>, [14.03.2012].

⁷² Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154.052.

⁷³ Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154.052.

⁷⁴ ჰარისის თემის დავების გადამწყვეტი ცენტრი (DRC) არის გამონაკლისი, რომელიც დაფინანსებულია ჰიუნსტონის სასამართლო ასოციაციის მიერ და აქვს თავისებური მოთხოვნები საოჯახო მედიატორებთან მიმართებაში. აღნიშნულ ცენტრში არაადვოკატი მედიატორები უფლებამოსილნი არ არიან მარტო აწარმოონ საოჯახო მედიაციის პროცესი. მათ პროცესი უნდა წარმართონ ადვოკატთან ერთად. სატელეფონო ინტერვიუ *Nick Hall*, Dir., Harris Cnty. Disp. Resol. Ctr., May 18, 2011.

⁷⁵ სატელეფონო ინტერვიუ *Duane Gallup*, ყოფილი Alt. Disp. Resol. კოორდინატორი, Dall. Cnty., Tex, July 6, 2011; ასევე, იხ. სატელეფონო ინტერვიუ *Ultis M.*, Intake Coordinator, Harris Cnty. Domestic Relations Office, July 8, 2011.

⁷⁶ ინტერვიუ *Megan Ultis*, შენიშვნა 75; იხ. Twx. Fam. Code Ann. § 203.004, West 2008.

⁷⁷ ინტერვიუ *Norma Trusch*, Mediator & Collaborative Att'y, Harris Cnty., in Houston, Tex. (May 16, 2011).

კატია და ძნელად თუ მოიძებნება სხვა, განსხვავებული პროფესიის ადამიანი, რომელთაც შეუძლიათ წარმატებული მედიაციის პროცესი უზრუნველყონ.⁷⁸ საგულისხმო ფაქტია ისიც, რომ ზოგიერთი ადვოკატის განცხადებით, რომელთაც ანონიმურად დარჩენა არჩიეს, მათ არ ეგულებათ ოჯახის ადვოკატები, რომლებიც საოჯახო მედიაციის საჭიროების შემთხვევაში არა-ადვოკატი მედიატორის ჩართვას ემხრობოდნენ ან ამართლებდნენ (ისინი არასოდეს ურჩივენ ოჯახს აირჩიონ არაადვოკატი მედიატორი). უმრავლეს შემთხვევაში, ოჯახის ადვოკატები საოჯახო მედიაციის პროცესის წარმმართველად ასევე ადვოკატებს (პროფესიით ადვოკატებს) აირჩივენ. ძალიან იშვიათ შემთხვევებში, ოჯახის ადვოკატები მედიაციის წარსამართად საქმეს ფსიქიატრ-ფსიქოლოგებთან ამისამართებენ, ეს ისეთ შემთხვევებში ხდება, თუ კონფლიქტი ძალიან ემოციურ ფონს შეიცავს და ფსიქიატრ-ფსიქოლოგის ჩართვა აუცილებელია.⁷⁹ ტეხასში, სხვა მრავალი შტატის მსგავსად, ადვოკატებს და მხარეებს შეუძლიათ თავად აირჩიონ საკუთარი მედიატორი.⁸⁰ თუკი მხარეები ვერ ირჩივენ მედიატორს, ასეთ შემთხვევაში მოსამართლე ნიშნავს მას. ტეხასში, მოსამართლეები, რა თქმა უნდა, მედიაციის პროცესის წარსამართად ადვოკატ-მედიატორებს ნიშნავენ, რათა მათ საქმე კანონის ფარგლებში სამართლიანად და ობიექტურად მიიყვანონ ბოლომდე.⁸¹

ჰიუსტონი არის ტეხასის შტატში ერთ-ერთი ყველაზე აქტიური თემი, სადაც საოჯახო მედიაციის პროცესში ადვოკატ-მედიატორებს იყენებენ. ზოგიერთი ადვოკატი, რომელიც ანონიმურად დარჩენას არჩევს, არ არის უფლებამოსილი უფლებამოსილება შეუზღუდოს ან ეჭვი შეიტანოს არაადვოკატი მედიატორის საქმიანობაში, რომელიც მედიაციას კერძო პრაქტიკის საფუძველზე ახორციელებს, ან გამოთქვას რაიმე პრეტენზია სასამართლოს მიმართ, რომელიც მათ ნიშნავს მედიატორებად. ჰიუსტონის რადიკალური პოზიცია საოჯახო მედიაციასთან დაკავშირებით ეყრდნობა ჰარისის ოლქის დავების გადამწყვეტ ცენტრს (DRC), რომელიც უფასო მედიაციას სთავაზობს მსურველებს.⁸² ზოგადად, არასამეწარმეო მედიაციის ცენტრების უმრავლესობა ირჩევს მოხალისე მედიატორებს, რომელთაც სხვადასხვა პროფესიული ბექგრაუნდი აქვთ. მიუხედავად იმისა, რომ ჰარისის ოლქის დავების გადამწყვეტი ცენტრის (DRC) მიერ წარმოებულ პროგრამაში ჩართული მედიატორების 85% არაადვოკატი მედიატორები არიან, საგულისხმოა ის ფაქტი, რომ ზოგადად დავების გადამწყვეტი ცენტრის (DRC) მედიატორები სავალდებულოა, რომ იყვნენ ადვოკატები.⁸³ თითქმის გამორიცხულია ისეთი უფასო მედიატორ პროვაიდერის პოვნა, რომელსაც ოჯახური დავების პროცესის წარმმართველად მხოლოდ ადვოკატი მედიატორები ეყოლება. ჰიუსტონის დავების გადამწყვეტ ცენტრში (DRC), თუ არაადვოკატი მედიატორი ოჯახური მედიაციის საქმის წარმოებით არის დაინტერესებული, ის ვალდებულია ეს საქმე წარმართოს პროფესიონალ ადვოკატთან ერთად.⁸⁴ ჰიუსტონში ზოგიერთი ადვოკატი განმარტავს, რომ აღნიშნული სფერო მთლიანად ადვოკატი-მედიატორებით არის დაკომპლექტებული და არაადვოკატი მედიატორები სასამართლოსაგან არც კი იღებენ შეთავაზებას მედიაციის პროცესის წარსამართად.⁸⁵ კვლევის მიხედვით, რომელიც სამხრეთ ტეხასის სამართლის კოლეჯმა ჩაატარა, რესპონდენტთა უმრავლესობამ გა-

⁷⁸ ინტერვიუ *Norma Trusch*, Mediator & Collaborative Att’y, Harris Cnty., in Houston, Tex. (May 16, 2011).

⁷⁹ იქვე.

⁸⁰ იხ., მაგ; El Paso Cnty., Tex., R. 3.16(C); Friend of the Ct. Bureau, State Ct. Admin. Office, Michigan Custody Guidelines 11; ასევე, იხ. 16th Jud. Cir. Ct. of Jasckson Cnty. R. 68.12 („მხარეები უფლებამოსილნი არიან ერთობლივად აირჩიონ მედიატორი, რომლებსაც აქვთ უფლება აწარმოოს მედიაცია წესი №88.05-ის გათვალისწინებით).“

⁸¹ სატელეფონო ინტერვიუ *Norma Trusch*, შენიშვნა 77.

⁸² Disp. Resol. Ctr. of Harris Cnty., <<http://www.co.harris.tx.us/drc/>>, [14.03.2012]. (1980, ნელს შეიქმნა დავების გადამწყვეტის ცენტრი, რომელიც არის არასამეწარმეო კორპორაცია და დაფინანსებულია ჰიუსტონის სასამართლო ასოციაციის მიერ, ჰარისის ოლქში).

⁸³ სატელეფონო ინტერვიუ *Nick Hall*, შენიშვნა 74.

⁸⁴ იქვე.

⁸⁵ სატელეფონო ინტერვიუ *Carel Stith*, Att’y-Mediator, Carel L. Stith, P.C., in Hous., Tex., May 16, 2011, ასევე, იხ. ინტერვიუ *Hon. Bruce Wettman*, Dir., Mediation Clinic at S. Tex. Coll. of Law, in Hous., Tex., May 23, 2011.

ნაცხადა, რომ საოჯახო მედიაციაში ჩართულ მედიატორთა თითქმის 99% არიან ადვოკატები.⁸⁶ კითხვაზე თუ ვის აირჩევდნენ მედიატორად თავად რომ დასჭირვებოდათ, 75%-მა განაცხადა, რომ ისინი უპირატესობას მიანიჭებდნენ ადვოკატ-მედიატორებს.⁸⁷ ბარბარა სანდერლანდ მანუსო არის არის, ერთ-ერთი ყველაზე წარმატებული არაადვოკატი მედიატორი ჰიუნსტონში, რომელთანაც მოხერხდა გასაუბრება. მანუსო, რომელიც არის კონფლიქტოლოგიის დოქტორი, ამბობს, რომ საოჯახო მედიაცია ჰიუნსტონში ყოველთვის განიხილებოდა, როგორც ადვოკატ-მედიატორის საქმე და დღემდე ასეთად რჩება.⁸⁸ მანუსო განმარტავს, რომ „მედიაციის წინამორბედი იყო კანონი, ანუ მედიაცია დაინყო კანონების საფუძველზე და, შესაბამისად, მედიატორთა უმრავლესობა ადვოკატებია“.⁸⁹ თავის გარდა, მანუსო კიდევ იცნობს რამდენიმე არაადვოკატ მედიატორს ჰიუნსტონში, რომელთაც შეძლეს ყოფილიყვნენ წარმატებული ამ სფეროში და გაეხადათ ის მათი შემოსავლის წყაროდ⁹⁰. ჰიუნსტონში, ადგილი სადაც შესაძლოა მოიძიო ადვოკატი და არაადვოკატი მედიატორები არის ოჯახური ურთიერთობების მომწესრიგებელი ოფისი (DRO). აღნიშნულ ოფისს სულ ჰყავს 11 მედიატორი, რომელთაგანაც 2 არის სრულგანაკვეთიანი ადვოკატი-მედიატორი და 9 – არაადვოკატი.⁹¹ მიუხედავად იმისა, რომ ადვოკატ-მედიატორებს მიჰყავთ მედიაციის პროცესის დიდი ნაწილი, არაადვოკატი მედიატორების ჩართულობაც ძალიან მნიშვნელოვანია.⁹² არაადვოკატ მედიატორთა ჩართულობის აუცილებლობის განსაზღვრა, საქმის სპეციფიკიდან გამომდინარე ხდება. კერძოდ, ოჯახური ურთიერთობების მომწესრიგებელი ოფისი (DRO) წარმართავს ისეთ პროცესებს, რომლებშიც, ძირითადად, ბავშვთა საკითხებია ჩართული.⁹³

სან ანტონიოში, ბექსარის ოლქის დავების გადამწყვეტი ცენტრი (DRC) ადვოკატ-მედიატორებს მიმართავს მაშინ, თუ ოჯახური დავა სასამართლო გარჩევამდე მიდის. კერძოდ, ის ოჯახურ დავებს 2 კატეგორიად ყოფს: სათემო დავა და სასამართლო დავა.⁹⁴ სასამართლო დავა მიეკუთვნება ისეთ საოჯახო დისპუტს, რომელიც უკვე სასამართლოსაა გადაცემული და განხილვას ელოდება. რაც შეეხება სათემო დავას, უმრავლეს შემთხვევაში, მედიატორები არ არიან ადვოკატები; მიუხედავად ამისა, სასამართლოში შეტანილი საოჯახო დავების გადასაწყვეტად, ბექსარის ოლქის დავების გადამწყვეტი ცენტრი (DRC) ერთ ადვოკატ-მედიატორს მაინც იყენებს პროცესში ჩასართავად. წარმოებული საქმიდან გამომდინარე, შეიძლება აღმოჩნდეს, რომ ადვოკატ-მედიატორთა გარდა, საჭიროა ფსიქიატრ-ფსიქოლოგების ან სხვა სპეციალისტების ჩართვა.⁹⁵

მიუხედავად იმისა, რომ დალასის დავების გადამწყვეტი ცენტრი (DRC) არ ითხოვს, რომ ოჯახური მედიაციის მწარმოებელი მოხალისე მედიატორები იყვნენ ადვოკატები, მათი უმრავლესობა მაინც ადვოკატია.⁹⁶ აღნიშნულ ცენტრში სულ 19 საოჯახო დავების მედიატორია, რო-

⁸⁶ S. Tex. Coll. of Law Frank Evans Ctr. for Disp. Resol., Family Mediation in Hous. Survey, May 6, 2011 (ავტორისეულ დოკუმენტებში).

⁸⁷ იქვე.

⁸⁸ სატელეფონო ინტერვიუ with *Barbara Sunderland Manouso*, მანუსოს დამფუძნებელი Mediation & Alt. Disp. Resol. (May 20, 2011).

⁸⁹ იქვე.

⁹⁰ იქვე.

⁹¹ სატელეფონო ინტერვიუ *Megan Ultis*, შენიშვნა 75.

⁹² იქვე.

⁹³ იქვე.

⁹⁴ სატელეფონო ინტერვიუ *Nancy Oseasohn*, Intake Mediation Manager, Bexar Cnty. Disp. Resol. Ctr., July 7, 2011.

⁹⁵ იქვე. *Richard Orsinger*, სან ანტონიოს ოჯახის ადვოკატი აღნიშნავს, რომ 1980-იანი წლების დასაწყისში სან ანტონიო იყო პირველი, სადაც მედიაცია პოპულარული გახდა მხარეებს შორის – იხილეთ სატელეფონო ინტერვიუ – *Richard Orsinger*, Att’y, *McCurley Orsinger McCurley Nelson & Downing L.L.P.*, June 18, 2011. დაპირისპირებული მხარეები მიდიოდნენ ადვოკატ-მედიატორებთან რჩევის საკითხავად. თუმცა ეს მეთოდი მალევე შეირაცხა, როგორც ინტერესთა კონფლიქტის გამომწვევი და ამიტომ ახალი მოდელი იქნა შემოღებული, როდესაც მედიატორთან მისვლისას, მხარეებს მედიატორი არ აძლევდა რჩევებს და უბრალოდ, ისმენდა მათ არგუმენტებს.

⁹⁶ სატელეფონო ინტერვიუ *Kim Martinez*, Dir., Disp. Mediation Servs., Inc., June 21, 2011.

მელთაგანაც 5 არ არის ადვოკატი პროფესიით. ამ ხუთიდან 2 არის ფსიქიატრ-ფსიქოლოგი. ჰიუნსტონის მსგავსად, მოსამართლეები დალასშიც არჩევენ საოჯახო მედიაცია ადვოკატ-მედი-ატორებმა წარმართონ.⁹⁷ ლინელ ინგლინგი, რომელიც ფსიქიატრიის დოქტორია, განმარტავს მედიაციის ევოლუციის პროცესს რამდენიმე ათწლეულის პერიოდში. მისი თქმით, 1980-იან წლებში, მის მიერ ჩატარებული 40-საათიანი მედიაციის ტრენინგის დამსწრეების უმრავლესობა არაადვოკატები იყვნენ, ხოლო მის მიერ ჩატარებული საოჯახო მედიაციის ტრენინგის დამსწრეთა მხოლოდ ნახევარს შედაგნენდენ ადვოკატები.⁹⁸ ეს გარემოება დროთა განმავლობაში, საქმეების და სფეროს სპეციფიკიდან გამომდინარე, შეიცვალა და უკვე ტრენინგის დამსწრეთა სიის უმრავლესობა ადვოკატები იყვნენ.⁹⁹ 1990-იანი წლებიდან ინგლინგმა შეამჩნია, რომ ადვოკატები კიდევ უფრო აქტიურად ერთვებოდნენ მედიაციის ფერხულში, რადგან უკვე სასამართლო ავალდებულებდა მათ ყოფილიყვნენ მედიაციის ნაწილი.¹⁰⁰ იმ გარემოებამ, რომ მედიაცია ფინანსურად მომგებიანი საქმე იყო, ადვოკატების ჩართულობა კიდევ უფრო აქტიური გახადა, რამაც გამოიწვია ის, რომ ინგლინგისა და სხვა ფსიქიატრ-ფსიქოლოგების, როგორც არაადვოკატი მედიატორების ჩართულობამ პროცესებში იკლო¹⁰¹.

გალვესტონის ოლქს, ტეხასში გააჩნია უპირატესობა მედიაციის სფეროში. დენ ამერსონი, რომელიც არის სასულიერი პირი და არის სამღვდლოების წევრი, წარმართავს მედიაციის პროცესებს გალვესტონის ოლქში ტეხასში. იმ მედიაციას უწევს ყველა სახის საქმეს თუმცა, ძირითადად, მაინც ფოკუსირებულია საოჯახო საქმეების კუთხით. ამერსონმა დაადასტურა, რომ საოჯახო მედიაცია, მაინც უფრო ადვოკატების ჩართულობას მოითხოვს ზემოაღნიშნულ ოლქში, ისევე, როგორც სხვა მრავალ შტატში.¹⁰² უკანასკნელი ათწლეულების მანძილზე, მან დაასკვნა, რომ ადვოკატების დიდი ნაწილი მედიაციას მიჰყოფს ხელს, რადგან გარდა იმისა, რომ მათ ამას გარკვეულწილად სასამართლო ავალდებულებს, ეს დამატებითი შემოსავლის წყაროც არის.¹⁰³ გარდა ამისა, ტეხასში მაინც იგრძნობა მეტი მიჯაჭვულობა ადვოკატი-მედიატორების მიმართ, რადგან ამას თავად შტატში არსებული სიტუაცია განაპირობებს.¹⁰⁴

ტრევისი არის ოლქი, რომელიც, ასევე, მოიცავს ოსტინს. ტეხასში და მისი დავების გადამწყვეტ ცენტრში (DRC) 59 საოჯახო დავის მედიატორიდან, მხოლოდ 20 არის ადვოკატი.¹⁰⁵

რამდენიმე ფაქტორი არსებობს, რატომაც არის ტენდენცია, რომ ტეხასში საოჯახო მედიაციაში უმრავლესად ადვოკატები არიან ჩართულები. უპირველეს ყოვლისა, აქ სამოქალაქო საქმეების მედიაციის გავრცელება ძალიან სწრაფად მოხდა. სამოქალაქო საქმეებში მედიაცი-

⁹⁷ იქვე.

⁹⁸ სატელეფონო ინტერვიუ *Lynelle Yingling*, Ph.D, J&L Human Sys. Dev., June 21, 2011.

⁹⁹ ტეხასის ოლქებში, სადაც მოსახლეობის რაოდენობა არის 150,000 ან მეტი წელიწადში 2 აუცილებელია განიხილებოდეს, როგორც მორიგებისათვის განკუთვნილი. *Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 155.001*, West 2011. ამ კვირების განმავლობაში სასამართლომ უნდა გაუნოს ფასილიტაცია მორიგების პროცესს. იხ. 155.003 Id. § 155.003.

¹⁰⁰ ინტერვიუ *Lynelle Yingling*, შენიშვნა 98.

¹⁰¹ იქვე.

¹⁰² სატელეფონო ინტერვიუ *Dan Amerson*, Mediator, Galveston Cnty., Tex., June 20, 2011.

¹⁰³ იქვე.

¹⁰⁴ იქვე. *ამერსონი* ემხრობა მის მოსაზრებებს საკითხთან მიმართებით. როდესაც მან 1999 წელს გაიარა 40-საათიანი გადამზადება, უთხრეს, რომ სულ ტყუილად დაკარგა დრო და ენერგია, ასევე ფული, რადგან მედიაციის წარმოების უფლება ჰქონდათ მხოლოდ ადვოკატებს. ამერსონმა მათ, რა თქმა უნდა, დაუმტკიცა, რომ ეს ასე არ არის.

¹⁰⁵ ტრევისის ოლქის დავების გადამწყვეტ ცენტრში (DRC), საზოგადოებას შეუძლია არჩევანის გაკეთება მედიაციის ორ მოდელს შორის, როდესაც საქმე საოჯახო მედიაციას ეხება: ე. წ. საზოგადოებრივი მედიაცია, როდესაც არ არის გარანტია იმისა, რომ მედიატორი აუცილებლად ადვოკატი იქნება პროფესიით, მეორე მოდელი იმას გულისხმობს, რომ მედიაციაში აუცილებლად ადვოკატი-მედიატორი იქნება ჩართული. პირველი მოდელის საფასური განისაზღვრება 50 დოლარით ხოლო მეორე – 200-ით. სატელეფონო ინტერვიუ *David Huang*, ტრევისის თემის საქმეთა მენეჯერი, June 21, 2011.

ამ შესაძლოა დიდი გავლენა მოახდინა საოჯახო მედიაციის წარმოებაზე.¹⁰⁶ ცნობილი საოჯახო დავების მედიატორი ჰიუნსტონში ამბობს, რომ ე.წ. „მაქოს დიპლომატიის“ მოდელმა (იგივეა რაც შუამოვლობა) დიდი პოპულარობით სარგებლობა დაიწყო საოჯახო მედიაციის კუთხით ვიდრე სამოქალაქო საქმეების მედიაციის მხრივ.¹⁰⁷ საოჯახო დავებში, იგი განმარტავს, რომ მხარეები იშვიათად ან საერთოდ არ ესწრებიან ერთობლივ სესიას, მედიაციის დასაწყისშიც კი.¹⁰⁸ მეორე გახლდათ ე.წ. სამოქალაქო სამართალდარღვევის რეფორმა. მესამე – რამდენიმე რესპოდენტმა განაცხადა, რომ კიდევ ერთი დამატებითი ფაქტორი არის ის, რომ ტეხასი არის ერთადერთი შტატი, რომელიც უფლებას აძლევს ნაფიც მსაჯულებს განიხილონ საპატიმრო დავა.¹⁰⁹ საბოლოოდ, ტეხასის მასშტაბით ადვოკატები აცხადებენ, რომ მათ განაპირობეს ის ფაქტი, რომ სასამართლო მედიაციისას, სწორედ მათ დანიშვნას არჩევენ, რადგან სწორედ ისინი არიან ხალხი, რომელიც ეხმარება მოსამართლეებს იყენენ მეორედ გადარჩეულნი (ხმის უფლება აქვთ).

2. ფლორიდა

ფლორიდაში სასამართლო სისტემა მედიაციის მეთოდს რამდენიმე ათწლეულია იყენებს.¹¹⁰ მას მერე რაც ფლორიდაში მედიაციის მეთოდი შემოვიდა, ის საკმაოდ პოპულარული გახდა, რადგან ფლორიდის საკანონმდებლო ორგანომ და სასამართლომ შექმნა ერთ-ერთი ძალზე მოქნილი და ყოვლისმომცველი მედიაციის პროგრამა, რომელიც სასამართლოსთან მჭიდრო კავშირშია.¹¹¹ „1987 წლამდე, ქვეყანაში მედიაციის პროგრამები და საოჯახო დავების შემთხვევები ძალაში შევიდა და საკანონმდებლო რეგულაციებზე მიბმული გახდა, სადაც მედიატორის გამოძახება ხდებოდა სასამართლოს წარდგინებით“.¹¹² სასამართლოზე დაფუძნებული მედიაციის პროგრამების რიცხვი 1988 წლიდან დღემდე 14-დან 48-მდე გაიზარდა.¹¹³ „ფლორიდას სტატუსის გაფართოება 1987 წელს მოხდა, როდესაც მოსამართლეებს უფლება მოსილება მიენიჭათ არჩევანის უფლებისა რათა საქმის გადასაწყვეტად მედიაციის მეთოდიც გამოეყენებინათ (საქმე მედიაციისათვის გადაეცათ)“.¹¹⁴ სასამართლო სესიის მიხედვით, რომელზეც საოჯახო მედიაციის პროგრამა ჩამოყალიბდა, „სასამართლოებმა მედიაციას უნდა მიმართონ და გადასცენ ისეთი საქმეებიც კი, როგორებიცაა: განქორწინება, მეურვეობა და სხვა ოჯახთან დაკავშირებული საკითხები“.¹¹⁵

ფლორიდაში, ყველა მედიატორს, ვისაც სურს, რომ სასამართლომ აირჩიოს და მედიაციის პროცესის წარმართვა ანდოს, უნდა ჰქონდეს ფლორიდის უზენაესი სასამართლოს მიერ გაცემული სპეციალური სერტიფიკატი.¹¹⁶ ერთ-ერთი რამ, რასაც ფლორიდას სხვა შტატებისაგან გამოარჩევს არის ის, რომ მედიატორთა სასერტიფიკატო პროგრამა და საერთოდ სერტიფიკა-

¹⁰⁶ საჯარო ქეისების შესახებ წარმოებული განხილვებისათვის იხილეთ, მაგ: *Alfini J. J., Trashing, Bashing, and Hashing It Out: Is This the End of “Good Mediation”?*, Fla. St. U. L. Rev., Vol. 19, 1991, 47; *Riskin L. L., Understanding Mediators’ Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, Harv. Negot. L. Rev., Vol. 1, 1996, 7; *Welsh N. A., The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?*, Harv. Negot. L. Rev., Vol. 6, 2001, 1.

¹⁰⁷ ინტერვიუ Hon. Bruce Wettman, შენიშვნა 85.

¹⁰⁸ იქვე.

¹⁰⁹ იხ. Tex. Fam. Code Ann. § 105.002, West 2008.

¹¹⁰ იხილეთ მაგ: სატელეფონო ინტერვიუ Hon. Bruce Wettman, შენიშვნა 85; *Alternative Dispute Resolution*, Fla. State Cts., <http://www.flcourts.org/gen_public/adr/adrintro.shtml>, [14.03.2012].

¹¹¹ იქვე.

¹¹² იქვე.

¹¹³ იქვე.

¹¹⁴ იქვე.

¹¹⁵ Fla. Stat. Ann. §44.102(2)(c), West 2003.

¹¹⁶ იხ. Fla. Stat. Ann. §10.100, West 2010.

ტის მიღება ქულობრივი სისტემიდან გამომდინარეობს.¹¹⁷ იმისათვის, რომ მედიატორის კვალიფიკაცია მიენიჭოს პიროვნებას, მან სათანადო ქულები უნდა დააგროვოს, რათა სერტიფიკატი მიიღოს.¹¹⁸ საოჯახო დავების პროცესის წარმართველო მედიატორი ვალდებულია ჰქონდეს ბაკალავრის დიპლომი და მინიმუმ 100 სასერტიფიკატო ქულა, რომელიც ტრენინგების პროცესში უნდა დააგროვოს.¹¹⁹ დავების გადამწყვეტ ცენტრს (DRC), რომელიც ბაზირებულია ფლორიდის უზენაესი სასამართლოს შენობაში, ჰყავს 2, 168 მედიატორი, რომელიც საოჯახო დისპუტებს წარმართავს. თითოეული მათგანი სერტიფიცირებულია ფლორიდის უზენაესი სასამართლოს მიერ.¹²⁰ აღნიშნული რაოდენობიდან 1, 127 არის არაადვოკატი მედიატორი და 1041 პროფესიით ადვოკატი მედიატორი.¹²¹ დავების გადამწყვეტი ცენტრის (DRC) მედიატორთა რეპორტინგის სისტემა აჩვენებს, რომ არაადვოკატი მედიატორები პროფესიის მიხედვით შემდეგნაირად იყოფიან:

ფსიქოლოგ-ფსიქიატრი = 398; ბიზნესექსპერტი = 80; მასწავლებელი = 93; ბულალტერი = 63; ექიმი/სტომატოლოგი = 2; სახელმწიფო მოხელე = 93; სამხედრო = 8; სხვა = 123.¹²²

დღემდე, ფლორიდაში ადვოკატი მედიატორები უფლებამოსილი იყვნენ (ჰქონდათ შესაბამისი სერტიფიკატი) წარემართათ სამოქალაქო საქმეები, მაშინ როდესაც არაადვოკატებს შეეძლოთ მედიაცია გაენიათ ოჯახური საქმეებისათვის.¹²³ გარდა ამისა, იმისათვის რომ გამხდარიყავი ოჯახის მედიატორი და სერტიფიკატი მოეცა ფლორიდას უზენაეს სასამართლოს, უნდა ყოფილიყავი ადვოკატი პროფესიით ან უნდა ყოფილიყავი სერტიფიცირებული ბულალტერი.¹²⁴

ფლორიდაში ოჯახური სასამართლო მედიაციის პროგრამები ძირითადად, დაკომპლექტებულია შტატის მედიატორებით (რომლებიც სასამართლოში მუშაობენ), რომელთაც კონკრეტული საქმის არსებობის შემთხვევაში ეძახის სასამართლო.¹²⁵ სასამართლოების უმრავლესობა კონტრაქტით ქირაობენ მედიატორებს, რადგან ამგვარი მეთოდით მედიატორის მონვევა უფრო იაფი უჯდებათ ვიდრე მათი სრულ განაკვეთზე შტატში დანიშვნა. კონტრაქტით დაქირავებულ მედიატორებს ან ფიქსირებულ თანხას უხდიან ან საათობრივად, მათ მიერ განეული შრომის შესაბამისად, თუმცა ტენასის შტატში სიტუაცია განსხვავებულია, როდესაც მონვეული მედიატორები თავად ასახელებენ თანხის ოდენობას.¹²⁶

სასამართლო მედიაცია ფლორიდაში, ძირითადად, მაინც რჩება ადვოკატი და არაადვოკატი მედიატორების „ნაკრებად“ (მიქსად), თუმცა ოლქების მიხედვით სიტუაცია მაინც განსხვავდება. პალმ ბიჩში მე-15 საოლქო სასამართლოს, დავის ალტერნატიული გადწყვეტის

¹¹⁷ იქვე. §10.105.

¹¹⁸ იქვე. §§10.100–10.105.

¹¹⁹ იხ. §§ 10.100, 10.105.

¹²⁰ იხ. Dispute Resolution Center Mediator Reporting System, Fla. Statects., <http://199.242.69.70/pls/drc/drc_main_screen>, [3.02.2012]. ეს რიცხვები ეყრდნობა სხვადასხვა ტიპის მედიატორთა კვლევას.

¹²¹ იქვე.

¹²² იქვე.

¹²³ იხ. Proposed Standards of Prof'l Conduct for Certified and Ct.- Appt'd Mediators, 604 So. 2d 764, Fla. 1992 (დადასტურებულია Fla. R. Certified & Ct.-Appt'd Mediators 10. 010, 1992) (codified as amendedat Fla. Stat. Ann. §10.100)).

¹²⁴ *In re Amendments to the Fla. Rules for Certified & Ct.-Appt'd Mediators*, 762 So. 2d 441, 449, Fla. 2000; ასევე იხ. Sup. Ct. Offla., Annual Report 17, 2006.

¹²⁵ იხ. Sip. Ct. of Fla., Comm'n on Trial Ct. Performance & Accountability, Recommendations for dispute resolution services in Florida's Trial Courts, 43, 2008, http://www.flcourts.org/gen_public/court-services/bin/ADRMedia tionReport08-2008.pdf>.

¹²⁶ *Velikonja*, შენიშვნა 51, 267 (ზოგიერთ შტატს აქვს საკუთარი რეგულაცია მედიაციის გადასახადის დანესებასთან დაკავშირებით) ასევე, იხ. Fla. Disp. Resol. Ctr., Florida Mediation & Arbitration Programs: Acompendium, Sharon Press ed., 18th ed. 2005, 84–86 (ფლორიდის ოლქის სასამართლოს მიერ შემუშავებული გადასახდი მედიატორთათვის) ასევე, იხ. Harris Cnty., Tex., Civ. Ct. at Law, No. 4, Mediation Instructions, Harris Cnty., Tex., Civ. Ct. at Law No. 4, <<http://www.ccl.hctx.net/civil/4/ Mediation% 20Instru ctions%20for%20Case%20Parties.pdf>>, [14.03.2012] (ჰარისის ოლქში, ტენასში მედიატორს მხარეებმა უნდა გადაუხადონ 400-400 დოლარი)

პროგრამაში (ADR) სრულ განაკვეთზე ირიცხება 4 მედიატორი,¹²⁷ რომელთაგანაც მხოლოდ 1 არის პროფესიით ადვოკატი და ასევე აქვს მენტალური ჯანმრთელობის პრობლემების მქონე ადამიანებთან მუშაობის გამოცდილება და ხარისხი.¹²⁸ გარდა ამისა იგივე, მე-15 საოლქო სასამართლოსჰყავს 30 კონტრაქტორი მედიატორი, რომელთაგანაც უმრავლესონა არის პროფესიით ადვოკატი.¹²⁹ კონტრაქტორ მედიატორებს 2-საათიანი სესიის ჩატარებაში დაახლოებით 125 აშშ დოლარს უხდიან.¹³⁰ ორლანდოში, მე-9 საოლქო სასამართლოში, ირიცხება 29 კონტრაქტორი მედიატორი, რომლებიც ოჯახური საქმეების მედიაციას აწარმოებენ, მათგან 19 არის ადვოკატი.¹³¹ დანარჩენი კი სხვადასხვა დარგის სპეციალისტები არიან, მათ შორის ექიმებიც.¹³² ზოგიერთ ოლქში, ადვოკატთა რაოდენობა, რომელსაც სასამართლო ქირაობს მედიაციისათვის ცოტაა. ეს შეიძლება იმითაც იყოს გამოწვეული, რომ მათ ცოტას უხდიან.

თუმცა, ერთ-ერთი მიზეზი, რისთვისაც ადვოკატები მედიაციის საქმის წარმართვას თანხმდებიან, არის გამოცდილებ მოხვეჭა. ასევე საგულისხმოა, რომ მედიატორთა რაოდენობის კლება ფლორიდაში უფრო ინტერდისციპლინარულია ვიდრე იგივე სიტუაცია ტეხასში. ამგვარი კლების დაწყება ფლორიდაში საქმეში ადვოკატ-მედიატორთა ჩაბმამ განაპირობა. მელ რუბინი, რომელიც არის ცნობილი ადვოკატი-მედიატორი და მედიაციის ტრენერი მაიამიში, განმარტავს, რომ 30 წლის წინ, ფლორიდაში, სოჯახო მედიაციის წარმართველნი ძირითადად იყვნენ ექიმები (სხვადასხვა პროფილის).¹³³ ბილ მორენო, მე-15 საოლქო სასამართლოს დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის პროგრამის (ADR) დირექტორი, აცდახებს, რომ ფლორიდაში სიტუაცია ტეხასის მსგავსად წარმართა, სახელდობრ კი, ადვოკატი მედიატორები ნაკლებად მოტივირებულნი იყვნენ მედიაციის წარმართვისას ვიდრე ზემოხსენებული პროფესიით ექიმი მედიატორები.¹³⁴ ენთუზიაზმის ამგავრი ნაკლებობა სხვადასხვა გარემოებით იყო განპირობებული, თუმცა ერთ-ერთი უმთავრესი დამაბრკოლებელი გარემოება ადვოკატი-მედიატორებისათვის გახლდათ ის, რომ მოლაპარაკებებისას მესამე მხარე უნდა ჩართულიყო. ეს იყო მანამ სანამ, ადვოკატებმა არ აღიარეს, რომ მესამე მხარის ჩართვა მედიაციაში განაპირობებდა იმას, რომ ისინი თავად ხდებოდნენ მედიაციით დაინტერესებულნი და ეს მათთვის საკმაოდ სერიოზული წამოწყება იყო.¹³⁵

ადვოკატთა ცვლის რაოდენობა რიცხვებშია ასახული. ამჟამად, ფლორიდის უზენაესმა სასამართლომ სერტიფიკატი გასცა 398 მენტალური ჯანმრთელობის სპეციალისტზე, როგორც მედიატორზე (ფსიქიატრი, ექიმი), თუმცა მთლიანი რაოდენობა სასამართლოში დასაქმებული მედიატორების უტოლდება 2,168.¹³⁶ ეს არის მხოლოდ 18%, რაც საკმაოდ საკვირველია, რადგან ცოტა ხნის წინ პროფესიით ექიმი მედიატორები იყვნენ მმართველი ძალა მედიაციის პროცესში. მაშინ როდესაც არაადვოკატი მედიატორები ჩაბმულნი არიან ფლორიდის სასამართლო მედიაციის მროგრამებში, კერძო ოჯახური მედიაციის წარმართველებად გვევლინებიან ადვოკატები.¹³⁷ მედიაციის ექსპერტები ფლორიდის შემთხვევაში, რეგულაციურ ცვლილებებზე საუბრობენ თუმცა აღნიშნული ცვლილებები ტეხასთან შედარებით ნაკლებად

¹²⁷ სატელეფონო ინტერვიუ *Bill Moreno*, Alt. Disp. Resol. Dir., 15th Jud. Cir. Ct. of Fla., July 14, 2011.

¹²⁸ იქვე.

¹²⁹ იქვე.

¹³⁰ იქვე.

¹³¹ 2011 Family Mediators, Ninth Judicial Cir. Ct. Offla., <http://www.ninthcircuit.org/programs-services/dispute-resolution-services/family_mediators.shtml>, [10.04.2012]; ასევე, იხ. სატელეფონო ინტერვიუ *Genie Williams*, Dir., 9th Jud. Cir. Ct. of Fla., Disp. Resol. Servs., July 14, 2011 (ვარდნის დადასტურება).

¹³² Ninth Jud. Cir. Ct. Offla., შენიშვნა 131; ინტერვიუ *Genie Williams*, შენიშვნა 131.

¹³³ სატელეფონო ინტერვიუ *Mel Rubin*, Att'y-Mediator, Miami, Fla., May 20, 2011; ასევე, იხ. სატელეფონო ინტერვიუ *Charles Castagna*, Att'y-Mediator, Clearwater, Fla., July 27, 2011 (დასტური იმისა, რომ ადრე ექიმები სჭარბობდნენ მედიაციის პროცესში ადვოკატ-მედიატორებს).

¹³⁴ ინტერვიუ *Bill Moreno*, შენიშვნა 127.

¹³⁵ იქვე.

¹³⁶ იხ. Dispute Resolution Center Mediator Reporting System, შენიშვნა 120. ციფრები მონოდეტულია კვლევის საფუძველზე, მედიატორთა ფუნქციის განსაზღვრის მიზნით.

¹³⁷ ინტერვიუ *Bill Moreno*, შენიშვნა 127.

ექსტრემალურია. მიუხედავად ამისა, ფლორიდაში თუ არაადვოკატ მედიატორებს სურთ მედიაციით ფული იშოვონ, მათ მრავალი მკაცრი გამოცდის გავლა უწევთ¹³⁸. მედიატორთა უმრავლესობა, განსაკუთრებით არაადვოკატი მედიატორები „არავითარ შემთხვევაში არ ტოვებენ თავიანთ სამსახურებს“ ამბობს ადვოკატი-მედიატორი ჰელენ სტეინი, მაიამიდან, ფლორიდა¹³⁹. ზოგიერთი ექსპერტი ამბობს, რომ არიან არაადვოკატი მედიატორები, რომლებმაც თავადაც არ იციან შოულობენ თუ არა ფულს ამით.¹⁴⁰ სხვები კი ფიქრობენ, რომ არაადვოკატი მედიატორებისათვის ფულის შოვნა მხოლოდ მედიაციის პროცესის წარმართვით, ძალიან იშვიათად გამოწვევის წარმოადგენს.¹⁴¹

3. ილინოისი

ტეხასისა და ფლორიდას მსგავსად, ილინოისშიც საოჯახო მედიაცია უკანასკნელი 30 წლის მანძილზე აქტიურად გამოიყენებოდა.¹⁴² თუმცა ილინოისში, ტეხასისა და ფლორიდასაგან განსხვავებით, საოჯახო მედიაცია არ იყო ისე ფართოდ გავრცელებული და არ ქონდა მოხვეჭილი ისეთი პოპულარობა, როგორც წინა ორი შტატის შემთხვევაში ვნახეთ. ეს საკითხი, ილინოისის ორ ცნობილ და გამოცდილ მედიატორთან გავნიხილეთ, რომელთაც ილინოისში ამგვარი ტენდენციის არსებობა, თავად შტატის სასამართლო ხელისუფლებისაგან საკითხის მიმართ უნდობლობით ახსნეს.¹⁴³ როდესაც ჩვენ განვუმარტეთ მათ, რომ, მართალია, ფლორიდაში სასამართლო ხელისუფლება საკმაოდ გავლენიანი იყო, თუმცა იმავეს თქმა ტეხასის შემთხვევაში არ შეიძლებოდა,¹⁴⁴ მათ გვითხრეს, რომ ილინოისი ეს იყო შტატი, სადაც სასამართლო ხელისუფლება ანტიპატიურად იყო განწყობილი თავად მედიაციის მეთოდისადმი, თუმცა ახლა ასე აღარ არის.¹⁴⁵ მიუხედავად იმისა, რომ ილინოისში პროფესიონალ მედიატორთა ჯგუფი – ილინოისის მედიაციის საბჭო, 1982 წლიდან არსებობდა, ერთ-ერთი გამოცდილი მედიატორის მტკიცებით „მედიაციის საზოგადოება ილინოისში ნამდვილად არ არის ძლიერი. ძალიან შეზღუდულია“.¹⁴⁶ ილინოისის შტატის, კუკის ოლქში, ჩიკაგოს საოლქო სასამართლოში, საოჯახო მედიაცია ფართოდ გამოიყენებოდა 1982 წლიდან.¹⁴⁷ კუკის ოლქის, საოლქო სასამართლოს ოჯახური ურთიერთობის განყოფილება, ყველა საკითხს, რომელიც დაკავშირებულია მეურვეობასთან და განქორწინების შემდგომ შვილის მონახულების პროცედურებთან გადასცემს ე.წ. ქორწინებისა და ოჯახის საკონსულტაციო სამსახურს (MFCS).¹⁴⁸ ეს არის უფასო სერ-

¹³⁸ ინტერვიუ *Mel Rubin*, შენიშვნა 133; ასევე, იხ. ინტერვიუ *Charles Castagna*, შენიშვნა 134. აღნიშნული ექსპერტები გამოკითხულ იქნენ რათა დაესახელებინათ არაადვოკატი მედიატორები, რომლებიც შემოსავალს მედიაციით იღებდნენ.

¹³⁹ სატელეფონო ინტერვიუ *Helen Stein*, Aug.1, 2011.

¹⁴⁰ იქვე.

¹⁴¹ ინტერვიუ *Charles Castagna*, შენიშვნა 133.

¹⁴² ილინოისის სასამართლო მედიაციის შესახებ მაგალითების განხილვისათვის ენციკლოპედია: Resolution Systems Institute, <<http://www.aboutrsi.org>>, [14.03.2012].

¹⁴³ ინტერვიუ *Corinne (Cookie) Levitz*, Bd. of Dir., Ass'n for Conflict Resol., Chi. Chapter, in Chi., Ill., July 7, 2011; ინტერვიუ *Susan Yates*, Exec. Dir., Resol. Sys. Inst., in Chi., Ill., June 28, 2011.

¹⁴⁴ მაშინ, როდესაც ტეხასის შტატის უზენაესმა სასამართლომ მედიაციის მეთოდის ფართოდ გავრცელებაში მონაწილეობა არ მიიღო, ამან სტიმული მისცა სასამართლო სისტემის სხვა წარმომადგენლებს ლიდერის პოზიცია დაემკვიდრებინათ. აღსანიშნავია, სააპელაციო სასამართლოს მთავარი მოსამართლე, *Frank Evans*, რომელიც ADR-ის მამამთავრად ითვლება ტეხასში.

¹⁴⁵ ინტერვიუ *Corinne (Cookie) Levitz*, შენიშვნა 143; ინტერვიუ *Susan Yates*, შენიშვნა 143.

¹⁴⁶ ინტერვიუ *Brigitte Bell*, ხელმძღვანელი და დამაარსებელი, *Bell B. S., P.C.*, in Chi., Ill., June 30, 2011.

¹⁴⁷ იხ. Illinois Court ADR Sourcebook, Rsi'sct. ADR Resource Ctr., <<http://courtdr.org/sourcebook/programs.php?ID=3&b1=proc&b2=65&menuID=69&menuanchor=anchor&submenuID=73&submenuanchor=anchor>>, [14.03.2012].

¹⁴⁸ MFCS პროგრამის განხილვისათვის იხ. *Zingery Sh., Levitz C. (Cookie), Royko D.*, Screening for Domestic Violence in Family Mediation Cases, in *Innovations in Court Services*, *Erickson C. A. ed.*, 2010, 41, 41–60; და Illinois Court ADR Sourcebook, შენიშვნა 147. განმარტება: MFCS-ის პროგრამა შედგენილია ამ წყაროებიდან და ასევე კონი (კუკი) ლევიტსთან ინტერვიუების საფუძველზე, შენიშვნა 143.

ვისი, რასაც სასამართლო სისტემა სთავაზობს მათ ვისაც სჭირდება და მისი რეალური ღირებულება წლიურად დაახლოებით 2, 400 დოლარია.¹⁴⁹ ე.წ. ქორწინებისა და ოჯახის საკონსულტაციო სამსახური (MFCS), განქორწინების საქმის წარმოებისას არ იხილავს ფინანსურ საკითხებს.¹⁵⁰ მისი არსებობის ისტორიის მანძილზე, ქორწინებისა და ოჯახის საკონსულტაციო სამსახური (MFCS) დაკომპლექტებული იყო, ძირითადად, პროფესიით ექიმი მედიატორებით (ფსიქიატრ-ფსიქოლოგებით)¹⁵¹. 1991 წელს კორინ (კუკი) ლევიტსი გახდა პირველი ადვოკატი-მედიატორი ქორწინებისა და ოჯახის საკონსულტაციო სამსახურში (MFCS).¹⁵² ქორწინებისა და ოჯახის საკონსულტაციო სამსახურში (MFCS) არის დაახლოებით 19 შტატიანი მედიატორი, რომელთაგანაც 5 არის პროფესიით ადვოკატი და 14 სხვა პროფესიის წარმომადგენელი (ძირითადად, ფსიქიატრ-ფსიქოლოგები).¹⁵³ როდესაც ის დაიქირავეს, ლევიტსმა განაცხადა „ისე მიყურებდნენ თითქოს უცხოპლანეტელი ვიყავი. განსაკუთრებით ფსიქიატრ-ფსიქოლოგი მედიატორებისაგან ისეთი მუხტი მოდიოდა, რომ თითქოს საოჯახო მედიაცია მათი საკუთრება იყო, რადგან მათ ყველაზე კარგად ესმოდათ თუ რა სტრესთანაა დაკავშირებული ოჯახის დანგრევა“.¹⁵⁴ მიუხედავად იმისა, რომ დასაწყისში მას ეჭვის თვალთ უყურებდნენ, ლევიტსის განმარტებით, დროთა განმავლობაში ეს ეჭვები გაქარწყლდა და ადვოკატი-მედიატორებიც საქმის წარმოებაში აქტიურად ჩაებნენ.¹⁵⁵

ზოგადად, MFCS მედიატორი დღეში ორი მედიაციის პროცესს წარმართავს, რომლებიც 2-2 საათს გრძელდება.¹⁵⁶ მოლოდინი არის შემდეგი, რომ თითოეული საქმე შედგება ერთი საწყისი სესიისაგან და შემდეგ 2 დამატებითი მედიაციის პროცესისაგან (განხილვისაგან).¹⁵⁷ თუკი საჭიროა, მესამე სესიაც შეიძლება დაემატოს, მანამ სანამ სასამართლო მოსმენის თარიღი გახდება ცნობილი.¹⁵⁸ ლევიტსი განმარტავს: „ჩვენზე ზენოლა არ ხდება იმისათვის, რომ პროცესი დავაჩქაროთ“.¹⁵⁹ ერთ-ერთი უმთავრესი ცვლილება საოჯახო მედიაციის პროცესში, რომელსაც რესპოდენტები ინტერვიუს მიმდინარეობისას ხაზს უსვამდნენ იყო ოჯახური ძალადობის შემთხვევების მიმართ მაღალი დელიკატურობა, განსაკუთრებით სასამართლო პროგრამებში. წარსულში, როდესაც გამოცდილ მედიატორთა უმრავლესობა ე.წ. „ჰაინეს მოდელის“¹⁶⁰ მიხედვით გადიოდა გადამზადებას, მათ ასწავლიდნენ, რომ მხარეები ერთად შეენარჩუნებინათ. ლევიტსი იხსენებს ინციდენტს, რომელიც ამ კუთხით ერთ-ერთ მნიშვნელოვან ქეისად შეიძლება მივიჩნიოთ:

1989 წელს, ჩიკაგოში AFCC კონფერენციაზე, ოჯახური ძალადობის წინააღმდეგ მებრძოლთა ჯგუფმა გამართა აქცია, იმის მოთხოვნით, რომ ოჯახის მედიატორებმა და სხვებმა უნდა გაითვალისწინონ ოჯახური ძალადობის შემთხვევების ალბათობა, მანამ სანამ საოჯახო მედიაციის პროცესს მიჰყოფენ ხელს. შედეგად, ქორწინებისა და ოჯახის საკონსულტაციო სამსახურმა (MFCS) შექმნა ოჯახური ძალადობის წინააღმდეგ მებრძოლი კომიტეტი. როდესაც მე მივედი ქორწინებისა და ოჯახის საკონსულტაციო სამსახურში (MFCS), ისინი აღნიშნულ საკითხს ძალიან სერიოზულად უყურებდნენ. მე დარწმუნებული ვარ, რომ ოჯახური ძალადობის

¹⁴⁹ Illinois Court ADR Sourcebook, შენიშვნა 147.

¹⁵⁰ ინტერვიუ *Corinne (Cookie) Levitz*, შენიშვნა 143.

¹⁵¹ Illinois Court ADR Sourcebook, შენიშვნა 147.

¹⁵² ინტერვიუ *Corinne (Cookie) Levitz*, შენიშვნა 143.

¹⁵³ Illinois Court ADR Sourcebook, შენიშვნა 147.

¹⁵⁴ ინტერვიუ *Corinne (Cookie) Levitz*, შენიშვნა 143.

¹⁵⁵ იქვე.

¹⁵⁶ იქვე.

¹⁵⁷ იქვე.

¹⁵⁸ იქვე.

¹⁵⁹ იქვე.

¹⁶⁰ *John Michael Haynes* ცნობილი იყო, როგორც განქორწინების თანამედროვე მედიაციის მამამთავარი. *Haynes* იყო საოჯახო მედიატორთა აკადემიის დამაარსებელი და პრეზიდენტი, რომელსაც გადამზადებული ჰყავს 20 000-ზე მეტი მედიატორი მსოფლიოს მასშტაბით. *Young P. M., A Connecticut Mediator in a Kangaroo Court?: Successfully Communicating the “Authorized Practice of Mediation” Paradigm to “Unauthorized Practice of Law” Disciplinary Bodies, S.Tex. L. Rev., Vol. 49, 2008, 1047, 1055 n.17.*

დამალვა (კონფიდენციალურობის ინტერესებიდან გამომდინარე) ძალიან მნიშვნელოვანი და სასიცოცხლოა, თუმცა მგონია, რომ ზოგიერთი ადვოკატ-მედიატორი ამას არ აკეთებს, და ფსიქოლოგ-ფსიქიატრებიც კი არ არიან ამ თემის მიმართ სათანადოდ სენსიტიურები. ეს ნამდვილად, რომ მედიაციის პროცესის საქმეა. თუ შენ ამ კუთხით არ გაქვს სათანადო გადამზადება მიღებული, ეს არ უნდა აკეთო.¹⁶¹

ბრიჯიტ ბელი, კერძო ადვოკატ-მედიატორი, რომელსაც აქვს მრავალწლიანი გამოცდილება აღნიშნულ სფეროში, ლევიტის მსგავსად იგივე დამოკიდებულება დააფიქსირა ოჯახური ძალადობის საკითხის მიმართ სენსიტიურობასთან დაკავშირებით და მისეული განმარტებაც გააკეთა:

რაც უფრო მეტი ადვოკატი ცდილობს წარმართოს მედიაციის პროცესი, ეს იმას ნიშნავს, რომ უმთავრესი მიზანი მხოლოდ საკითხის გადაჭრაა და მეტი არაფერი, მაგრამ მათ მეტი ანალიზის გამოჩენა მართებთ. თუმცა ადვოკატები, რომლებიც საკუთარ თავს მედიატორებს უწოდებენ ხშირ შემთხვევაში, საკითხში ღრმად ჩახედულნი სრულებით არ არიან. მაგალითად, ისინი კონფიდენციალურობის დაცვას დიდ ყურადღებას არ ანიჭებენ და სრულებით ვერ ხედავენ პრობლემას ოჯახური ძალადობის ფაქტების ფართოდ გამოაშკარავებაში, რადგან ფიქრობენ, რომ ამ საკითხს მხოლოდ მედიაციით აღმოფხვრიან.¹⁶²

ბელის თქმით, ადვოკატ-მედიატორთა რიცხვი საკმაოდ გაიზარდა და თავად ტერმინი „მედიატორი“ უკვე ფართოდ იხმარება: „1985 წელს ადვოკატებს სულაც არ უნდოდათ ეწარმოებინათ მედიაციის პროცესი. ამჟამად კი, თუ ადვოკატი არის ე.წ. GAL (რაც ნიშნავს მცირეწლოვანთა ან იმ ადამიანთა ინტერესთა დამცველი, რომლებსაც სასამართლოზე საკუთარი ინტერესების დაცვა არ შეუძლია), მათი საქმიანობა კვალიფიცირდება, როგორც „მედიაცია“.¹⁶³

კერძო ოჯახის მედიატორები, რომლებიც გამოვიკითხეთ აცხადებდნენ, რომ ილინოისის საოჯახო სასამართლო ძირითადად არ იყო მიმართული, რომ საქმის განხილვა მედიატორისათვის გადაეცა: „ოჯახის ადვოკატებს სურდათ ყველა საქმე თავად ეწარმოებინათ და ბოლომდე მიეყვანათ“.¹⁶⁴ ბელი განმარტავს: „საოჯახო სასამართლო დაინტერესებულია იმაში, რომ მოიპოვოს საკუთარი შემოსავალი, რათა იარსებოს. ისინი, იმ საქმეებს, რომლებიც მათთვის მომგებიანია არ გადასცემენ მედიაციას. ისინი მედიაციას გადასცემენ მხოლოდ იმ რთულ საკითხებს, რომელთა გადანყვეტაც თავად უჭირთ“.¹⁶⁵ ბელი ასევე ადასტურებს, რომ სწორედ ამ მიზეზის გამო, ის ოჯახის ადვოკატებისაგან ძალიან მცირე რაოდენობის საქმეს თუ მიიღებს სამუშაოდ. ის ძირითადად სამუშაოს ექიმებისაგან და უკვე კმაყოფილი კლიენტებისაგან იღებს. გარდა ამისა, მან განაცხადა, რომ იმ ადვოკატთა რიცხვი, რომელთაც მედიატორობა სურთ, დღითიდღე იმატებს:

ისინი ხედავენ, იმისათვის რომ შემოსავალი ჰქონდეთ, გარდა არსებული პროფესიისა, კიდევ რაიმე „ინსტრუმენტი“ უნდა დაუმატონ საკუთარ „სამუშაო იარაღების კომპლექტს“. თუმცა, ოჯახის ადვოკატები, საქმეს მედიაციას არაფრით გადასცემენ, რადგან პროცესის მართვა თავადაც შეუძლიათ, რაც მათთვის დამატებითი შემოსავლის წყაროა. ასე რომ, ძალიან დიდი კონკურენციაა. თუმცა თუკი მსგავსი რამ მოხდა და საქმე სხვა ადვოკატს გადაეცა, ეს იმიტომ, რომ ისინიც იგივეს ელიან ამა თუ იმ კოლეგისაგან მომავალში¹⁶⁶.

ამრიგად, მიუხედავად იმისა, რომ ილინოისის შტატში (განსაკუთრებით კუკის ოლქში) კერძო საოჯახო მედიაცია იზრდება, სასამართლოს მიმართვიანობა რათა საქმე გადაეცეს კერძო ოჯახის მედიატორებს, მაინც იშვიათობად რჩება.

თუმცა, ზოგადად, ის ეთანხმება ბელს და ამბობს, რომ კერძო მედიაცია განქორწინების პროცესის წარსამართად არ არის ძალიან გავრცელებული ილინოისში, კარენ შელდსი, კერძო

¹⁶¹ ინტერვიუ *Corinne (Cookie) Levitz*, შენიშვნა 143.

¹⁶² ინტერვიუ *Brigitte Bell*, შენიშვნა 146.

¹⁶³ იქვე.

¹⁶⁴ იქვე.

¹⁶⁵ იქვე.

¹⁶⁶ იქვე.

მედიატორი, რომელსაც საოჯახო დავების სასამართლოში მოსამართლედ მუშაობის 13-წლიანი გამოცდილება აქვს, ოპტიმიზმს გამოთქვამს, რომ ეს ტენდენცია იცვლება.¹⁶⁷ მან განმარტა, რომ ქორწინებისა და ოჯახის საკონსულტაციო სამსახურის (MFCS) მიერ შემუშავებულმა პროგრამებმა საკმაოდ დიდი როლი ითამაშა კერძო მედიაციის პოპულარიზაციის მიმართულებით და სერიოზული საფუძველი და განათლება მისცა მოსამართლეებს მედიაციის კუთხით. ის ასევე ეთანხმება ბელს იმ საკითხში, რომ მწვავე კონკურენცია არსებობს მედიაციასა და საოჯახო სასამართლოს შორის საქმეების განხილვის კუთხით: „განქორწინების საქმის წარმოების შემთხვევაში, რატომ დაუთმობს ოჯახის ადვოკატი აღნიშნულ საქმეს სხვა მედიაციისათვის?“¹⁶⁸ ამრიგად, მისი განცხადებით, განქორწინების პროცესის წარმართვაში საუკეთესო მედიატორები პროფესიით არ არიან ადვოკატები. შელდსის, როგორც კერძო საოჯახო მედიატორის წარმატება, იმითაც არის განპირობებული, რომ ის საოჯახო სასამართლოს აქტიური წევრი არ არის, თუმცა მისი მაღალი პრაქტიკა ე.წ. სასამართლო არბიტრაჟისა და მედიაციის სამსახურის (JAMS) წევრობის დამსახურებადაც შეიძლება ჩაითვალოს.¹⁶⁹

ილინოსის შტატის სხვა ოლქებში, სადაც ასევე არის საოჯახო მედიაციის პროგრამები, ეს ნიშა მაინც ადვოკატების მიერაა დაკავებული ე.წ. *“lawyer colonization.”* კუკის ოლქის ერთ-ერთმა კერძო მედიატორმა თქვა: „ლეიკის და დუპაჟის ოლქებს არ აქვთ ქორწინებისა და ოჯახის საკონსულტაციო სამსახურები (MFCS), თუმცა აქვთ წინასწარ დამტკიცებული სიები, საიდანაც ირჩევენ მედიატორებს“.¹⁷⁰

ლინ გრაფინმა, რომელიც არის ცნობილი საოჯახო მედიატორი ლეიკის ოლქში, ილინოსში, უფრო დეტალური განმარტება გააკეთა იმისა თუ რა სიტუაციაა მედიაციის მხრივ შტატის ისეთ ოლქებში, როგორებიცაა ლაიკი, მაკჰენრი და დუპაჟი.¹⁷¹ მისი თქმით აღნიშნულ ოლქებში განქორწინების საქმეების მედიაციისათვის გადაცემა 1980-იანი და 90-იანი წლების პერიოდში დაიწყო, რასაც სხვადასხვა მიზეზები ჰქონდა, რისთვისაც სასამართლო სისტემის ასოციაციას სპეციალური კანონპროექტის შექმნაც კი დაევალა.¹⁷²

სასამართლო სისტემის ასოციაციამ, იმისათვის, რომ საკუთარი წევრებისათვის საქმეები არ მოეკლო, შეიმუშავა კანონპროექტი, რომლის თანახმადაც, მხოლოდ ადვოკატები ითვლებოდნენ კვალიფიციურ მედიატორებად. ზოგიერთმა ჩვენგანმა ამგვარი წესების წინააღმდეგ პრეტენზიები გამოთქვა. ჩვენ ყოველთვის გვნამდა, რომ საოჯახო მედიაცია დისციპლინათშორისი სფერო იყო და მის ადვოკატირებას ვახდენდით სასამართლოს წინაშე. მათთვის (სასამართლო სისტემისათვის) არაადვოკატ მედიატორთა ჩართულობა პროცესში პირიქით, მეტად კომფორტული უნდა ყოფილიყო, რადგან, ხშირ შემთხვევაში, მედიაციის პროცესის წარსამართლად ფსიქიატრ-ფსიქოლოგებს იყენებდნენ.¹⁷³

ამჟამად ქვეყანაში სასამართლო სიები და საოჯახო მედიატორთა ჩამონათვალი დისციპლინათშორისია, თუმცა სასამართლოს მაინც უპირატესობა ენიჭება.

მოსამართლეებს უყვართ ისეთი ხალხის დანიშვნა ვინც უკვე იციან რასაც წარმოადგენს. ისინი იცნობენ ადვოკატებს და ნიშნავენ მათ, თუმცა ასევე შესაძლოა დანიშნონ არაადვოკატებიც, რომლების საქმიანობასაც ასევე კარგად იცნობენ. როდესაც საქმე სასამართლო განკარგულებით გადაეცემა მედიაციას და საკითხი საკმაოდ ცვალებადია, მაშინ მოსამართლე საჭიროდ მიიჩნევს საქმეში პროფესიით ფსიქოლოგი მედიატორის ჩართვას.¹⁷⁴

¹⁶⁷ ინტერვიუ *Honorable Karen Shields*, Mediator, JAMS, in Chi., Ill., June 24, 2011.

¹⁶⁸ იქვე.

¹⁶⁹ JAMS, ყველაზე დიდი დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის (ADR) სერვის პროვაიდერი მსოფლიოში About Jams, Jams: The Resolution Experts, <http://www.jamsadr.com/aboutus_overview>, [14.03.2012].

¹⁷⁰ ინტერვიუ *Brigitte Bell*, შენიშვნა 146.

¹⁷¹ სატელეფონო ინტერვიუ *Lynn Gaffigan*, Mediator, Lake Cnty., Ill., Oct. 14, 2011.

¹⁷² იქვე. თუმცა, *Gaffigan*-მა ასევე აღნიშნა, რომ ზოგიერთ ქვეყანაში, ექიმი-მედიატორები (ფსიქიატრები) ასევე ჩართული იყვნენ საკომისიო მოსმენებში, სადაც წესების შემუშავება/ჩამოყალიბების პროცესი მიმდინარეობდა.

¹⁷³ იქვე.

¹⁷⁴ იქვე.

სხვა ფაქტორები, რამაც ილინოისის შტატში მედიაციის პროცესში ჩაბმული ადვოკატების რაოდენობა გაზარდა, იყო ე.წ. უნიფიცირებული მედიაციის აქტი (IUMA) და, ასევე, სამთან დაკავშირებული საქმეები. ილინოისმა უნიფიცირებული მედიაციის აქტი (IUMA) 2002 წელს მიიღო.¹⁷⁵ აღნიშნული აქტის მე-10 პარაგრაფში წერია – „ადვოკატი ან სხვა ვინმე, ვისაც მხარე აირჩევს უფლებამოსილია მიჰყვეს თავად მხარეს და მონაწილეობა მიიღოს მედიაციის პროცესში“.¹⁷⁶ უნიფიცირებული მედიაციის აქტის (IUMA) თანახმად, ამჟამად ადვოკატები უფლებამოსილები არიან დაესწრონ მედიაციის პროცესს, რომელიც სასამართლო პროგრამის მიერ იმართება¹⁷⁷, თუმცა საგულისხმოა, რომ ადრე მათ ამგვარი შესახლებლობა არ ჰქონდათ. გარდა ამისა, 1990-იან წლების შუაში, ილინოისის შტატის ოლქების ნახევარზე მეტმა მიიღო სასამართლოს მიერ დაწესებული მედიაციის პროგრამა, რომელიც, ძირითადად, სამოქალაქო ტიპის საქმეების განხილვისათვის იყო მიმართული.¹⁷⁸ ამ პროგრამების გავრცელების და გაპოპულარულების გამო, ადვოკატები მედიაციის პროცესში უფრო სიღრმისეულად გაერკვნენ და უკვე მხარეებს შორის მედიაციასაც თავისუფლად ახდენდნენ. ისინი სრულფასოვან მედიატორებად იქცნენ.

ილინოისის უზენაესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ შტატის ყველა ოლქში უნდა ვრცელდებოდეს ადგილობრივი კანონები სამეურვეო მედიაციასთან დაკავშირებით, თუმცა მოშორებით მდებარე ოლქებში ჩამოყალიბდა საოჯახო მედიატორთა დისციპლინათშორისი ერთობა.

ჩიკაგოს მაგალითზე ერთ-ერთი ცნობილი საოჯახო მედიატორი და ტრენერი შემდეგ მოსაზრებას სთავაზობს მკითხველს: „მოშორებით მდებარე ოლქებში, მოსამართლეების ნაცნობობაზე დამოკიდებული მედიაციის პროცესში ფსიქიატრები ჩაერთვებიან თუ პროფესიით ადვოკატები“.¹⁷⁹

გ. ნამოჭრილი თემები

ამ ნაწილში, განვიხილავთ და შემოგთავაზებთ ზოგიერთი ტენდენციის შესახებ განმარტებებს, რომლებიც კვლევის შედეგად ნამოჭრა. ჩვენ ისინი ხუთ ძირითად თემად დავაჯგუფეთ.

1. ზოგადად, განქორწინების პროცესი კანონით რეგულირდება.

მედიაციის როლი არის, საქმის განხილვის შედეგად მიღწეულ იქნას შეთანხმება. მაშასადამე, ზოგადად გავრცელებული მოსაზრების მიხედვით, იმისათვის, რომ მედიატორმა მედიაციის პროცესი წარმართოს, ის არ არის ვალდებული სიღმისეულად იცოდეს იმ სფეროს დეტალები, რა სფეროშიც იგი მედიაციის პროცესს აწარმოებს, მათ შორის არის სამართლებრივი სფეროც.¹⁸⁰ მიუხედავად ამისა, ეს ზოგადი მოსაზრება მედიატორთა შესახებ, საოჯახო სამართლის სფეროში დეტალურ განმარტებას მოითხოვს. ზოგიერთი დაკვირების მიხედვით, არსებობს სრულიად განსხვავებული ოჯახური დავები, რადგან მაგალითად განქორწინების საკითხის მედიაციისას, საჭიროა მედიატორმა პროცესში სამართლებრივი საკითხები ახსენოს¹⁸¹. ერთ-ერთი კომენტატორის მოსაზრების მიხედვით, განქორწინების საქმე, სამართლებრივი საკითხების ჩაურევლობის გარეშე ვერ გადაწყდება.¹⁸² იმ შემთხვევაშიც კი, თუ განქორწინების მედიაციის საკითხები მხოლოდ მეურვეობისა და შვილის მონახულების საქმეებით შემოიფარგლება, ამ შემთხვევაშიც კი ვერ ავცდებით სამართლებრივ საკითხებს. ასე რომ, ამგვარი სა-

¹⁷⁵ იხ. Ill. Unif. Mediation Act, 710 ILL. COMP. STAT. 35/1–16, West 2007.

¹⁷⁶ 710 ILL. Comp. Stat. 35/10.

¹⁷⁷ იქვე.

¹⁷⁸ დამატებითი და დეტალური ინფორმაციისათვის იხ. *Schmitz S. J.*, A Critique of the Illinois Circuit Rules Concerning Court-Ordered Mediation, *Loy. U. Chi. L. J.*, Vol. 36, 2005, 783.

¹⁷⁹ ინტერვიუ *Lynn Gaffigan*, შენიშვნა 171.

¹⁸⁰ *Foster & Kelly*, შენიშვნა 17, 668.

¹⁸¹ იქვე.

¹⁸² *Schoenfeld N. M.*, Turf Battles and Professional Biases: An Analysis of Mediator Qualifications in Child Custody Disputes, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 11, 1996, 469, 481 (ციტირება: *Coombs R. M.*, Noncourt-Connected Mediation and Counseling in Child - Custody Disputes, *17 Fam. L. Q.*, 1984, 469, 493).

კითხების განხილვას, საბოლოო ჯამში, მაინც სამართლებრივ გარჩევამდე მივყავართ და საბოლოო განაჩენს მასთან მიმართებაში სასამართლო ლებულობს და ამონმებს. ასე რომ, სამართლებრივი სტრუქტურები საოჯახო კანონმდებლობის შემთხვევაში მაინც წამყვან ადგილს იკავებენ¹⁸³. მნუკინისა და კორნჰაუსერის დაკვირვება გვარჩვენებს, რომ განქორწინების შემთხვევაში მხარეები ფინანსურ და მეურვეობის საკითხებზე დაობენ და ამ ყველაფერს კანონის ძალით გადაწყვეტის ელფერი დაჰკრავს.¹⁸⁴ იმის გათვალისწინებით, რომ არსებობს სპეციალური წესები, რომლებიც განქორწინების საკითხებს არეგულირებს მედიაციისას (ფულთან, მეურვეობასთან, ბავშვის მზუნველობასთან დაკავშირებული საკითხები), მხარეები ძირითადად თანხმდებიან და ფიქრობენ იმაზე, თუ რა შეიძლება მომხდარიყო, თუ განქორწინების საქმე სასამართლოს გადაეცემოდა.¹⁸⁵

მთლიანად განქორწინების პროცესის სამართლებრივი მახასიათებლებიდან გამომდინარე, როდესაც წყვილის ცხოვრებაში მსგავსი ეტაპი დგება, პირველი რასაც ისინი მოითხოვენ, ეს არის ადვოკატის საჭიროება. ეს სრულებითაც გასაგებია, რადგან განქორწინების პროცესს მრავალი სამართლებრივი პროცედურა ახლავს.¹⁸⁶ განქორწინების მსურველი წყვილები მოითხოვენ გაცილებით მეტს, ვიდრე უბრალოდ პროცესის წარმართვაა.¹⁸⁷ ისინი მოითხოვენ, რომ ის, რაზეც ისინი თანხმდებიან, შესაბამისობაში მოდიოდეს სხვა მსგავსი ტიპის საქმეებთან/სიტუაციასთან (ანუ არ იყვნენ გამონაკლისები). განქორწინების მსურველი მხარეების გადაწყვეტილება, კიდევ ერთხელ უნდა გადამოწმდეს, განსაკუთრებით იმ შემთხვევაში თუ ერთი მხარე არ არის წარმოდგენილი (გადამომწმების მიზნით მათ კიდევ ერთხელ ჰკითხავენ, თუ რამდენად მყარია მათი გადაწყვეტილება). მაშასადამე, მრავალი მხარე, რომელიც არ არის წარმოდგენილი პროცესზე, მოითხოვს, რომ ჰყავდეს ადვოკატი-მედიატორი, რომელმაც იცის კანონები, თუმცა იმ შემთხვევაში, თუკი მხარე ესწრება პროცესს, ზოგიერთ მათგანს ასევე სურს ჰყავდეს ადვოკატი-მედიატორი, რათა ადვოკატთან ურთიერთობა გაუადვილდეთ.¹⁸⁸

გამომდინარე იქედან, რომ განქორწინების შესახებ დადგენილების მომზადება, რომელიც სასამართლოში სარჩელის შესატანად ვარგისი იქნება, კიდევ უფრო ცხადს ხდის იმ ფაქტს, რომ ხშირ შემთხვევაში, პროცესში ადვოკატ-მედიატორების ჩართულობა მნიშვნელოვანია. თუკი რომელიმე მხარე დაარღვევს დადგენილებას, ის აღარ იქნება ვარგისი სასამართლო სარჩელის მოსამზადებლად¹⁸⁹. მედიაციის შედეგად მიღებული გადაწყვეტილებები არ უნდა შეიცავდეს რაიმე სახის დარღვევებს საოჯახო კოდექსის ფარგლებში.¹⁹⁰ ადვოკატი, რომელიც კვალიფიციურია სამართლებრივ საკითხებში, მინიმუმამდე ამცირებს აღნიშნულ თემასთან დაკავშირებით მხარეებს შორის სავარაუდო გაუგებრობის წარმოშობის რისკს.¹⁹¹

სწორედ ამგვარი არგუმენტაცია, შესაძლოა გახდეს იმის მიზეზი, რომ არა-ადვოკატი მედიატორები ტოვებენ სფეროს და სხვა მიმართულებით აგრძელებენ მოღვაწეობას. პროფესორი ელინორ რობინი, მედიატორი, მედიაციის ტრენერი ბოკა რატონში, ფლორიდაში ამბობს: „ზოგიერთი არაადვოკატი მედიატორი გადამზადებას გადის იმისათვის, რომ მათ დიდი სურვილი აქვთ დაეხმარონ ოჯახებს კრიზისულ პერიოდში და სიტუაციიდან საუკეთესო გამოსავალი შესთავაზონ, თუმცა როგორც კი განქორწინების მედიაციისას, სამართლებრივ ასპექტებს აწყდებიან, მყისვე უკან იხევენ და ტოვებენ ამ სფეროს“.¹⁹² ის ასევე განმარტავს, რომ არაად-

¹⁸³ Salem P., Improving Our Family Courts and Services: A Call fo Interdisciplinary Collaboration, Unified Fam. Ct. Connection, Winter, 2011, at 7, 7.

¹⁸⁴ Mnookin, Kornhauser, შენიშვნა 1, 968.

¹⁸⁵ იქვე.

¹⁸⁶ იხ. Mayer, შენიშვნა 2, 69-70.

¹⁸⁷ იხ. 70.

¹⁸⁸ ინტერვიუ Schepard A., შენიშვნა 30.

¹⁸⁹ ინტერვიუ Hon. Wettman B., შენიშვნა 85.

¹⁹⁰ ინტერვიუ Hall N., შენიშვნა 74.

¹⁹¹ იხ. Capuzziello P. T., An Interdisciplinary Approach to Handling Divorce Cases, Unifies Fam. Ct. Connection, Winter, 2011, at 2, 4.

¹⁹² ინტერვიუ Elinor Robin, პროფესორი/დოქტორი, მედიატორი და მედიაციის ტრენერი; ორლანდო, ფლორიდა, June 4, 2011.

ვოკატი მედიატორები, სამართლებრივი სფეროს არცოდნის გამო თავს დამარცხებულად გრძნობენ და შესაძლოა მათ მიერ წარმოებულ მედიაციის მიმართ პრეტენზიაც კი გამოთქვან.¹⁹³ სწორედ ამ მიზეზის გამო, ზოგიერთ შტატში, მაგალითად ფლორიდაში, საოჯახო მედიაციის ტრენინგი უნდა მოიცავდეს ისეთ საკითხებს, როგორცაა: ფინანსური საკითხები, მეურვეობის შესახებ საკითხები და ა. შ., ანუ ყველაფერი ის, რაც განქორწინების პროცესის დროს აუცილებლად დგება ხოლმე.¹⁹⁴ თუმცა, მიუხედავად იმისა, რომ ტრენინგი შეიძლება მრავლისმომცველი იყოს, მრავალი არაადვოკატი მედიატორი მაინც თვლის, რომ განქორწინების საქმეებში თავს იჩენს მთელი რიგი სამართლებრივი საკითხები, რომელთა გადანყვეტა არაადვოკატი მედიატორისათვის რთულია და შესაძლოა ის არაკვალიფიციურადაც კი ჩაითვალოს.¹⁹⁵ მხარეთა გამოცხადების შემდეგ, არის ამგვარი ტენდენცია, რომ ადვოკატები თავად ირჩევენ ადვოკატ-მედიატორებს. მაშასადამე, მრავალი არა-ადვოკატი მედიატორი ისეთი საქმეების მედიატორად რჩება, სადაც სამართლებრივი საკითხები მინიმალურადაა¹⁹⁶ შესული (ნაკლებად არიან ჩართულები განქორწინების პროცესებში). რობინის აზრით, მედიატორს უნდა ძალუძდეს მიაღწიოს შეთანხმებას მედიაციის პროცესში, აქედან გამომდინარე საქმის წარმატებაც მის კვალიფიციურობაზეა დამოკიდებული.¹⁹⁷

2. ადვოკატი ტერიტორიალიზმი

ისტორიულად, ადვოკატობა იყო პროფესია, რომელიც მედიაციაში საყოველთაოდ იყო ცნობილი, თუმცა მხოლოდ უკიდურესი აუცილებლობის შემთხვევაში ერთვებოდნენ პროცესში. მრავალი ადვოკატი მედიაციას უფრთხობდა და მას კონკურენტად აღიქვამდა, ანუ ფიქრობდა, რომ ეს მათ ბიზნესს წაართმევდა და ერჩინათ ამ სფეროს სათოფეზე არ გაკარებოდნენ, თავი შორს დაეჭირათ. ასე რომ, ოჯახის ადვოკატები, რაც უფრო მეტად ჩაერთნენ კერძო მედიაციის პროცესში, გადანყვეტეს საქმე ადვოკატი-მედიატორებისთვის აღარ გადაეცათ და თავად ყოფილიყვნენ პროცესის მმართველნი. უფრო ზუსტად რომ განიმარტოს, საოჯახო დავების საქმეთა მომრიგებელი საზოგადოება (სამართლებრივი კუთხით) საკმაოდ ვიწრო ჯგუფია, რომელშიც ყველა ერთმანეთს იცნობს და, შესაბამისად, მედიაციის საჭიროების შემთხვევაშიც ერთ წრეში ტრიალებენ და უცხო მედიატორის მოძიება პრაქტიკულად არ ხდება.¹⁹⁸ ამგვარი ფენომენი ფართოდაა გავრცელებული: „ამგვარი პრაქტიკა გავრცელებულია და არ არის უცხო, რადგან აღნიშნული ვიწრო ჯგუფის წარმომადგენლები ერთმანეთს უფრო ენდობიან და სწორედ ამიტომ იყენებენ შიდა კონტაქტებს.“¹⁹⁹ მაგალითად, მედიატორები, რომლებიც არიან პროფესიით ფსიქოლოგ-ფსიქიატრები მედიაციის წარმოებისათვის შემოთავაზებას თავიანთი კოლეგებისაგან იღებენ, რომლებიც მუშაობენ წყვილებთან, რომლებიც გაყრას აპირებენ.²⁰⁰ დროდადრო ადვოკატთა დიდი ნაწილი ერთვება დავის ალტერნატიული გადანყვეტის (ADR) სფეროში. იმის გამო, რომ ეს სფერო საკმაოდ მოთხოვნადია, უფრო და უფრო მეტი ადვოკატი გადის ტრენინგებს ამ მიმართულებით. დავის ალტერნატიული გადანყვეტის (ADR) მეთოდის

¹⁹³ ინტერვიუ *Elinor Robin*, პროფესორი/დოქტორი, მედიატორი და მედიაციის ტრენერი; ორლანდო, ფლორიდა, June 4, 2011.

¹⁹⁴ იხ. Fla. Disp. Resol. Ctr., ADR Resource HAND BOOK, July 2011, 139, 168, <http://www.flcourts.org/gen_public/adr/bin/ResourceHandbook2011/2011ADRHandbookTab5MTSP.pdf>.

¹⁹⁵ ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ ყველა ადვოკატი-მედიატორი არ არის ვალდებული ღრმად იყოს ჩახედული საოჯახო კანონმდებლობაში.

¹⁹⁶ ინტერვიუ *Elinor Robin*, შენიშვნა 192.

¹⁹⁷ იქვე.

¹⁹⁸ იხ. *Velikonja*, შენიშვნა 51, 282 (იმის შესახებ, რომ ადვოკატები მედიაციის, როგორც ბიზნესის მთავარი წყარო არიან).

¹⁹⁹ ინტერვიუ *Peter Salem*, შენიშვნა 16.

²⁰⁰ ფსიქოლოგ-ფსიქიატრი მედიატორები მედიაციის საქმეთა უფრო დიდ რაოდენობას წარმართავენ, მანამ სანამ მხარეები ადვოკატს არ დაიქირავენ, რომ საქმეს გადახედონ. ელექტრონული წერილი *Gregory Firestone*-გან, Ph.D., Dir., U. of S. Fla. Conflict Resol. Collaborative, to author, Nov. 16, 2011, (on file with authors).

სამართლის სკოლაში სწავლება საშუალებას ძლევს მომავალ ადვოკატებს უფრო მეტი იცოდნენ ამ სფეროს შესახებ, და სწორად განსაზღვრონ თუ რა პლიუსი აქვს მედიაციის გზით დავის მოგვარებას და თუ როგორ შეიძლება გადაწყდეს საკითხი სასამართლოს გვერდის ავლით. ასე რომ, სასამართლო ადვოკატებისათვის არის მათი საქმიანობის მოედანი, თუმცა საოჯახო მედიაცია ზოგადად მაინც დამოკიდებულია სწორედ სასამართლოს მოქმედებაზე (ანუ, როგორ ჩაითვლება საკითხის გადაწყვეტა სწორად, სასამართლოთი თუ მედიაციით?)²⁰¹ დამატებით, მრავალი გამოცდილი მოდავე მხარისათვის, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის მეთოდი (ADR), სასამართლო პროცესისაგან განსხვავებით, უფრო მსუბუქი პროცესია. მრავალმა ადვოკატმა ADR-ის დადებითი მხარეები დიდი ხანია აღიარა.²⁰²

არსებობს ტენდენცია, რომლის მიხედვითაც ადვოკატები მედიაციის სისტემას გადაამონუმბენ ხოლმე, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც მხარეები არიან წარმოდგენილნი²⁰³. ზოგიერთი ადვოკატი, მედიატორის შერჩევის პროცესის გამაკონტროლებლადაც კი აღიქმება²⁰⁴. როდესაც მხარეები არიან წარმოდგენილნი, ადვოკატები თითქმის ყოველთვის ირჩევენ ადვოკატ-მედიატორებს.²⁰⁵ ბიზნესის წარმოებისა და გაფართოებისათვის მრავალი ადვოკატი-მედიატორი ცდილობს დაუხლოვდეს ოჯახის ადვოკატების წრეს, რადგან სამომავლოდ მათგან საქმეები მიიღოს. რესპოდენტები, რომელთაგანაც აღნიშნული დოკუმენტის მომზადებისათვის ინტერვიუები იქნა აღებული, ხშირ შემთხვევაში აღნიშნავენ, რომ მრავალმა ოჯახის ადვოკატმა შეიმუშავა საოჯახო მედიაციისათვის საჭირო პრაქტიკული ცოდნა და სხვა ოჯახის ადვოკატებთან ერთად ცდილობენ ამის ფართოდ გავრცელება-განვითარებას.²⁰⁶ უფრო დეტალურად კი, ეს არის შემთხვევა, როდესაც ადვოკატებს უნდათ ჰყავდეთ ადვოკატი-მედიატორები, რომელიც კლიენტის ყურამდე მიიტანს ცუდ ინფორმაციას და ასევე დაეხმარება და დაარწმუნებს მათ თუ როგორ დაგაწყვიტონ ის.²⁰⁷ ადვოკატები, რომლებიც შეჭიდებულნი არიან რთულ საქმეებს ნამდვილად ეძებენ კარგ ადვოკატ-მედიატორებს, რათა მათ დაეხმარონ.²⁰⁸

3. გაყრა და გაყრის შესახებ განჩინება უფრო და უფრო გართულდა

ოჯახის საქმეები, რომლებიც მედიაციას გადაეცა, ყველა საკმაოდ რთული შინაარსის იყო. „1980-იანი წლების ოჯახურ დავებთან შედარებით, თანამედროვე ოჯახური დავები უფრო კომპლექსური და რთულია, რომელიც ერთბაშად მრავალ პრობლემას მოიცავს“.²⁰⁹ გარდა

²⁰¹ იხ. ინტერვიუ *Lynn Gaffigan*, შენიშვნა 171.

²⁰² ინტერვიუ *Bill Moreno*, შენიშვნა 127.

²⁰³ ინტერვიუ *Bernard Mayer*, შენიშვნა 53.

²⁰⁴ *Velikonja*, შენიშვნა 51, 282.

²⁰⁵ ინტერვიუ *Kim Martinez*, შენიშვნა 96.

²⁰⁶ მაგალითად, ოჯახის ადვოკატმა, რომელიც ცდილობს მედიაციის პრაქტიკის განვითარებას, შესაძლოა სთხოვოს სხვა ოჯახის ადვოკატს მას გადასცეს მედიაციის საქმე, იმის სანაცვლოდ, რომ სამომავლოდ ისიც იგივეს იზამს.

²⁰⁷ სატელეფონო ინტერვიუ *Perry Itkin*, Att’y-Mediator, in Fort Lauderdale, Fla., Aug. 3, 2011. *Itkin*-ის განცხადებით ის არ ეთანხმება ამ პრაქტიკას. „ამგვარი პრაქტიკა გაუგებრობის მიზეზი შეიძლება გახდეს, რადგან ოჯახის ადვოკატებს ჰგონიათ, ადვოკატ-მედიატორი შეძლებს მათ კლიენტებს მისცეს სამართლებრივი რჩევა ან პრობლემური საკითხები „კანონის ფარგლებში“ მოაგვაროს, ისე, რომ ზღვარს არ გადავიდეს“.

²⁰⁸ თუმცა, სხვები ასკვნიან, რომ ოჯახის ადვოკატები რთულ საქმეებს გადასცემენ მედიატორებს მაშინ, როდესაც საქმე დიდ ფსიქოლოგიურ წნეხს ეხება და უმჯობესია პროცესში მედიატორი ჩაერთოს და განმუხტოს სიტუაცია. *Gregory Firestone* აღნიშნავს, რომ ფსიქოლოგ-ფსიქიატრ მედიატორებს შესწევთ ძალისხმევა ღირებული წვლილი და პოზიტიური გარდატეხა შეიტანონ მედიაციის პროცესში. მათ შეუძლიათ დაეხმარონ გაყრაზე მოტივირებულ წყვილებს, რომლებიც დიდი ფსიქოლოგიური წნეხის ქვეშ არიან. ელექტრონული წერილი *Gregory Firestone*-სგან, შენიშვნა.

²⁰⁹ *Salem P.*, The Emergence of Triage in Family Court Services: The Beginning of the End for Mandatory Mediation?, *Fam. Ct. Rev.*, Vol. 47, 2009, 371, 377 (პერეფრაზი), ციტირებული: *Saposnek D. T.*, Commentary: The Future of the History of Family Mediation Research, *Conflict Resol. Q.*, Fall-Winter 2004, 37, 38.

ამისა, ბოლო პერიოდში ე.წ. არატრადიციული ოჯახების სიმრავლემ სხვადასხვა საკითხების კიდევ უფრო მძაფრად წამოწევა განაპირობა, როგორებიცაა „ოჯახური ძალადობის ბრალდებები, ბავშვებზე ძალადობა და ა.შ.“²¹⁰ ე.წ. „no-fault“ (ამ შემთხვევაში განქორწინება შესაძლებელია ნებისმიერი დამატებითი მტკიცებულებების წარდგენის გარეშე) სტატუსის შემოღებამ განქორწინების პროცედურები გაამარტივა,²¹¹ თუმცა ქონების გაყოფასთან და სხვა მსგავს საკითხებთან დაკავშირებული სირთულეები უფრო და უფრო საჩოთირო გახდა. გარდა ამისა, ბავშვთა მეურვეობის საკითხი კიდევ უფრო გართულდა. მეურვეობის შესახებ მიღებული გადაწყვეტილებების არშესრულებას ადგილი ჰქონდა მაშინ, როდესაც დედა მიიღებდა მეურვეობის უფლებას და მერე საქმე აღარ განიხილებოდა²¹². მაგალითად, რიჩარდ ორზინგერის თქმით, მეურვეობის შესახებ გადაწყვეტილება ტეხასში, სრულდებოდა იმით, რომ მეურვეობის უფლება თანაბრად ნაწილდებოდა²¹³. ეს შეიძლება ისე გამოიყურებოდეს, თითქოს ამგვარი გადაწყვეტილება გაცილებით მარტივი მისაღებია, რადგან ადვოკატებს უხდებათ მინიმალურად ჩართვა პროცესში, რათა განსაზღვრონ თუ რომელი მშობელი იქნება მეურვე, თუმცა ამან შესაძლოა უფრო მოეტი სირთულე შექმნას²¹⁴.

ოჯახური დავების შესახებ საქმეებში გართულებების განუხრელმა ზრდამ თავად განქორწინების შესახებ სასამართლოს განჩინების გართულება გამოიწვია.²¹⁵ იმის გამო, რომ განქორწინების შესახებ სასამართლო განჩინება გართულებულია და დროშიც იწელება სწორედ ადვოკატები ითვლებიან სასურველ მედიატორებად, რათა კანონის ფარგლებში მართონ და გადაწყვიტონ ეს გართულებული პროცესები. მაგალითად, ტეხასში განქორწინებისათვის საჭირო მოთხოვნები ძალიან დეტალური და სპეციფიკურია. ტეხასში, განქორწინების შესახებ განჩინება შეიძლება იყოს 50-გვერდიანი ან მეტიც კი.²¹⁶ გარდა იმისა, რომ განჩინება საკმაოდ ვრცელია, თავად ტექსტიც სპეციფიკური იურიდიული ენითაა ნაწერი.²¹⁷ მიუხედავად იმისა, რომ არაადვოკატი მედიატორები, რომელთაც სპეციალური ტრენინგები აქვთ გავლილი საქმეს თავს გაართმევენ, კლიენტს მაინც სურს, რომ ამგვარი ტექსტის პრობებში საქმე ადვოკატებთან ჰქონდეთ და არა მედიატორებთან.

4. ე.წ. Prose (მხარის ინტერესების დაცვა სასამართლომდე) მხარეების და ქორწინებაში არმყოფი მშობლების რიცხვის ზრდა

დღესდღეობით საოჯახო სასამართლოების ტენდენცია ე.წ. რო შე მხარეების ზრდით ხასიათდება. ეკონომიკურმა დაღმასვლამ მიიყვანა საქმე აქამდე, რადგან განქორწინებისათვის წყვილები უფრო იაფიან და მარტივ გზას ეძებენ ვიდრე ადვოკატის დაქირავებაა, რადგან ამი-

²¹⁰ Pearson J., Court Services: Meeting the Needs of Twenty-First Century Families, 33 Fam. L. Q., 1999, 617, 618–19.

²¹¹ Chanen J. S., And Then There Was None, A.B.A. J., Vol. 96, Nov. 2010, 12, 12 (დასტური იმის შესახებ, რომ ყველა შტატში არსებობს ე.წ. no-fault განქორწინება). მიუხედავად იმისა, რომ დღესდღეობით ე.წ. no-fault განქორწინება მიღებულია, ზოგ შემთხვევაში, მომჩივანი მხარეებისაგან გამოთქმული პრეტენზიები საბოლოო ვერდიქტზე გავლენას ვერ ახდენს. Kazen B. A., Division of Property at the Time of Divorce, 49 Baylor L. Rev., Vol. 49, 1997, 417, 426.

²¹² Shepard A. I., Children, Courts, and Custody: Interdisciplinary Models for Divorcing Families, 2004, 14-19.

²¹³ ინტერვიუ Richard Orsinger, შენიშვნა 95; ასევე, იხ. Tex. Fam. Code Ann. §153.131(b), West 2008 (ორივე მშობლის მეურვედ დანიშვნა ბავშვის ინტერესებიდან გამომდინარე საუკეთესო გადაწყვეტილება).

²¹⁴ Richard Orsinger განმარტებით, დავა გადაწყვეტილების მიმღები მხარის განსაზღვრის შესახებ ძნელად გადასაწყვეტია. Richard Orsinger, შენიშვნა 95. For example, Orsinger explained that [y]ou can require consent of both parties for a decision to be made, allow either parent to consent, allow either parent to veto, or require the parent with exclusive decision-making authority to consult before making the decision. If consent of both spouses is required, you can have a third party tie-breaker, such as having the child’s primary physician’s recommendation prevail if the parents disagree.

²¹⁵ ინტერვიუ Andrew Shepard, შენიშვნა 30.

²¹⁶ იხ. ინტერვიუ Carel Stith, შენიშვნა 85; ინტერვიუ Norma Trusch, შენიშვნა 216; იქვე, 77.

²¹⁷ იხ. ინტერვიუ Carel Stith, შენიშვნა 85; ინტერვიუ Norma Trusch, შენიშვნა 77.

სათვის სერიოზული თანხებია საჭირო.²¹⁸ ასევე, მრავალი წყვილი, რომელიც სასამართლოს იყენებს იმისათვის, რომ ბავშვზე მეურვეობის საკითხი გადაწყვიტოს, ქორწინებაში სულაც არ არის²¹⁹. სწორედ აღნიშნული დაუქორწინებელი წყვილები წარმოადგენენ ხოლმე ე.წ. *pro se* მხარეების დიდ ნაწილს საოჯახო სასამართლოზე. ერთ-ერთი ფლორიდელი ადვოკატის თქმით, ამგვარ მხარეთა პროცენტული მაჩვენებელი ფლორიდაში 60-დან 80%-მდე მერყეობს.²²⁰ მხარეთა დიდი ნაწილი ფიქრობს, რომ ერთი ადვოკატ-მედიატორის ყოლა გაცილებით იაფი და უჯდებათ ვიდრე ცალ-ცალკე ადვოკატის დაქირავება.

გარდა ფინანსური მხარისა, მხარეებმა ადვოკატ-მედიატორი შესაძლოა საკუთარი კომფორტისთვისაც კი დაიქირაონ, რადგან ამ გზით პროცესის წარმოება გაცილებით მსუბუქია და დაძაბულობაც მინიმუმამდეა დაყვანილი. ზოგიერთი ამტკიცებს, რომ ე.წ. *pro se* მხარეების მედიაციის პროცესის წარმართვისას, სწორედაც რომ ადვოკატ-მედიატორის ყოლა ყველაზე უპრიანი გამოსავალია, რადგან ის კარგად იცნობს იმ იურიდიულ პრინციპებს, რაც ამგვარი პროცესის სამართავადაა საჭირო. ადვოკატ-მედიატორებს ეკრძალებათ რაიმე სახის სამართლებრივი რჩევის მიცემა, თუმცა მათ შეუძლიათ ამ კუთხით ცოდნა აუმაღლონ მხარეებს. მაგალითად, განქორწინების შემთხვევაში, ადვოკატმა-მედიატორმა შეუძლია მხარეებს ინფორმაცია მიანოდოს კონკრეტულ შტატში არსებულ კანონებთან დაკავშირებით ქონების გაყოფასა თუ სხვა საკითხებზე, ან ასევე ჩააყენოს საქმის კურსში თუ რას ითვალისწინებს ან არ ითვალისწინებს მოსამართლე მსგავსი საქმის განხილვისას²²¹. ასე რომ, როგორც ერთ-ერთი კომპეტენტური ექსპერტი ამბობს – „ადვოკატ-მედიატორების უმთავრესი ვალდებულებაა მედიაციის პროცესში კანონის სპეციფიკის მთლიანად თუ არა, ნაწილობრივ მაინც წარმოჩენა.“²²² ასე რომ, ადვოკატ-მედიატორი ეხმარება მხარეებს უმტკივნეულოდ მიაღწიონ სასურველ შედეგს, თუმცა კანონის დარღვევის გარეშე.²²³ თანაც მათი მომსახურება, ადვოკატების ინდივიდუალურად დაქირავებასთან შედარებით, საკმაოდ იაფია.²²⁴ მრავალ წყვილს კი უბრალოდ ზედმეტი დავიდარაბა და ხმაური არ სურს, სწორედ ამიტომ, მედიაცია მათთვის მისწრებაა.²²⁵ ლენი იანგლინგის დაკვირვებით, წყვილები ფიქრობენ, რომ „ადვოკატები სიტუაციის და კონფლიქტის ესკალაციას უწყობენ ხელს.“²²⁶ ასევე, ბერნარდ მეიერმაც აწარმოა დაკვირვება და დაასკვნა, რომ მხარეებს უბრალოდ არ სურთ პროცესი მართოს ადვოკატმა.²²⁷ ადვოკატის მოდელის თავიდან არიდების სურვილი და *pro se* წარმართვა თაობათა შეხედულებების ცვლილებით იყო გამოწვეული.²²⁸ ჰელენ სტეინის განმარტებით: „არასრულწლოვანი ბავშვები, მშობლების განქორწინებას მტკივნეულად აღიქვამენ, მითუმეტეს მაშინ, როდესაც პროცესს დაძაბულობა ახლავს, სწორედ ამიტომ მიმართავენ ხოლმე წყვილები მედიაციას.“²²⁹

²¹⁸ იხ. *Braz A.*, *Out of Joint: Replacing Joint Representation with Lawyer - Mediation in Friendly Divorces*, *Cal. L. Rev.*, Vol. 78S, 2004, 323, 361.

²¹⁹ იხ. U.S. Census Bureau, *Statistical Abstract of the United States: 2011*, 56, <<http://www.census.gov/prod/2011pubs/11statab/pop.pdf>>.

²²⁰ ინტერვიუ *Elaine Silver*, Att’y-Mediator, in Orlando, Fla., June 3, 2011.

²²¹ *Braz*, შენიშვნა 218, 359.

²²² იქვე, 352.

²²³ თუმცა, ადვოკატი-მედიატორი *Perry Itkin* მიიჩნევს, რომ მედიაციისას ადვოკატებს საკმაოდ სიფრთხილე მართებთ, რადგან რისკი იმისა, რომ მათ მიერ შემუშავებული (კონკრეტული საქმის შესახებ) გეგმა სამართლებრივ ჩარჩოებს გასცდეს, მაღალია. იხ. ინტერვიუ *Perry Itkin*, შენიშვნა 207.

²²⁴ ინტერვიუ *Elaine Silver*, შენიშვნა 220.

²²⁵ იქვე.

²²⁶ ინტერვიუ *Lynelle Yingling*, შენიშვნა 98.

²²⁷ ინტერვიუ *Bernard Mayer*, შენიშვნა 53.

²²⁸ ინტერვიუ *Helen Stein*, შენიშვნა 139.

²²⁹ იქვე.

5. ფისკალური შეზღუდვების შედეგად გამოწვეული ცვლილებები მედიაციის პროცესში (მედიაციის წესის ცვლილება)

მედიაციის მრავალი პროგრამა, რომელსაც სასამართლო აფინანსებდა ბოლო წლების განმავლობაში შეწყდა, არსებობა შეწყვიტა. ზოგადად, სასამართლო მომსახურების სააგენტოები მსურველებს მედიაციას ან უფასოდ სთავაზობენ ან საკმაოდ მისაღებ ფასად. ოჯახისა და მორიგების სასამართლო ასოციაციის (AFCC) მიერ, 1998-2004 წლებში ჩატარებული კვლევის თანახმად, ირკვევა, რომ სასამართლო მომსახურების სააგენტოების 92%-მა მოდავე მხარეებს მედიაციის სერვისი შესთავაზა.²³⁰ საგულისხმოა ისიც, რომ დაფინანსების შეკვეცის გამო მედიაციის პროგრამებს არსებობა უჭირთ, თანამშრომლების რაოდენობა მინიმუმამდე დაყვანილი, ხოლო საქმეთა სიმრავლის გამო სერიოზული პრობლემები იქმნება²³¹. იგივე კვლევის მიხედვით – საოჯახო სასამართლოების მომსახურების პროგრამის 48%-მა განაცხადა, რომ საქმეთა რაოდენობა გაუორმაგდა და პერსონალი არ ყოფნის, 39%-ს თანამშრომელთა რაოდენობა შეუმცირდა, 31% იძულებული შეიქნა ადმინისტრაციული პერსონალი დაეთხოვა, ხოლო 24% – კი გარდა ადმინისტრაციულისა, თავად მმართველი პერსონალის შემცირებაზე გადავიდა²³².

მიუხედავად იმისა, რომ ზოგიერთ სასამართლო პროგრამას ჰყავს მედიატორთა ჯგუფი, რომლებიც შტატიანი თანამშრომლები არიან, არსებობს პროგრამები, რომელთაც ფინანსური შეზღუდვების გამო არ შეუძლიათ სრულ შტატზე აიყვანონ მედიატორები და სულ ჰყავდეთ, შესაბამისად, მათთან განსახილველ საქმეთა რაოდენობის მართვა ძალიან ჭირს მათი სიმრავლის გამო. სწორედ ზემოაღნიშნულის გამო, სასამართლოები არჩევენ დაეკონტაქტონ ადგილობრივ მედიატორებს და მიიღონ მათი მომსახურება მინიმალური საფასურის გადახდის სანაცვლოდ. თუმცა, ზოგიერთი სასამართლო მედიაციის პროგრამა მთლიანად გადავიდა მედიატორების საჭიროების შემთხვევაში დაქირავების მოდელზე, რადგან ხარჯები შეემცირებინა. გარდა ამისა, თანხების სიმცირის გამო და იმის გამო, რომ მედიატორთა დასაქირავებლად ფული ვეღარ გამოიყოფოდა, მედიაციის წარსამართად ჩვეულებრივ სახელმწიფო მოხელეებს იყენებდნენ, რომელთაც საკმარისი არც დრო ჰქონდათ და არც გამოცდილება.²³³

ვინც არ უნდა იყოს მედიატორად არჩეულ/დანიშნული, თანხის დაზოგვის მიზნით მედიაციის წარმოების დროც შეზღუდულია, რამაც შესაძლოა არასასურველ გადაწყვეტილებამდე მიიყვანოს მხარეები.²³⁴ ერთ-ერთი ექსპერტის შეფასებით, სასამართლომ ბავშვთა მეურვეობის გადაწყვეტის საკითხი ერთ სესიამდე დაიყვანა, „არსებობს კიდევ უფრო მეტად რთული საქმეები და დროის სიმცირის გამო, შესაძლოა დავის მოგვარება სათანადოდ ვერ განხორციელდეს“.²³⁵ შესაძლოა პარადოქსულად ჟღერდეს, თუმცა მიუხედავად იმისა, რომ მედიაციის პროცესის დროის შეზღუდვაც თანხების დაზოგვის მიზნით ხდება, შესაძლოა საქმის სირთულის გამო მედიაციის ერთი სესია საკმარისი არ იყოს და განმეორებითი სესია დაინიშნოს, რაც ასევე თანხებთანაა დაკავშირებული, შესაბამისად, თანხებიც ორმაგდება. სასამართლოში შეტანილი საქმეების (იგულისხმება ოჯახური კონფლიქტები) ნახევარზე მეტი, წარმოადგენს ისეთ საქმეებს, რომლებიც შეიცავს კონფლიქტის უმაღლეს ხარისხს და მომჩივანი მხარეებისათვის მედიაციისათვის გამოყოფილი ლიმიტირებული დრო საკმარისი არ არის დავების მოსაგვარებლად, შესაბამისად, საქმის განხილვაც გაცილებით მეტ დროს მოითხოვს.²³⁶

²³⁰ *Salem*, შენიშვნა 209, 373, 377, ციტი.: *Babb B. A.*, George Ferrick & Stephen R. Grant, Presentation at the Annual Conference of the Association of Family and Conciliation Courts, Seattle, Wash.: AFCC Ct. Servs. Task Force Report, 2005.

²³¹ იქვე, 377.

²³² იქვე.

²³³ ინტერვიუ *Susan Berg*, Fam. Ct. Manager, 5th Jud. Cir., in Orlando, Fla., June 3, 201 (განმარტება იმის შესახებ თუ როგორ ხდება ეს ფლორიდაში ზოგიერთ რაიონში).

²³⁴ ფლორიდაში, სასამართლოს მიერ დაფინანსებული მედიაციის პროცესი ლიმიტირებულია და 2-დან 3 საათს შეადგენს. Sup. Ct. Offla., Comm'n on Trial Ct. Performance & Accountability, შენიშვნა 125, 6.

²³⁵ *Salem*, შენიშვნა 209, 378, ციტი.: *Kelly J. B.*, Family Mediation Research: Is There Empirical Support for the Field?, Conflict Resol. Q., Vol. 22, 2004, 3, 29.

²³⁶ იქვე, 381.

ასე რომ, აღნიშნულიდან გამომდინარე, რაც მედიაციის პროცესის წარმართვისას დროის შეზღუდვას გულისხმობს, დიდი მოთხოვნაა ისეთ მედიატორებზე, რომლებიც გადანყვეტილების მიღებაში მხარეებს დაარწმუნებენ და ამ მხრივ ისინი სპეციალურ ტრენინგებსაც გადაიან²³⁷. იმისათვის, რომ მედიაციის პროცესის ლიმიტირებული დროის მიუხედავად, რაც შეიძლება მეტი საქმე განიხილოს და გადანყვედეს, მედიატორები იქცნენ ე.წ. მიმართულების მიმცემებად, რაც მათ ძალიან ეხმარება სასურველი შედეგის მიღებაში.²³⁸ ეს არის ერთგვარი ზენოლა იმაზე, რომ გადანყვეტილება რაც შეიძლება შეზღუდულ დროში იქნეს მიღებული, რაც აღიქმება როგორც „ძალადობრივი მედიაცია“, ეს კი იმას ნიშნავს, რომ იმის მაგივრად, რომ მედიატორმა მხარეები გადანყვეტილების სისწორეში დაარწმუნოს, მათ აიძულებს ყველაფერი დროზე მოასწრონ.²³⁹ „დახურულ კარს მიღმა, სასამართლოს მიერ დაქირავებული ბევრი მედიატორი ხვდება, რომ მათთვის ე.წ. ფასილიტატური მედიაციის პროცესის მართვა საკმაოდ რთულია.“²⁴⁰ ისინი გამოთქვამენ პრეტენზიას, რადგან ისინი იძულებულნი არიან კლიენტს მიაწოდონ მაღალი ხარისხის სამუშაო საკმაოდ ლიმიტირებულ დროში რაც მათ ხელს უშლის საკუთარი საქმის ეფექტურად შესრულებაში²⁴¹. მიუხედავად იმისა, რომ მათი სტატუსია – მედიატორი, ისინი თვლიან, რომ მათ მიერ ჩატარებული პროცესი მედიაციად ნაკლებად შეიძლება მიიჩნიონ.²⁴²

იმის გამო, რომ კერძო სექტორში საოჯახო მედიაცია, უმრავლეს რეგიონში იმართება ადვოკატების მიერ, გარდაუვალი ხდება ის ტენდენციაც, რომ ამ ტიპის მედიაცია უფრო შეფასებითი სახის გახდა,²⁴³ იურისტ-მედიატორთან ერთად თავდაპირველად, დასაწყისშივე მხარეთა განცალკევებით.²⁴⁴ ზემოაღნიშნული ტენდენციები კარგად ჩანს სხვადასხვა შტატში წარმართული საქმეების მაგალითზე. მაგალითად, იანგლინგმა დაასკვნა, რომ დალასში, კერძო ოჯახური საქმეების განხილვისას (მედიაციისას), მოდავე მშობლების მხოლოდ 10% ეჯახება ერთმანეთს პირისპირ.²⁴⁵ კერძო მედიატორების მიერ საქმის წარმოების მიხედვით, ფლროიდა ძალიან ჰგავს ტეხასს. მიუხედავად იმისა, რომ საერთო მოთხოვნების წარმართვა გავრცელებულ პრაქტიკად იქცა, ახლა ხალხმა ამ პრაქტიკის გაპროტესტება დაიწყო.²⁴⁶ ამგვარი პრაქტიკიდან გამომდინარე, გასაკვირიც არ არის ბევრი ადამიანის რწმენა, რომ საოჯახო მედიაცია, განსაკუთრებით მაშინ როდესაც მას კერძო ადვოკატ-მედიატორი წარმართავს, მოთხოვნებს უფრო გავს ვიდრე საკითხის მკაცრად გადაჭრას. მთავარი მიზეზია, რომ შეთანხმება იქნეს მიღწეული, თუცა სამწუხაროდ უნდა აღინიშნოს, რომ მედიაციისას ეს უმთავრესი მიზეზი ხანდახან დარღვეულია.

²³⁷ *interview Bernard Mayer*, შენიშვნა 53.

²³⁸ იქვე.

²³⁹ იქვე.

²⁴⁰ *Salem*, შენიშვნა 209, 378.

²⁴¹ იქვე.

²⁴² იქვე (უცნობი მედიატორის მიერ ნათქვამის ციტირება).

²⁴³ *ib. Guthrie Ch., The Lawyer's Philosophical Map and the Disputant's Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and Lawyering*, *Harv. Negot. L. Rev.*, Vol. 6, 2001, 145, 180 (ადვოკატები მოქმედებენ სტანდარტული ფილოსოფიური რუკის მიხედვით, რაც მათ უქმნის წინასწარ განწყობას მედიაცია მეტწილად ფასილიტატური ვიდრე ფასილიტატური) ასევე, *ib. ინტერვიუ Mel Rubin*, შენიშვნა 133. *Rubin*, ადვოკატ-მედიატორი მაიამიდან, მიიჩნევს, რომ ეთნიკური წარმომავლობა ასევე დიდ როლს თამაშობს მედიაციის პროცესში. მაგალითად, მას სჯერა, რომ ლათინური წარმოშობის მშობლები მედიატორებს ეხმარებიან იმაში, რომ პროცესი იყოს უფრო ფასილიტატური (სწორად წარმართული). ისინი ადვოკატ-მედიატორებს აღიქვამენ ექიმებად და მათ რჩევებს ისმენენ ისე, როგორც მოისმენდნენ ექიმისაგან, საჭიროების შემთხვევაში.

²⁴⁴ *ინტერვიუ Hon. Bruce Wetman*, შენიშვნა 85.

²⁴⁵ *ინტერვიუ Lynelle Yingling*, შენიშვნა 98. 1990-ის დასაწყისში, როდესაც ინგლინგმა მრავალი ადვოკატი გადაამზადა მედიაციაში, მან თავად ნახა, თუ რა წინააღმდეგობა შეიძლებოდა ადვოკატს შეექმნა მედიაციის პროცესისათვის. ტრენინგზე მას ხშირად ეუბნებოდნენ, რომ მას წარმოადგენდა არ ჰქონდა, როგორ უნდა ემართა მედიაციის პროცესი, რადგან მედიატორი დაჟინებით მოითხოვდა, რომ მომჩივანი მხარეები ერთ ოთახში ყოფილიყვნენ და არა განცალკევებულად.

²⁴⁶ *ინტერვიუ Mel Rubin*, შენიშვნა 133.

მედიაში ადვოკატების აქტიურობა ჩართულობამ, თავად პროცესის წარმართვის სტილი შეცვალა. ადვოკატები, რომლებიც მხარეებს წარმოადგენენ, ფაქტობრივად, კარნახობენ იმ წესებს, რა წესებითაც მედიაში უნდა წარმოებოდეს. ადვოკატები თავს იკავებენ იმისგან, რომ მომჩივანი მხარეები ერთსა და იმავე ოთახში იყვნენ, ამიტომ თავიდანვე მოითხოვენ მედიატორებისაგან ისინი განაცალკევონ. გარდა ამისა, მედიატორების ღრმა რწმენით, ადვოკატებს სჭირდებათ მედიტორები, რათა პროცესის დაწყების დასაწყისში მათგან მიიღონ დამატებითი ინფორმაციები არსებული დავის შესახებ.²⁴⁷ ზოგიერთი ადვოკატი, მედიაციის პროცესზე ცხადდება დოკუმენტების დასტით ხელში, თითქოს ისინი სასამართლოსათვის ემზადებიან.²⁴⁸ ამგვარი ქმედებები მედიაციას გადააქცევს ჩვეულებრივ ტრიბუნალად, სამართალწარმოებად წესების გარეშე,²⁴⁹ სადაც ადვოკატები იმის მაგივრად, რომ „მწვრთნელის“ ფუნქცია შეითავსონ, თავად ხდებიან მთავარი როლის შემსრულებლები.²⁵⁰

ერთ-ერთი მედიატორის თქმით, რომელმაც ანონიმურად დარჩენა არჩია „საოჯახო მედიაში უკვე აღარ აღიქმება კლიენტზე ორიენტირებულ პროცესად, ის უბრალოდ ადვოკატის მიერ მართულ პოლიგონად იქცა.“ კლიენტზე ორიენტირებული მიდგომა, რომელიც მედიაციის, როგორც თავად პროცესის, ქცეკუთხედა, სრულიად დაიკარგა. შეიძლება ითქვას, რომ საოჯახო მედიაციამ თავისი მნიშვნელობა დაკარგა და უბრალო შემფასებლურ ფორუმად იქცა.

IV. დასკვნა

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან შესაძლებელია დავასკვნათ, რომ საოჯახო მედიაში არა კლიენტზე ორიენტირებული, არამედ ადვოკატების მიერ დომინირებული გახდა. განსაკუთრებით კერძო სექტორში, ადვოკატები მთლიანად აკონტროლებენ მედიაციის სფეროს. ადვოკატები და მოსამართლეები საქმეებს პირდაპირ გადასცემენ ადვოკატ-მედიატორებს და ამით სხვა პროფესიის მედიატორებს ჩაგრავენ. მოკლედ, ადვოკატების ზედმეტი ჩართულობა მედიაციის პროცესში მას კლიენტზე ნაკლებად ორიენტირებულს ხდის და განსაკუთრებით განქორწინების შემთხვევაში, წყვილებს ნაკლები შანსი აქვთ საკუთარი აზრის დაფიქსირების და ამიტომ სრულად მინდობილნი ხდებიან ადვოკატებზე თუ რა გადანყვეტილებას მიიღებენ ისინი. ასე რომ, დროთა განმავლობაში მედიაში ნაკლებად შეძლებს საკუთარი პოტენციალის ჩვენებას და გამოვლენას დავების გადანყვეტის პროცესში.²⁵¹

გამომდინარე იქიდან, რომ მედიაციის სფერო კარგავს მისთვის მინიჭებულ თავისუფლებას, ის უკვე ნაკლებად განსხვავდება საჯარო სექტორში არსებული სხვა ალტერნატიული პროცესებისაგან. მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლოს მიერ დაფინანსებული სამეურვეო მედიაციის პროგრამები დაკომპლექტებული იქნება ფსიქოლოგ-ფსიქიატრი მედიატორებით, ფინანსურმა შეზღუდვებმა, შესაძლოა ამ პროგრამების ჯერ კლება და მერე სრულად დახურვა გამოიწვიოს. ასე რომ, მოთხოვნა მედიაციაზე საკმაოდ კლებას დაიწყებს.²⁵² უფრო მეტიც, მედიაში მთლიანად გახდება ადვოკატებზე ორიენტირებული, სადაც კლიენტი მთლიანად მინდობილი იქნება ადვოკატის ნება-სურვილზე.²⁵³

²⁴⁷ ინტერვიუ *Norma Trusch*, შენიშვნა 77.

²⁴⁸ იქვე.

²⁴⁹ ინტერვიუ *Lynelle Yingling*, შენიშვნა 98.

²⁵⁰ იხ. *Schepard, Introduction*, შენიშვნა 32, 24.

²⁵¹ მაგ., იხ. *Hinshaw A.*, *Mediators as Mandatory Reporters of Child Abuse: Preserving Mediation's Core Values*, Fla. St. U. L. Rev., Vol. 34, 2007, 271, 276 (ბავშვზე მეურვეობისა და განქორწინებისას მედიაციის გამოყენების ყველაზე დიდი პლიუსი გახლავთ ის, რომ მიახვედროს მხარეები, რომ ემოციურ ფონზე მიღებული გადანყვეტილება არ არის სწორი და ყველაფერი ახლიდან დაიწყო.).

²⁵² იხ. *Salem*, შენიშვნა 209.

²⁵³ სხვა შემთხვევაშიც კი, როდესაც მედიაციის შეთავაზება ხდება მხარეებისათვის, პროცესი ვერ იქნება წარმატებული თუკი თავად მედიაციის მოთხოვნა ზოგადად კლებადა.

ამრიგად, ადვოკატების მიერ მედიაციის სფეროს სრული კოლონიზაცია ნიშნავს იმას, რომ მედიაცია, როგორც დავის მოგვარების ერთ-ერთი ეფექტური წესი თავის ფუნქციას კარგავს. ერთ დროს განქორწინებისა და კერძო საოჯახო დავების გადაწყვეტის ყველაზე ეფექტური მეთოდი მეორეხარისხოვანი ხდება. თუკი საოჯახო მედიაცია უნდა აღიქმებოდეს, როგორც დავის მოგვარების ყველაზე ეფექტიანი მექანიზმი, ადვოკატმა-მედიატორებმა მიდგომა უნდა შეცვალონ და კლიენტს შესთავაზონ რაიმე უფრო ქმედითი ვიდრე უბრალოდ სამართლებრივი განხილვა. სხვა შემთხვევაში, განქორწინების მსურველი წყვილები მიმართავენ ალტერნატიულ მეთოდებს, როგორებიცაა კოლაბორაციული კანონი, მშობელთა კოორდინაცია ან მოლაპარაკება პოზიტიური შედეგის მისაღწევად.²⁵⁴

მედიაციის მომავალი შესაძლოა მჭიდროდ იყოს დამოკიდებული თავად ადვოკატურის მომავალზე. საუბარი იმაზე, რომ მედიაციამ დაიბრუნოს თავისი უმთავრესი ფუნქცია, მაშინ იქნება უპრიანი, თუ მედიატორობის მსურველი პროფესიით ადვოკატები გადამზადდებიან და შეიძენენ იმ თვისებებს რაც პროფესიონალი მედიატორისათვის ძალიან მნიშვნელოვანია, ასევე კოორდინირებულად იმუშავენ სხვა პროფესიის მედიატორებთან.

დანართი

რესპოდენტების სია

დენ ამერსონი	გალვესტონი, ტეხასი
რობერტ ა. ბედგლეი	ჩიკაგო, ილინოისი
ბრიჯიტ ბელი	ევანსტონი, ილინოისი
სიუზან ბერგი	ტავარესი, ფლორიდა
ჩარლზ კასტაგნა	ტამპა, ფლორიდა
ჯენის ფლეიზერი	ტალაჰასსე, ფლორიდა
გერგორი ფაიერსთოუნი	ტამპა, ფლორიდა
ლინ გაფიგანი	ლეიკ ბლაფი, ილინოისი
დუანე გალოპი	დალასი, ტეხასი
ლონი მ. გრაბოსვიკი	ჰიუსტონი, ტეხასი
ნიკ ჰოლი	ჰიუსტონი, ტეხასი
დევიდ ჰოფმანი	ბოსტონი, მასაჩუსეტსი
დევიდ ჰუანგი	ოსტინი, ტეხასი
პერი იტკინი	ფორტ ლაუდერდეილი, ფლორიდა
კორინი(კუკი)ლევიტსი	ჩიკაგო, ილინოისი
კიმბერლი კოვანი	ოსტინი, ტეხასი
ბარბარა სანდერლენდ მანოუსო	ჰიუსტონი, ტეხასი
კიმ მარტინეზი	დალასი, ტეხასი
ბერნარდ მეიერი	ომაჰა, ნებრასკა
ბილ მორენო	პალმ ბიჩი, ფლორიდა
რიჩარდ ორსინგერი	სან ანტონიო, ტეხასი
ნენსი სოსისონი	სან ანტონიო, ტეხასი
ნენსი პალმერი	დეიტონა ბიჩი, ფლორიდა
შერონ პრესი	სან პაულუ, მინესოტა
კენეს რემპელი	შორთ ჰილი, ნიუ ჯერსი

²⁵⁴ იხ., ზოგადად, *Salem*, *SeniSvna* 209 (identifying these and other alternatives in the divorce context, notably triage).

ელინორ რობინი
მელ რუბინი
პიტერ სალემი
არნი შიენვოლდი
ენდრიუ შეპარდი
კარენ შილდსი
ელაინ სილვერი
კარელ სტიტი
ჰელენ სტეინი
ნორმა ტრუსჩი
მეგან ულტისი
ბრიუს ვეტმანი
ჯენი ვილიამსი
სიუზან იატესი
ლინელ იანგლინგი

ბოკა რატონი, ფლორიდა
მაიამი, ფლორიდა
მედისონი, ვისკონსი
ჰარისბურგი, პენსილვანია
ნიუ-იორკი, ნიუ-იორკი
ჩიკაგო, ილინოისი
ლეიქ მერი, ფლორიდა
ჰიუსტონი, ტეხასი
მაიამი, ფლორიდა
ჰიუსტონი, ტეხასი
ჰიუსტონი, ტეხასი
ჰიუსტონი, ტეხასი
ორლანდო, ფლორიდა
ჩიკაგო, ილინოისი
დალასი, ტეხასი

Advising Clients About ADR: A Practical Guide to Having Difficult Conversations About Selecting Options

Many jurisdictions recognize that advocates have an ethical obligation to inform their clients about available alternative dispute resolution processes.¹ Even when an ethical duty is not involved, there may be a moral obligation to do so if one operates on the assumption that clients should be given the power of self determination since it is the client who must live with the consequences. If appeals to professional duty, altruism and abstract morality are not persuasive, counsel still will want to advise their clients about alternative dispute resolution [ADR] processes as a strategic business decision — it is in the nature of a "best practice" and well-informed clients will increasingly grow to expect conversations of this type with counsel.² For any, or all, of these reasons, it appears that an advocate-client dialogue about ADR processes and their application to a specific dispute [or transaction] will take place.³ If so, then what precisely should occur during that conversation. This essay addresses that query and provides specific templates for guiding clients towards making an informed ADR decision.

As a preliminary matter, clients need to be educated about the range of available ADR processes and what those options involve before counsel can segue into the more nuanced questions needed to determine which will better suit this client's needs at this time. While different jurisdictions offer a range of ADR processes, this essay will focus on the two more common: mediation and arbitration, and their contrast with trial resolution.

A description of mediation might highlight these attributes:

Mediation is an informal, but structured, process in which a neutral third party assists the parties in their settlement negotiations. The parties retain the power to decide whether and when to settle and under what terms. The mediator's role is a facilitator who assists people in conflict to arrive at a mutually agreeable solution. The mediator does this by helping the parties to negotiate effectively. Mediation focuses more on a party's interests than their positions or legal rights.

A description of arbitration might include the following salient points:

Arbitration can be either a binding or nonbinding process. In binding arbitration, a third party is the decision maker rather than the parties. One of the benefits of arbitration is that the decision maker can be a person with expertise in the subject matter of the dispute. Unlike mediation, the parties no longer have control about whether and how a dispute will be resolved. Arbitration is a form of private adjudication that more closely resembles a trial than assisted negotiation. Depending of the forum, arbitration has its own procedural rules and processes. With few exceptions, its decisions are typically final.

However, merely describing the processes does little to reach the counseling aspect of an advocate's obligation. Simply knowing what each process entails may do little to inform the client's decision about

* BA, JD, The University of Texas; Associate Dean and Professor of Law, South Texas College of Law.

¹ Article 8, Georgian Code of Ethics. See also, American Bar Association, Model Rules of Professional Conduct: Duty on the part of lawyers to advise clients of ADR options in resolving disputes. Rule 2.1, Comment 5.

² In some jurisdictions, contemporary legal practice involves an aspect of "defensive" lawyering. The theory is that once a client's decision results in a negative outcome, the client may seek to blame counsel for that consequence. The client's claim is that counsel failed in the duty to identify key options and their attendant risks. As a result, critical decisions were ill-informed. The blame may be translated into malpractice litigation. *Mallen R.E., Smith J.M., Legal Malpractice*, 5th ed., 2000, 278-279.

³ This essay centers on cases arising from disputes rather than on transactional representation during the planning phase. However many of the same considerations come in to play because the transactional client needs to know which process, or combination of processes, will best suit in the event of a future dispute.

which is preferable at any given time.⁴ Typically, counsel's ADR conversation will explore more than the legal strengths and weaknesses of the dispute. It will expand the list of relevant items to include consideration of (1) time, (2) cost, (3) the client's need for specific types of resolution, (4) confidentiality, (5) future relationships, (6) risk aversion, and (7) existing impediments to resolution of the issue up to the point in time this counseling session takes place. Each of these categories, with specific examples, will be discussed in Section I.⁵ Assessing the combined impact of these factors and assisting the client in selecting the optimal dispute resolution to satisfy the most critical needs is the focus of Section II.

I. Factors Influencing Selection

The seven categories discussed in this section overlap in some cases. The lines between the categories are not always sharp or even clear. However, in a broad sense, they are emblematic of the types of concerns that clients should have when deciding how best to extricate themselves from an on-going, unresolved dispute.

A. Time considerations

The time element has several different dimensions, each of which needs separate consideration. The first involves determining whether the client needs a speedy resolution to the dispute and how quick that resolution needs to be. This is the "when" question. The second involves considering the time that will need to be spent on resolving the dispute and its impact on activities that cannot be undertaken as a result of that investment. This is the "time spent" question. These distinct aspects of "timing" can be thought of as "when resolution will occur" and "how much time is required to reach final resolution."

1. When will resolution be achieved

At the heart of this factor is when the matter/dispute will be over, or when final resolution might be achieved. To gauge the importance of this factor to the client, counsel may ask questions such as,

- "How important is it to you that this dispute is resolved quickly?"

If the client's response is that speedy resolution is desirable, counsel would then probe further with questions such as,

- "Why is a prompt resolution important for you?" or
- "Do you have other activities presently on hold pending the outcome of this dispute?"

These follow up questions serve to highlight the relative importance of a quick resolution and the answers that follow will be unique to the client. The client's preference for quick resolution may be purely financial, such as limiting dispute-related expenditures or recovering from adverse dispute-related publicity

⁴ In some instance, for example, court-ordered mediation, the parties will not have a choice about whether to attend mediation. That does not mean, however, that counsel is absolved from the responsibility to engage in a variation of this conversation. The focus will now shift from deciding which ADR process is preferable to preparing the client to take full advantage of the opportunities for resolution presented by this mandatory process. Similar considerations apply with a pre-existing contractual obligation specifies arbitration as the sole dispute resolution process available.

⁵ For purposes of this essay, the following assumptions concerning timing and availability of the various processes applies: trial [court proceedings] is the most distant temporal option from the time of the attorney-client conversation, arbitration is less distant than trial but more distant than mediation, and mediation is relatively immediate. Other assumptions are that mediation will generally be limited to one day, with the possibility of a second day if needed. Arbitration will involve both the day of hearing, but also pre-arbitration submissions and the several month delay before a decision by the arbitral panel is rendered. Trial may also involve access to the appellate review system, thereby increasing the time for final resolution. To the extent that actual practice in a particular jurisdiction presents a differing timetable, those considerations need to be addressed in using the conversational guidelines outlined in this essay.

and the attendant revenue loss. Or the rationale may involve psychological needs such as the desire for closure or a preference to avoid prolonged confrontation. These follow up probes will prove useful later as the client assigns priorities and relative values to the various decision making factors that were identified in conversation with counsel. These relative weights will be pivotal in identifying the optimal dispute resolution mechanism.

As a preliminary matter, at this juncture in the counseling session, what have the client's answers revealed? If a speedy resolution is important, then the mediation alternative becomes the more attractive option rather than the slower moving adjudication choices of arbitration or trial. However, the ADR conversation does not stop at this juncture. Even when mediation has been identified as the preferred method of satisfying a client's interest (here, for example, to address time concerns), the advocate's job is not concluded. Rather, the advocate must keep in mind that typically no single factor is dispositive, or, if there is one decisive criterion, it may be a factor not as yet addressed by attorney and client.⁶

2. Time spent pending resolution

The other aspect of time calculus is the time diverted from other activities in order to support resolution of the dispute. This consideration is closely related to resource investment concerns; it speaks to the "human capital" cost of an unresolved dispute. Depending on the nature of the conflict, counsel may ask questions about time and other resources redirected away from normal functions in order to support the conflict.

For example, in a dispute involving a business, counsel might ask,

- "How many departments are spending time on this dispute?"
- "On a weekly basis, what do you estimate to be the lost office hours, both by you, other executives and any relevant employees?"

The same considerations are relevant in nonbusiness disputes as well. All time that a party spends involved in handling the dispute is time that is not available for activities in which the party engaged before the dispute. This shift in how time is being spent is often overlooked by a party. Counsel might make awareness explicit by asking:

- "On weekly basis, how many hours do you estimate you spend thinking about this dispute, working on finding a solution?"
- "Are there activities that you have put 'on hold' or postponed while this dispute is going on?"

The goal of these questions is to make concrete the time drain being caused by the dispute's pending status.⁷ That in turn can be a key factor in selecting the most appropriate dispute resolution mechanism; nonetheless in a nonbusiness dispute, it is often a factor that is overlooked by the client.

A. Financial interests

A client's financial interest in the outcome can vary according to the dispute. Counsel should never assume that all clients share a primary goal of recovering damages. In some cases, the client's primary interest may be in securing a speedy recovery in order to contain or limit costs. That orientation suggests

⁶ While each factor is addressed separately, at the conclusion of the counseling session, the advocate needs to assist the client in assigning priorities among these factors and selecting the appropriate dispute resolution device. For example, a speedy end to the dispute may be important to the client but the need for a public resolution may be more so. In that instance, trial would be preferable to a mediated settlement agreement even though such an agreement could be reached more quickly. Coaching the client in the decision making assessment of competing priorities is the focus of Section II.

⁷ Later in the conversation, counsel may reprise this line of questioning by asking how next week would be different from this week if the dispute were resolved today. This is a technique often used by mediators in separate caucus. It can be successfully employed by counsel in efforts to assist the client's realistic assessment of the actual "costs" of a pending dispute.

mediation as the preferred mechanism. In other instances, the client's financial interest may be to contain or limit risk, in that instance a "public" decision might be preferable or, alternatively, a confidential resolution may be critical. There are not hard and fast rules. Counsel must have the flexibility to adapt to the individual client's needs.

3. Estimating costs to date

This is an area which some practitioners and economists refer to as "sunk costs" — it represents the financial investment in the case/matter up to the point in time that this discussion is held. Clients may term these expenditures "actuals" or "expenses". The concept of "sunk costs" is meant to umbrella *all* costs to the client, thus it includes both time costs [hours diverted to the dispute and an estimate of that dollar value] as well as estimates of other non-labor costs. These other costs may involve expenses associated with resolving the dispute, such as fees paid to accountants or lawyers or experts.

a. Hard Costs

Typically this part of the calculation is relatively straightforward. The client has already indicated the number of hours spent on the case and by whom, so now it is simply a matter of assigning an hourly compensation rate by employee involved. It is important that not only the client's personal time be calculated but also that of all other impacted employees — for example, others in executive and management position as well as other personnel. This is linked back to the earlier questions concerning time spent "servicing the dispute".

This calculation also involves payments made to consultants and other non-employees such as attorneys and accountants. Once again, this is a relatively straightforward calculation of expenses paid out in connection with the dispute. For example,

- "To date, what has the company paid in attorney fees? Accountant fees?"

b. Soft costs

However, the concept of sunk costs is broader than expenses. It includes lost revenues [and lost opportunities for revenue] as well. In this more nuanced category, "sunk costs" invites consideration of loss associated with the impact of the dispute. For example, the business may have experienced negative publicity as a result of the dispute. This may translate to lost revenue. Or, the impact of the dispute may have colored relations with other business entities which are not parties to the conflict. Or, the fact that there is a dispute may have caused a concern or worry about the business, its stability, or its future, which in turn may influence investment or potential collaborations. Within the company, the dispute may have impacted production/productivity. Or, it may have a negative effect on personnel matters, including the loss [or predicted loss] of important employees.

To address the "other" non-personal hourly rate considerations, counsel may ask questions such as:

i. *Other Business Relationships*

- "Up to this point, how would you describe the impact of this dispute on your company's relationship with other businesses?"

If the client responds that there has been a negative impact, then follow up question should probe for costs associated with addressing those concerns. For example, counsel might ask,

- "What modifications to existing relationships with other companies have you made as a result of this dispute?"

The client's answer could be expected to capture projects postponed or delayed, orders cancelled, or contractual terms modified. The client should be able to estimate costs associated with each event that has occurred to date.

ii. Reputation/ Public Relations Impact

This area explores the extent, if any, of negative publicity or public relations stemming from the dispute. Counsel might ask,

- "Up to this point, how would you characterize the media attention that has been paid to this dispute?"

- "Do you think the media attention will remain at this current level?"

- "If this dispute goes to trial, do you think the amount of attention it is receiving will increase, decrease or remain about the same?"

- "Have you modified your public relations strategy as a result of media attention?"

When dealing with a commercial entity, counsel's follow up question would attempt to gauge impact; for example,

- "When comparing sales figures month over month, have you seen any changes since this dispute arose?"

iii. Internal Business Impact

In some businesses, a pending conflict may have an impact within the company beyond merely the hours spent addressing it. To explore this impact, counsel should consider asking:

- "How would you describe the impact this dispute has had on productivity within the company? Would your senior management team agree with that assessment?"

- "Have you seen a shift or change in company morale since this dispute began?"

The focus of these questions is to probe whether the dispute has disrupted internal processes or procedures. These could include loss in productivity, delays in production and similar concerns. Information about productivity is data that the client usually can access easily, but which may not have been explicitly tallied as a "cost".

Other impacts may be more subtle, such as the loss [or predicted loss] of important employees. In order to reach such issues, counsel might ask:

- "Have any of your key employees discussed leaving the company since this dispute began?"

- "Have any key employees had to delay or defer vacations as a result of working on this dispute?"

- "Since this dispute arose, have any of your key employees asked for additional members to be added to their teams to meet the increased time commitments needed to respond to the dispute?"

- "Since this dispute arose, have you noticed any changes in sick leave rates?"

Affirmative answers to any of these four questions may affect the weight given to the need for speedy resolution rather than protracted litigation.

C. Nature of the solution

Here the focus of attorney counseling centers on what type of "solution" to the dispute the party needs in order to accept and be satisfied with the result. These inquiries go to the heart of the "take away" that the client is seeking and why. Its entire thrust centers on the question "What does the client need for the solution to accomplish?" The answer may be a mix of factors, and the more challenging aspect of the attorney-client counseling may come later when assigning priorities and relative weights among a range of factors, some of which may be in competition with one another. At this stage, the advocate is still exploring client need and client preference. Simultaneously the advocate is re-enforcing the message that in some scenarios, a "win" may be something much different than a favorable court judgment. Counsel might ask:

- "Does this solution need to be long-term, or could a 'quick fix' meet your needs?"

This question recognizes the principle that in some cases, "good" is "good enough". For example, quick resolution to a delayed delivery in a construction dispute allows future deliveries to be made and the task of building to go forward. That remedy may be more important than receipt of the amount of contractual damages specified for non-performance.

- "Should the solution be permanent, or is it more important that you can modify the solution to respond to changing circumstances?"

Particularly in a commercial context, but also in cases in which the parties anticipate being in a long term relationship, the flexibility to craft responses to meet future needs may be more significant than the issue of how a particular dispute was resolved under that set of circumstances. For example, in a family law context in which child visitation is contested, some parties may view it as preferable to follow an immutable schedule while others may consider that the unpredictability of life events such as weddings, graduations, and funerals requires adaptation.

- "Who needs to know about the result ?"

This question might elicit client responses detailing who needs to be aware of the result in order to effectuate it, or, in a much different vein, who needs to know about the resolution in order to ameliorate negative collateral consequences. The latter scenario could come in to play, for example, when an unrelated business deal is placed on hold, such as a proposed merger or acquisition. The "who needs to know" question also may involve consideration of the client's perception of accountability towards internal constituencies. For example, although the business owner may not "owe" his workers disclosure of the terms of a settlement in any legal sense, if the dispute has had a negative impact on company morale, the client may perceive that an explanation is required from a human capital vantage point.

- "Does this solution need to be private and confidential, or does it require public distribution?"

Key factors at play in this question include the need for public "rehabilitation" when a dispute has generated bad public relations, as well as the need for public "vindication" when immutable matters of principle are involved. On the privacy side of the equation, key factors might be protection of trade and business secrets, protection of reputation, limitations on related causes of action, and impact on collateral opportunities.

- "How might the solution of this dispute be used in the future?"

This query invites to client to consider two potential applications. One is the use of the solution by the other party in the event a similar dispute arises in the future. For example, in the commercial context of a delayed delivery, the client should consider whether the solution will assist the business relationship in running more smoothly by providing a template for even quicker resolution of issues likely to repeat or will it encourage less concentrated efforts to comply. The second potential application looks to use of the solution by yet unknown third parties, either in disputes that have not yet come to pass or where the historic facts have taken place but the unknown third party is unaware of the benefits of pursuing legal action.

- "Do you intend for this resolution to establish a precedent or policy for future actions?"

This query focuses attention back on how the client might use the resolution in other cases in contrast with how the settlement might be used by others were they to become aware of its terms.

- "Is this a one-time dispute that unlikely to be repeated?"

Confronted by the likelihood of a repeat scenario, the client may want a more detailed resolution of this dispute or possibly one in which the settlement terms are more cabined and contained. This is driven by recognition that the resolution may have multiple potential applications. The concept is that crafting the best possible resolution now is worth a substantial time investment because it will also be used later.

Aside from the policy and precedential values such as the amount of a settlement offer, the specter of multiple applications will require the consumption of multiple external resources such as increased attorney's fees, increased expert witness expenses, increased dispute resolution costs. Internally, repeated claims may bring continued sunk costs and diversion from the client's primary goals and purposes to energies expended in "servicing" the dispute. In contrast, a "one off" event may be successfully resolved by a more casual settlement, and perhaps even one that is more favorable to the other party.

- "Do you intend to continue a relationship with this party in the future, or will your interaction end upon resolution?"

With this question, the client is invited to consider the value, if any, placed on maintaining a relationship with the other disputant. Once again, the client's answer will vary by personal inclination, preference, and the facts of any given dispute. For example, a disputing business partner may want to dissolve the partnership, buy out the other partner, and have no further contact; or the client may want to end the existing relationship by purchasing the other partner's interest and using that partner as a consultant during a six month transition period. In each scenario, the potential future relationship dictates radically different potential settlement terms.

- "How important is it to you to be the person making the final decision?"

Clients vary in the degree of control they need to exert over ultimate resolution of a case in order to be satisfied by the result.

Although these "nature of the solution" queries seem elementary at first glance, in reality once the conflict spiral has begun, some clients know only that they want to "win".⁸ The prize is "victory" in a very binary sense. These questions are intended to refocus the client's understanding. They are meant to redirect the client's consideration to include a wide range of potential solutions and their reach. This in turn allows the client to articulate what is of critical import, what of lesser significance, and what is unimportant. The dispute's solution becomes something other than a "yes/no" result.

As is true in each category, client answers begin to suggest which dispute resolution process is the more appropriate solution for a given matter. At the risk of gross over-simplification, generally it is true that:

- "Mediation appropriate" attributes include – speed, cost containment, either long term or "quick fix" solution, confidential, no precedent required, relationship to continue, party controls outcome.

- "Arbitration appropriate" attributes include – long term solution, final (lack of appeal), confidential, no precedent required, relationship unimportant (or of lesser import); decision-maker has specialized knowledge.

- "Litigation appropriate" attributes include – long term solution, public, precedent or policy establishing, relationship unimportant (or of lesser import).

The "nature of the solution" category also invites consideration of (a) the skills or knowledge the decision maker should possess and (b) the range of possible outcomes that can be crafted once a decision is reached. Selection of forum dictates the parameters of possible remedies. Forum selection also dictates the identity of the decision maker – the parties themselves [mediation] or third parties [arbitrators or judge]. Court ordered relief presents a limited range of options, the majority of which center on monetary awards. In stark contrast, parties to mediation are unconstrained in proposing and accepting solutions beyond the typical damages formula.

Thus, in cases in which technical or industry knowledge by the decision maker is critical, arbitration is more desirable than litigation because the parties can choose the decision maker and require that specialized knowledge as a criterion in the selection process.

D. Confidentiality

This category is a subset of "Nature of the Solution" that because of its potential importance, deserves individual consideration. "Confidentiality" refers to how widely it is, or it will be, known that certain facts exist: (1) that there is a dispute between the parties, (2) the facts giving rise to that dispute, (3) the fact that the parties have resolved the dispute between them, and (4) the terms of that resolution. For

⁸ Occasionally conflicts resolve themselves merely with the passage of time. However, in general, the longer a conflict remains unresolved, the worse it becomes, while simultaneously the potential for new spin off conflicts grows exponentially. This is "the conflict spiral" – an escalation in which the negative spiral takes on a life of its own and the participants become trapped in its momentum. As the conflict becomes its own entity (independent of the underlying dispute), people's positions harden and participants lose objectivity. As perceptions become distorted, party positions become more extreme.

certain disputes, public “rehabilitation” may be critical, for others, the containment of risk or exposure to similar claims made by other parties mandates secrecy.

- "Who needs to know about the result in order for it to take effect?"

This question is relevant when there are others who must ratify aspects of the decision. That might include board of director members or shareholders. In some jurisdictions, it may include a spouse’s approval for disposition of assets held in community. As that number increases, the opportunities for disclosure grow. If reality dictates that a significant number of third parties must be informed of or ratify the agreement, then experience teaches it is less likely that the agreement and its terms will remain undisclosed to a wider audience. As a result, while confidentiality might be a highly desirable outcome, in some cases it may not realistically be achieved.

- "Does this solution need to be private and confidential, or does it require public distribution?"

With this line of questioning, counsel may be asking the client to consider whether there are third parties whose future conduct will be influenced by the outcome. This can arise in a wide range of scenarios. For example, in the case of the manufacture of a product that is claimed to have caused an injury, the fact that the company is willing to settle, and under what terms, may suggest to others that they pursue litigation. In contrast, if parties to a commercial dispute elect to continue working together in the future, that fact might prove a positive reputational boon for each, particularly to the extent that industry insiders or the public were aware of the conflict.

This question may also involve thinking about distribution to a specific subset of the public, such as all employees of a company.

- "How might the solution of this dispute be used in the future?"

This query invites to client to consider two potential applications of the solution by someone other than the client. One is the use of the solution by the other party to this dispute in the event that similar facts arise in the future. The second looks to use of the solution by yet unknown third parties.

- "Do you intend for this resolution to establish a precedent or policy for future actions?"

When viewed through a confidentiality prism, the import of this question is on the proposed dissemination of dispute results to a wider audience than the disputants. The broad reach is undertaken in anticipation of deferring subsequent claims, establishing boundaries, and creating shared expectations for how the client is willing to handle specific types of conflicts.

- “Is this a one-time dispute that unlikely to be repeated?"

The frequency with which a dispute type is likely to arise can drive settlement considerations in multiple directions along the dispute resolution spectrum. For example, an unlikely to be repeated dispute may be “worth” a higher monetary settlement offer purely on a nuisance basis. In that case, confidentiality may have less impact because there are less likely to be other similarly positioned potential disputants.

In each of these lines of inquiry, if confidentiality is *required*, then mediation or arbitration is the only viable option. If confidentiality is *preferred*, then mediation or arbitration remains the dispute resolution process of choice.

E. Party relationships

Sometimes one of the most relevant factors in a dispute centers on the nature of the parties’ relationship. A one-time event leading to a dispute between strangers is qualitatively different from a dispute between parties in a long term relationship. Even in the context of a long term relationship, there are still questions about whether the client is interested in maintaining that relationship or wants to terminate it.

In general, mediation is viewed as the most “relationship friendly” of the three processes. That is because resolution does not involve a finding of fault or blame. The parties work together to determine whether or nor to resolve, and if so, under what terms. Consequently each disputant retains autonomy and because there is no third party decision maker, there is less need for the hyperbole associated with litigation.

F. Other interests

In order to provide competent assistance in selecting the optimal dispute resolution mechanism, an advocate's advice and counsel needs to go beyond assessing the legal merits of the dispute. Some of these discussions seem relatively straightforward such as considerations of timing, public relations, cost containment, lost opportunity; however others go more to the client's personal reaction. Among a client's potential "other" interests might be satisfying an emotional or psychological desire to vindicate his position; limiting the stress of facing a lingering, unresolved, pending dispute; avoiding the stress of the litigation process; or limiting risk.⁹

Generally advocates have had little training in delving into these "soft" issues with a client. Instead, their education and practice experience tend to re-enforce consideration of the strength of legal claims, the availability and admissibility of evidence, and the historical treatment of similar issues by courts in their jurisdiction.

One sensitive, but important, factor is the client's degree of "risk aversion".¹⁰ Discussion of a client's comfort level with risk and potential loss can be a difficult.¹¹ But the conversation can be explored and risk aversion assessed in a more oblique manner. Rather than putting the client on the "hot seat" with a direct question that can be experienced as posing an ego threat, counsel might consider building a risk assessment into the explanation of each process, as follows:

"Of the three processes we've discussed, mediation offers the highest degree of control over the outcome. You decide whether or not you want to reach an agreement, and under what terms. However, you and the other party will probably each need to compromise somewhat in order to arrive at an agreement which satisfies both of you. You probably will not get everything you want. But if you are able to resolve this dispute, you will walk away with an agreement that you both can live with and that meets most of your needs. At the other end of the spectrum is litigation, It is generally an "all or nothing" process. Although we can estimate the likelihood of victory on the various aspects of your dispute, there is no guarantee that we will prevail. In the same vein, we can estimate potential victory, but not guarantee that amount.¹² Is one of these alternative outcomes more attractive to you than the other?"

⁹ "Non-legal" factors can be integral to a client's ultimate decision, but because they are highly subjective, they are hard to predict. Recognizing that array of psychological, social and moral reasons may affect a client's choice of options, counsel needs explicitly to explore them. This essay attempts to identify some of those factors. Scholars writing in the area of interviewing and counseling have adopted various schema for identifying them. For example, psychological interests may include level of anxiety or stress; self-esteem, self-respect, and self-image; need for recognition, status, power or authority; sense of personal satisfaction or well-being; willingness to take risks. *Nicholas H. G., A Practical Approach to Client Interviewing, Counseling, and Decision-Making*, Matthew Bender 2009, 67.

¹⁰ Empirical research in decision making suggests that people will select small *certain* gain rather than a riskier but larger gain. This phenomenon has been labelled "risk aversion". See, *Bazerman M., Judgment in Managerial Decision Making*, 1994. Application of risk aversion principles is further magnified by each person's subjective perception of value. *Tversky A., Kahneman D., Rational Choice and the Framing of Decisions*, *J. Business*, Vol. 59, 1986, 251. Related to risk aversion is the twin concept of "loss aversion" which is premised on the theory that people will gamble to avoid sure loss even when the risk of loss from that gamble is much greater than the "sure loss" if they did nothing. Studies of "prospect theory" reveal that people will charge more to part with an item in their possession than they will pay to acquire that same item. From these results, social psychologists theorize that response to loss is greater than response to gain. *Id.* at 258.

¹¹ It may be that a degree of awkwardness enters the conversation because it seems challenging or confrontational to ask "are you afraid of risk"? However, because a decision maker always lacks perfect, absolute knowledge, each decision is based in part on guesswork or intuition. Thus every decision-maker is forced to embrace some degree of risk. *Cochran R. F., Jr., Dipippa J. M. A., Peters M. M., The Counselor-at-Law: A Collaborative Approach to Client Interviewing and Counseling*, Matthew Bender, 2nd ed., 2006, 125-126. The advocate's responsibility in this context is to help the client identify the appropriate degree of risk for each dispute resolution process and, perhaps, to advance the client's understanding of personal risk aversion.

¹² Counsel should be able to project probabilities of success and costs associated with alternative approaches based on professional expertise and experience. *Bastress R. M., Harbaugh J. D., Interviewing, Counseling, and Negotiating: Skills for Effective Representation*, Aspen, 1990, 243-244. "Identifying consequences ... goes hand-

A variation on the risk aversion conversation focuses on enforceability. In that conversation, counsel might point out,

“Research suggests that parties reaching an agreement in mediation are more likely to comply with its terms than disputants who are instructed by a third party to pay damages, do something, or refrain from doing something. Both satisfaction levels and compliance rates are higher for mediation than the other processes. That may be because mediated agreements have been mutually agreed upon rather than externally imposed. However, ease of enforceability is greater with litigation judgments and arbitral awards. In some cases, such as international disputes, the only viable enforcement is through an arbitral award.”

Once again, counsel asks whether the client has a preference based on these factors. The client’s answers gives insight into the relative degree of risk the client is willing to undertake in order to use a particular method of dispute resolution.

A third variation on the risk aversion theme relates to foreclosing options, those future possibilities that are either left open or barred as a consequence of the option selected. The downstream consequences of selecting one dispute resolution process over others may not be intuitively obvious to the client. Even when recognized, the client may be adverse to selecting an option because inherent in the act of selecting is the “loss” of benefits offered by the rejected models. For example, in many national and international legal systems, selection of arbitration as the dispute resolution mechanism is a relinquishment of later court-based litigation.

G. Impediments to resolution to date

A final area to examine is the client’s perceptions about why negotiation efforts to date have been unsuccessful. Clients possess industry knowledge. In the cases other than stranger on stranger disputes, clients also are a potential resource for insight into the decision making process and preferences of the other disputants. For example, if a client reports that his former business partner will never accept a solution to a disputed “non-competition” clause if the client offers it, then a negotiated agreement (mediation) may have less chance of success than a decision by a neutral third party.¹³

Probing questions that counsel might ask include:

- “How do you think X will respond to each of three dispute resolution mechanisms we have been considering?”
- “Why has negotiation stalled up to this point?”
- “Do you see areas where agreement is possible? What makes agreement likely on these issues and not on the others?”

DECISION MAKING AND CLOSURE The study of effective decision making remains a heavily researched area. Originally it borrowed heavily from economic theory and was premised on the concept that rational people will act to maximize their interests. Later study recognized that this strictly normative approach to decision making fails to accurately capture the cognitive shortcuts that people employ on a daily basis. These shortcuts include:

- Satisficing: choosing the first potential solution that it “just good enough” to meet a minimal level of requirements;
- Sequential evaluation with non-weighted criteria: treating all objective criteria as equal in value, assessing options against those criteria in sequence, and selecting the alternative that survives [akin to “single elimination”];

in-hand with identifying alternatives.” *Binder D. A., Bergman P., Tremblay P. R., Weinstein I. S., Lawyers As Counselors: A Client-Centered Approach*, 3rd ed., West, 2012, 330.

¹³ Another approach is to pursue mediation, but either select an evaluative mediator or ask the mediator to propose specific terms. Yet a third option could be to opt for early neutral evaluation or a similar non-binding process that still involves some degree of third party assessment.

• Simplification: listing all the pros and cons for each alternative and selecting the option with the most “pro” entries.

The purpose of this essay is not to suggest that these shortcuts should be abandoned in daily life but rather to suggest that their efficacy should be limited to less complex decisions and decisions for which incorrect assumptions have minimal consequences. When lawyer and client discuss the selection of dispute resolution options, however, a more nuanced schema is required. It will not suffice to draw a line down the middle of a legal pad with “positives” listed in the right-hand column and “negatives” on the left.

The advocate must remember that “counseling” includes more than identifying options and likely outcomes. It also involves assisting the client in evaluating and assessing those options, realistically, against the client’s subjective preferences, values, and objectives.

Consider a contractual business dispute involving a company in negotiations with a third company for a friendly take-over. Speed and confidentiality are likely to be more important to that company than a “90%” chance of winning on the merits in a trial two years in the future. A non-weighted chart might list the “positives” of the various options as follows:

Mediation	Arbitration	Litigation
Speedy	Somewhat Speedy	
Confidential	Confidential	
	90% success rate	90% success rate

This simplified approach may lead to the false conclusion that arbitration would be the preferred choice because it had the greater number of “positives”.

A better approach is one that asks the client to evaluate each objective on a four part scale: critical, important, good, unimportant. Each objective is considered individually, but at the conclusion, they are considered against one another before a final decision is made.¹⁴ In the friendly corporate take-over / contract dispute scenario, the client’s initial assessment¹⁵ might look like this:

	Critical	Important	Good	Not Important
Speed	X			
Cost Containment		X		
Long Term Solution			X	
"Quick Fix" Solution	X			
Confidential	X			
Precedent Required			X	
Relationship To Continue				X
Party Controls Outcome			X	
Final		X		
Enforceable			X	

Once the client has identified the three critical attributes that should be present, counsel has two alternatives. If, as in this example, all three attributes are present in the mediation alternative, then counsel

¹⁴ There is no mandatory, “one-size-fits-most”, approach that can mechanically be applied to every case. Counsel must always be sensitive to the needs of each client, as well as to each client’s idiosyncrasies. That said, some variation of this template is preferable to reliance on the simplistic decision-making strategies that suffice in daily life.

¹⁵ Counsel would have discussed the range of potential objectives before asking the client to assign a weight to each. The template for that dialogue is found in the questions in Section I. Although a sophisticated client may already have identified most of these issues before ever meeting with counsel, it is still worth going through this exercise for four reasons. First, the attorney and client may not be using terms to mean precisely the same thing. Second, the client frequently possesses industry knowledge about which the attorney may be unaware. Third, even the sophisticated client may not be familiar with some aspects of the various processes or the legal consequences of selecting one over the others. And four, the client’s objectives may have shifted over time. The process of articulating objectives and their reasons may cause additional objectives to be identified.

need only reaffirm that these are the “must have” characteristics and identify mediation as the dispute resolution process that meets each goal.

If the issues identified as critical span more than one dispute resolution process, then further refining is needed. Counsel’s role in this phase becomes asking additional probing questions. Consider the friendly take over / contract dispute scenario in which the client has identified “finality” and “enforceability” as critically important because he fears the entity with which he is in the contract-based dispute may attempt to sabotage a potential take over. The analysis chart now reflects:

	Critical	Important	Good	Not Important
Speed	X			
Cost Containment		X		
Long Term Solution			X	
"Quick Fix" Solution	X			
Confidential	X			
Precedent Required			X	
Relationship To Continue				X
Party Controls Outcome			X	
Final	X			
Enforceable	X			

In this new scenario, the desirability of arbitration increases and may be co-equal with mediation, at least theoretically. The equation changes, of course, if further questions to the client reflect that there must be resolution within the next 30 days or else the existence of the dispute will have to be disclosed to the third party, with the very real possibility that it will halt negotiations and become a lost business opportunity. Now arbitration is less likely to satisfy and mediation assumes ascendancy.

There are myriad methods of setting up an analytical chart. When cases are complex and multiple factors are at play, counsel should seriously consider a *written* chart. This encourages the client to avoid both satisficing and single elimination techniques and encourages the client to encourage in optimal decision making.

The theories, methods and techniques outlined in this essay can be adapted equally for use in pre-dispute planning or post-dispute strategy. The key is that counsel must be willing to take the time to explore what objectives the client is hoping to achieve, how multiple objectives interact with one another, and how the highest priority goals might be realized. Counsel’s task is to identify all reasonably viable options for dispute resolution and both provide and elicit sufficient information so that the client can make an informed, optimal choice.

**კლიენტების კონსულტირება ღირებულების მოგვარების ალტერნატიული
მეთოდის შესახებ (ADR): პრაქტიკული სახელმძღვანელო
ვარიანტების შერჩევის შესახებ
რთული დიალოგის წარმოების დროს**

მრავალი იურისდიქცია აღიარებს, რომ ადვოკატებს აკისრიათ ეთიკური ვალდებულება ინფორმაცია მიანოდონ კლიენტებს დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული პროცესების შესახებ.¹⁶ მაშინაც კი, როდესაც ეთიკური მოვალეობა არ არსებობს, შეიძლება იყოს მორალური ვალდებულება კლიენტის ინფორმირებისა, იმ შემთხვევაში, თუ ეს ვალდებულება ემყარება ვარაუდს, რომ კლიენტებს უნდა მიეცეთ თვითგამორკვევის უფლება, რადგანაც შედეგებთან ერთად კლიენტს უნევს ცხოვრება. პროფესიონალურ ვალდებულებაზე აპელირებისას ალტრუიზმი და აბსტრაქტული მორალი არ არის დამაჯერებელი, იურისტ კონსულტანტს მაინც ენდომება თავისი კლიენტების კონსულტირება დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული პროცესების [ADR] შესახებ, სტრატეგიული ბიზნეს გადაწყვეტილების სახით ეს „საუკეთესო პრაქტიკისთვის“ არის დამახასიათებელი და სულ უფრო გაიზრდება რაოდენობა კარგად ინფორმირებული კლიენტებისა, რომლებსაც ამ ტიპის საუბრების მოლოდინი ექნებათ იურისტ კონსულტანტისგან.¹⁷ რომელიმე ან ყველა ამ მიზეზის გამო, უნდა გაიმართოს ადვოკატის და კლიენტის დიალოგი დავის გადაწყვეტის ალტერნატიულ პროცესებზე და მათ გამოყენებაზე კონკრეტულ დავასთან [ან გარიგებასთან] დაკავშირებით.¹⁸ ზუსტად რა უნდა მოხდეს ამ დიალოგის დროს. ეს კითხვა წინამდებარე ესეშია განხილული და წარმოდგენილია კონკრეტული შაბლონები, რომლებიც კლიენტებს დაეხმარება ინფორმირებული გადაწყვეტილების მიღებაში დავის გადაწყვეტის ალტერნატიულ პროცესებთან დაკავშირებით.

კლიენტები ინფორმირებული უნდა იყვნენ დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული პროცესებისა და იმის შესახებ თუ რას შეიცავს ეს ვარიანტები, სანამ ადვოკატი ნიუანსური ხასიათის კითხვებზე გადავა რომ დაადგინოს, რომელი უფრო მიესადაგება კლიენტის საჭიროებებს ამ მომენტში. მაშინ, როდესაც სხვადასხვა იურისდიქციებში დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული პროცესების მთელი სპექტრია წარმოდგენილი, ამ ესეში ყურადღება ორ უფრო გავრცელებულ პროცესზე იქნება გამახვილებული: მედიაცია და არბიტრაჟი და მათი კონტრასტი სასამართლოს დადგენილებასთან.

* BA, JD, ტეხასის უნივერსიტეტი; სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლის ვიცე-პრეზიდენტი, ასოცირებული დეკანი და სამართლის პროფესორი.

¹⁶ მუხლი 8, საქართველოს ეთიკის კოდექსი. ასევე იხილეთ, American Bar Association, Model Rules of Professional Conduct: Duty on the part of lawyers to advise clients of ADR options in resolving disputes, წესი 2.1, კომენტარი 5.

¹⁷ ზოგიერთ იურისდიქციაში თანამედროვე სამართლებრივი პრაქტიკა „დამცველი“ იურისტის ასპექტს შეიცავს. თეორია იმაში მდგომარეობს, რომ როდესაც კლიენტის გადაწყვეტილებას უარყოფითი შედეგი მოჰყვება, კლიენტს შეუძლია ადვოკატი დაადანაშაულოს. კლიენტის პრეტენზია მდგომარეობს იმაში, რომ ადვოკატმა ვერ შეასრულა ვალდებულება ძირითადი ვარიანტებისა და მათი თანმხლები რისკების იდენტიფიკაციასთან დაკავშირებით. ამიტომ, იგი მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილებების შესახებ ცუდად იყო ინფორმირებული. ბრალდება შესაძლებელია არაკეთილსინდისიერი პრაქტიკის სარჩელში გადაიზარდოს. *Mallen R. E., Smith J. M., Legal Malpractice*, 5th ed., 2000, 278-279.

¹⁸ ესეში ყურადღება გამახვილებულია დავების შედეგად წარმოშობილ საქმეებზე და არა დაგეგმვის ეტაპზე ბიზნეს წარმომადგენლობაზე. თუმცა მრავალი ამგვარი მოსაზრება წარმოიშვება, რადგან ბიზნეს კლიენტმა უნდა იცოდეს, რომელი პროცესი ან პროცესების ერთობლიობა იქნება გამოსადეგი მომავალი დავის შემთხვევაში.

მედიაციის განსაზღვრებაში შეიძლება შემდეგი ატრიბუტები იყოს ხაზგასმული:

მედიაცია არის არაფორმალური, მაგრამ სტრუქტურირებული პროცესი, რომელშიც ნე-იტრალური მესამე მხარე ეხმარება მოდავე მხარეებს დავის მოსაგვარებელი მოლაპარაკებების წარმოებაში. მხარეები ინარჩუნებენ უფლებას გადაწყვიტონ, მოაგვარონ თუ არა დავა, როდის მოაგვარონ და რა პირობებით. მედიატორი მოქმედებს როგორც შუამავალი, რომელიც ხელს უწყობს მხარეებს შორის დიალოგს და აღნიშნულის საფუძველზე მიჰყავს ისინი ორივე მხარისათვის მისაღებ შეთანხმებამდე. ამის მისაღწევად მედიატორი მხარეებს ეფექტური მოლაპარაკების გამართვაში ეხმარება. მედიაცია უფრო მხარეთა ინტერესებზეა ფოკუსირებული, ვიდრე მათ პოზიციებზე ან კანონიერ უფლებებზე.

არბიტრაჟის განსაზღვრება შეიძლება შეიცავდეს შემდეგ საკვანძო საკითხებს:

არბიტრაჟი შეიძლება იყოს სავალდებულო ან არასავალდებულო პროცესი. სავალდებულო არბიტრაჟის პროცესში მესამე მხარე იღებს გადაწყვეტილებას და არა მხარეები. არბიტრაჟის ერთ-ერთი უპირატესობა ის არის, რომ გადაწყვეტილების მიმღები შეიძლება იყოს პირი, რომელსაც დავის საგანში გამოცდილება გააჩნია. მედიაციისგან განსხვავებით, მხარეებზე აღარ არის დამოკიდებული მოგვარდება თუ არა დავა და როგორ მოგვარდება. არბიტრაჟი არის კერძო განაჩენის ფორმა, რომელიც უფრო სასამართლოს ჰგავს, ვიდრე მხარდაჭერილ მოლაპარაკებას. ფორუმზე დამოკიდებულებით არბიტრაჟს თავისი პროცედურული წესები და პროცესები აქვს. მცირე გამოწვევის გარდა მისი გადაწყვეტილებები, როგორც წესი, საბოლოოა.

თუმცა მხოლოდ პროცესის აღწერით შეუძლებელია ადვოკატის ვალდებულების საკონსულტაციო ასპექტში ჩანვდომა. უბრალოდ იმის ცოდნა, თუ რა სდევს თან თითოეულ პროცესს, ცოტას ნიშნავს კლიენტის გადაწყვეტილების შესახებ ინფორმირების მიზნით, რაც სასურველია ნებისმიერ მოცემულ დროს.¹⁹ ჩვეულებრივ, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული (ADR) პროცესების შესახებ კონსულტანტის საუბარში უფრო მეტი რამ გაირკვევა, ვიდრე ამ დავის ძლიერი და სუსტი იურიდიული მხარეებია. იგი გაზრდის რელევანტური პუნქტების სიას, რომელიც მოიცავს შემდეგი ელემენტების განხილვას: (1) დრო, (2) ღირებულება, (3) კლიენტისთვის საჭირო მოგვარების კონკრეტული ტიპები, (4) კონფიდენციალურობა, (5) მომავალი ურთიერთობა, (6) რისკისადმი მიდრეკილება და (7) საკითხის მოგვარების დამაბრკოლებელი ფაქტორები ამ კონსულტაციის მომენტამდე. ყველა ეს კატეგორია კონკრეტული მაგალითებით განხილული იქნება I ნაწილში²⁰. ამ ფაქტორების კომბინირებული გავლენის შეფასება და კლიენტის დახმარება დავის მოგვარების ოპტიმალური პროცესის შერჩევაში ყველაზე კრიტიკული საჭიროებების დასაკმაყოფილებლად II ნაწილის მიზანს წარმოადგენს.

¹⁹ ზოგიერთ ინსტანციაში, მაგალითად, სასამართლოს ბრძანებით მედიაციის დროს, მხარეებს არ ექნებათ არჩევანი, დაესწრონ თუ არა მედიაციას. მაგრამ ეს არ ნიშნავს იმას, რომ ადვოკატი გათავისუფლებულია ვალდებულებისგან, ჩაერთოს ამ საუბარში. ამ დროს იმის გადაწყვეტიდან, თუ რომელი ADR პროცესია უფრო შესაფერისი, აქცენტი გადავა კლიენტის მომზადებაზე მთლიანად გამოიყენოს ამ სავალდებულო პროცესით შექმნილი შესაძლებლობები. ანალოგიური მოსაზრებები გამოიყენება მანამდე არსებული საკონტრაქტო ვალდებულების მიმართ, რომელიც არბიტრაჟს განსაზღვრავს როგორც დავის მოგვარების ერთადერთ შესაძლო პროცესს.

²⁰ ამ ესეს მიზნებისთვის ვაძებთან და სხვადასხვა პროცესების ხელმისაწვდომობასთან დაკავშირებული შემდეგი დაშვებებია გამოყენებული: სასამართლო [სასამართლო პროცესის] ყველაზე შორეული დროითი ვარიანტია ადვოკატის და კლიენტის საუბრის დროში, არბიტრაჟი ნაკლებად შორეულია, ვიდრე სასამართლო, მაგრამ უფრო შორეულია, ვიდრე მედიაცია, ხოლო მედიაცია შედარებით უფრო მყისიერია. სხვა დაშვებების თანახმად, მედიაცია ზოგადად ერთი დღით შემოიფარგლება, საჭიროებისამებრ მეორე დღის გამოყენების შესაძლებლობით. არბიტრაჟი მოიცავს როგორც მოსმენის დღეს (წინა საარბიტრაჟო დოკუმენტების წარმოდგენის ჩათვლით), ასევე რამდენიმე თვიან დაგვიანებას, სანამ საარბიტრაჟო კომისია გადაწყვეტილებას მიიღებს. სასამართლო შეიძლება აგრეთვე მოიცავდეს სააპელაციო განხილვის სისტემის ხელმისაწვდომობას, რაც საბოლოო გადაწყვეტილების მიღების დროს ახანგრძლივებს. იმის გათვალისწინებით, რომ ამა თუ იმ იურიდიულის რეალურ პრაქტიკას განსხვავებული დროის გრაფიკი აქვს, საჭიროა ამ პუნქტების მოგვარება ესეში გამოკვეთილი სახელმძღვანელო პრინციპების გამოყენებით.

I. ფაქტორები, რომლებიც შერჩევაზე ზემოქმედებენ

ამ ნაწილში განხილული შვიდი კატეგორია, ზოგ შემთხვევაში, ერთმანეთს ემთხვევა. კატეგორიებს შორის საზღვრები არ არის ყოველთვის მკვეთრი ან ნათელი. თუმცა, ფართო გაგებით, ისინი იმ პრობლემების სიმბოლოს წარმოადგენენ, რომლებიც კლიენტს გაუჩინდება იმის გადაწყვეტისას, როგორ დააღწიოს თავი გადაუჭრელ მიმდინარე დავას.

ა. დროის მოსაზრებები

დროის ელემენტს რამდენიმე განსხვავებული განზომილება აქვს და თითოეული ცაკლე განხილვას საჭიროებს. პირველი გულისხმობს იმის დადგენას, სჭირდება თუ არა კლიენტს დავის სწრაფად მოგვარება და რამდენად სწრაფად უნდა მოხდეს ეს. ეს არის კითხვა „როდის“. მეორე გულისხმობს იმ დროის განხილვას, რომელიც დასჭირდება დავის და მისი ზემოქმედების მოგვარებას იმ საქმიანობებზე, რომლებიც ვერ შესრულდა ამ დროში. ეს არის კითხვა „დახარჯული დრო“. „დროის“ ეს განსახვავებული ასპექტები შეიძლება განვიხილოთ როგორც „როდის მოხდება მოგვარება“ და „რამდენი დროა საჭირო საბოლოო მოგვარებისთვის“.

1. როდის იქნება მიღწეული მოგვარება

ამ ფაქტორის ძირითადი საკითხია როდის დასრულდება საკითხი/დავა, ან როდის შეიძლება საბოლოო მოგვარების მიღწევა. ამ ფაქტორის მნიშვნელობის გასაზომად ადვოკატს შეუძლია დასვას ასეთი კითხვები:

- „რამდენად მნიშვნელოვანია თქვენთვის, რომ ეს დავა სწრაფად მოგვარდეს?“

თუ კლიენტის პასუხია, რომ სასურველია სწრაფი მოგვარება, მაშინ ადვოკატი შემდეგი კითხვებით განაგრძობს ზონდირებას, როგორიცაა,

- „რატომ არის მნიშვნელოვანი თქვენთვის სწრაფი მოგვარება?“ ან

• „გაქვთ თუ არა ამჟამად სხვა საქმიანობები, რომლებიც გადაიდო და ამ დავის შედეგს ელოდება?“

ამ შემდგომი კითხვების ფუნქციაა სწრაფი მოგვარების ფარდობითი მნიშვნელობის ხაზგასმა და პასუხები კლიენტისთვის უნიკალური იქნება. სწრაფ მოგვარებასთან დაკავშირებული კლიენტის პრეფერენცია შეიძლება წმინდა ფინანსური იყოს, მაგალითად, დავასთან დაკავშირებული შეზღუდული ხარჯები ან დავასთან დაკავშირებული საჯაროობისგან თავის დაღწევა და თანამდები შემოსავლების დანაკარგის ანაზღაურება, ან ლოგიკური დასაბუთება შეიძლება შედეგობდეს ფსიქოლოგიური საჭიროებებისგან, როგორცაა ხანგრძლივი დაპირისპირების დასრულების სურვილი ან მისი თავიდან აცილების პრეფერენცია. ეს შემდგომი ზონდირებები სასარგებლო აღმოჩნდება, როდესაც კლიენტი პრიორიტეტებს და ფარდობით სიდიდეებს მიანიჭებს გადაწყვეტილების მიღების სხვადასხვა ფაქტორებს, რომლებიც განისაზღვრა ადვოკატთან საუბრის დროს. ეს ფარდობითი წონები უმთავრესი იქნება დავის მოგვარების ოპტიმალური მექანიზმის იდენტიფიცირებისთვის.

საკონსულტაციო სესიის ამ ეტაპზე რა გამოვლინდა კლიენტის პასუხებით? თუ სწრაფი მოგვარება მნიშვნელოვანია, მაშინ მედიაციის ალტერნატივა უფრო მიმზიდველი ვარიანტია, ვიდრე ნელა მიმდინარე არბიტრაჟი ან სასამართლო გარჩევა. თუმცა ADR საუბარი არ ჩერდება ამ ადგილზე. მაშინაც კი, როდესაც მედიაცია განისაზღვრა, როგორც კლიენტის ინტერესის დაკმაყოფილების უპირატესი მეთოდი (აქ, მაგალითად, უნდა განიხილოს დროის პრობლემა), ადვოკატის შრომა არ სრულდება. პირიქით, ადვოკატს უნდა ახსოვდეს, რომ, როგორც წესი, არცერთი ფაქტორი არის დისპოზიტიური, ანუ, თუ არსებობს ერთი გადაწყვეტი კრიტერიუმში, ეს შეიძლება იყოს ის ფაქტორი, რომელიც ჯერ კიდევ არ მოგვარებულა ადვოკატის და კლიენტის მიერ.²¹

²¹ თითოეული ფაქტორის ცალკე განხილვისას კონსულტაციის დასასრულს ადვოკატი უნდა დაეხმაროს კლიენტს ამ ფაქტორებისთვის პრიორიტეტების მინიჭებაში და დავის მოგვარების

2. მოგვარების მოლოდინში დახარჯული დრო

დროის გამოთვლის მეორე ასპექტია სხვა აქტივობებიდან წარმოებული დრო დავის მოგვარების ხელშეწყობის მიზნით. ეს მოსაზრება ახლოსაა რესურსის ინვესტიციის პრობლემებთან; იგი ეხება მოუგვარებელი დავის „ადამიანური კაპიტალის“ ღირებულებას. კონფლიქტის ხასიათის მიხედვით ადვოკატმა შეიძლება კითხვები დასვას დროზე და სხვა რესურსებზე, რომლებიც ჩვეულებრივი ფუნქციებიდან არის გადამისამართებული კონფლიქტის მხარდასაჭერად.

მაგალითად, დავაში, სადაც ბიზნესია ჩართული, ადვოკატმა შეიძლება იკითხოს,

• „რამდენი დეპარტამენტი ხარჯავს დროს ამ დავაზე?“

• „ყოველ კვირა, სავარაუდოდ, რამდენი სამუშაო დრო იკარგებოდა თქვენი და სხვა შემსრულებლების, ასევე თანამშრომლების მიერ?“

იგივე მოსაზრებები რელევანტურია არაკომერციულ დავებშიც. მთელი დრო, რასაც მხარე ხარჯავს დავის მოგვარებაში ის დროა, რომელსაც ვეღარ იყენებენ იმ აქტივობებისთვის, რომელშიც მხარე დავის დაწყებამდე იყო დასაქმებული. დროის ხარჯვის ამგვარი ცვლილება, ხშირად, იგნორირებულია მხარის მიერ. ადვოკატმა კლიენტი უნდა გაარკვიოს ამის შესახებ შემდეგი კითხვების დასმით:

• „კვირაში რამდენ საათს ხარჯავთ ამ დავაზე ფიქრში, გამოსავლის ძიებაში?“

• „არის თუ არა აქტივობები, რომლებიც გადადეთ სანამ ეს დავა მიმდინარეობს?“

ამ კითხვების მიზანია დაკარგული დროის დაკონკრეტება, სანამ დავა ლოდინის სტატუსშია.²² ეს, თავის მხრივ, საკვანძო ფაქტორი იქნება დავის გადაჭრის ყველაზე შესაფერისი მექანიზმის შერჩევას; თუმცა არაკომერციული დავის დროს, ეს ფაქტორი, ხშირად, ამოუცნობია კლიენტისთვის.

ა. ფინანსური ინტერესი

კლიენტის ფინანსური ინტერესი შედეგთან დაკავშირებით შეიძლება იცვლებოდეს დავის მიხედვით. დავის დასრულება არ უნდა დაუშვას, რომ ყველა კლიენტის უპირველეს მიზანს ზარალის ანაზღაურება შეადგენს. ზოგ შემთხვევაში, კლიენტის უპირველესი ინტერესი შეიძლება იყოს სწრაფი აღდგენის უზრუნველყოფა ხარჯების შესაჩერებლად ან შესაზღუდად. ასეთი ორიენტაცია გვთავაზობს მედიაციას – როგორც უპირატეს მექანიზმს. სხვა შემთხვევაში, კლიენტის ფინანსური ინტერესი შეიძლება იყოს რისკის შეჩერება ან შეზღუდვა. ამ შემთხვევაში შეიძლება უპირატესი იყოს „საჯარო“ გადანყვებილება ან, ალტერნატიულად, უმნიშვნელოვანესი იყოს კონფიდენციალური მოგვარება. ქ, არ არსებობს მკაცრი და სწრაფი წესები. ადვოკატს მოქნილობა ესაჭიროება კლიენტის ინდივიდუალურ მოთხოვნებთან ადაპტირებისთვის.

ბ. ამ მომენტამდე შეფასებული ხარჯები

ამ სფეროს ზოგი პრაქტიკოსი და ეკონომისტი „აუნაზღაურებად ხარჯებს“ უწოდებს – ეს არის ფინანსური ინვესტიცია საქმეში იმ დრომდე, როდესაც ეს განხილვა მიმდინარეობდა. კლიენტს შეუძლია ამ დანახარჯებს უწოდოს „ფაქტობრივი“ ან „ხარჯები“. „აუნაზღაურებადი ხარჯები“ მოიცავს კლიენტის ყველა ხარჯს, ანუ მასში შედის დროის ხარჯები [დავაზე მიმარ-

სათანადო ინსტრუმენტის შერჩევაში. მაგალითად, დავის სწრაფად დასრულება შეიძლება კლიენტისთვის მნიშვნელოვანი იყოს, მაგრამ საჯარო მოგვარება – კიდევ უფრო მნიშვნელოვანი. ამ შემთხვევაში სასამართლო უფრო სასურველია ვიდრე მედიაციით მიღწეული მოგვარების შეთანხმება, თუმცა ასეთი შეთანხმება უფრო სწრაფად მიიღწევა. კლიენტის მომზადება გადანყვებილების მიღებისთვის კონკურენტული პრიორიტეტების შეფასებაში II ნაწილში განიხილება.

²² საუბრისას ადვოკატს შეუძლია გაიმეოროს კითხვების რიგი და ჰკითხოს, რამდენად განსხვავებული იქნება შემდეგი კვირა ამ კვირისგან, დავა რომ დღეს მოგვარებულიყო. ამ მეთოდს ხშირად იყენებენ მედიატორები სხვადასხვა შემთხვევაში. ადვოკატსაც შეუძლია მისი წარმატებით გამოყენება რათა დაეხმაროს კლიენტს მიმდინარე დავის ფაქტობრივი „ხარჯების“ რეალისტურ შეფასებაში.

თული საათების რაოდენობა და ფულად ერთეულებში შეფასება], ასევე სხვა არაპრობლემით ხარჯები. ეს სხვა ხარჯები შეიძლება შეიცავდეს დავის მოგვარებასთან დაკავშირებულ დანახარჯებს, როგორცაა ბუღალტრისთვის, ადვოკატებისთვის ან ექსპერტებისთვის გადახდილი ჰონორარი.

გ. მყარი ხარჯები

როგორც წესი, გამოთვლის ეს ნაწილი შედარებით უფრო მარტივია. კლიენტმა უკვე დაასახელა საქმეზე დახარჯული საათების რაოდენობა და ვის მიერ იყო ეს საათები დახარჯული, ახლა მხოლოდ ანაზღაურების საათობრივი ტარიფის დადგენაა საჭირო თანამშრომლისთვის. მნიშვნელოვანია, რომ არა მარტო კლიენტის პირადი დრო იყოს გამოთვლილი, არამედ ზემოქმედების ქვეშ მყოფი ყველა სხვა თანამშრომლისაც – მაგალითად, აღმასრულებელი და მმართველი თანამდებობის პირების და სხვა პერსონალის. ეს ადრე დასმულ კითხვებს უკავშირდება „დავის მომსახურებაზე“ დახარჯული დროის შესახებ.

მ გამოთვლაშიც შედის კონსულტანტებისთვის და სხვა არათანამშრომელთათვის გადახდილი თანხები, მაგალითად, ადვოკატების და ბუღალტრისთვის. ეს კალკულაციაც შედარებით მარტივია, მაგალითად,

- „რა აქვს გადახდილი კომპანიას დღემდე საადვოკატო მომსახურებაში“.

3. რბილი ხარჯები

თუმცა „აუნაზღაურებადი ხარჯების“ ცნება უფრო ფართოა, ვიდრე დანახარჯები. მათში ასევე შედის დაკარგული შემოსავლები [და შემოსავლების დაკარგული შესაძლებლობები]. ამ უფრო ნიუანსურ კატეგორიაში „აუნაზღაურებადი ხარჯები“ განაპირობებს დავის ზემოქმედებით გამოწვეული დანაკარგების განხილვას. მაგალითად, დავის შედეგად ბიზნესმა შესაძლოა ნეგატიული საჯაროობა განიცადა, რამაც შემოსავლების დაკარგვა გამოიწვია. ან დავამ ზემოქმედება მოახდინა მათ ურთიერთობაზე სხვა ბიზნეს ერთეულებთან, რომლებიც არ წარმოადგენენ მოდავე მხარეებს. ან დავის არსებობის ფაქტმა შეიძლება გამოიწვიოს ნუხილი ბიზნესზე, მის სტაბილურობაზე ან მომავალზე, რაც, თავის მხრივ, იმოქმედებს ინვესტიციაზე ან პოტენციურ თანამშრომლობაზე. კომპანიის შიგნით დავამ, შესაძლებელია, ზემოქმედება მოახდინოს წარმოებაზე/პროდუქტიულობაზე ან უარყოფითად იმოქმედოს პერსონალზე, მნიშვნელოვანი თანამშრომლების დაკარგვის [ან სავარაუდო დაკარგვის] ჩათვლით.

„სხვა“ არათანამშრომლების საათობრივი ტარიფის მოსაზრებებთან დაკავშირებით ადვოკატმა შეიძლება დასვას შემდეგი კითხვები:

i. სხვა ბიზნეს ურთიერთობები

• „დღემდე, როგორ აღწერდით ამ დავის ზემოქმედებას თქვენი კომპანიის ურთიერთობაზე სხვა ბიზნეს ერთეულებთან?“

თუ კლიენტი პასუხობს, რომ ნეგატიურ ზემოქმედებას აქვს ადგილი, მაშინ მომდევნო კითხვა უნდა ემსახუროდეს ამ პრობლემების მოსაგვარებელი ხარჯების ზონდირებას. მაგალითად, ადვოკატმა შეიძლება იკითხოს,

• „რა ცვლილებები შეიტანეთ დავის შედეგად სხვა კომპანიებთან არსებულ ურთიერთობებში?“

კლიენტის მოსალოდნელი პასუხი უნდა იყოს გადადებული და დაგვიანებული პროექტები, გაუქმებული შეკვეთები ან შეცვლილი საკონტრაქტო პირობები/ვადები. კლიენტმა უნდა შეძლოს დღემდე მომხდარ თითოეულ შემთხვევასთან დაკავშირებული ხარჯების შეფასება.

ii რეპუტაციაზე/საზოგადოებასთან ურთიერთობაზე ზემოქმედება

ეს დარგი იკვლევს დავის შედეგად მიღებული უარყოფითი საჯაროობის ან საზოგადოებასთან ურთიერთობის ზომას. ადვოკატმა შეიძლება იკითხოს,

- „დღემდე როგორ დაახასიათებდით მასმედიის ინტერესს ამ დავისადმი?“

- „თვლით თუ არა, რომ მასმედიის ყურადღება ახლანდელ დონეზე დარჩება?“
- „თუ კი ეს დავა სასამართლომდე მივა, როგორ ფიქრობთ, ამ დავისადმი ყურადღება გაიზრდება, შემცირდება თუ ასეთივე დარჩება?“

• „ხომ არ შეგიცვლიათ საზოგადოებასთან ურთიერთობის სტრატეგია მასმედიის ყურადღების შედეგად?“

კომერციულ იურიდიულ პირთან ურთიერთობისას ადვოკატის შემდგომი კითხვის მიზანი იქნება ზემოქმედების შეფასების მცდელობა; მაგალითად,

• „თვიდან თვემდე გაყიდვების მაჩვენებლების შედარებისას ხომ არ შეგინიშნავთ რაიმე ცვლილება ამ დავის წარმოშობის შემდეგ?“

iii შიდა ზემოქმედება ბიზნესზე

ზოგიერთ ბიზნესში მოუგვარებელმა კონფლიქტმა შეიძლება ზემოქმედება იქონიოს კომპანიის შიგნით, უბრალოდ დავაზე დახარჯული საათების გარდა. ამ ზემოქმედების გამოსაკვლევად ადვოკატმა უნდა იკითხოს:

• „როგორ აღწერდით ამ დავის ზემოქმედებას კომპანიის პროდუქტიულობაზე? ეთანხმება თუ არა თქვენი ხელმძღვანელობა ამ შეფასებას?“

• „ხომ არ შეგიმჩნევიათ კომპანიის სულისკვეთების ცვლილება დავის წარმოშობის შემდეგ?“

ამ კითხვების მიზანია იმის გარკვევა, დაანგრია თუ არა დავამ შიდა პროცესები ან პროცედურები. აქ შედის პროდუქტიულობის დანაკარგი, წარმოების დაბრკოლება და მსგავსი პრობლემები. პროდუქტიულობის შესახებ ინფორმაცია არის მონაცემი, რომლის მოპოვება კლიენტს მარტივად შეუძლია, მაგრამ რომელიც შესაძლოა არ იყოს გარკვევით გამოთვლილი „ხარჯის“ სახით.

დანარჩენი ზეგავლენები შეიძლება უფრო შეუმჩნეველი იყოს, მაგალითად მნიშვნელოვანი თანამშრომლების დაკარგვა [ან პროგნოზირებული დანაკარგი]. ამ საკითხის გასარკვევად ადვოკატმა უნდა იკითხოს:

• „დავის შემდეგ რომელიმე ძირითად თანამშრომელს ხომ არ უსაუბრია კომპანიის დატოვების შესახებ?“

• „დავის შემდეგ რომელიმე ძირითად თანამშრომელს ხომ არ მოუწია შვებულების გადადება ან დაგვიანებით გასვლა?“

• „დავის შემდეგ რომელიმე ძირითად თანამშრომელს ხომ არ უთხოვია დამატებითი წევრების აყვანა თავის გუნდში დავის გამო გაზრდილი დროითი ვალდებულებების შესასრულებლათ?“

• „დავის წარმოშობის შემდეგ ხომ არ შეგინიშნავთ რაიმე ცვლილება ბიულეტენების რაოდენობის მხრივ?“

ოთხიდან რომელიმე კითხვაზე დადებითმა პასუხმა შესაძლოა ზემოქმედება იქონიოს იმ წონაზე, რომელიც მიენიჭა სწრაფად მოგვარების საჭიროებას, ხოლო გაჭიანურებული სასამართლო გარჩევის წონაზე კი არა.

ა. დავის გადაჭრის ტიპი

აქ იურიდიული კონსულტანტის აქცენტი გადადის იმაზე, თუ დავის რა სახით „გადაჭრა“ ესაჭიროება მხარეს იმისათვის, რომ შედეგი მიიღოს და, ამავე დროს, შედეგით კმაყოფილი იყოს. კლიენტი ცდილობს მაქსიმალური ინფორმაცია მიიღოს. მთელი აქცენტი კეთდება კითხვაზე: „რა ესაჭიროება კლიენტს შედეგის მისაღწევად?“ პასუხი შეიძლება იყოს ფაქტორების ერთობლიობა და ადვოკატ-კლიენტის კონსულტაციის ყველაზე უფრო პრობლემატური ასპექტი შეიძლება მოგვიანებით წარმოიშვას, ფაქტორებისთვის პრიორიტეტების და ფარდობითი წონების მინიჭებისას, ამასთან, ზოგიერთი ფაქტორები შეიძლება ერთმანეთთან წინააღმდეგობაშიც მოდიოდეს. ამ ეტაპზე, ადვოკატი ჯერ ისევ იკვლევს კლიენტის საჭიროებას და პრეფერენციას. ადვოკატი, ამავე დროს, აწვდის მესიჯს, რომ ზოგიერთ სცენარში „მოგება“ შეიძ-

ლება იყოს რაღაც უფრო სხვა, ვიდრე სასამართლოს ხელსაყრელი გადაწყვეტილება. ადვოკატს შეუძლია იკითხოს:

- „ეს მოგვარება გრძელვადიანი უნდა იყოს, თუ „სწრაფი და იოლი“ გადაწყვეტა დააკმაყოფილებს თქვენს მოთხოვნას?“

ეს კითხვა აღიარებს იმ პრინციპს, რომ ზოგ შემთხვევაში „კარგი“ არის „საკმაოდ კარგი“. მაგალითად, სამშენებლო საქმიანობაში დავის სწრაფი მოგვარება, რომელიც დაგვიანებულ მიწოდებას ეხება, შემდგომი მიწოდებების შესაძლებლობას შექმნის და მშენებლობა წინ წავა. ამგვარი მოგვარება უფრო მნიშვნელოვანია, ვიდრე კონტრაქტის შეუსრულებლობით გამოწვეული ზარალის თანხის ქვითრის მიღება.

- „ეს მოგვარება მუდმივი უნდა იყოს? ან, უფრო მნიშვნელოვანია თუ არა რომ თქვენ შეძლოთ მისი შეცვლა ცვალებად გარემოებებზე რეაგირების მიზნით?“

განსაკუთრებით კომერციულ კონტექსტში, მაგრამ მაშინაც, როდესაც მხარეები ხანგრძლივ ურთიერთობას ვარაუდობენ, პერსონალის პასუხებისადმი მოქნილობა მომავალი საჭიროებების დასაკმაყოფილებლად შეიძლება უფრო მნიშვნელოვანი იყოს, ვიდრე ის, თუ როგორ მოგვარდა კონკრეტული დავა იმ გარემოებებში. მაგალითად, ოჯახის სამართლის კონტექსტში, სადაც დავა ბავშვის მონახულებას ეხება, ზოგ მხარეს შეიძლება სასურველად მიაჩნდეს უცვლელი გრაფიკის დაცვა, სხვები კი თვლიან, რომ ცხოვრების ისეთი მოულოდნელობები, როგორიცაა ქორწილი, სკოლის/ინსტიტუტის დამთავრება და დასაფლავება, ადაპტაციას მოითხოვს.

- „ვის სჭირდება შედეგების ცოდნა?“

ეს კითხვა დეტალურ პასუხებს მოგვცემს იმაზე, თუ ვინ უნდა იყოს ინფორმირებული შედეგზე მის სისრულეში მოსაყვანად, ანუ ვინ უნდა იცოდეს მოგვარების შესახებ მისი თანმხლები უარყოფითი შედეგების გამოსასწორებლად. ეს უკანასკნელი სცენარი მაშინ განხორციელდება, როდესაც, მაგალითად, შეჩერებულია არადაკავშირებული კომერციული გარიგება, როგორცაა შემოთავაზებული შერწყმა ან შთანთქმა. კითხვა „ვინ უნდა იცოდეს“ შეიძლება ასევე შეიცავდეს მოსაზრებას შიდა კლიენტურის წინაშე ანგარიშვალდებულების შესახებ კლიენტის აღქმაზე. მაგალითად, მიუხედავად იმისა, რომ ბიზნესის მფლობელი შეიძლება არ იყოს „ვალდებული“ თავის მუშებს მოგვარების პირობები შეატყობინოს რაიმე სამართლებრივი თვალსაზრისით, თუ კი დავამ უარყოფითი ზემოქმედება მოახდინა კომპანიის სულისკვეთებაზე, კლიენტის აღქმით შესაძლოა ახსნა ადამიანური კაპიტალის პოზიციიდან იყოს საჭირო.

- „ეს გადაწყვეტა კერძო და კონფიდენციალური უნდა იყოს, თუ საჯარო?“

ამ კითხვის ძირითადი ფაქტორებია საზოგადოებრივი „რეაბილიტაციის“ საჭიროება, თუ დავამ უარყოფითი საზოგადოებრივი ურთიერთობები წარმოშვა, ასევე საზოგადოებრივი „დაცვის“ საჭიროება, როდესაც უცვლელი პრინციპის საკითხებზეა საუბარი. განტოლების კონფიდენციალობის მხარეზე ძირითადი ფაქტორები შეიძლება იყოს ვაჭრობის და კომპანიის საიდუმლოების დაცვა, რეპუტაციის გაფრთხილება, სარჩელის საფუძვლების შეზღუდვები და თანმხლებ შესაძლებლობებზე ზემოქმედება.

- „როგორ შეიძლება ამ დავის გადაჭრის გამოყენება მომავალში?“

ეს კითხვა კლიენტს მოუწოდებს განიხილოს ორი პოტენციური გამოყენება; პირველი, გადაჭრის გამოყენება მეორე მხარის მიერ ანალოგიური დავის წარმოშობის შემთხვევაში. მაგალითად, დაგვიანებული მიწოდების კომერციულ კონტექსტში კლიენტმა უნდა მოიფიქროს, დაეხმარება თუ არა მას ეს მოგვარება ბიზნეს ურთიერთობის უფრო დაუბრკოლებლად წარმართვაში სავარაუდოდ განმეორებითი პრობლემების უფრო სწრაფად გადაჭრის შაბლონის მეშვეობით, ან წახალისებს თუ არა იგი ნაკლებად კონცენტრირებულ ძალისხმევებს. მეორე პოტენციური გამოყენება გულისხმობს გადაჭრების გამოყენებას ჯერ კიდევ უცნობი მესამე მხარეების მიერ ან ისეთ დავებში, რომლებიც ჯერ არ მოგვარებულა, ან სადაც ისტორიულ ფაქტებს ჰქონდა ადგილი, მაგრამ უცნობმა მესამე მხარემ ჯერ არაფერი იცის სამართლებრივი ქმედების შედეგების შესახებ.

- „ამ მოგვარებისთვის აპირებთ თუ არა პრეცედენტის ან პოლიტიკის შექმნას მომავალი ქმედებებისთვის?“

ეს კითხვა ყურადღებას ამახვილებს იმაზე, თუ როგორ შეიძლება დავის მოგვარება გამოყენებული იქნეს სხვების მიერ, როდესაც ისინი უკვე იცნობენ მორიგების პირობებს.

• „არის თუ არა ეს ერთჯერადი დავა, რომელიც აღარ გამეორდება?“

განმეორებითი სცენარის შემთხვევაში კლიენტმა შესაძლოა მოისურვოს ამ დავის უფრო დეტალური მოგვარება, ან ისეთი, სადაც მოგვარების ვადები უფრო შემჭიდროვებულია. ამას განაპირობებს იმის აღიარება, რომ მოგვარებამ შეიძლება რამდენიმე პოტენციური გამოყენება ჰპოვოს. კონცეფცია ის არის, რომ საუკეთესო შესაძლო მოგვარების შემუშავება დროის მნიშვნელოვან ინვესტიციას მოითხოვს, რადგან მას შემდგომშიც გამოიყენებენ.

გარდა პოლიტიკისა და პრეცედენტული ფასეულობებისა, როგორცაა მოგვარების შეთავაზების თანხა, მრავალჯერადი გამოყენების შემთხვევაში საჭირო იქნება გარე რესურსები, როგორცაა ადვოკატების გაზრდილი ჰონორარები, ექსპერტი მონმის გაზრდილი დანახარჯები, დავის მოგვარების გაზრდილი ხარჯები. განმეორებითმა სარჩელებმა შესაძლოა გამოიწვიოს მუდმივი დაუბრუნებელი ხარჯები და კლიენტის ძირითადი მიზნებიდან დავის „მომსახურებაზე“ გადასვლა. ამის საპირისპიროდ, ერთჯერადი შემთხვევა წარმატებით მოგვარდება ჩვეულებრივი გადაჭრით, რომელიც შესაძლოა უფრო ხელსაყრელიც იყოს მეორე მხარისთვის.

• „ხომ არ აპირებთ ამ მხარესთან ურთერთობის გაგრძელებას მომავალში, თუ თქვენი ინტერაქცია დავის მოგვარებასთან ერთად დასრულდება?“

ამ კითხვით კლიენტს მოუწოდებენ იფიქროს იმ ფასეულობაზე (ასეთის არსებობის შემთხვევაში), რომელიც მეორე მოდავე მხარესთან ურთერთობის შენარჩუნებასთან არის დაკავშირებული. კლიენტის პასუხი დამოკიდებული იქნება პირად მიდრეკილებაზე, უპირატესობაზე და რომელიმე მოცემული დავის ფაქტებზე. მაგალითად, მოდავე ბიზნეს პარტნიორმა შესაძლოა მოისურვოს პარტნიორობის გაუქმება, მეორე პარტნიორის წილის გამოსყიდვა და ყოველგვარი კონტაქტის განწყვეტა; ან კლიენტს შეიძლება სურდეს არსებული ურთიერთობის დასრულება მეორე პარტნიორის პროცენტის შესყიდვით, ამ პარტნიორს კი კონსულტანტად გამოიყენებს 6-თვიანი გარდამავალი პერიოდის განმავლობაში. თითოეულ სცენარში პოტენციური სამომავლო ურთიერთობა პოტენციური მოგვარების რადიკალურად განსხვავებულ პირობებს გვკარნახობს.

• „რამდენად მნიშვნელოვანია თქვენთვის საბოლოო გადაწყვეტილების მიმღები პირი იყო?“

კლიენტები განსხვავდებიან იმ კონტროლის ხარისხით, რომელიც უნდა განახორციელონ საქმის საბოლოო მოგვარებაზე ისე, რომ შედეგით კმაყოფილი დარჩნენ.

მიუხედავად იმისა, რომ „მოგვარების ხასიათის“ ფარგლებში გამოკითხვები შეიძლება ერთ შეხედვით ელემენტარულად გამოიყურებოდეს, სინამდვილეში როდესაც კონფლიქტი უკვე დაწყებულია, ზოგიერთმა კლიენტმა მხოლოდ ის იცის, რომ მან უნდა „გაიმარჯვოს“,²³ პრიზი „გამარჯვებაა.“ ამ კითხვების მიზანია კლიენტის ყურადღების სხვა რამეზე აქცენტირება და პოტენციური მოგვარების სხვადასხვა მეთოდებზე და მათ განხორციელებაზე ფოკუსირება. თავის მხრივ, ეს საშუალებას აძლევს კლიენტს ჩამოაყალიბოს რა უფრო მნიშვნელოვანია, რა ნაკლებად მნიშვნელოვანი და რა არის უმნიშვნელო. დავის გადაჭრა იქცევა რაღაც სხვა პროცესად და არა მხოლოდ „დიახ/არა“ შედეგებად.

²³ იშვიათ შემთხვევაში, კონფლიქტები თავისით გვარდება უბრალოდ რაღაც პერიოდის გასვლის შემდეგ. თუმცა, რაც უფრო ხანგრძლივად რჩება კონფლიქტი მოუგვარებელი, უფრო უარეს სახეს იღებს იგი, ამავე დროს, ექსპონენციალურად იზრდება ახალი კონფლიქტების ალბათობა. ეს არის „კონფლიქტის სპირალი“ – ესკალაცია, რომელშიც ნეგატიური სპირალი სიცოცხლეს იძენს და მონაწილეები მის ხაფანგში ექცევიან. რადგან კონფლიქტი მის სუბიექტად იქცევა (ძირითადი დავისგან დამოუკიდებლად), ადამიანების პოზიციები მყარდება და მონაწილეები ობიექტურობას კარგავენ. აღქმების დამახინჯების გამო მხარეთა პოზიციები უფრო ექსტრემალური ხდება.

ყველა კატეგორიაში კლიენტის პასუხები იწყება შემოთავაზებით, მოგვარების რომელი პროცესია უფრო შესაფერისი მოცემულ შემთხვევაში. ზედმეტი გამარტივების რისკის ფასად, ზოგადად მართალია, რომ:

- „შესაფერისი მედიაციის“ ატრიბუტებია სიჩქარე, ხარჯების შეზღვევა, გრძელვადიანი ან „სწრაფი“ მოგვარება, კონფიდენციალურობა, არ არის საჭირო პრეცედენტი, ურთიერთობის გაგრძელება, მხარე აკონტროლებს შედეგს.

- „შესაფერისი არბიტრაჟის“ ატრიბუტებია გრძელვადიანი მოგვარება, საბოლოო (აპელაციის გარეშე), კონფიდენციალურობა, არ არის საჭირო პრეცედენტი, ურთიერთობა არ არის მნიშვნელოვანი (ან ნაკლებად მნიშვნელოვანია); გადაწყვეტილების მიმღებ პირს სპეციალური ზეგავლენა აქვს.

- „შესაფერისი სასამართლო გარჩევის“ ატრიბუტებია გრძელვადიანი მოგვარება, საჯაროობა, პრეცედენტის ან პოლიტიკის დანერგვა, ურთიერთობა არ არის მნიშვნელოვანი (ან ნაკლებად მნიშვნელოვანია).

„მოგვარების ხასიათის“ კატეგორია, ასევე, მოგვიწოდებს განვიხილოთ (ა) უნარ-ჩვევები ან ცოდნა, რომელიც გადაწყვეტილების მიმღებ პირს უნდა ჰქონდეს და (ბ) შესაძლო შედეგები, რომლებსაც გადაწყვეტილების მიღების შემდეგ მივაღწევთ. ფორუმის შერჩევა გვკარნახობს შესაძლო მოგვარების პარამეტრებს. ფორუმის შერჩევა ასევე გვკარნახობს გადაწყვეტილების მიმღები პირის ვინაობას – თავად მხარეები [მედიაცია] ან მესამე მხარეები [არბიტრები ან მოსამართლე]. სასამართლოს მიერ დადგენილი გათავისუფლება ოფციების შეზღუდულ რაოდენობას გვთავაზობს, რომელთა უმეტესობა ფულად პრემიებზეა კონცენტრირებული. ხოლო მედიაციის მხარეები კი პირიქით, არ არიან შეზღუდული გადაჭრის მეთოდების შეთავაზებასა და მიღებაში ზარალის ტიპური ფორმულის ფარგლებს მიღმა.

ამრიგად, იმ შემთხვევაში, როდესაც გადაწყვეტილების მიმღები პირის ტექნიკური ან ინდუსტრიული ცოდნა მნიშვნელოვანია, არბიტრაჟი უფრო მისაღებია, ვიდრე სასამართლო პროცესი, რადგან მხარეებს შეუძლიათ აირჩიონ გადაწყვეტილების მიმღები და სელექციის პროცესის კრიტერიუმად სპეციალიზებული ცოდნა მოითხოვონ.

ბ. კონფიდენციალურობა

ეს კატეგორია „მოგვარების ხასიათის“ ქვეჯგუფს წარმოადგენს, რომელიც მისი პოტენციური მნიშვნელობის გამო ინდივიდუალურ განხილვას იმსახურებს. „კონფიდენციალურობა“ ნიშნავს რამდენად ფართოდ არის/იქნება ცნობილი გარკვეული ფაქტების არსებობა: (1) რომ მხარეებს შორის დავა მიმდინარეობს (2) ამ დავის წარმომშობი ფაქტები, (3) რომ მხარეებმა დავა მოაგვარეს და (4) დავის მოგვარების პირობები. გარკვეული სახის დავების შემთხვევაში, საზოგადოებრივი „რეაბილიტაცია“ შეიძლება უმნიშვნელოვანესი იყოს, სხვა დავების შემთხვევაში კი რისკის ლოკალიზაცია ან ანალოგიური სარჩელების რისკის შემცირება კონფიდენციალურობას მოითხოვს.

- „ვინ უნდა იცოდეს შედეგის შესახებ იმისათვის, რომ იგი მოქმედებაში მოიყვანოს?“

ეს კითხვა მაშინ არის რელევანტური, როდესაც არსებობენ სხვები, ვისაც გადაწყვეტილების ასპექტების რატიფიკაცია ევალუბათ. ეს შეიძლება იყოს დირექტორთა საბჭო ან დაინტერესებული მხარეები. ზოგიერთი იურისდიქცია ასევე ითვალისწინებს მეუღლის თანხმობას ერთობლივად ფლობილი აქტივების განკარგვის თაობაზე. მათი რაოდენობის ზრდასთან ერთად იზრდება გასაჯაროების შესაძლებლობა. თუ კი რეალობა გვკარნახობს, რომ მესამე მხარეთა მნიშვნელოვანი რაოდენობა უნდა იყოს ინფორმირებული შეთანხმებაზე, ან მისი რატიფიკაცია უნდა მოახდინონ, მაშინ გამოცდილების თანახმად ნაკლებად სავარაუდოა რომ შეთანხმება და მისი პირობები ფართე საზოგადოებისთვის საიდუმლოდ დარჩება. ამრიგად, მიუხედავად იმისა, რომ კონფიდენციალურობა შეიძლება სასურველი იყოს, ზოგ შემთხვევაში არარეალურია მისი დაცვა.

- „ეს გადაწყვეტა კერძო და კონფიდენციალური უნდა იყოს, თუ საჯარო?“

კონსულტანტს ამ შეკითხვის მეშვეობით შეუძლია კლიენტს სთხოვოს მოიფიქროს, არსებობენ თუ არა მესამე მხარეები, რომელთა მომავალი ქცევა შედეგზე იქნება დამოკიდებული. ეს შესაძლოა სხვადასხვა სცენარებით განვითარდეს. მაგალითად, იმ პროდუქტის საწარმოს შემთხვევაში, რომელმაც საჩივრის თანახმად ზიანი გამოიწვია – ფაქტმა, რომ კომპანიას მოგვარება სურს (და რა პირობებით) შეიძლება სხვებს აფიქრებინოს, რომ კომპანია სასამართლო პროცესს იწყებს. ხოლო თუ კომერციული დავის მხარეები მომავალში ერთად მუშაობის გაგრძელებას გადაწყვეტენ, ამ ფაქტმა, შესაძლებელია, ორივე მხარის პოზიტიურ რეპუტაციას შეუწყოს ხელი, განსაკუთრებით მაშინ, თუ კი საწარმოში ან საზოგადოებაში ცნობილი იყო კონფლიქტის შესახებ.

ეს კითხვა ასევე ითვალისწინებს საზოგადოების კონკრეტულ ქვეჯგუფში (როგორცაა კომპანიის ყველა თანამშრომელი) შედეგების გავრცელების განხილვას.

- „როგორ შეიძლება ამ დავის გადაჭრის გამოყენება მომავალში?“

ეს კითხვა კლიენტს მოუწოდებს განიხილოს დავის მოგვარების ორი პოტენციური გამოყენება სხვა პირის მიერ, და არა კლიენტის მიერ. პირველი, გადაჭრის გამოყენება მეორე მოდავე მხარის მიერ ანალოგიური ფაქტების დადგომის შემთხვევაში. მეორე გულისხმობს გადაჭრების გამოყენებას ჯერ კიდევ უცნობი მესამე მხარეების მიერ.

- „ამ მოგვარებისთვის აპირებთ თუ არა პრეცედენტის ან პოლიტიკის შექმნას მომავალი ქმედებებისთვის?“

კონფიდენციალურობის პრიზმაში განხილვისას, ამ კითხვის არსი მდგომარეობს იმაში, რომ დავის შედეგები უფრო ფართო აუდიტორიაში უნდა გავრცელდეს და არა მხოლოდ მოდავე მხარეებს შორის. ფართო გავრცელება ხორციელდება შემდგომი პრეტენზიების გადადების, საზღვრების დადგენისა და საერთო მოლოდინების შექმნის ალბათობით იმის შესახებ, თუ როგორ სურს კლიენტს კონკრეტული ტიპის კონფლიქტების მოგვარება.

- „არის თუ არა ეს ერთჯერადი დავა, რომელიც სავარაუდოდ აღარ გამეორდება?“

დავის ტიპის სავარაუდო სიხშირემ შეიძლება მოსაზრებები დავის მოგვარების თაობაზე სპექტრის სხვადასხვა მიმართულებით წაიყვანოს. მაგალითად, დავა, რომელიც სავარაუდოდ არ უნდა განმეორდეს, შეიძლება უფრო მაღალი ფულადი მორიგების წინადადებად „ღირდეს“ სუფთად ზარალის საფუძველზე. ამ შემთხვევაში კონფიდენციალურობას ნაკლები მნიშვნელობა ექნება, რადგან ნაკლებად სავარაუდოა სხვა ანალოგიურად პოზიციონირებული პოტენციური მოდავეების არსებობა.

ყველა ამ კითხვაში, თუ კი საჭიროა *კონფიდენციალურობა*, მაშინ მედიაცია ან არბიტრაჟი ერთადერთი სიცოცხლისუნარიანი ვარიანტია. თუ *კონფიდენციალურობა სასურველია*, მაშინ მედიაცია ან არბიტრაჟი არჩევანის პროცესად რჩება დავის მოსაგვარებლად.

გ. მხარეთა ურთიერთობები

ზოგჯერ დავის ერთ-ერთი ყველაზე რელევანტური ფაქტორი მხარეთა ურთიერთობების ბუნებაზეა ფოკუსირებული. ერთჯერადი შემთხვევა, რომელიც დავას წარმოშობს უცხო ადამიანებს შორის ხარისხობრივად განსხვავდება იმ მხარეთა შორის წარმოქმნილი დავისგან, რომლებსაც ხანგრძლივი ურთიერთობა აკავშირებს. ხანგრძლივი ურთიერთობის კონტექსტშიც კი არსებობს კითხვები – არის თუ არა კლიენტი დაინტერესებული ამ ურთიერთობის შენარჩუნებაში, თუ მისი შეწყვეტა სურს.

ზოგადად, მედიაცია განიხილება როგორც ყველაზე „ურთიერთობისადმი მეგობრული“ პროცესი სამივე პროცესიდან. ამიტომ დავის მოგვარება არ შეიცავს ბრალის ან შეცდომის ძიებას. მხარეები ერთად მუშაობენ იმის დადგენაზე მოავგარონ, თუ არა, ხოლო მოგვარების შემთხვევაში – როგორი უნდა იყოს მოგვარების პირობები. აქედან გამომდინარე, ყოველი მოდავე მხარე ავტონომიას ინარჩუნებს და რადგანაც არ არსებობს მესამე მხარის გადაწყვეტილების მიმღები, არ არის სასამართლო გარჩევის საჭიროება.

დ. სხვა ინტერესები

უთანხმოებების მოგვარების ოპტიმალური მექანიზმის შერჩევაში კომპეტენტური დახმარების გასანვად, ადვოკატის კონსულტაცია უნდა გასცდეს დავის იურიდიული გარემოებების შეფასების ფარგლებს/ ზოგიერთი ასეთი განხილვა შედარებით პირდაპირი ჩანს, როგორცაცაა ვადების, საზოგადოებასთან ურთოერთობების, ხარჯების შეზღუდვის, დაკარგული შესაძლებლობების საკითხები; თუმცა, სხვები უფრო მეტად დაკავშირებულია კლიენტის პირად რეაქციასთან. კლიენტის პოტენციური „სხვა“ ინტერესები შეიძლება აკმაყოფილებდეს კლიენტის ემოციურ ან ფსიქოლოგიურ სურვილს, აღიდგინოს პოზიცია; შეამციროს ხანგრძლივი, გადაუჭრელი დავით გამონეული სტრესი; თავიდან აიცილოს სასამართლო პროცესის დაძაბულობა ან შეზღუდოს რისკი²⁴.

საზოგადოდ, ადვოკატები ნაკლებად სწავლობენ, თუ როგორ უნდა ჩაუღრმავდნენ ამ „ფაქიზ“ საკითხებს კლიენტთან. მათი განათლება და გამოცდილება უფრო მეტად დაკავშირებულია საჩივრის იურიდიული საფუძვლის განმტკიცებასთან, იმასთან, თუ რამდენად ხელმისაწვდომი და მისაღებია მტკიცებულებები და ასევე, ისტორიულად, როგორ წყდებოდა ასეთი საკითხები სასამართლოს მიერ, მათ იურისდიქციაში.

ერთ-ერთი სენსიტიური და მნიშვნელოვანი ფაქტორია კლიენტის მიერ „რისკის მიუღებლობის“²⁵ ხარისხი. რისკთან და პოტენციურ ზარალთან დაკავშირებით კლიენტის კომფორტის დონის განხილვა შესაძლოა რთული იყოს²⁶. თუმცა შეიძლება შესწავლილ იქნას საუბარი და შეფასდეს რისკის მიუღებლობა უფრო ნაკლებად პირდაპირი გზით და არა კლიენტის „გაოგნებით“, პირდაპირი შეკითხვის მეშვეობით, რაც შეიძლება მან მისი ეგოსთვის საფრთხედ აღიქ-

²⁴ „არაიურიდიული“ ფაქტორები შეიძლება კლიენტის საბოლოო გადაწყვეტილებისთვის არსებითი იყოს, მაგრამ რამდენადაც ისინი უაღრესად სუბიექტურია, მათი პროგნოზირება რთულია. ამ ფსიქოლოგიური, სოციალური და მორალური მიზეზების აღიარებამ შეიძლება ზემოქმედება მოახდინოს კლიენტის მიერ ალტერნატივის არჩევაზე და კონსულტანტმა ისინი დეტალურად უნდა შეისწავლოს. ამ სტატიაში შევეცადეთ ზოგიერთი ამ ფაქტორის განსაზღვრას. მეცნიერები, რომლებიც მუშაობენ გამოკითხვისა და კონსულტირების საკითხებზე, სხვადასხვა სქემებს იყენებენ მათი განსაზღვრისთვის. მაგალითად, ფსიქოლოგიური ინტერესები შეიძლება მოიცავდეს ალგზების ან სტრესის დონეს; თვითშეფასებას, საკუთარი თავის პატივისცემას და საკუთარ იმიჯზე ზრუნვას; ასევე აღიარების, სტატუსის, ძალაუფლების ან უფლებამოსილების მოთხოვნილებას, პირადი კმაყოფილების ან კეთილდღეობის შეგრძნებას; გარისკვის სურვილს. *Nicholas H. G., A Practical Approach to Client Interviewing, Counseling, and Decision-Making, Matthew Bender 2009, 67.*

²⁵ გადაწყვეტილებების მიღების ემპირიული კვლევები უჩვენებს, რომ ადამიანები აირჩევენ მცირე უეჭველ სარგებელს და არა უფრო მსხვილს და რისკიანს. ამ მოვლენას უწოდებენ „რისკის მორიდებას“. იხ., *Bazerman M., Judgment in Managerial Decision Making, 1994.* რისკის მორიდების პრინციპების გამოყენება შემდგომ ძლიერდება თითოეული ადამიანის მიერ ფასეულობის სუბიექტური აღქმით. *Tversky A., Kahneman D., Rational Choice and the Framing of Decisions, J. Business, Vol. 59, 1986, 251.* რისკის მორიდებასთან დაკავშირებულია „ზარალის მორიდების“ ცნება, რომელიც ეყრდნობა თეორიას, რომ ადამიანები ითამაშებენ, უეჭველი ზარალის თავიდან ასაცილებლად, იმ შემთხვევაშიც კი, თუ თამაშის შემთხვევაში ზარალი გაცილებით უფრო დიდია, ვიდრე „უეჭველი ზარალი“, თუ ისინი არაფერს არ გააკეთებენ. „პერსპექტივის თეორიაში“ კვლევები უჩვენებს, რომ ადამიანები უფრო მეტად შეაფასებენ ნივთის გაცემას, ვიდრე თავად გადაიხდიდნენ იმავე ნივთის შესაძენად. ამ შედეგების საფუძველზე, სოციალური ფსიქოლოგები თეორიულად განსაზღვრავენ, რომ რეაქცია ზარალზე უფრო დიდია, ვიდრე რეაქცია მოგებაზე. იქვე, 258.

²⁶ შესაძლებელია, რომ საუბარში იქნება უხერხულობის გარკვეული ხარისხი, რამდენადაც ძნელია ადამიანს შეეკითხო „გემინია რისკის“? თუმცა, იმის გამო, რომ გადაწყვეტილების მიღებას არასოდეს არა აქვს სრულყოფილი, აბსოლუტური ცოდნა, გადაწყვეტილების მიღება, ნაწილობრივ მაინც ეყრდნობა „გამოცნობას“ და ინტუიციას. ამდენად, ყოველი გადაწყვეტილების მიღება იძულებულია იტვირთოს რისკის გარკვეული ხარისხი. *Cochran R. F., Jr., Dipippa J. M. A., Peters M. M., The Counselor-at-Law: A Collaborative Approach to Client Interviewing and Counseling, Matthew Bender, 2nd ed., 2006, 125-126.* ამ კონტექსტში, ადვოკატის პასუხისმგებლობა დაეხმაროს კლიენტს რისკის სათანადო დონის განსაზღვრაში, თითოეული დავის მოგვარების პროცესისთვის და, სავარაუდოდ, უკეთ გააგებინოს კლიენტს პირადი რისკის მორიდება.

ვას. კონსულტანტმა უნდა გაითვალისწინოს რისკის შეფასება თითოეული პროცესის განმარტებაში, შემდეგნაირად:

„სამი პროცესიდან, რომლებიც ჩვენ განვიხილეთ, მედიაცია უზრუნველყოფს შედეგების კონტროლის ყველაზე მაღალ ხარისხს. თქვენ თავად გადანყვეტთ, გსურთ თუ არა შეთანხმების მიღწევა და რა პირობებით. თუმცა, როგორც თქვენ, ასევე მეორე მხარესაც შეიძლება გარკვეულ კომპრომისებზე წასვლა დაგჭირდეთ, რათა ისეთ შეთანხმებას მიაღწიოთ, რომელიც ორივესთვის დამაკმაყოფილებელი იქნება. შესაძლოა ვერ მიიღოთ ყველაფერი, რაც გინდათ. თუმცა, თუ ამ დავის გადანყვეტას შეძლებთ, თქვენ მიაღწევთ შეთანხმებას, რომელიც მისაღები იქნება თქვენთვის და რომელიც დააკმაყოფილებს თქვენი მოთხოვნების დიდ ნაწილს. სპექტრის მეორე მხარეს არის სასამართლო პროცესი. როგორც წესი, ესაა პროცესი, რომელშიც მიიღებთ „ყველაფერს ან არაფერს“. თუმცა, ჩვენ შეგვიძლია შევაფასოთ, თუ რამდენად შესაძლებელია მოგება, მაგრამ ამის გარანტირება შეუძლებელია²⁷. ამ ალტერნატიული შედეგებიდან რომელიმე უფრო მიმზიდველია თქვენთვის?“

რისკის მორიდების შესახებ საუბარი კონცენტრირებულია აღსრულებაზე. ასეთ საუბარში კონსულტანტმა შეიძლება მიუთითოს:

„კვლევების მიხედვით, უფრო სავარაუდოა, რომ მხარეები, რომლებიც მედიაციის მეშვეობით აღწევენ შეთანხმებას, დაიცავენ მის პირობებს, იმ მოდავეებთან შედარებით, რომლებსაც მესამე მხარეები აძლევენ მითითებებს ანაზღაურონ ზარალი, იმოქმედონ ან თავი შეიკავონ მოქმედებისგან. როგორც დაკმაყოფილების დონე, ასევე შესრულების მაჩვენებლები უფრო მაღალია მედიაციისთვის, სხვა პროცესებთან შედარებით. ეს შეიძლება იმის გამო იყოს, რომ მედიაციის მეშვეობით მიღწეული შეთანხმებები ურთიერთშეთანხმებულია და არა გარედან ნაკარნახევი. თუმცა აღსრულება უფრო ადვილია, სასამართლოს განაჩენის და არბიტრაჟის გადანყვეტილების შემთხვევაში. ზოგიერთ შემთხვევაში, როგორებიცაა საერთაშორისო დავები, ერთადერთი სიცოცხლისუნარიანი აღსრულების გზა არბიტრაჟის გადანყვეტილებაა.“

კვლავ, კონსულტანტი ეკითხება კლიენტს, თუ რა ურჩევნია მას, ამ ფაქტორების გათვალისწინებით. კლიენტის პასუხები წარმოდგენას გვიქმნის იმის თაობაზე, თუ როგორია რისკი და რისი გაკეთება სურს კლიენტს, დავის გადანყვეტის კონკრეტული მეთოდის გამოყენებისთვის.

რისკის თავიდან აცილების თემის მესამე ვერსია დაკავშირებულია გამორიცხვის ალტერნატივასთან, იმ მომავალ შესაძლებლობებთან, რომლებიც ღიად დარჩება ან უარყოფილი იქნება, როგორც არჩეული ალტერნატივის შედეგი. დავის მოგვარების ერთ-ერთი პროცესის არჩევის შედეგები შესაძლოა ინტუიტიურად ნათელი არ იყოს კლიენტისთვის. იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც მისთვის გასაგებია, კლიენტმა შეიძლება თავი აარიდოს ალტერნატივის არჩევას იმის გამო, რომ შერჩევისთვის დამახასიათებელია უარყოფილი მოდელების სარგებლის „დაკარგვა“. მაგალითად, ბევრ ეროვნულ თუ საერთაშორისო სამართლებრივ სისტემაში, დავის მოგვარების მექანიზმის სახით არბიტრაჟის არჩევა ნიშნავს მომავალში სასამართლო პროცესზე უარს.

ე. დღეისათვის არსებული მოგვარების დაბრკოლებები

ბოლო შესასწავლი სფეროა ის, თუ როგორ აღიქვამს კლიენტი დღეისათვის მოლაპარაკებების წარუმატებლობის მიზეზს. კლიენტები იცნობენ დარგს. იმ შემთხვევებში, როდესაც

²⁷ კონსულტანტს უნდა შეეძლოს განსაზღვროს ალტერნატიულ მიდგომებთან დაკავშირებული წარმატების და ხარჯების ალბათობა პროფესიული საექსპერტო ცოდნის და გამოცდილების საფუძველზე. *Bastress R. M., Harbaugh J. D., Interviewing, Counseling, and Negotiating: Skills for Effective Representation*, Aspen, 1990, 243-244. „შედეგების განსაზღვრა ... ფეხდაფეხ მისდევს ალტერნატივების განსაზღვრას.“ *Binder D. A., Bergman P., Tremblay P. R., Weinstein I. S., Lawyers As Counselors: A Client-Centered Approach*, 3rd ed., West, 2012, 330.

დავა უცნობებს შორის არაა, კლიენტები ასევე წარმოადგენენ პოტენციურ რესურსს იმისათვის, რომ ნათელი გახდეს გადანყვეტილებების მიღების პროცესი და ის, თუ რას ამჯობინებენ სხვა მოდავები. მაგალითად, თუ კლიენტი აღნიშნავს, რომ მისი ყოფილი ბიზნეს პარტნიორი არასოდეს არ მიიღებს გადანყვეტას სადავო „კონკურენციის გამორიცხვის“ პუნქტთან დაკავშირებით, თუ კლიენტი ამას შესთავაზებს, მაშინ შეთანხმებას, რომლის თაობაზეც მიმდინარეობს მოლაპარაკება (მედიაცია), შეიძლება წარმატების ნაკლები ალბათობა ჰქონდეს, ვიდრე ნეიტრალური მესამე მხარის გადანყვეტილებას.²⁸

საცდელი შეკითხვები, რომლებიც შეიძლება კონსულტანტმა დასვას, მოიცავს შემდეგს:

- „როგორ ფიქრობთ, რა რეაქცია ექნება X-ს დავების მოგვარების იმ სამ მექანიზმთან დაკავშირებით, რომლებსაც ჩვენ განვიხილავთ?“

- „რატომ გაჩერდა მოლაპარაკებები ამ საკითხზე?“

- „ხედავთ იმ სფეროებს, სადაც შეთანხმება შესაძლებელია? რის გამოა სავარაუდო შეთანხმება ამ საკითხებთან დაკავშირებით უფრო მეტად შესაძლებელი, სხვებთან შედარებით?“

II. გადანყვეტილების მიღება და დახურვა

ეფექტური გადანყვეტილებების მიღების შესწავლა კვლავაც ინტენსიური კვლევების სფეროს წარმოადგენს. თავდაპირველად, ის ეყრდნობოდა ეკონომიკის თეორიას და კონცეფციას, რომ რაციონალური ადამიანები მოქმედებენ ისე, რომ მაქსიმალურ სარგებელს მიაღწიონ. მოგვიანებით ჩატარებული გამოკვლევების მიხედვით დადგინდა, რომ ეს მკაცრად ნორმატიული მიდგომა გადანყვეტილებების მიღების მიმართ ზუსტად არ ასახავს იმ კოგნიტიურ საკითხებს, რომლებსაც ადამიანები ყოველდღიურად იყენებენ. ეს საკითხები მოიცავს შემდეგს:

- დაკმაყოფილება: იმ პირველი პოტენციური გადანყვეტის არჩევა, რომელიც „საკმარისად კარგია“ იმისათვის, რომ დააკმაყოფილოს მოთხოვნილებების მინიმალური დონე;

- მიმდევრობითი შეფასება აუნონავი კრიტერიუმების მიხედვით: ყველა ობიექტური კრიტერიუმისთვის ერთი ფასეულობის მინიჭება, ალტერნატივების თანმიმდევრულად შეფასება ამ კრიტერიუმების მიხედვით და სიცოცხლისუნარიანი ალტერნატივის შერჩევა [ახლოსაა „ერთ დამთავრებასთან“];

- გამარტივება: ყველა პლუსის და მინუსის ჩამოთვლა თითოეული ალტერნატივისთვის და იმ ალტერნატივის არჩევა, რომელსაც მეტი პლუსი აქვს.

ეს შრომა არ გთავაზობთ, რომ თავი დაანებოთ ამ მეთოდებს ყოველდღიურ ცხოვრებაში, უბრალოდ, მათი გამოყენება უნდა შემოიფარგლოს ნაკლებად რთული გადანყვეტილებებით და ისეთი გადანყვეტილებებით, სადაც არასწორი დაშვებების შედეგები მინიმალურია. როდესაც ადვოკატი და კლიენტი განიხილავენ დავის მოგვარების ალტერნატივებს, აუცილებელია სქემა, რომელშიც უფრო მეტი ნიუანსებია გათვალისწინებული. საკმარისი არაა ჩამოუსვათ შუაში ხაზი და მარჯვენა სვეტში „პლუსები“ შეიტანოთ, მარცხენაში კი – „მინუსები“. ადვოკატს უნდა ახსოვდეს, რომ „კონსულტირება“ მოიცავს უფრო მეტს, ვიდრე ალტერნატივების განსაზღვრა და მათი შესაძლო შედეგების ჩამოთვლაა. ეს ასევე მოიცავს კლიენტის არჩევანის შეფასებას და ასევე, არჩეული ალტერნატივების შეფასებას, რეალისტურად, კლიენტის სუბიექტური მიდრეკილებების, ფასეულობების და ამოცანების გათვალისწინებით.

განიხილეთ საკონტრაქტო ბიზნეს დავა, რომელშიც კომპანია აწარმოებს მოლაპარაკებებს მესამე კომპანიასთან, მეგობრული გაერთიანებისთვის. სავარაუდოდ, სიჩქარე და კონფი-

²⁸ კიდევ ერთი მიდგომაა მედიაცია, მაგრამ შემფასებელი მედიატორის შერჩევით ან მედიატორისთვის თხოვნით, რომ მან კონკრეტული პირობები შესთავაზოს. თუმცა მესამე ალტერნატივა შეიძლება იყოს ნეიტრალური შეფასება ან სხვა არასავალდებულო პროცესი, რომელიც გარკვეული ხარისხით მაინც მოიცავს მხარის შეფასებას.

დენციალობა უფრო მნიშვნელოვანია ამ კომპანიისთვის, ვიდრე სასამართლოს მოგების „90%“ შესაძლებლობა, როდესაც პროცესი 2 წელიწადს გასტანს. აუნონავ სქემაში „პლუსების“ სია შეიძლება სხვადასხვა ალტერნატივას შეიცავდეს:

მედიაცია	არბიტრაჟი	სასამართლო
სწრაფი	რამდენადმე სწრაფი	
კონფიდენციალური	კონფიდენციალური	ნარმატების 90%-იანი
	ნარმატების 90%-იანი	შესაძლებლობა
	შესაძლებლობა	შესაძლებლობა

ასეთმა გამარტივებულმა მიდგომამ შეიძლება არასწორ დასკვნამდე მოგვიყვანოს, რომ არბიტრაჟი საუკეთესო ალტერნატივაა, იმიტომ, რომ ყველაზე მეტი „პლუსი“ აქვს.

საუკეთესო მიდგომაა, სთხოვოთ კლიენტს შეაფასოს თითოეული საკითხი ოთხბალიანი სკალით: კრიტიკული, მნიშვნელოვანი, კარგი, უმნიშვნელო. თითოეული საკითხი განიხილება ინდივიდუალურად, მაგრამ, დასკვნის გამოტანისას, ისინი განიხილება ერთმანეთთან მიმართებაში, საბოლოო გადანყვეტილების მიღებამდე²⁹. მეგობრული, კორპორატიული გარეთიანების / კონტრაქტის შესახებ უთანხმოების სცენარში კლიენტის თავდაპირველი შეფასება³⁰ შეიძლება შემდეგი იყოს:

	კრიტიკული	მნიშვნელოვანი	კარგი	უმნიშვნელო
სისწრაფე	X			
ხარჯების შემცირება		X	X	
გრძელვადიანი				
გადაწყვეტა				
„უცებ“ გადანყვეტა	X			
კონფიდენციალური	X			
საჭიროა პრეცედენტი			X	
ურთიერთობების				X
გაგრძელება				
მხარე აკონტროლებს			X	
შედეგს				
საბოლოო		X		
აღსრულებადი			X	

²⁹ არ არსებობს სავალდებულო „ერთი ზომა ყველაზე კარგად შეეფერება“ – მიდგომა, რომელიც მექანიკურად შეიძლება იქნას გამოყენებული ყველა შემთხვევაში. კონსულტანტი ყოველთვის ანგარიშს უნდა უწევდეს თითოეული კლიენტის მოთხოვნებებს, ისევე, როგორც თითოეული კლიენტის ინდივიდუალურ თვისებებს, ეს ნიშნავს, რომ სასურველია ამ შაბლონის გარკვეულად შეცვლა, იმის ნაცვლად, რომ გამოყენებულ იქნას გადანყვეტილების მიღების უმარტივესი სტრატეგია, რომელიც საკმარისია ყოველდღიურ ცხოვრებაში.

³⁰ კონსულტანტმა უნდა განიხილოს რიგი პოტენციური ამოცანები და სთხოვოს კლიენტს მიანიჭოს მნიშვნელობა თითოეულ მათგანს. ამ დიალოგისთვის ნიმუში მოცემულია I ნაწილის შეკითხვებში. მართალია დახვეწილ კლიენტს შეიძლება უკვე განსაზღვრული ჰქონდეს ამ საკითხების უმეტესობა, კონსულტანტთან შეხვედრამდე, მაინც ღირს ამის გაკეთება, ოთხი მიზეზის გამო. ჯერ ერთი, ადვოკატი და კლიენტი შეიძლება არ სარგებლობდნენ ტერმინებით, რომლებიც ზუსტად ერთსა და იმავეს გულისხმობს. მეორე, კლიენტს ხშირად გააჩნია დარგობრივი ცოდნა, რომლის შესახებაც არაფერი იცის ადვოკატმა. მესამე, დახვეწილმა კლიენტმაც კი შეიძლება არ იცოდეს სხვადასხვა პროცესების იურიდიული შედეგების ზოგიერთი ასპექტები, არჩევანის გაკეთებისას. და მეოთხე, კლიენტის ამოცანები შეიძლება შეიცვალოს გარკვეული დროის შემდეგ. ამოცანების და მათი მიზეზების შესახებ ინფორმირების პროცესის შედეგად შეიძლება საჭირო გახდეს დამატებითი ამოცანების განსაზღვრა.

მას შემდეგ, რაც კლიენტი განსაზღვრავს იმ სამ კრიტიკულ ატრიბუტს, რომლებიც აუცილებელია, კონსულტანტს ორი ალტერნატივა აქვს. თუ ამ მაგალითში სამივე ატრიბუტი არსებობს მედიაციის ალტერნატივაში, მაშინ კონსულტანტს დასჭირდება მხოლოდ იმის ხელახლა დადასტურება, რომ ესენი „აუცილებელი“ მახასიათებლებია და იმის განსაზღვრა, რომ მედიაცია დავის მოგვარების პროცესია, რომელიც თითოეულ მიზანს შეესაბამება.

თუ განსაზღვრული საკითხები შეესაბამება დავების მოგვარების ერთზე მეტ პროცესს, საჭიროა შემდგომი დაზუსტება. კონსულტანტის როლი ამ ეტაპზე ითვალისწინებს დამატებითი შეკითხვების დასმას. განვიხილოთ მეგობრულ გაერთიანებასთან/კონტრაქტთან დაკავშირებული დავის სცენარი, სადაც კლიენტმა განსაზღვრა „საბოლოო“ და „აღსრულებადი“, როგორც კრიტიკულად მნიშვნელოვანი, რამდენადაც მას ეშინია, რომ კომპანია, რომელთანაც მას კონტრაქტთან დაკავშირებული დავა აქვს, საბოლოაჟს მოუწყობს პოტენციურ გაერთიანებას. ანალიზის სქემა ასახავს შემდეგს:

	კრიტიკული	მნიშვნელოვანი	კარგი	უმნიშვნელო
სისწრაფე	X			
ხარჯების შემცირება		X		
გრძელვადიანი გადანყვეტა			X	
„უცებ“ გადანყვეტა	X			
კონფიდენციალური	X			
საჭიროა პრეცედენტი			X	
ურთიერთობების გაგრძელება				X
მხარე აკონტროლებს შედეგს			X	
საბოლოო	X			
აღსრულებადი	X		X	

ამ ახალ სცენარში, არბიტრაჟის სასურველობა იზრდება და შეიძლება გაუთანაბრდეს მედიაციას, თეორიულად მაინც. განტოლება იცვლება, რა თქმა უნდა, თუ კლიენტისთვის დასმული შემდგომი შეკითხვებით დადგინდება, რომ აუცილებელია გადანყვეტა მომდევნო 30 დღის განმავლობაში ან რომ დავის არსებობის შესახებ უნდა აცნობონ მესამე მხარეს და ამის გამო არსებობს მოლაპარაკებების შეფერხების და ბიზნეს შესაძლებლობების დაკარგვის რეალური შესაძლებლობა. ახლა არბიტრაჟი ნაკლებად დამაკმაყოფილებელი ჩანს და მედიაციის ფასეულობა იზრდება.

ანალიტიკური სქემების შედგენის უამრავი მეთოდი არსებობს. როდესაც შემთხვევები რთულია და გასათვალისწინებელია მრავალი ფაქტორი, კონსულტანტმა სერიოზულად უნდა განიხილოს წერილობითი სქემა. ეს ხელს შეუწყობს კლიენტს, თავი აარიდოს როგორც დაკმაყოფილებას, ასევე ერთბაშად დამთავრების მეთოდს და უბიძგებს მას ოპტიმალური გადანყვეტილების მიღებისკენ.

შესაძლებელია ამ სტატიაში განხილული თეორიის, მეთოდების და ტექნიკის ადაპტაცია დავის წინასწარი დაგეგმვის თუ დავის შემდგომი სტრატეგიისთვის. ძირითადი ისაა, რომ კონსულტანტს უნდა სურდეს იმ ამოცანების განხილვა, რომელთა მიღწევის იმედიც აქვს კლიენტს, ასევე იმის განსაზღვრა, თუ როგორ ურთიერთქმედებს ერთმანეთთან სხვადასხვა ამოცანები და როგორ უნდა მოხდეს ყველაზე პრიორიტეტული მიზნების რეალიზაცია. კონსულტანტის ამოცანაა დავის მოგვარების ყველა გონივრულად სიცოცხლისუნარიანი ალტერნატივების განსაზღვრა, ასევე საკმარისი ინფორმაციის წარმოდგენა და მიღება, იმისათვის, რომ კლიენტს შეეძლოს ინფორმირებული, ოპტიმალური არჩევანის გაკეთება.

Alexandra Crampton*

Michael Tsur**

Negotiation Stands Alone

Editors' Note: Yes, the authors concede, "everybody" negotiates: but that's like saying "everybody drives," and then watching aghast when "everybody" climbs into a racing car, or an eighteen-wheeled tractor-trailer. The authors draw from Tsur's experience teaching Israeli hostage negotiators and in other high-pressure environments to argue for an entirely distinct concept of a professional negotiator, one that starts with a rather experienced "student" and builds a sharply different training regimen from there.

Introduction: Getting Past Negotiation 1.0

While this book series began with the shortcomings of "Negotiation 1.0," by way of context as well as contrast this chapter will begin with a brief tribute to the Negotiation 1.0 legacy. First, the popularization of negotiation through books like *Getting to Yes* (Fisher, Ury, and Patton 1991) made negotiation more visible and accessible to millions. The complex contexts and nuances of negotiation were drastically simplified to clear, instrumental tasks and principles that have been widely translated to personal and professional application around the world. Those who have avoided negotiation or resorted to adversarial bargaining now have a method that can be more effective and efficient. The pioneers of the interest-based model also negotiated successfully to bring Negotiation 1.0 into professional education, despite criticisms that negotiation cannot be taught. Negotiation has become an accepted specialization within professional practices such as law, business, and public policy. In the process, negotiation acquired a recognized empirical and theoretical literature, fostered through centers of research and practice, academic and professional conferences, and peer-reviewed specialty journals.¹

Yet this recognition continues to be limited to negotiation at most as a specialization, and more often as a sub-function of other fields, rather than as a profession that might stand alone. Moreover, what professional negotiators practice is usually quite different from the basic and even advanced forms taught in short courses. Professional negotiators are not simply more familiar with navigating the typical terrain of negotiation processes. They become highly skilled at perceiving and understanding nuances of communication and interaction that are hard to evaluate by, or simply overwhelming to, the negotiation novice. In other words, negotiation is a language too difficult for most to speak fluently. And when that terrain seems to dissolve into the high seas of stress, ambiguity, and conflict, a professional negotiator becomes an expert navigator who can guide the principals to safety – or at least a less rocky peace. The necessary intuition and inner qualities of professional negotiators are not universal, and not everyone can become a professional negotiator, even though everyone may benefit from basic negotiation training.

We contend that these "soft skills" and sensibilities cannot be trained didactically, but must be

* Assistant Professor at the Department of Social and Cultural Sciences at Marquette University.

** Founder and director of the Mediation and Conflict Resolution Institute in Jerusalem, and an adjunct professor of negotiation in the law faculty and the business school at Hebrew University of Jerusalem. This chapter is based on Michael's notes for a longer subsequent writing, based in turn on many years of accumulated practice experience as negotiator, mediator, and trainer in many contexts, including as a member of the Hostage Crisis and Negotiation Unit of the Israeli Defense Forces.

¹ While the success of Negotiation 1.0 may seem like manifest destiny today, *Bruce Patton* wrote a PON working paper about the struggle to convince the faculty of Harvard Law School that negotiation *could* be taught (Patton, 1984). This struggle was won in part by inviting criticism and dialogue about the model as it developed.

cultivated over time through reflective practice and experience. Several other chapters in this book series hint towards this conclusion. Differences noted between Negotiation 1.0 as “basic” and Negotiation 2.0 as “advanced,” for example, offer a start to this conversation. However, taking culture and context as integral rather than additional to negotiation suggests a need to push this idea of advancement further. The result is an argument for a more advanced *concept* of negotiation, a different pool of potential students, and corresponding changes to pedagogy. This then leads to a second argument for establishing negotiation as a stand-alone profession. 1.0 as “basic” and Negotiation 2.0 as “advanced,” for example, offer a start to this conversation. However, taking culture and context as integral rather than additional to negotiation suggests a need to push this idea of advancement further. The result is an argument for a more advanced *concept* of negotiation, a different pool of potential students, and corresponding changes to pedagogy. This then leads to a second argument for establishing negotiation as a stand-alone profession.

In Michael’s as yet unpublished work on which this chapter is based, what the negotiation field needs is not a revolution but an evolution: formalizing, structuring, and upgrading negotiation as a stand-alone profession should in no way diminish what went before, and what continues to thrive in many, many venues. The need for evolution is in part due to the complex demands of an increasingly globalized and interconnected world. These demands require professional negotiators to possess both global and local expertise in that there are general areas of expertise (outlined in this chapter) required of all negotiators as well as a need for local adaptation to contexts of culture, region, negotiating parties, and other case specifics. The general role of a professional negotiator is that of a mentor able to stimulate and provide negotiation skills to a growing number of potential end-users within established professions. Business or political leaders, for example, already hire professional negotiators such as crisis negotiators under some circumstances, to help analyze, strategize, and coach them through negotiations when the negotiations are nominally “conducted” by the parties themselves. We propose to build on this for more general usage.

The ideal “students” to mentor for this role have already proven successful in general negotiations within a first or even second career field of practice. They are far from the novice negotiator typified in negotiation pedagogy literature. Early differences between future novice and professional negotiators may even be seen in childhood, when the latter responds automatically to challenges by negotiating options, process, and outcomes with curiosity, respect, and creative thinking.² This means that professional negotiation programs would not compete for generic undergraduate or young graduate students. Instead, they should recruit from established professionals, perhaps even those nearing retirement from their original professions. This approach takes advantage of a major demographic trend, which is longevity in the work force. This also incorporates economic trends that both allow and require people to actualize their potential by changing careers. The ideal student of professional negotiation has already become an expert within his or her first career. In the Israeli context, for example, Michael has worked with high-ranking military officers, who typically retire between the ages of forty-five and fifty after years of commanding and managing personnel and operations in a very challenging environment. This work experience makes them potential candidates for negotiation as a second career.

We take up Michael’s advanced negotiation concept next, and introduce the skills and sensibilities required for mastery. Space limitations require focusing this discussion down to a brief description of a general course of study of negotiation, such as could be taught globally. (Programs of study better tailored to local specifics, and how to adapt from the general model, will have to be explored in later work.) The introduction offered in this chapter leads to a discussion of the ideal student and program of study to train professional negotiators. Our chapter ends with next steps for formalizing negotiation as a second or even third-career profession, and a conclusion about innovation and negotiation.

² In other words, not everyone becomes a professional negotiator because not everyone responds to opportunities and challenges with a negotiation temperament or mindset.

Advancing Negotiation Base Concepts

The first step in developing negotiation as a stand-alone profession is to bring complexity back into base models. The second is to address complexities that were not part of creating Negotiation 1.0, such as distinguishing leadership negotiation and how to negotiate in a crisis or hostage situation.³ This section begins with the first task and then moves into the second.

Section One: Getting Past Negotiation 1.0

Participants in the Rethinking Negotiation Teaching (RNT) project have, from the beginning, emphasized that culture and context are integral and ongoing influences in negotiation. It can be presumptuous to use the predefined variables of Negotiation 1.0 when these very terms are themselves open to interpretation. For example, “interest” and “commitment” can vary in meaning and expression cross-culturally and situationally. In addition, what are explained as preparation tasks in the interest-based model may have to be renegotiated, in complex cases, not once beforehand, but throughout the negotiation. What first appears simple can quickly become also “wicked problems”⁴ about what can be negotiated, who can negotiate (at the table or behind the scenes), how negotiations will unfold, the role and importance of time, and how to identify success and even outcomes. We should immediately disclaim any intent to provide here a thorough justification for the opinions which follow; that will have to await a more developed treatment, since we are just beginning on this subject. But we believe a brief review of some areas of particular importance would have to include at least the following:

Inter-cultural and Cross-cultural Dynamics

Culture may be an obvious factor in cross-cultural negotiation; that is, when negotiation parties come from two or more recognized “cultures.” Culture as found in typical negotiation concepts is based on the idea that cultures derive from distinct cultural groups, typically identified as “traditional” tribes or “modern” nation states (see Knauft 1996). This concept of culture has been an important part of colonial and post-colonial global discourse and geopolitics. However, culture manifests itself more in social behavior like negotiation through patterned meanings of ideas, actions, and interpersonal dynamics that inform individual and collective understanding. In a postmodern, global world, culture is less a question of nation and more about other groupings; moreover, culture is always subject to change rather than timeless (see Crampton 2008). For example, a second-generation American with grandparents from Italy is likely to be somewhat culturally different from a second-generation American with Russian origins.

Culture is derived not only through nationality (or nationalities) but also family, neighborhood, workplace, religion, and occupation. Moreover, the *salience* of cultural traits or practices may vary among negotiations, such that what was a significant difference or point of conflict in one case is a superficial and even mundane aspect of another (see Docherty 2010). This variation is due in part to how each person internalizes cultural influences in their life, so that cultural differences can even be found among those who are nominally from the same cultural background. Cultural sensitivity then requires openness and curiosity about these differences, the variable significance of those differences, and the dynamics of cultural influence on negotiation processes. Negotiators must attune themselves to how culture informs the emotional *and*

³ See Taylor and Donohue, 2006 as to why, from a professional skills point of view, these situations occur quite often in business, not just in violent bank robberies or terrorist attacks and the like.

⁴ See generally Honeyman C., *De Palo*, chapters 24-27 in *Venturing Beyond the Classroom*, 2010, 439-528, where the authors used the term “wicked” to describe problems that exhibit some combination of the following features: the problem is ill-defined and resists clear definition as a technical issue; each problem contains an interconnected web of sub-problems; merely defining the problem can incite passionate conflict. Solutions to a wicked problem cannot be labeled good or bad; they can only be considered better or worse, good enough or not good enough; and every proposed solution to part or the whole of the wicked problem will affect other problems in the web.

rational foundation of negotiations as brought in by each party, and how it affects the dynamics of group interaction over time. Acknowledgment of differences integral to the identity or understanding of parties can also be important.

Gender Dynamics

Similar to culture, gender is a dimension largely lost in Negotiation 1.0 but found in advanced negotiation trainings. The style of the early days of approaching negotiation as a battlefield – a male tendency – has evolved into something beyond satisfaction with short-term achievements alone. As in other fields such as education, business and also entertainment, over the last thirty years more and more behavior that was once considered “feminine” is emerging as “mainstream” and is being embraced across the board. Factors such as listening, collaborating, and expressiveness are qualities becoming increasingly apparent and acceptable in the “male façade” and, of course, in “men’s style” of negotiation. Yet this is all still true only up to a point (see Tinsley et al. 2009; Schneider, Cheldelin, and Kolb 2010).

Gender dynamics also include roles of women and men in negotiating. Sensitivity to the place and part that women are taking – or allowed to take (see, e.g., Kolb and Williams 2006) – in negotiation in different cultures is very important to consider. Where in some places in the world women will negotiate almost exclusively with women, such as in the Haredi community (an ultra-religious Jewish sect), in other places, merely raising the question of what is acceptable or unacceptable for women may seem out of place or strange.

This means that in some negotiation contexts, despite recent American gender-blind mores, a strategic choice of a male or female negotiator (or one of each) may be all but unavoidable. Depending on the content, a negotiation may proceed more effectively if done by a man, or a woman. Or, in some cases, the situation may call for men who easily display feminine characteristics without compromising their manliness, or vice versa, a woman who does not blink in the most hostile male environment, without losing her “feminine mystique.” While varying from locale to locale, accepting the influence of gender in negotiation as fact, and being able to address it, is extremely important. It hardly needs emphasizing that this runs counter to the thrust of the typically American-influenced and (supposedly) gender-blind basic instruction in this field. There are also cultures where its full application is likely to contravene the law.

Role of Emotions

Much has already been written about Negotiation 1.0 as a model that attempts to ignore or suppress emotion (see, e.g., Patera and Gamm 2010). However, emotions are an integral part of negotiation in at least five ways: emotions of the negotiators, emotions of parties as triggered through societal influences; emotions that emerge during negotiation; emotions of parties outside the direct negotiation who nevertheless can influence the process and outcomes; and emotions triggered by larger circumstances that may put pressure on negotiation parties, process, or outcomes. Clearly, in different places and cultures, dealing with emotions, and developing the *ability* to deal with them, may involve very different practical skills. The intensity and variability of emotional dynamics requires what Melissa Lewine Boskovich, director of Peace Child Israel, calls the “triple A” facilitation approach: Aware, Allow, Address. This tool enables the negotiator to be aware of the emotional palette, to respect and allow the power and pertinence of emotions, and to acknowledge and address emotions as they emerge.

Emotions are an area that demands humility and mastery of the self. This includes willingness to be emotionally vulnerable, and an ability to retain composure in the face of strong emotional reactions of each and any party, as well as group dynamics.

Non-negotiables: Religion and Values

Not every aspect of a conflict is negotiable. Religion and values, for example, are stronger than needs, stronger than emotions, and have no price tag. Religion can be defined as a cultural system that creates powerful and long-lasting meaning by establishing symbols that relate humanity to beliefs and

values. Values are important and enduring beliefs or ideals shared by the members of a culture about what is good or desirable and what is not. Values exert a major influence on the behavior of an individual, and serve as broad guidelines in all situations.

Religious values and fundamentalism are sometimes embraced to help restore order and inner peace from the chaos of current times. They have an enormous impact on many negotiations. In a connected world, they can be the nemesis of even a brilliant negotiator. Raw edges are exposed; there is no perceived room for judgment; there is only right and wrong, as differently perceived by the parties. These are conditions of fragility and must be approached accordingly, especially when the parties' belief systems differ with those of others involved.

In some situations, there will be religious authority figures who are not directly involved but who can influence negotiations more than anyone else. Professional negotiators should help identify them and realize how they can be more than a source of information; they can also be a source of accessibility to negotiating parties. Humility in a negotiator is essential in addressing non-negotiables. The professional serves the process by honoring the religion and values of the partners to the negotiation. This is not an easy or immediate area of expertise, but rather rewards life experience.

Conflict Transformation

Negotiation 1.0 provides “tips” for avoiding or reducing conflict by reframing disputes. What was conflict is now a misunderstanding, solvable through improved communication or adherence to common principles. However, conflict in negotiation cannot always be so easily dismissed. What Peter Coleman (2012) refers to as “the 5%” can become the Achilles heel of even top leaders, who then find a professional negotiator's contribution particularly critical. Advanced communication skills needed for this type of conflict resolution are derived, again, from a blend of confidence and humility, which allows transparency in conflict processing and management. Similarly, such a professional negotiator also must be able to assess when a third party intervention is necessary for dispute resolution, and which type of third party would be most beneficial.

Multi-Party Negotiation

Multi-party negotiation is often taught in negotiation courses as an additional and optional means of advancing basic skills. However, multi-party negotiation is becoming more common and thus must become an expected part of negotiation training. This is partly a result of the increased level of connectedness in the world, with an increasing need to deal (often, without much time) with people very unlike yourself, and a consequently greater set of opportunities for fear and suspicion. The choice of a team rather than an individual negotiator offers valuable support in a world seen as threatening. Or, it may be a cultural habit to bring a team rather than appoint a lone negotiator. An inexperienced negotiator, who perceives a team approach as a “crutch” that is “unnecessary” may require guidance by a professional (see the Bosnia discussion by Calvin Christie in Gadlin, Matz, and Christie, *Playing the Percentages in Wicked Problems*, in this volume). Professional negotiators are also needed to advise on how to identify the potential for a coalition, and when and how to build or dissolve coalitions. Another area of expertise is understanding how group dynamics can be volatile and change from meeting to meeting. One vital skill is to help identify the roles parties assume, such as the leader, trouble-maker, joker, problem-solver, etc. Being sensitive to “groupthink” is also critical, even when that group has lots of past success stories.

Preparation for multi-party negotiations, especially when preparing a team, includes organizing data in order to influence the participants, timing, atmosphere, and place. This demands balancing empathy with assertiveness during negotiation, as well as sensitivity to direct and indirect communication within group dynamics – all of which reward long experience. More time is generally needed, also, than the parties may have budgeted for, if the negotiator is really to help limit misunderstanding and miscommunication. A

negotiator who will have to play for that time, and therefore for more resources to be devoted to the effort, will find the sense of authority that comes from a long and successful previous career an advantage.

Section Two: Additional Issues

Leadership Negotiation

Leadership negotiation (that is, negotiation about, by and among leaders) is distinct from that of directors and managers. A director focuses on goals and objectives, which often serve as functional models. A manager's focus is generally on overall systemic understanding of objectives. The leader, however, is charged with creativity and vision. The leader is required to see beyond the here and now. This creates a dynamic in which leaders of organizations are less likely to respond well to negotiators who are not seen as of comparable professional stature.

Particularly in light of the political considerations present in leadership negotiation, whatever the immediate topic, it is one of the most complex forms of negotiation. Professional negotiators become familiar with four different types of leaders, based on four styles of leadership:

- 1) Charismatic leadership, based on personality rather than credentials;
- 2) Status leadership, based on specific responsibilities;
- 3) Circumstantial leadership, based on context and immediate events; and
- 4) Enabling leadership, used to empower and support. Professional negotiators in leadership negotiations clearly understand transparency, accountability, staff development, exposure impact, and awareness of internal and external politics. They provide this expertise in helping leaders improve negotiation outcomes. Again, this kind of expertise and the resulting credibility are difficult to acquire early in a career.

High-risk and Crisis Negotiation

Under stressful situations, external forces are at work and our control of reactions is limited. The quality of decision making is critical, because severe damage may be caused to the relationship and parties involved. When pressured, we tend to err and make decisions based on "optimistic overconfidence" (see Korobkin and Guthrie 2006), thinking that we have at our disposal all the necessary information and that we can rely on past experience and on our interpretation of the situation. However, this is often not the case, because stress tends to restrict abilities to accurately interpret complex situations. In particular, stress causes the physiological fight-flight-freeze reaction to take over, none of which are useful in negotiation. We cannot entirely control such basic reactions; but with training and experience, we can be aware of these reactions and of their influence on our train of thought. This then helps us to control impulses and avoid rash measures. Professional negotiators know that it is generally possible to negotiate for time⁵ for constructive thinking and consulting. But do most ordinary negotiators have command of these skills? Probably not, we think.

There are ten components for negotiating crisis situations:

- 1) Team building experience relevant to the crisis situation;
- 2) Evaluation of risk in terms of what parties are capable of doing as evidenced through past behavior;
- 3) Assessment of advantages and disadvantages of time, such as time constraints;

⁵ *Jack Cambria*, commanding officer of the hostage negotiation team of the New York City Police Department (NYPD) offers the following insight (Cambria et al., 2002, 338):
Bob Loudon [former chief hostage negotiator, NYPD] . . . was negotiating a rather difficult, very long and on-going hostage situation. The chief of detectives said, 'Hey Loudon, seems like you aren't having any success here.' Bob said, 'I think we are.' The chief says 'What's your definition of success then?' Bob says 'Lack of failure.'

- 4) Heightened need and intensity of communication, which includes collapsing physical distance between parties as emotional intensity rises;
- 5) “Second circle” influences from outside parties that may have a direct or indirect influence;⁶
- 6) Leverage gained through attention to emotional, physical, or rational needs and dynamics;
- 7) Intermediaries who can be of assistance;
- 8) Interim agreements that help build trust;
- 9) Maintaining and monitoring progress by preserving achievements; and
- 10) Reducing stress by creating and announcing the final scene of negotiated outcomes.

How, we ask, is an early-career or part-time negotiator supposed to become competent at *that* list? And as noted above, in our chaotic reality of living in a “flat world,” crisis and high-risk negotiations are more common than ever before. The abilities and sensibilities required will be increasingly relevant in business (Taylor and Donohue 2006) and in other environments well beyond the traditional crisis milieu.

Identifying Professional Negotiation Students: Not Everyone Can Negotiate, After All

Interest-based negotiation is an inspirational and powerful model for those who tend either to avoid conflict or to default into adversarial bargaining. Novice negotiators can indeed learn integrative bargaining alternatives through short courses, whether using classic simulations or the adventure learning and other tools developed in these volumes. The ideal students for professional negotiation programs, however, do not need this training now, if they ever did. (They may have identified inner traits and an inclination to negotiate from an early age.) Over time, either way, they have developed and internalized basic principles, interpersonal skills, and intuition about negotiation through personal and professional experience. This most likely means they are older and have demonstrated maturity through successfully meeting life challenges.⁷

While modern technology has introduced fabulous advances, YouTube and Facebook are not a replacement for life experience. Time, on the human relations level, is a force of nature that high tech has yet to alter. Simply put, a forty-year-old professional negotiator will have a greater repertoire to access than a negotiator twenty years his or her junior. The impact of interpersonal relations on negotiation is significant, and while there are those who are “wise beyond their years,” most forty-year-olds will have explored and accrued more of this life-experience than almost any twenty-five-year-old fresh out of law or graduate school. Furthermore, a person’s character is enriched by dealing with the challenges life throws his or her way, controversial or not. A more experienced negotiator may have richness of character proportionate to his or her time roaming the planet. Professional negotiation, with its extended parameters

⁶ As noted by *Maria Volpe* and colleagues (2006), hostage negotiation is far from the only circumstance in which the person responsible for a negotiation must somehow report to difficult supervisors, who may try to micro-manage a job and too often do not appreciate the intricacies, the need for patience and the time inevitably involved in making talk work. But in a police department, the hierarchy is overt and often insistent. There could easily be a district commander in the offing, saying “I don’t have any time for this, this guy is blocking traffic,” or resenting the fact that the case happened on their watch, because there is a meeting to go to, or theater tickets to be considered. Hostage takers, however, cannot be told to come back tomorrow. The role of the coordinator is therefore to handle all of the *external* negotiations that threaten to disrupt the all-important negotiation “at the door.” (When *Hugh McGowan*, one of the co-authors of the 2006 book chapter, was promoted to NYPD chief negotiator, he was informed that that did not mean that he got to negotiate any time he wanted. It meant he got to negotiate with the Chief – a significantly less desirable and more challenging honor.)

⁷ This description is very similar to the “wise elder” described in anthropo-logical research about dispute settlement in “traditional” societies (see, e.g., Gibbs, 1963). Although this wise elder concept was part of the early ADR movement in the United States (Crampton, 2005, 231-232), emphasis on identifying and training local leaders has generally been replaced by training professionals in other fields, or volunteers, who have no presumed prior experience or demonstrated expertise.

and demands, further reinforces the need to begin training, at the level we describe, with experienced professionals rather than novice negotiators.

A professional negotiation program, then, does not attempt to add information onto a blank slate,⁸ but rather to *mentor* experienced students, in two ways. The first is by providing a framework and vocabulary of negotiation theory, practice, and ethics. The second is by cultivating the self-awareness and maturity that prove instrumental during difficult or challenging negotiations. Content for the first part consists of the analytic work already developed in the negotiation field, along with additional issues raised in this chapter. Each profession consists of theory, practice, and ethics, and certainly the groundwork of interest-based Negotiation 1.0, leading into the mass of knowledge that has been described for convenience in the RNT teaching series as Negotiation 2.0, is a logical starting point. The common denominator in professional negotiation remains that partners to the negotiation must be satisfied enough that they can live with the result; success means that neither the process nor outcome results in substantial negative fallout or residual hard feelings.⁹

In addition to teaching theory, practice, and ethics, however, professional education requires a second and parallel process of personal development. Much has been written about the former in our field, but insufficient attention has been given to the latter. Challenging negotiations, such as those that are more “wicked” than “tame,”¹⁰ require not only explicit skills but also a maturity and ease of ego that are the outcome of time invested, hard-won experience (which is not the same thing), and a clear ethical code.

The Content of Professional Negotiation Training Negotiation is not the only profession that requires specific training content, but also prior experience, demonstrated maturity and personal ethics, personal reflection, and ongoing practice opportunities. Professional graduate programs in other areas, such as business, often value prior work experience. Admissions committees in law, medicine, and social work evaluate ethics and maturity of each applicant. Helping professions, such as psychotherapy, require personal reflection and self-awareness in both educational and licensing credentialing. Ongoing practice opportunities are common in professional education, offered through clinics, field placements, internships, and apprenticeships. In the more “sink or swim” approach of cultural anthropology, students may be sent to a remote field site with little instruction, while in more technical professions, such as medicine and engineering, supervised placements are necessary. The exact structure may vary globally according to the national and regional contexts of graduate education, including norms about required hours of classroom versus practical experience, supervision and reflection, and the ability of a professional program to organize practice opportunities formally (such as clinics or short term contracts) rather than requiring students to be more entrepreneurial. But clearly what we are proposing differs more in degree than in kind from existing practice in a variety of fields.

In terms of procedure, professional negotiation programs could incorporate a combination of graduate seminar-type discussion and personal reflection with direct observation and practice. The purpose of the seminar would not be to present content as if negotiation were a topic new to the student, but rather to engage students in mastering and then dismantling and modifying negotiation frameworks and concepts. The dynamic would be similar to that described by Jayne Docherty (2010), presenting interest-based negotiation, and even some of the material developed in this project, more as a start to dialogue about how then to tailor these models to individual students and particular negotiation contexts. In such a model, the instructor is not the sole source of knowledge (and the outcome might help push further advances in

⁸ Or to civilize Rousseau’s “noble savage.”

⁹ This corresponds to common professional codes of ethics to “do no harm” as a first principle. For a longer treatment of hoped-for outcomes and some typical blockages, see *Wade and Honeyman, 2006*.

¹⁰ See supra endnote 4 for description of “wicked” problems. “Tame” problems, as summarized by *Ritchey, 2005-2008*, I have relatively well-defined stable problem statements that belong to a similar class of problems, which can be solved in a similar manner; a definite stopping point, so all know when a solution is reached; and a solution that can be objectively evaluated as right or wrong. See also *Honeyman C., De Palo*, chapters 17-21 in *Venturing Beyond the Classroom, 2010*, 439-509 and in this volume.

negotiation theory and practice.)¹¹ Classroom discussion would also be used to debrief and share experiences following direct observation and participation in negotiation processes.

Although a student would be encouraged to share his or her past experiences based on memory, some form of clinic or field internship or residency would be ideal. In fact, practice experience should be the main part of training. This could also allow students who are expert in one field to develop familiarity with the terrain of others. For example, a student whose background was in a law firm might seek a placement with a police force, to learn the cultural context of a different profession, and how that impacts negotiation dynamics. An ideal program would attract students from a range of professional backgrounds to enrich understanding of variable negotiation dynamics, processes, and potential outcomes.

One of many logistical questions would be how many hours of direct observation and how many hours of supervised negotiation would be necessary to earn professional credentials. Significant time is needed not only to ensure quality of skill development, but also to allow students to develop their own personal style and mode of action through seminar discussion, practice debriefing, and personal reflection. Becoming a professional negotiator has quite a lot to do with the “self,” and capacity for self-assessment is not as simple or natural as it may sound. Particularly in high-stakes situations, ego is a factor, demanding nurturing, but also development of advanced self-control, in such a way as to allow for a “day-after” that is sufficiently gratifying for all parties in the negotiation. (Any reader of a biographical description of a negotiator such as the late Richard Holbrooke – see, e.g., Cholett and Power 2011 – will recognize that this is not easy for a highly-talented practitioner to accomplish; indeed, above a certain level of quickness of mind and technical skill, it may become *more* difficult.)

What is the outcome of such an effort? As a profession, negotiation might follow the rituals and organizational forms of twentieth century professions, or pursue a more twenty-first century approach through social networking. These options are explored next.

Recognizing, Organizing, and Sustaining Negotiation as a Profession: Formalization or Networking?

Much has been written and discussed on the development and evaluation of formalizing practice into distinct professions. Early pioneers of alternative dispute resolution (ADR), for example, have both pointed to great success, evidenced by institutionalization, and lamented the loss of some originally hoped-for outcomes (Honeyman and Schneider 2004; Menkel-Meadow 2006). The professionalization process requires recognition and promotion of a distinct body of theory and knowledge, an area of practice, and a code of ethics. This chapter mainly addresses the “theory and practice” element, arguing for an integration of international negotiation expertise and cultural experience to develop a truly global profession. Ethics have been given less space here, as this discussion is preliminary, and have been addressed primarily in the context of non-negotiable values differences, along with the broad principle to “do no harm.” One challenging question is how to develop a global code of ethics broad enough for diverse negotiation contexts, and whether the ethical principles of interest-based negotiation are simply too narrow a starting point for this task (see Docherty and Lira, *Adapting to the Adaptive*, in this volume; Pou 2003).

Another question is whether to follow twentieth century professionalization practices. This includes formation of a professional association supported by dues-paying members, conferences, and peer-reviewed journals, for purposes of networking and establishing authority over education and credentialing of those who carry professional titles. Once institutionalized, however, negotiation as a profession would face the same pressures that have led scholars to argue against such formalization, as resulting in a cycle of innovation, institutionalization, and capitulation “to the routine” (Honeyman, Ackerman, and Welsh 2003).

¹¹ Jayne Docherty, 2010 contrasts Paulo Freire’s description of a “banking model,” seen as typical in formal education, in which teachers deposit information directly into students as whole chunks of content, with the need for greater humility from the instructor and willingness to let students modify content according to their interests and expertise. This approach reflects changes in higher education pedagogy today known as “student-centered learning” – reflected in a number of writings in this series.

(This concept includes both the dangers and the opportunities of routinization and bureaucracy.) Such a process could ironically lead negotiation to give up the hallmark of its own expertise – creative responses to ambiguity and conflict. However, new social forms are emerging in the twenty-first century, as a result of new technologies. The internet and cell phones facilitate ongoing contact and easy access to information-sharing and publication. This means that global networks can be driven and sustained by the needs of members more than by the external control of a small group of leaders. Moreover, these technologies are changing relationships between producers and consumers, by inviting and sometimes requiring ongoing dialogue rather than singular production of an identified commodity. The news and entertainment *industries*, for example, no longer control news and entertainment as they did in the twentieth century, and adaptation has led to some creative results.¹²

In the fields of international development and nonprofit work, social entrepreneurs are finding ways to succeed outside of formal institutions, in terms of both funding and organization (see Bornstein

2004). As a twenty-first century profession, global negotiation may be able to avoid the dangers of capitulation, given creative exploration of how technology can facilitate new forms of organization and sustainability. Sustaining global negotiation as a standalone practice then becomes itself another area of negotiation, rather than an obvious process of imitating existing professions.

Conclusion

Most of this chapter has been an argument for what should change in conceptualizing, teaching, and professionalizing negotiation. However, we do not propose a complete departure from the legacy of ADR and negotiation pioneers. Michael's proposal is for an evolution rather than revolution: this legacy began with recognizing negotiation as a distinct area of practice. Emphasis was placed on then teaching broad audiences how to improve this practice in both everyday and professional lives. The next step is in recognizing that negotiation as practiced by experts is also beneficial to broad audiences who might hire professionals for particularly important or challenging cases. This proposal, then, focuses not on how to bring the novice negotiator up to speed, but rather how to train professional negotiators who can then advise and guide others through the negotiation process. The role has something in common with Bernard Mayer's concept of a negotiation coach (Mayer 2004), though Mayer's version starts with a "professional neutral."

In keeping with the focus on context and culture in this series, Alexandra also notes that another need for this evolution lies in how the historical, political, and economic context that made interest-based negotiation so innovative and important in the world has changed. Roger Fisher often explained that he wrote *Getting to Yes* as a World War II veteran who wanted to teach an alternative to war. In the binary context of the Cold War, the global focus was on two nations whose approach to negotiation was underpinned by the rather simple concept of mutually assured destruction. In this context, interest-based negotiation, fleshed out by game theory, offered a necessary counter to adversarial bargaining that might result in nuclear war.

After about 1990, "Negotiation 1.0" thrived globally in U.S. foreign policy funding for democratic, civil society and anti-terrorism initiatives. The "Negotiation 1.0" legacy to some extent continues. However, the global context is also changing. As economic, technological, and demographic trends shape ever more complex international contexts, what were taught as basic negotiation variables such as "who are the parties," "what do they want," and "how should we evaluate success" may themselves require ongoing negotiation. The continuing need for innovation in and impact of negotiation as a field now requires bringing context and cultural variations at a high professional level into negotiation concepts, teaching, and practice. This proposal is one option. We welcome dialogue on it, and on others.

¹² Here we are thinking of the paradoxical success of allowing consumers to comment on, and even contribute to, creative direction – in the past, few could produce music or mass media publications without the resources of the entertainment or news publishing industry. Now, content creators often follow the lead from consumers – and still maintain a sense of originality (and still make a lot of money).

References

- Bornstein D.*, How to change the world: Social entrepreneurs and the power of new ideas, New York, NY: Oxford University Press, 2004.
- Cambria J., DeFilippo R. J., Loudon R. J., McGowan H.*, Negotiation Under Extreme Pressure: The “Mouth Marines” and the Hostage Takers, *Negotiation Journal*, Vol. 18(4), 2002, 331-344.
- Chollet D., Power S.*, The Unquiet American: Richard Holbrooke in the World, Philadelphia, PA: Perseus Book Group, 2011.
- Coleman P.*, The five percent: Finding solutions to seemingly impossible conflicts, New York: Public Affairs, 2011.
- Coleman P.*, Getting Down to Basics: A Situated Model of conflict in social relations. *Negotiation Journal*, Vol. 28(1), 2012, 7-43.
- Crampton A.*, Addressing Questions of Culture and Power in the Globalization of ADR: Lessons from African Influence on American Mediation, *Hamline Journal of Public Law & Policy*, Vol. 27(2), 2005, 229-242.
- Crampton A.*, Teaching negotiation as cross-cultural work: An anthropological view. *Teaching Negotiation* 1(2), 2008, <<http://archive.constantcontact.com/fs079/1101638633053/archive/1102183104329.html>>, [15.06.2012].
- Docherty J. S.*, “Adaptive” Negotiation: Practice and Teaching, In *Venturing Beyond the Classroom: Vol. 2 in the Rethinking Negotiation Teaching Series*, edited by *C. Honeyman, J. Coben, and G. De Palo*, St Paul, MN: DRI Press, 2010
- Fisher R., Ury W., Patton B.*, Getting to Yes, Negotiating Agreement without Giving in, 2nd ed., New York, Penguin, 1991.
- Gibbs J. L.*, The Kpelle Moot: A Therapeutic Model for the Informal Settlement of Disputes, Africa: *Journal of the International African Institute*, Vol. 33(1), 1963, 1-11.
- Compilation of 17 articles, Responding to the Broad Field Project/Penn State Dickinson Law School 2003 Conference on Threats to the Conflict Resolution Field, Special Issue, *Honeyman C., Ackerman R., Welsh N. A.*, (eds), *Penn State Law Review*, Vol. 108(1), 2003, 1-348.
- Venturing Beyond the Classroom, Vol. 2 in the Rethinking Negotiation Teaching Series*. St. Paul, MN: DRI Press, *Honeyman C., Coben J., De Palo G.*, (eds), 2010.
- Honeyman C., Schneider A. K.*, Catching Up with the Major-general: The Need for a “Canon of Negotiation”, *Marquette Law Review*, Vol. 87, 637-647.
- Knauff B.*, Genealogies for the present in cultural anthropology, New York, NY: Routledge, 1996.
- Kolb D., Williams J.*, The Shadow Negotiation: How Women Can Master the Hidden Agendas that Determine Bargaining Success, New York, Simon & Schuster, 2000.
- Korobkin R., Guthrie C.*, Heuristics and Biases at the Bargaining Table, In *The Negotiator’s Fieldbook: The Desk Reference for the Experienced Negotiator*, edited by *A. K. Schneider and C. Honeyman*, Washington, DC, American Bar Association, 2006.
- Mayer B.*, Beyond Neutrality: Confronting the Crisis in Conflict Resolution, San Francisco, Jossey-Bass, 2004.
- Menkel-Meadow C.*, Why Hasn’t the World Gotten to Yes? An Appreciation and Some Reflections, *Negotiation Journal*, Vol. 22(4), 2006, 485-503.
- Patera M., Gamm U.*, Emotions – a Blind Spot in Negotiation Training? In *Venturing Beyond the Classroom, Vol. 2 in the Rethinking Negotiation Teaching Series*, edited by *C. Honeyman, J. Coben and G. De Palo*. St Paul, MN: DRI Press, 2010.
- Patton B.*, On teaching negotiation. Program on Negotiation Working Paper, Harvard Law School 1984, updated in 2000 with commentary and included in *Teaching Negotiation: Ideas and Innovations*, edited by *M. Wheeler*, Cambridge, MA: PON Books.
- Pou C.*, “Embracing limbo”: Thinking About Rethinking Dispute Resolution Ethics, *Penn State Law Review*, Vol. 108(1), 2003, 199-225.
- Ritchey T.*, *Wicked problems: Structuring social messes with morphological analysis*. Swedish Morphological Society., 2005-2008, <www.swemorph.com/wp.html>, [15.06.2012].
- Schneider A. K., Cheldelin S., Kolb D.*, What travels: Teaching Gender in Cross-cultural Negotiation Classrooms, In *Venturing Beyond the Classroom, Vol. 2 in the Rethinking Negotiation Teaching Series*, edited by *C. Honeyman, J. Coben, and G. De Palo*, St Paul, MN: DRI Press, 2010

- Taylor P. J., Donohue W.*, Hostage Negotiation Opens Up, in *The Negotiator's Fieldbook: The Desk Reference for the Experienced Negotiator*, edited by *A. K. Schneider* and *C. Honeyman*, Washington, DC: American Bar Association, 2006.
- Tinsley C. H., Cheldelin S. I., Schneider A. K., Amanatullah E. T.*, Negotiating Your Public Identity: Women's Path to Power, in *Rethinking negotiation teaching: Innovations for context and culture*, edited by *C. Honeyman, J. Coben* and *G. De Palo*, St Paul, MN: DRI Press, 2009.
- Volpe M., Cambria J. J., McGowan H., Honeyman C.*, Negotiating with the Unknown, in *The negotiator's fieldbook: The desk reference for the experienced negotiator*, edited by *A. K. Schneider* and *C. Honeyman*, Washington, DC: American Bar Association, 2006.
- Wade J. H., Honeyman C.*, A lasting agreement, in *The negotiator's fieldbook: The desk reference for the experienced negotiator*, edited by *A. K. Schneider* and *C. Honeyman*, Washington, DC: American Bar Association, 2006.

მოლაპარაკება ბანსალკევიზით ღზას

რედაქტორის შენიშვნა: დიახ, აღიარებენ ავტორები, „ყველა“ აწარმოებს მოლაპარაკებებს: მაგრამ ეს იგივეა, რაც ვთქვათ, რომ „ყველა მართავს მანქანას“ და შემდეგ გაკვირვებით ვუყუროთ, როდესაც „ყველა“ ჯდება სპორტულ ავტომობილში ან თვრამეტობრიანი მისაბმელიან სანეგარში. ავტორები ეყრდნობიან ცურის მიერ ისრაელის მიხედვით განთავისუფლების თაობაზე მოლაპარაკებების მონაწილეების და სხვა მაღალი ზენოლის პირობებში წარმოებული მოლაპარაკებების მონაწილეთა მომზადების გამოცდილებას, როდესაც საუბრობენ პროფესიონალი მოლაპარაკებლის სრულიად ახალ კონცეფციაზე, რომელიც იწყება ძალზე მომზადებული „შემსწავლელით“ და აქედან აგებს მკვეთრად განსხვავებულ სასწავლო რეჟიმს.

I. შესავალი: 1.0 მოლაპარაკების გვერდის ავლა

იმ დროს, როდესაც ამ წიგნის სერია იწყებოდა „მოლაპარაკება 1.0“-ის ნაკლოვანებებით როგორც კონტექსტის, ასევე კონტრასტის თვალსაზრისით, ეს თავი დაიწყება მოკლე მიძღვნილ მოლაპარაკება 1.0-ის მემკვიდრეობის მიმართ. პირველ რიგში, მოლაპარაკების პოპულარიზაციამ ისეთი წიგნების მეშვეობით, როგორცაა „დიახ“ პასუხის მიღწევა (*Getting to Yes*) (ფიშერი (*Fisher*), ური (*Ury*) და პეტონი (*Patton*), 1991)) მოლაპარაკება უფრო ხილული და ხელმისაწვდომი გახდა მილიონებისთვის. მოლაპარაკების რთული კონტექსტი და ნიუანსები მკვეთრად გამარტივებულ იქნა მკაფიო, ინსტრუმენტალურ ამოცანებამდე და პრინციპებამდე, რომლებიც ფართოდ იქნა გადაყვანილი პირადი და პროფესიონალური გამოყენებისთვის მსოფლიოს გარშემო. მათ, ვინც თავს არიდებდა მოლაპარაკებას ან მიმართავდა ნეგატიურ გარიგებას, ახლა აქვთ მეთოდი, რომელიც შეიძლება იყოს უფრო ეფექტური და მოქმედი. ინტერესზე დამყარებული მოდელის პიონერები, აგრეთვე წარმატებით ახორციელებდნენ მოლაპარაკებას, რათა შემოეტანათ მოლაპარაკება 1.0 პროფესიონალურ განათლებაში, კრიტიკის მიუხედავად იმასთან დაკავშირებით, რომ მოლაპარაკების სწავლება შეუძლებელია.¹

მოლაპარაკება იქცა მიღებულ სპეციალიზაციად ისეთი პროფესიონალური პრაქტიკის ფარგლებში, როგორცაა იურისპრუდენცია, ბიზნესი და სახელმწიფო პოლიტიკა. ამ პროცესში მოლაპარაკების სფერომ შეიძინა აღიარებული ემპირიული და თეორიული ლიტერატურა, პოპულარიზებულ იქნა სამეცნიერო-პრაქტიკული ცენტრების, აკადემიური და პროფესიონალური კონფერენციების და რეცენზირებადი სპეციალიზირებული ჟურნალების მეშვეობით.

* მარკუეტეს უნივერსიტეტის სოციალურ და კულტურულ მეცნიერებათა ფაკულტეტის ასისტენტ-პროფესორი.

** იერუსალიმში მედიაციისა და დავის გადაწყვეტის ინსტიტუტის დამფუძნებელი და დირექტორი, ასევე იერუსალიმის ებრაულ უნივერსიტეტში, სამართლისა და ბიზნესის სკოლის ფაკულტეტზე მოლაპარაკებების მონვეული პროფესორი.

ეს ნაშრომი ეფუძნება მაიკლ ცურის შენიშვნებს, რომელიც ეფუძნება მრავალი წლის განმავლობაში დაგროვილ პრაქტიკულ გამოცდილებას, როგორც მოლაპარაკებლის, მედიატორისა და ტრენერის კონტექსტში. აღმოჩნული გამოცდილება ასევე შეიცავს მის წევრობას ისრაელის თავდაცვის ძალებში ტყვეთა კრიზისულ და მოლაპარაკებების დანაყოფში.

¹ While the success of Negotiation 1.0 may seem like manifest destiny today, Bruce Patton wrote a PON working paper about the struggle to convince the faculty of Harvard Law School that negotiation *could* be taught (Patton, 1984). This struggle was won in part by inviting criticism and dialogue about the model as it developed.

და მაინც, მისი, როგორც სპეციალიზაციის აღიარება, ძირითადად, შეზღუდულია და უფრო ხშირად, მას თვლიან სხვა დარგების ქვეფუნქციად, და არა ცალკე მდგომ (ავტონომიურ) პროფესიად. გარდა ამისა, პროფესიონალი მომლაპარაკებლების პრაქტიკა, როგორც წესი, საკმაოდ განსხვავდება იმ ელემენტარული და გაძლიერებული ფორმებისგანაც კი, რომლებსაც მოკლევადიან კურსებზე ასწავლიან. პროფესიონალი მომლაპარაკებლები არა მარტო უკეთესად არიან გათვითცნობიერებულნი მოლაპარაკების პროცესების ტიპურ რელიეფზე ნავიგაციაში, არამედ ისინი იძენენ მაღალ კვალიფიკაციას ნიუანსების აღქმაში და გაგებაში იმ კომუნიკაციასთან და ურთიერთქმედებასთან დაკავშირებით, რომელიც დამწყები მომლაპარაკებლისთვის რთული შესაფასებელი ან უბრალოდ დაუძლეველია. სხვა სიტყვებით რომ ითქვას, მოლაპარაკება ისეთი ენაა, რომელზეც თავისუფლად მეტყველება უმრავლესობისთვის მეტისმეტად რთულია. და როდესაც ეს რელიეფი თითქოსდა იხსნება სტრესის, გაურკვევლობის და კონფლიქტის ღია ზღვაში, პროფესიონალი მომლაპარაკებელი ხდება ექსპერტი შტურმანი, რომელსაც შეუძლია გაიყვანოს მონანიღები უსაფრთხო ადგილას ან ნაკლებად კლდოვან ადგილას მაინც. აუცილებელი ინტუიცია და პროფესიონალი მომლაპარაკებლების შინაგანი თვისებები არ არის საყოველთაო და ყველას არ შეუძლია გახდეს პროფესიონალი მომლაპარაკებელი, თუმცა ყველას შეუძლია, მიიღოს სარგებელი მოლაპარაკებაში ელემენტარული მომზადებიდან.

ჩვენ ვაცხადებთ, რომ ამ „პიროვნული“ (სოციალური) უნარების და აღქმადობის სწავლება დიდაქტიკურად შეუძლებელია, მაგრამ ისინი გამომუშავებული უნდა იქნეს აზროვნების პრაქტიკის და გამოცდილების მეშვეობით. ამ წიგნის სერიის რამდენიმე სხვა თავში მოცემულია მინიშნება ამ დასკვნაზე. მოლაპარაკება 1.0-ს, როგორც „ელემენტარულს“ და მოლაპარაკება 2.0-ს, როგორც „გაძლიერებულს“ შორის არსებული განსხვავებები, დასაწყისს აძლევს ამ განხილვას. თუმცა კულტურის და კონტექსტის, როგორც მოლაპარაკების განუყოფელი და არა დამატებითი ნაწილის აღება მეტყველებს პროგრესის ამ იდეის დანიშნულების აუცილებლობაზე. ამის შედეგია არგუმენტი მოლაპარაკების უფრო მონიშნულ *კონცეფციის* სასარგებლოდ, პოტენციური შემსწავლელის განსხვავებული შემადგენლობა და შესაბამისი ცვლილებები პედაგოგიკაში. შემდეგ ამას მივყავართ მეორე არგუმენტამდე მოლაპარაკების, როგორც განცალკევებით მდგომი (ავტონომიური) პროფესიის შექმნის სასარგებლოდ.

მაიკლის ჯერ კიდევ გამოუქვეყნებელ ნაშრომში, რომელზეც ეს თავი არის დამყარებული, ის, რაც სჭირდება მოლაპარაკების სფეროს, არის არა რევოლუცია, არამეს ევოლუცია: მოლაპარაკების, როგორც ცალკე პროფესიის ფორმალიზება, სტრუქტურირება და განახლება არავითარ შემთხვევაში არ უნდა ამცირებდეს იმის მნიშვნელობას, რაც მანამდე ხდებოდა და რაც კვლავ წარმატებით ხორციელდება ბევრ ადგილას. ევოლუციის აუცილებლობა ნაწილობრივ გამომდინარეობს მზარდად გლობალიზებული და ურთიერთდაკავშირებული მსოფლიოს რთული მოთხოვნებიდან. ეს მოთხოვნები პროფესიონალი მომლაპარაკებლებისგან მოითხოვს როგორც გლობალურ, ასევე ადგილობრივ კვალიფიკაციას იმის გამო, რომ არსებობს ცოდნის საერთო სფეროები (მოყვანილია ამ თავში), რომლებიც აუცილებელია ყველა მომლაპარაკებლისთვის და ასევე არსებობს აუცილებლობა ადგილობრივი ადაპტაციისთვის კულტურის, რეგიონის, მოლაპარაკების მონანიღე მხარეების და სხვა კონკრეტული გარემოებების კონტექსტის მიმართ. პროფესიონალი მომლაპარაკებლის საერთო როლი არის დამრიგებლის როლი, რომელსაც შეუძლია მოლაპარაკების უნარების სტიმულირება და მიწოდება პოტენციური საბოლოო მომხმარებლების მზარდი რიცხვისთვის ჩამოყალიბებული პროფესიების ფარგლებში. მაგალითად, ბიზნეს და პოლიტიკური ლიდერები გარკვეულ გარემოებებში უკვე ქირაობენ ისეთ პროფესიონალურ მომლაპარაკებლებს, როგორებიცაა კრიზისის პირობებში მომლაპარაკებლები, რომლებიც ეხმარებიან გაანალიზებაში, სტრატეგირებაში, და ამზადებენ მათ მოლაპარაკებების პროცესში, როდესაც მოლაპარაკებები ნომინალურად „ტარდება“ თავად მხარეების მიერ. ჩვენ გთავაზობთ, ავიღოთ ეს საფუძვლად უფრო უნივერსალური გამოყენებისთვის.

დამრიგებლისთვის ამ როლზე იდეალურმა „მოსწავლეებმა“ უკვე აჩვენეს წარმატებები საერთო მოლაპარაკებებში თავისი პირველი ან მეორე მოღვაწეობის სფეროს პრაქტიკაშიც კი.

ისინი შორს არიან მოლაპარაკების პედაგოგიურ ლიტერატურაში აღწერილი ტიპური დამწყები მომლაპარაკებლისგან. ადრეული განსხვავებები მომავალ დამწყებ და პროფესიონალურ მომლაპარაკებლებს შორის შეიძლება ბავშვობაშიც კი ჩანდეს, როდესაც ეს უკანასკნელი მოლაპარაკების ვარიანტების, პროცესის და შედეგების სირთულეებს ავტომატურად პასუხობს ცნობისმოყვარეობით, პატივისცემით და კრეატიული აზროვნებით.² ეს ნიშნავს იმას, რომ მოლაპარაკების სფეროს პროფესიონალური პროგრამები არ იქნებოდა კონკურენტული საერთო საშუალო განათლების მქონე ან ახალ კურსდამთავრებულ შემსწავლელთა მოზიდვაში. ამის მაგივრად, მათ უნდა შეარჩიონ კანდიდატები ჩამოყალიბებულ პროფესიონალებს შორის, შესაძლოა, იმ პროფესიონალებს შორისაც კი, რომლებიც უახლოვდებიან პენსიაზე გასვლას თავისი თავდაპირველი პროფესიიდან. ეს მიდგომა იყენებს მნიშვნელოვანი დემოგრაფიული ტენდენციის უპირატესობას, რომელიც გულისხმობს ხანგრძლივი დროით დარჩენას შრომით რესურსებში. ეს აგრეთვე მოიცავს ეკონომიკურ ტენდენციებს, რომლებიც ადამიანებს საშუალებას აძლევს და აგრეთვე, მოითხოვს მათგან თავისი პოტენციალის აქტუალიზებას კარიერის შეცვლის გზით. პროფესიონალური მოლაპარაკების იდეალური შემსწავლელი უკვე გახდა ექსპერტი თავისი პირველი კარიერის ფარგლებში. ისრაელის კონტექსტში, მაგალითად, *მაიკლ ცური* მუშაობდა მაღალი რანგის ოფიცრებთან, რომლებიც, როგორც წესი, პენსიაზე გადაიან ორმოცდახუთიდან ორმოცდაათამდე წლის ასაკში, წლების განმავლობაში კადრების და ოპერაციების განკარგვის და მართვის შემდეგ რთულ გარემოში. ეს სამუშაო გამოცდილება მათ აქცევს პოტენციურ კანდიდატებად მოლაპარაკების, როგორც მეორე კარიერის შერჩევისთვის.

შემდეგ განვიხილავთ *მაიკლ ცურის* მონიშნულ მოლაპარაკების კონცეფციას და წარმოვადგინებთ უნარებს და აღქმადობას, რომლებიც აუცილებელია მისი დაუფლებისთვის. სივრცული შეზღუდულობა მოითხოვს ამ განხილვის ფოკუსის შევიწროვებას მოლაპარაკების შესწავლის საერთო კურსის მოკლე აღწერამდე, რომლის სწავლებაც გლობალური მასშტაბით შეიძლება (სასწავლო პროგრამები, რომლებიც უკეთესად არის მორგებული ადგილობრივ სპეციფიკაზე და როგორ უნდა მოხდეს ადაპტირება განზოგადებული მოდელიდან, შესწავლილ უნდა იქნეს შემდგომი მუშაობისას). ამ თავში მოყვანილ შესავალს მივყავართ იდეალური შემსწავლელის და პროფესიონალი მომლაპარაკებლების მოსამზადებელი სასწავლო პროგრამის განხილვასთან. ჩვენი ნაშრომი მთავრდება შემდეგი ნაბიჯებით მოლაპარაკების ფორმალიზებისთვის, როგორც მეორე ან მესამე პროფესიისაც კი და დასკვნით ინოვაციის და მოლაპარაკების შესახებ.

მოლაპარაკების ძირითადი კონცეფციის დაწინაურება

პირველი ნაბიჯი მოლაპარაკების, როგორც განცალკევებული პროფესიის განვითარებაში არის საბაზო მოდელში სირთულის დაბრუნება. მეორე ნაბიჯია იმ სირთულეების განხილვა, რომლებიც არ წარმოადგენდა მოლაპარაკება 1.0-ის შექმნის ნაწილს, როგორცაა მმართველობის სფეროს მოლაპარაკების გარჩევა და მოლაპარაკება კრიზისულ ან მძევლების მონაწილეობით შექმნილ სიტუაციაში.³ ეს სექცია იწყება პირველი ამოცანით და შემდეგ გადადის მეორეზე.

სექცია ერთი: 1.0 მოლაპარაკების გვერდის ავლა

მოლაპარაკების ხელახალი გააზრების სწავლების (*Rethinking Negotiation Teaching (RNT)*) პროექტის მონაწილეები თავიდანვე ხაზს უსვამდნენ იმას, რომ კულტურა და კონტექსტი წარმოადგენენ მოლაპარაკების სფეროზე განუყოფელ და უწყვეტ გავლენას. შეიძლება მეტისმეტად თავდაჯერებული იყოს მოლაპარაკება 1.0-ის წინასწარ განსაზღვრული ცვლადების გა-

² In other words, not everyone becomes a professional negotiator because not everyone responds to opportunities and challenges with a negotiation temperament or mindset³

³ See *Taylor and Donohue*, 2006 as to why, from a professional skills point of view, these situations occur quite often in business, not just in violent bank robberies or terrorist attacks and the like.

მოყენება, როდესაც თავად ეს ტერმინები ღია ინტერპრეტაციისთვის. მაგალითად, „ინტერესის“ და „ვალდებულების“ მნიშვნელობა და გამოხატვა შეიძლება იცვლებოდეს სხვადასხვა კულტურებში და სიტუაციებში. ამასთან, ის რაც განმარტებულია, როგორც მოსამზადებელი ამოცანები ინტერესზე ორიენტირებულ მოდელში, შეიძლება ხელახლა განსახილველი გახდეს რთულ შემთხვევებში არა ერთხელ – წინასწარ, არამედ მთელი მოლაპარაკების პროცესში. ის, რაც თავიდან მარტივად გამოიყურება, შეიძლება მალე აგრეთვე იქცეს „ურჩ პრობლემებად“⁴ იმასთანდაკავშირებით, თუ რა არის მოლაპარაკების საგანი, ვის შეუძლია მოლაპარაკება (მაგდასთან თუ კულისებს მიღმა), როგორ წარმართება მოლაპარაკებები, დროის როლთან და მნიშვნელოვნებასთან და იმასთან დაკავშირებით, თუ როგორ უნდა განვსაზღვროთ წარმატება და შედეგებიც კი. ჩვენ დაუყოვნებლივ უარი უნდა ვთქვათ იმის განზრახვაზე, რომ მოვიყვანოთ აქ სრული გამართლება ქვემოთ მოცემული აზრებისთვის, რომლებსაც ესაჭიროებათ უფრო განვითარებული მიდგომა, რადგან ჩვენ ჯერ მხოლოდ ვინყებთ ამ საგნის შესწავლას. მაგრამ ჩვენ ვთვლით, რომ განსაკუთრებული მნიშვნელობის მქონე ზოგიერთი სფეროს მოკლე მიმოხილვა უნდა მოიცავდეს მინიმუმ შემდეგს:

კულტურათმორისი (ინტერკულტურული) და „ქროს-კულტურული“ დინამიკა

კულტურა შეიძლება წარმოადგენდეს უმნიშვნელოვანეს ფაქტორს კულტურათმორის (*Cross Cultural*) მოლაპარაკებაში; ანუ, როდესაც მოლაპარაკების მხარეები მიეკუთვნებიან ორ ან მეტ აღიარებულ „კულტურას“. კულტურა, როგორც ის მოცემულია ტიპური მოლაპარაკების კონცეფციაში, დამყარებულია იდეაზე, რომ კულტურები გამომდინარეობს გარკვეული კულტურული ჯგუფებისგან, რომლებიც, როგორც წესი, განისაზღვრება, როგორც „ტრადიციული“ ტომები ან „თანამედროვე“ ეროვნული სახელმწიფოები (იხილეთ *Knauff, 1996*). კულტურის ეს კონცეფცია წარმოადგენდა კოლონიური და პოსტკოლონიური გლობალური დისკურსის და გეოპოლიტიკის მნიშვნელოვან ნაწილს. თუმცა კულტურა უფრო მეტად გამოხატავს საკუთარ თავს ისეთ სოციალურ ქცევაში, როგორცაა მოლაპარაკება, ინდივიდუალური და კოლექტიური გაგების ჩამომაყალიბებელი იდეების, ქმედებების და პიროვნებათმორისი დინამიკის სტრუქტურირებული მნიშვნელობების მეშვეობით. პოსტმოდერნისტულ, გლობალურ სამყაროში კულტურა ნაკლებად წარმოადგენს ეროვნების და უფრო მეტად – სხვა დაჯგუფებების საკითხს; გარდა ამისა, კულტურა ყოველთვის ექვემდებარება ცვლილებას და არ არის უსასრულო (უცვლელი) (იხილეთ *Crampton 2008*). მაგალითად, მეორე თაობის ამერიკელი, რომლის ბებია და ბაბუაც იტალიელები არიან, სავარაუდოდ რამდენადმე განსხვავებული იქნება მეორე თაობის ამერიკელისგან, რომელიც რუსული წარმოშობისაა.

კულტურა გამომდინარეობს არა მარტო ეროვნებიდან (ან ეროვნებებიდან), არამედ აგრეთვე ოჯახიდან, უბნიდან, სამუშაო ადგილიდან, რელიგიიდან და პროფესიიდან. გარდა ამისა, *განმასხვავებელი თვისებები* კულტურულ თავისებურებებში ან ნორმებში შეიძლება ცვალებადობდეს სხვადასხვა მოლაპარაკების დროს, ისე, რომ ის, რაც ერთ შემთხვევაში წარმოადგენდა მნიშვნელოვან განსხვავებას ან კონფლიქტის წარმოქმნის წერტილს, მეორე შემთხვევაში წარმოადგენს ზედაპირულ და საყოფაცხოვრებო ასპექტსაც კი (იხილეთ *Docherty, 2010*). ნაწილობრივ ეს განსხვავება აიხსნება იმით, თუ როგორ ითვისებს თითოეული პიროვნება კულტურულ ზეგავლენებს თავის ცხოვრებაში, ისე, რომ კულტურული განსხვავებები შეიძლება არსებობდეს იმ ადამიანებს შორისაც კი, ვინც ნომინალურად ერთი და იგივე კულტურული

⁴ See generally *Honeyman C., De Palo*, chapters 24-27 in *Venturing Beyond the Classroom*, 2010, 439-528, where the authors used the term “wicked” to describe problems that exhibit some combination of the following features: the problem is ill-defined and resists clear definition as a technical issue; each problem contains an interconnected web of sub-problems; merely defining the problem can incite passionate conflict. Solutions to a wicked problem cannot be labeled good or bad; they can only be considered better or worse, good enough or not good enough; and every proposed solution to part or the whole of the wicked problem will affect other problems in the web.

წარმოშობისაა. შემდეგ კულტურათმორისი აღქმადობა მოითხოვს გულწრფელობას და ცნობისმოყვარეობას, ამ განსხვავებებთან, ამ განსხვავებების ცვალებად მნიშვნელობასთან და კულტურული ზეგავლენის დინამიკასთან დაკავშირებით მოლაპარაკების პროცესებში. მომლაპარაკებლები უნდა განეწყონ იმის მიმართ, თუ როგორ აყალიბებს კულტურა მოლაპარაკების ემოციურ და რაციონალურ საფუძველს, რომელიც შემოაქვს თითოეულ მხარეს, და როგორ ზემოქმედებს ახდენს ის ჯგუფის ურთიერთქმედების დინამიკაზე დროთა განმავლობაში. აგრეთვე, მნიშვნელოვანი შეიძლება იყოს მხარეების იდენტიურობის ან ურთიერთგაგების განუყოფელი განსხვავებების აღიარება.

გენდერული დინამიკა

კულტურის მსგავსად გენდერი წარმოადგენს განზომილებას, რომელიც მნიშვნელოვანწილად დაკარგულია მოლაპარაკება 1.0-ში, მაგრამ მას შევხვდებით მოლაპარაკების მონინავე ტრენინგებში. მოლაპარაკებასთან, როგორ ბრძოლის ველთან მიდგომის ადრეული დღეების სტილი – მამაკაცური ტენდენცია – გადაიქცა რალაც უფრო მეტად, ვიდრე მხოლოდ მოკლევადიანი მიღწევებით დაკმაყოფილებაა. რაც შეეხება სხვა სფეროებს, როგორცაა განათლება, ბიზნესი და აგრეთვე, გართობა, ბოლო ოცდაათი წლის განმავლობაში სულ უფრო მეტი ქცევა, რომელიც ერთ დროს ითვლებოდა „ქალურად“, ხდება „მეინსტრიმი“ (ფართოდ გავრცელებული) და მოიცავს სულ უფრო მეტ მიმართულებებს. ისეთი ფაქტორები, როგორცაა: მოსმენა, თანამშრომლობა და გამომხატველობა (ექსპრესიულობა), ისეთი თვისებებია, რომლებიც სულ უფრო მკვეთრად გამოხატული და მისაღები ხდება „მამაკაცურ გარეგან მხარეში“ და, რა თქმა უნდა, „მამაკაცური სტილის“ მოლაპარაკებაში. თუმცა ეს ყველაფერი მართებულია მხოლოდ გარკვეულ მომენტამდე (*იხილეთ Tinsley et al. 2009; Schneider, Cheldelin, and Kolb 2010*).

გენდერული დინამიკა, აგრეთვე, მოიცავს ქალთა და მამაკაცთა როლს მოლაპარაკებაში. ძალიან მნიშვნელოვანია იმ ადგილის და როლის აღქმის განხილვა, რომელსაც ქალები იკავებენ ან, რომლის დაკავების საშუალებაც მათ ეძლევათ (*იხილეთ, მაგ., Kolb and Williams 2006*) მოლაპარაკების პროცესში სხვადასხვა კულტურებში. იმ დროს, როდესაც მსოფლიოს ზოგიერთ ადგილას ქალები მოლაპარაკებებს აწარმოებენ თითქმის მხოლოდ და მხოლოდ ქალებთან, მაგალითად, ჰარედიმის თემში (ულტრარელიგიური ებრაული სექტა), სხვა ადგილებში, უბრალოდ, იმ საკითხის წამოყენება, თუ რა არის მისაღები ან მიუღებელი ქალებისთვის, შეიძლება უადგილოდ ან უცნაურად გამოიყურებოდეს.

ეს ნიშნავს იმას, რომ ზოგიერთი მოლაპარაკების კონტექსტში, ამ ბოლო დროის ამერიკული გენდერული განურჩევლობის მიუხედავად, მამაკაცი თუ ქალი მომლაპარაკებლის (ან ორივე მათგანის) სტრატეგიული არჩევანი შეიძლება გარდაუვალი იყოს. შინაარსიდან გამომდინარე, მოლაპარაკებამ შეიძლება უფრო ეფექტურად ჩაიაროს, თუ მას განახორციელებს მამაკაცი ან ქალი. ან, ზოგიერთ შემთხვევაში, სიტუაციამ შეიძლება მოითხოვოს ისეთი მამაკაცების მონაწილეობა, რომლებიც ადვილად აჩვენებენ ქალურ მახასიათებლებს თავისი მამაკაცურობისთვის ზიანის მიყენების გარეშე, ან, პირიქით, ქალი, რომელიც თვალს არ დაახამხამებს ყველაზე მტრულად განწყობილი მამაკაცების გარემოცვაში თავისი „ქალური საიდუმლოების“ დაკარგვის გარეშე. იმ დროს, როდესაც განვიხილავთ სხვადასხვა კულტურულ გარემოს, განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, მოლაპარაკებაში გენდერის გავლენა მივიღოთ როგორც ფაქტი და შევძლოთ მასში გარკვევა. ალბათ, არ არის საჭირო იმის ხაზგასმა, რომ ეს ეწინააღმდეგება ტიპური ამერიკული გავლენის მქონე და (სავარაუდოდ) არაგენდერული ძირითადი ინსტრუქციის მიმართულებას ამ სფეროში. არსებობს, აგრეთვე, კულტურები, სადაც მისი სრული გამოყენება სავარაუდოდ ეწინააღმდეგება კანონს.

ემოციების როლი

უკვე ბევრი დაინერა მოლაპარაკება 1.0-ის, როგორც მოდელის შესახებ, რომელიც ცდილობს ემოციების იგნორირებას ან ჩახშობას (იხილეთ, მაგ., *Patera and Gamm2010*). თუმცა ემოციები მოლაპარაკების განუყოფელი ნაწილია მინიმუმ ხუთი თვალსაზრისით: მომლაპარაკებლების ემოციები, მხარეების ემოციები, რომლებიც ამოქმედდება სოციალური ზეგავლენების მეშვეობით; ემოციები, რომლებიც ჩნდება მოლაპარაკების პროცესში; უშუალოდ მოლაპარაკების ფარგლებს გარეთ მყოფი მხარეთა ემოციები, რომლებსაც მაინც შეუძლიათ პროცესზე და შედეგებზე გავლენის მოხდენა; და უფრო მსხვილი გარემოებებით გამოწვეული ემოციები, რომლებმაც შეიძლება მოახდინონ ზენოლა მოლაპარაკების მხარეებზე, პროცესზე ან შედეგებზე. რასაკვირველია, სხვადასხვა ადგილებსა და კულტურებში ემოციებთან მუშაობა და მათთან მუშაობის *უნარის* გამომუშავება შეიძლება მოიცავდეს ერთმანეთისგან სრულიად განსხვავებულ პრაქტიკულ უნარებს. ემოციური დინამიკის ინტენსიურობა და ცვალებადობა მოითხოვს იმას, რასაც *მელისა ლევი-ბოსკოვიჩი*, *Peace Child Israel*-ის დირექტორი უწოდებს „სამმაგი A-ს“ გამარტივების მიდგომას: გააზრება (*Aware*), დაშვება (*Allow*), დარეგულირება (*Address*). ეს ინსტრუმენტი მომლაპარაკებელს საშუალებას აძლევს, გაიაზროს ემოციური პალიტრა, პატივი სცეს და დაუშვას ემოციების ძალა და აქტუალურობა და აღიაროს და დაარეგულიროს ემოციები, როდესაც ისინი წარმოიშობა.

ემოციები წარმოადგენს სფეროს, რომელიც მოითხოვს მოკრძალებულობას და საკუთარი თავის კონტროლს. ეს მოიცავს მზადყოფნას, იყოთ ემოციურად დაუცველი და სიმშვიდის შენარჩუნების უნარს, თითოეული და ყველა მხარის ძლიერი ემოციური რეაქციების და, ასევე, ჯგუფური დინამიკის წინაშე.

ურყევი საფუძვლები: რელიგია და ფასეულობები

კონფლიქტის ყველა ასპექტი ვერ გახდება მოლაპარაკების საგანი. მაგალითად, რელიგია და ფასეულობები უფრო ძლიერია, ვიდრე მოთხოვნილებები, უფრო ძლიერია, ვიდრე ემოციები და მათ არ გააჩნიათ ფასი. რელიგია შეიძლება განისაზღვროს, როგორც კულტურული სისტემა, რომელიც ქმნის ძლიერ და გრძელვადიან განზრახვას ისეთი სიმბოლოების შექმნის გზით, რომლებიც აკავშირებს კაცობრიობას რწმენასთან და ფასეულობებთან. ფასეულობები წარმოადგენს მნიშვნელოვან და მყარ რწმენას ან იდეალებს, რომლებსაც კულტურის წევრები იზიარებენ იმასთან დაკავშირებით, თუ რა არის კარგი და სასურველი და რა – არა. ფასეულობებს გააჩნიათ მნიშვნელოვანი ზეგავლენა პიროვნების ქცევაზე და ისინი ასრულებს საერთო რეკომენდაციების ფუნქციას ყველა სიტუაციაში.

ხანდახან მოიაზრება, რომ რელიგიური ფასეულობები და ფუნდამენტალიზმი ხელს უწყობს წესრიგის და შინაგანი სიმშვიდის აღდგენას ამჟამინდელი დროის ქაოსში. ისინი უზარმაზარ ზეგავლენას ახდენენ ბევრ მოლაპარაკებაზე. ურთიერთდაკავშირებულ სამყაროში ისინი შეიძლება გახდეს მთავარი პრობლემა ბრწყინვალე მომლაპარაკებლისთვისაც კი. ჩნდება დაუმუშავებელი ნახნაგები; შეუძლებელია სუბიექტური შეფასება; არსებობს მხოლოდ სწორი და არასწორი, რომელიც სხვადასხვაგვარად აღიქმება მხარეების მიერ. ეს არის არამდგრადობის პირობები და მათ შესაბამისად უნდა მივუდგეთ, განსაკუთრებით, როდესაც მხარეების რწმენის სისტემები განსხვავდება სხვა ჩართული მონაწილეების რწმენის სისტემისგან.

ზოგიერთ სიტუაციაში, შეიძლება წარმოდგენილი იყვნენ რელიგიური ხელისუფლების წარმომადგენლები, რომლებიც არ არიან უშუალოდ ჩართულები, მაგრამ შეუძლიათ მოლაპარაკებებზე უფრო დიდი ზეგავლენის მოხდენა, ვიდრე ნებისმიერ სხვას. პროფესიონალმა მომლაპარაკებლებმა ხელი უნდა შეუწყონ მათ გამოვლენას და გააცნობიერონ, თუ როგორ შეუძლიათ მათ იყვნენ უფრო მეტი, ვიდრე ინფორმაციის წყარო; მათ აგრეთვე შეუძლიათ იყვნენ მოლაპარაკების მხარეებთან მიდგომის წყარო. მომლაპარაკებლის მოკრძალებულობა ძალიან

მნიშვნელოვანია ურყევ საფუძვლებთან დაკავშირებული საკითხების დარეგულირებაში. პროფესიონალი ემსახურება პროცესს მოლაპარაკების პარტნიორების რელიგიის და ფასეულობების პატივისცემით. ეს არ არის მარტივი ან უშუალოდ პროფესიონალიზმის სფერო, არამედ უფრო გვაჯილდობს ცხოვრებისეული გამოცდილებით.

კონფლიქტის ტრანსფორმაცია

მოლაპარაკება 1.0 გვაძლევს კონფლიქტის თავიდან აცილების ან შემცირების „რჩევებს“ დავის განსხვავებული პერსპექტივით წარმოეჩინა გზით. ის, რაც კონფლიქტს წარმოადგენდა, ახლა გაუგებრობაა, რომლის მოგვარებაც შეიძლება გაუმჯობესებული კომუნიკაციის ან საყოველთაო პრინციპების დაცვის მეშვეობით. თუმცა მოლაპარაკების პროცესში კონფლიქტის ასე ადვილად თავიდან მოშორება ყოველთვის არ არის შესაძლებელი. ის, რასაც *პიტერ კოლმენი* (2012) უწოდებს „5%-ს“, შეიძლება გახდეს აქილევსის ქუსლი უმაღლესი ხელმძღვანელებისთვისაც კი, რომლებისთვისაც ასეთ შემთხვევაში პროფესიონალი მომლაპარაკებლის მონაწილეობა განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი ხდება. გაუმჯობესებული კომუნიკაციური უნარები, რომლებიც აუცილებელია ასეთი ტიპის კონფლიქტის მოგვარებისთვის, გამომდინარეობს, ისე და ისევე, თავდაჯერებულობის და მოკრძალებულობის კომბინაციიდან, რომელიც კონფლიქტის გადაძმუშავების და მართვის პროცესში გამჭვირვალობას გვაძლევს. ანალოგიურად, ასეთ პროფესიონალ მომლაპარაკებელს აგრეთვე უნდა შეეძლოს იმის შეფასება, თუ როდის არის საჭირო მესამე მხარის ჩარევა დავის მოსაგვარებლად, და როგორი მესამე მხარის მონაწილეობა იქნებოდა ყველაზე მომგებიანი.

მოლაპარაკება მრავალი მხარის მონაწილეობით

მრავალი მხარის მონაწილეობით მოლაპარაკებას ხშირად ასწავლიან მოლაპარაკების კურსებზე, როგორც საბაზო უნარების გაუმჯობესების დამატებით და არჩევით საშუალებას. თუმცა მოლაპარაკება მრავალი მხარის მონაწილეობით უფრო ფართოდ გავრცელებული ხდება და ამიტომ უნდა გახდეს მოლაპარაკების სწავლების კანონზომიერი ნაწილი. ეს ნაწილობრივ, მსოფლიოში ურთიერთდაკავშირებულობის დონის ზრდის შედეგია, რაც იწვევს ჩვენგან ძალიან განსხვავებულ ადამიანებთან ურთიერთობის (ხშირად, დროის დიდი რაოდენობის გარეშე) მზარდ აუცილებლობას და შედეგად, შიშის და ეჭვის უფრო მეტ შესაძლებლობებს. ცალკეული მომლაპარაკებლის მაგივრად გუნდის არჩევა გვთავაზობს ღირებულ მხარდაჭერას სამყაროში, რომელიც მოიაზრება, როგორც მუქართ სახსე. ან ინდივიდუალური მომლაპარაკებლის დანიშვნის ნაცვლად გუნდის ჩართვა შეიძლება კულტურულ ჩვევას წარმოადგენდეს. გამოცდილ მომლაპარაკებელს, რომელიც აღიქვამს გუნდურ მიდგომას, როგორც არააუცილებელ „ყავარჯენს“, შეიძლება დასჭირდეს პროფესიონალის ხელმძღვანელობა (იხილეთ *ელვინ კრასტის (Calvin Christie) განხილვა ბოსნიის შესახებ (Bosnia discussion) Gadlin, Matz, and Christie, Playing the Percentages in Wicked Problems*, ამ წიგნში). პროფესიონალი მომლაპარაკებლები აგრეთვე საჭირონი არიან, რათა გვირჩიონ, თუ როგორ განვსაზღვროთ კოალიციის პოტენციალი და როდის და როგორ შევქმნათ ან დავშალოთ კოალიციები. ცოდნის კიდევ ერთ სფეროს წარმოადგენს იმის გაგება, თუ როგორი მერყევი შეიძლება იყოს ჯგუფური დინამიკა და იცვლებოდეს შეხვედრიდან შეხვედრამდე. ერთ-ერთი სასიცოცხლო მნიშვნელობის მქონე უნარია მხარეების მიერ მიღებული როლების განსაზღვრის ხელშეწყობა, როგორცაა ლიდერი, სიმშვიდის დამრღვევი, ხუმარა, პრობლემების მომგვარებელი, და ა.შ. „პრობლემის ჯგუფური განხილვის“ მიმართ მგრძობიარობა აგრეთვე ძალიან მნიშვნელოვანია, მაშინაც, თუ ამ ჯგუფს ბევრი წარსული წარმატებების ისტორია აქვს.

მრავალი მხარის მონაწილეობით მოლაპარაკებების მომზადება, განსაკუთრებით გუნდის მომზადების დროს, მოიცავს მონაცემთა ორგანიზებას მონაწილეებზე, დროის სინქრონიზაციას, ატმოსფეროზე და ადგილზე ზეგავლენის მიზნით. ეს მოითხოვს მოლაპარაკების

დროს თანაგრძობის განხორციელებას თავდაჯერებულობასთან და ასევე, მგრძობიარობას პირდაპირი და არაპირდაპირი კომუნიკაციის მიმართ ჯგუფის დინამიკის ფარგლებში – ყველაფერი ეს გვაძლევს ხანგრძლივ გამოცდილებას. აგრეთვე, ჩვეულებრივ უფრო მეტი დროა საჭირო, ვიდრე მხარეების განკარგულებაშია, თუ მომლაპარაკებელს მართლაც შეუძლია გაუგებრობის და კომუნიკაციის დარღვევის შეზღუდვის ხელშეწყობა. მომლაპარაკებელი, რომელსაც მოუწევს მოქმედება ამ დროის, და შესაბამისად, ამ ძალისხმევისთვის განკუთვნილი უფრო მეტი რესურსების მოსაგებად, უპირატესობად ჩათვლის ავტორიტეტს, რომელიც გამომდინარეობს ხანგრძლივი და ნარმატიული წინა კარიერიდან.

სექცია ორი: დამატებითი საკითხები

ლიდერების მოლაპარაკება

ლიდერების მოლაპარაკება (ანუ მოლაპარაკება ლიდერების შესახებ, მათ მიერ ან მათ შორის) განსხვავდება დირექტორების და მენეჯერების მოლაპარაკებისგან. დირექტორი ფოკუსირებულია მიზნებზე და ამოცანებზე, რომლებიც ხშირად ასრულებს ფუნქციონალური მოდელების ფუნქციას. ლიდერი კი სავსეა კრეატიულობით და ხედვით. ლიდერს მოეთხოვება, ხედავდეს მეტს, ვიდრე ახლა და აქ არის. ეს ქმნის დინამიკას, რომელშიც ნაკლებად სავარაუდოა, რომ ორგანიზაციების ლიდერებმა კარგი რეაგირება მოახდინონ მომლაპარაკებლებზე, რომლებიც არ აღიქმებიან, როგორც შესაბამისი პროფესიონალური სიმალის მქონენი.

განსაკუთრებით ლიდერების მოლაპარაკების პროცესში არსებული პოლიტიკური მოსაზრებების გათვალისწინებით, როგორც არ უნდა იყოს ყველაზე აქტუალური თემა, ეს არის მოლაპარაკების ერთ-ერთი ყველაზე რთული ფორმა. პროფესიონალი მომლაპარაკებლები ეცნობიან ლიდერების ოთხ სხვადასხვა ტიპს, ლიდერობის ოთხი სტილის საფუძველზე:

- 1) ქარიზმატული ლიდერობა, რომელიც უფრო მეტად ემყარება პიროვნებას, ვიდრე პროფესიონალურ კვალიფიკაციას;
- 2) სტატუსური ლიდერობა, რომელიც ემყარება კონკრეტულ მოვალეობებს;
- 3) გარემოებითი ლიდერობა, რომელიც ემყარება კონტექსტს და აქტუალურ მოვლენებს; და
- 4) ხელშეწყობი ლიდერობა, რომელიც გამოიყენება შესაძლებლობების გაფართოებისთვის და მხარდაჭერისთვის.

პროფესიონალი მომლაპარაკებლები ლიდერების მოლაპარაკების პროცესში ნათლად იაზრებენ გამჭვირვალობას, კონტროლირებადობას, პერსონალის კვალიფიკაციის გაზრდას, რისკის ზემოქმედებას და შიდა და გარე პოლიტიკის ცოდნას. ისინი უზრუნველყოფენ ამ პროფესიონალიზმს, როდესაც ეხმარებიან ლიდერებს მოლაპარაკების შედეგების გაუმჯობესებაში. ისევ და ისევ, ამ სახის პროფესიონალიზმი და მისგან გამომდინარე ავტორიტეტი რთული შესაძენია კარიერის დასაწყისში.

მაღალრისკიანი და კრიზისული მოლაპარაკება

სტრესულ სიტუაციებში მოქმედებს გარეგანი ძალები და ჩვენ მიერ რეაქციების კონტროლი შეზღუდულია. გადანყვეტილებების მიღების უნარის ხარისხი კრიტიკულად მნიშვნელოვანია, რადგან ურთიერთობისთვის და მონაწილე მხარეებისთვის შეიძლება მძიმე ზარალის მიყენება. როდესაც ზენოლის ქვეშ ვიმყოფებით, ვამუშავებთ ტენდეციას შეცდომების დაშვებისკენ და გადანყვეტილებების მიღებისკენ „ოპტიმისტური მეტისმეტი თავდაჯერებულობის“ საფუძველზე (იხილეთ *Korobkin* და *Guthrie* 2006), ვფიქრობთ რა, რომ განკარგულებაში გვაქვს მთელი საჭირო ინფორმაცია და რომ შეგვიძლია დავეყრდნოთ წარსულ გამოცდილებას და სიატუაციის ჩვენ საკუთარ ინტერპრეტაციას. თუმცა, ხშირად, ეს არ ხდება, რადგან სტრესი როგორც წესი ზღუდავს რთული სიტუაციების ზუსტად ინტერპრეტირების უნარს. კერძოდ, სტრესი იწვევს ბრძოლა-გაქცევა-გაჩერების რეაქციების დომინირებას, რომელთაგან არცერთი არ არის სასარგებლო მოლაპარაკებისთვის. ჩვენ არ შეგვიძლია ამ ძირითადი რეაქციების

სრულად გაკონტროლება; მაგრამ სწავლებასთან და გამოცდილებასთან ერთად, შეგვიძლია გავაცნობიეროთ ეს რეაქციები და მათი გავლენა ჩვენი აზრების ნაკადზე. შემდგომ ეს გვეხმარება იმპულსების გაკონტროლებაში და დაუფიქრებელი ღონისძიებების თავიდან აცილებაში. პროფესიონალმა მომლაპარაკებლებმა იციან, რომ, ზოგადად, შესაძლებელია მოლაპარაკების წარმოება კონსტრუქტიული აზროვნებისთვის და კონსულტირებისთვის განკუთვნილი დროის⁵ შესახებ. მაგრამ ფლობს ამ უნარებს ჩვეულებრივი მომლაპარაკებლების დიდი ნაწილი? ჩვენი აზრით, სავარაუდოდ არა.

არსებობს ათი კომპონენტი კრიზისულ სიტუაციებში მოლაპარაკებისთვის:

- 1) კრიზისული სიტუაციის შესაბამისი გუნდის ფორმირების გამოცდილება;
- 2) რისკის შეფასება იმ თვალსაზრისით, თუ რისი გაკეთება შეუძლიათ მხარეებს, წარსულ ქცევაზე დაყრდნობით;
- 3) დროის უპირატესობების და ნაკლოვანებების შეფასება, როგორცაა დროში შეზღუდვა;
- 4) კომუნიკაციის გაზრდილი აუცილებლობა და ინტენსიურობა, რაც მოიცავს მხარეებს შორის ფიზიკური დისტანციის განადგურებას ემოციური ინტენსიურობის გაზრდის პირობებში;
- 5) „მეორე წრის“ ზეგავლენა გარე მხარეებისგან, რომელთაც შეიძლება ჰქონდეთ პირდაპირი ან არაპირდაპირი ზეგავლენა;⁶
- 6) ემოციური, ფიზიკური ან რაციონალური მოთხოვნილებების და დინამიკის მიმართ ყურადღების მეშვეობით მოპოვებული ბერკეტი;
- 7) შუამავლები, რომლებიც შეიძლება სასარგებლო იყვნენ;
- 8) დროებითი შეთანხმებები, რომლებიც ხელს უწყობენ ნდობის გაღრმავებას;
- 9) პროგრესის შენარჩუნება და მონიტორინგი მიღწევების შენარჩუნების გზით; და
- 10) სტრესის შემცირება მოლაპარაკებით მიღწეული შედეგების დასკვნითი სცენის შექმნის და გამოცხადების გზით.

ვსვამთ კითხვას, როგორ უნდა გახდეს კარიერის დასაწყის ეტაპზე მყოფი ან არასრული დატვირთვით მომუშავე მომლაპარაკებელი კომპეტენტური ამ სიაში? და როგორც ზევით არის აღნიშნული, ჩვენს „ბრტყელ სამყაროში“ ცხოვრების ქაოტურ რეალობაში კრიზისული და მაღალი რისკის მოლაპარაკებები უფრო ჩვეული მოვლენაა, ვიდრე ოდესმე ყოფილა. აუცილებელი უნარები და ემოციური აღქმა უფრო და უფრო აქტუალური გახდება ბიზნესისთვის (Taylor and Donohue 2006) და სხვა გარემოებში, რომლებიც საკმაოდ სცდება ტრადიციულ კრიზისულ ატმოსფეროს.

⁵ Jack Cambria, commanding officer of the hostage negotiation team of the New York City Police Department (NYPD) offers the following insight (Cambria et al., 2002, 338):

Bob Loudon [former chief hostage negotiator, NYPD] . . . was negotiating a rather difficult, very long and ongoing hostage situation. The chief of detectives said, ‘Hey Loudon, seems like you aren’t having any success here.’ Bob said, ‘I think we are.’ The chief says ‘What’s your definition of success then?’ Bob says ‘Lack of failure.’

⁶ As noted by Maria Volpe and colleagues (2006), hostage negotiation is far from the only circumstance in which the person responsible for a negotiation must somehow report to difficult supervisors, who may try to micromanage a job and too often do not appreciate the intricacies, the need for patience and the time inevitably involved in making talk work. But in a police department, the hierarchy is overt and often insistent. There could easily be a district commander in the offing, saying “I don’t have any time for this, this guy is blocking traffic,” or resenting the fact that the case happened on their watch, because there is a meeting to go to, or theater tickets to be considered. Hostage takers, however, cannot be told to come back tomorrow. The role of the coordinator is therefore to handle all of the *external* negotiations that threaten to disrupt the all-important negotiation “at the door.” (When Hugh McGowan, one of the co-authors of the 2006 book chapter, was promoted to NYPD chief negotiator, he was informed that that did not mean that he got to negotiate any time he wanted. It meant he got to negotiate with the Chief – a significantly less desirable and more challenging honor.)

პროფესიონალური მოლაპარაკების შემსწავლელთა გამოვლენა: რაც არ უნდა იყოს, ყველას არ შეუძლია მოლაპარაკება

ინტერესზე დამყარებული მოლაპარაკება წარმოადგენს შთამაგონებელ და ძლიერ მაგალითს მათთვის, ვინც ცდილობს კონფლიქტის თავიდან აცილებას ან ნეგატიურ გარიგებასთან (მოლაპარაკებასთან) დაბრუნებას. დამწყებ მოლაპარაკებლებს ნამდვილად შეუძლიათ შეისწავლონ ინტეგრირებული მოლაპარაკების ალტერნატივები მოკლე კურსების მეშვეობით, კლასიკური სიმულაციის გამოყენებითა და საინტერესო სწავლებით და ამ წიგნებში შემუშავებული სხვა ინსტრუმენტების გამოყენებით. თუმცა, პროფესიონალური მოლაპარაკების პროგრამების იდეალურ შემსწავლელებს არ ესაჭიროებათ ეს სწავლება ახლა, თუ საერთოდ როდესმე ესაჭიროებოდათ (შესაძლოა, მათ განსაზღვრული აქვთ შინაგანი თვისებები და მიდრეკილება მოლაპარაკებისკენ ადრეული ასაკიდან). დროთა განმავლობაში, ასე თუ ისე, მათ გამოიმუშავეს და აითვისეს ძირითადი პრინციპები, პიროვნებათშორისი ურთიერთობის უნარები და ინტუიცია მოლაპარაკებასთან დაკავშირებით, პირადი და პროფესიონალური გამოცდილების მეშვეობით. ეს სავარაუდოდ ნიშნავს იმას, რომ ისინი უფრო ასაკიანები არიან და აჩვენებს სიმნიფე ცხოვრების პრობლემების წარმატებულად მოგვარების მეშვეობით.⁷

იმის მიუხედავად, რომ თანამედროვე ტექნოლოგიამ შემოიტანა შესანიშნავი მიღწევები, YouTube და Facebook ვერ განევენ ცხოვრებისეული გამოცდილების მაგივრობას. დრო, ადამიანური ურთიერთობების დონეზე, არის ბუნებრივი ძალა, რომელიც მაღალმა ტექნოლოგიამ ჯერ არ შეცვალა. მარტივად რომ ვთქვათ, ორმოცი წლის პროფესიონალ მოლაპარაკებელს ხელთ აქვს უნარების უფრო დიდი რეპერტუარი, ვიდრე მასზე ოცი წლით უმცროს მოლაპარაკებელს. პიროვნებათშორისი ურთიერთობების ზეგავლენა მოლაპარაკებაზე ძალზე მნიშვნელოვანია, და იმის მიუხედავად, რომ არსებობენ ადამიანები, რომლებიც არიან „ასაკთან შედარებით ბრძენი“, ორმოცი წლის სპეციალისტების დიდი ნაწილი გამოიკვლევს და დააგროვებს უფრო მეტ ცხოვრებისეულ გამოცდილებას, ვიდრე თითქმის ნებისმიერი ოცდახუთი წლის დამწყები სპეციალისტი იურიდიული ფაკულტეტიდან ან მაგისტრატურიდან. გარდა ამისა, პიროვნების ხასიათი გამდიდრებულია ცხოვრებისეული საკამათო თუ სხვა პრობლემების მოგვარებით. უფრო გამოცდილ მოლაპარაკებელს შეიძლება ჰქონდეს ხასიათის მრავალფეროვნება, რომელიც მისი ამ პლანეტაზე ყოფნის დროის პროპორციულია. პროფესიონალური მოლაპარაკება, მისი გაფართოებული პარამეტრებით და მოთხოვნებით, კიდევ უფრო ამყარებს სწავლების დაწყების აუცილებლობას, იმ დონეზე, რომელსაც ჩვენ აღვწერთ, გამოცდილი პროფესიონალების, და არა დამწყები მოლაპარაკებლების შემთხვევაში.

ამ შემთხვევაში პროფესიონალური მოლაპარაკების პროგრამა კი არ ცდილობს ინფორმაციის დამატებას სუფთა დაფაზე,⁸ არამედ *არიგებს* გამოცდილ მოსწავლეებს, ორი გზით. პირველი გზაა მოლაპარაკების თეორიის, პრაქტიკის და ეთიკის სტანდარტების და ლექსიკონის უზრუნველყოფა. მეორე – თვითშეგნების და სიმნიფის კულტივირება, რომლებიც ძალზე მნიშვნელოვანია რთული და დაძაბული მოლაპარაკებების დროს. პირველი ნაწილის შინაარსი შედგება ანალიტიკური სამუშაოსგან, რომელიც უკვე გამოიმუშავებულია მოლაპარაკების დარგში, ამ თავში განხილულ დამატებით საკითხებთან ერთად. თითოეული პროფესია შედგება თეორიისგან, პრაქტიკისგან და ეთიკისგან, და რა თქმა უნდა, ინტერესზე დამყარებული მოლაპარაკება 1.0-ის საფუძვლები, რასაც მივყავართ ცოდნის მასისკენ, რომელსაც მოლაპარაკების ხელახალი გააზრების სწავლების (Rethinking Negotiation Teaching (RNT)) სერიაში მოხერხებულობისთვის ვუწოდებთ მოლაპარაკება 2.0-ს, ლოგიკურ საწყის წერტილს წარმოადგენს.

⁷ This description is very similar to the “wise elder” described in anthropological research about dispute settlement in “traditional” societies (see, e.g., *Gibbs*, 1963). Although this wise elder concept was part of the early ADR movement in the United States (*Crampton*, 2005, 231-232), emphasis on identifying and training local leaders has generally been replaced by training professionals in other fields, or volunteers, who have no presumed prior experience or demonstrated expertise.

⁸ Or to civilize Rousseau’s “noble savage.”

პროფესიონალურ მოლაპარაკებაში საერთო მნიშვნელად რჩება ის, რომ მოლაპარაკების პარტნიორები უნდა დაკმაყოფილდნენ იმდენად, რომ განაგრძონ ცხოვრება ამ შედეგით; წარმატება ნიშნავს იმას, რომ არც პროცესი და არც შედეგი არ იწვევს მნიშვნელოვან ნეგატიურ ნაღვეს ან ნარჩენ წყენას.⁹

თუმცა თეორიის, პრაქტიკის და ეთიკის სწავლების გარდა პროფესიონალური განათლება მოითხოვს პიროვნული ზრდის მეორე და პარალელურ პროცესს. ჩვენს სფეროში ბევრი დაინერა პირველის შესახებ, მაგრამ უკანასკნელს არასაკმარისი ყურადღება ეთმობოდა. რთული მოლაპარაკებები, მაგალითად ისინი, რომლებიც უფრო მეტად „მწვავეა“, ვიდრე „მშვიდი“,¹⁰ მოითხოვს არა მარტო აშკარა უნარებს, არამედ აგრეთვე სიმნიფეს და ეგოს სიმარტივეს, რაც დაბანდებული დროის, რთულად მოპოვებული გამოცდილების (რაც ერთი და იგივე არ არის) და მკაფიო ეთიკური კოდექსის შედეგია.

მოლაპარაკების პროფესიონალური სწავლების კონტენტი

მოლაპარაკება არ არის ერთადერთი პროფესია, რომელიც მოითხოვს სწავლების სპეციფიკურ კონტენტს, არამედ აგრეთვე წინა გამოცდილებას, აშკარად გამოხატულ სიმნიფეს და პიროვნულ ეთიკას, პირად დაფიქრებას, და უწყვეტი პრაქტიკის შესაძლებლობებს. პროფესიონალური სამაგისტრო პროგრამები სხვა სფეროებში, როგორცაა ბიზნესი, ხშირად აფასებენ წინა სამუშაო გამოცდილებას. მისაღები კომისიები იურიდიულ, სამედიცინო და სოციალურ ფაკულტეტებზე აფასებენ თითოეული კანდიდატის ეთიკას და სიმნიფეს. დახმარების სფეროს პროფესიები, როგორცაა ფსიქოთერაპია, მოითხოვს პირად დაფიქრებას და თვითშეგნებას როგორც საგანმანათლებლო, ასევე სალიცენზიო ატესტაციაში. უწყვეტი პრაქტიკის შესაძლებლობები გავრცელებულია პროფესიონალურ განათლებაში, რომელსაც სთავაზობენ კლინიკები, ადგილებზე განაწილება, ინტერნატურები და სტაჟირებები. კულტურული ანთროპოლოგიის უფრო მეტად „საკუთარი თავის გადარჩენის“ (“sinkorswim”) მიდგომის თანახმად, სტუდენტები შეიძლება გააგზავნონ საცდელ ადგილზე ძალიან მცირე ინსტრუქციებით, ხოლო უფრო ტექნიკურ პროფესიებში, როგორცაა მედიცინა და მანქანათმშენებლობა, აუცილებელია კონტროლირებადი განაწილებები. ზუსტი სტრუქტურა შეიძლება გლობალურად ცვალებადობდეს უმაღლესის შემდგომი განათლების ეროვნული და რეგიონალური კონტექსტების თანახმად, სასწავლო საათების აუცილებელი რაოდენობის ნორმების ჩათვლით, პრაქტიკული გამოცდილების, მეთვალყურეობის და გააზრებისგან განსხვავებით, და პროფესიონალური პროგრამის მიერ პრაქტიკის შესაძლებლობების ფორმალურად ორგანიზების უნარის ჩათვლით (როგორცაა კლინიკები ან მოკლევადიანი კონტრაქტები), სტუდენტებისგან უფრო მეტი დამოუკიდებლობის მოთხოვნისგან განსხვავებით. მაგრამ აშკარაა, რომ ის, რასაც ჩვენ ვთავაზობთ, უფრო მეტად ხარისხით, ვიდრე სახეობით განსხვავდება რიგ სფეროებში არსებული პრაქტიკისგან.

პროცედურის თვალსაზრისით, პროფესიონალური მოლაპარაკების პროგრამები შეიძლება მოიცავდეს მაგისტრატურული სემინარის ტიპის განხილვის და პირადი გააზრების კომბინაციას პირდაპირ დაკვირვებასთან და პრაქტიკასთან. სემინარის მიზანი იქნება არა კონტენტის წარმოდგენა ისე, თითქოს მოლაპარაკება სტუდენტისთვის ახალ თემას წარმოადგენდეს, არამედ სტუდენტების ჩართვა, მოლაპარაკების ჩარჩოების და კონცეფციების დაუფლება

⁹ This corresponds to common professional codes of ethics to “do no harm” as a first principle. For a longer treatment of hoped-for outcomes and some typical blockages, see *Wade and Honeyman, 2006*.

¹⁰ See *supra* endnote 4 for description of “wicked” problems. “Tame” problems, as summarized by *Ritchey, 2005-2008*, I have relatively well-defined stable problem statements that belong to a similar class of problems, which can be solved in a similar manner; a definite stopping point, so all know when a solution is reached; and a solution that can be objectively evaluated as right or wrong. See also *Honeyman C., De Palo*, chapters 17-21 in *Venturing Beyond the Classroom, 2010*, 439-509 and in this volume.

და შემდეგ დემონტაჟი და მოდიფიკაცია. ეს დინამიკა ანალოგიურია ჯეინ დოჩერტის (Jayne Docherty) (2010) მიერ აღწერილის, რომელშიც წარმოდგენილია ინტერესზე დამყარებული მოლაპარაკება, და აგრეთვე ამ პროექტში შემუშავებული ზოგიერთი მასალაც კი, უფრო როგორც დიალოგის დასაწყისი იმის შესახებ, თუ როგორ უნდა მოერგოს შემდეგ ეს მოდელები ცალკეულ სტუდენტებს და კონკრეტული მოლაპარაკებების კონტექსტებს. ასეთ მოდელში ინსტრუქტორი არ არის ცოდნის ერთადერთი წყარო (შედეგმა შეიძლება ხელი შეუწყოს შემდგომ მიღწევებს მოლაპარაკების თეორიაში და პრაქტიკაში).¹¹ საკლასო განხილვა აგრეთვე შეიძლება გამოყენებული იქნას გამოკითხვისთვის და გამოცდილების გაზიარებისთვის, უშუალო დაკვირვების და მოლაპარაკების პროცესებში მონაწილეობის შემდეგ.

იმის მიუხედავად, რომ სტუდენტს ხელი შეეწყობა, ვრომ გააზიაროს თავისი წინა გამოცდილება მეხსიერების საფუძველზე, კლინიკური ან სასწავლო-საწარმოო პრაქტიკის ან რეზიდენტურის გარკვეული ფორმა იდეალური იქნებოდა. ფაქტიობრივად, პრაქტიკული გამოცდილება უნდა წარმოადგენდეს სწავლების მთავარ ნაწილს. ეს აგრეთვე საშუალებას მისცემდა შემსწავლელებს, რომლებიც ექსპერტები არიან ერთ სფეროში, გამოიმუშაონ გარკვეული ცოდნა სხვების სფეროების შესახებ. მაგალითად, სტუდენტი, რომელსაც გამოცდილება იურიდიულ ფორმაში ჰქონდა დაგროვილი, შეიძლება მოისურვოს განაწილება პოლიციის ძალებში, რათა შეისწავლოს განსხვავებული პროფესიის კულტურული კონტექსტი და როგორ ზემოქმედებს ახდენს ის მოლაპარაკების დინამიკაზე. იდეალური პროგრამა მოიზიდავდა რიგი სხვადასხვა პროფესიული გამოცდილების მქონე სტუდენტებს, მოლაპარაკების ცვალებადი დინამიკის, პროცესების და პოტენციური შედეგების გაგების გამდიდრების მიზნით.

მრავალი ლოგიკური კითხვიდან ერთ-ერთი იქნებოდა, თუ რამდენი საათი უშუალო დაკვირვება და რამდენი საათი კონტროლირებადი მოლაპარაკება იქნებოდა საჭირო პროფესიონალური მომზადების შესახებ საბუთის მისაღებად. მნიშვნელოვანი დრო არის საჭირო არა მარტო უნარების გამოიმუშავების ხარისხის უზრუნველყოფისთვის, არამედ აგრეთვე იმისთვის, რომ სტუდენტებს საშუალება მიეცეთ, გამოიმუშაონ საკუთარი, პირადი სტილი და მოქმედების მექანიზმი, სემინარული განხილვის, პრაქტიკული გამოკითხვის და პირადი გააზრების მეშვეობით. პროფესიონალურ მომლაპარაკებლად გადაქცევის საკმაოდ ბევრი რამ აქვს საერთო საკუთარ „მესთან“, ხოლო თვითმეფასების უნარი არ არის ისეთი მარტივი და ბუნებრივი, როგორც ეს შეიძლება ჟღერდეს. განსაკუთრებით მაღალი ფსონების სიტუაციაში, ეგო არის ისეთი ფაქტორი, რომელიც მოითხოვს ფორმირებას, მაგრამ აგრეთვე გაუმჯობესებული თვითკონტროლის გამოიმუშავებას, ისეთნაირად, რომ უზრუნველყოფდეს „მეორე დღეს“ (allow for a “day-after”), რომელიც საკმარისად დამაკმაყოფილებელი იქნება მოლაპარაკების ყველა მხარისთვის (ისეთი მომლაპარაკებლის ბიოგრაფიული აღწერის, როგორიცაა ან გარდაცვლილი რიჩარდ ჰოლბროუკი (Richard Holbrooke) – იხილეთ Cholett and Power 2011 – ნებისმიერი მკითხველი აღიარებს, რომ დიდი ნიჭის მქონე პრაქტიკოსისთვის ამის შესრულება არ არის ადვილი; რაღა თქმა უნდა, აზროვნების სისწრაფის და ტექნიკური უნარების გარკვეული დონის ზემოთ, ეს შეიძლება კიდევ უფრო რთული გახდეს).

როგორია ასეთი ძალისხმევის შედეგი? როგორც პროფესია, მოლაპარაკება შეიძლება იცავდეს მეოცე საუკუნის პროფესიების რიტუალებს და საორგანიზაციო ფორმებს ან ცდილობდეს უფრო მეტად ოცდამეერთე საუკუნის მიდგომის გამოყენებას სოციალურ ქსელებში ურთიერთობის მეშვეობით. ეს ვარიანტები განხილულია შემდეგ.

¹¹ Jayne Docherty, 2010 contrasts Paulo Freire’s description of a “banking model,” seen as typical in formal education, in which teachers deposit information directly into students as whole chunks of content, with the need for greater humility from the instructor and willingness to let students modify content according to their interests and expertise. This approach reflects changes in higher education pedagogy today known as “student-centered learning” – reflected in a number of writings in this series.

მოლაპარაკების, როგორც პროფესიის აღიარება, ორგანიზება და მხარდაჭერა: ფორმალიზაცია თუ არაფორმალური ურთიერთობა?

ბევრი რამ იქნა დაწერილი და განხილული ფორმალიზებული პრაქტიკის ცალკეულ პროფესიებად გარდაქმნის და შეფასების შესახებ. დავების ალტერნატიული მეთოდებით მოგვარების (ADR) პიონერები, უთითებდნენ დიდ წარმატებაზე, რასაც ინსტიტუციონალიზაცია მოწმობს და ნანობდნენ ზოგიერთი თავდაპირველად მოსალოდნელი შედეგების დაკარგვის შესახებ (Honeyman and Schneider 2004; Menkel-Meadow 2006). პროფესიონალიზაციის პროცესი მოითხოვს თეორიის და ცოდნის გამორჩეული სუბიექტის, პრაქტიკული სპეციალიზაციის და ეთიკური კოდექსის აღიარებას და დანიშნულებას. ამ თავში, ძირითადად, განხილულია „თეორიის და პრაქტიკის“ ელემენტი, რაც მეტყველებს მოლაპარაკების საერთაშორისო პოფესიონალური გამოცდილების და კულტურული გამოცდილების ინტეგრაციის სასარგებლოდ მართლაც გლობალური პროფესიის განვითარებისთვის. აქ ეთიკას ნაკლები ადგილი ეთმობა, რადგან ეს განხილვა წინასწარია და განხილულია, პირველ რიგში, უწყვეტ ფასეულობებში განსხვავებების კონტექსტში, „ზიანის არმიყენების“ ფართო პრინციპთან ერთად. ერთ-ერთი რთული საკითხია, თუ როგორ უნდა გამოვიმუშაოთ ეთიკის გლობალური კოდექსი, რომელიც საკმაოდ ფართო იქნება მოლაპარაკებების მრავალფეროვანი კონტექსტებისთვის და არის თუ არა ინტერესზე დამყარებული მოლაპარაკების ეთიკური პრინციპები, უბრალოდ, მეტისმეტად ვინრო საწყისი წერტილი ამ ამოცანისთვის (იხილეთ Docherty and Lira, *Adapting to the Adaptive*, ამ ნიგნში; Pou 2003).

კიდევ ერთი საკითხია, მივყვეთ თუ არა მეოცე საუკუნის პროფესიონალიზაციის პრაქტიკას. ეს მოიცავს პროფესიონალური გაერთიანების ფორმირებას, რომელსაც მხარს უჭერენ მოსაკრებლის გადამხდელი წევრები, კონფერენციები და რეცენზირებადი სამეცნიერო ჟურნალები, არაფორმალური თანამშრომლობის მიზნით, განათლებაზე და პროფესიონალური ნოდებების მატარებლების ატესტაციაზე კონტროლის დანესების მიზნით. თუმცა ინსტიტუციონალიზაციის შემდეგ, მოლაპარაკება, როგორც პროფესია გადააწყდებოდა იგივე ზენოლას, რომელმაც მიიყვანა მეცნიერები აზრამდე ამგვარი ფორმალიზაციის წინააღმდეგ, რომელსაც შედეგად მოაქვს ინოვაციის, ინსტიტუციონალიზაციის და „რუტინამდე“ კაპიტულაციის ციკლი (Honeyman, Ackerman and Welsh 2003) (ეს კონცეფცია მოიცავს რუტინიზაციის და ბიუროკრატიის როგორც საშიშროებებს, ასევე, შესაძლებლობებს). ამგვარ პროცესს ირონიულად შეუძლია მიიყვანოს მოლაპარაკება იქამდე, რომ უარი თქვას თავისი საკუთარი გამოცდილების განმასხვავებელ თვისებაზე – კრეატიულ რეაგირებაზე,ს ორაზროვნებაზე და კონფლიქტზე.

თუმცა ოცდამეერთე საუკუნეში ჩნდება ახალი სოციალური ფორმები ახალი ტექნოლოგიების შედეგად. ინტერნეტი და მობილური ტელეფონები ხელს უწყობენ მუდმივ კონტაქტს და ინფორმაციის გაცვლის და გამოქვეყნების ადვილ ხელმისაწვდომობას. ეს ნიშნავს იმას, რომ გლობალური ქსელების მართვა და მხარდაჭერა შეიძლება განხორციელდეს წევრების მოთხოვნების მიერ, უფრო მეტად, ვიდრე ლიდერების მცირე ჯგუფის გარე კონტროლის მიერ. გარდა ამისა, ეს ტექნოლოგიები ცვლის ურთიერთობებს მწარმოებლებს და მომხმარებლებს შორის, სთავაზობს და, რიგ შემთხვევებში, მოითხოვს რა მუდმივ დიალოგს, განსაზღვრული საქონლის განცალკევებული წარმოების მაგივრად. საინფორმაციო და გართობის ინდუსტრიები, მაგალითად, აღარ აკონტროლებენ ინფორმაციას და გართობას ისე, როგორც ამას მეოცე საუკუნეში აკეთებდნენ და ადაპტაციამ გამოიწვია გარკვეული კრეატიული შედეგები.¹² საერთაშორისო განვითარების და არაკომერციული საქმიანობის სფეროებში, სოციალური მეწარმეები პოულობენ წარმატების მიღწევის გზებს ფორმალური ორგანიზაციების

¹² Here we are thinking of the paradoxical success of allowing consumers to comment on, and even contribute to, creative direction – in the past, few could produce music or mass media publications without the resources of the entertainment or news publishing industry. Now, content creators often follow the lead from consumers – and still maintain a sense of originality (and still make a lot of money).

ფარგლებს გარეთ როგორც დაფინანსების, ასევე, ორგანიზების თვალსაზრისით (იხილეთ Bornstein 2004). როგორც ოცდამეერთე საუკუნის პროფესიამ, გლობალურმა მოლაპარაკებამ შესაძლოა შეძლოს კაპიტულაციის საშიშროებების თავიდან აცილება, იმის შემოქმედებითი ძიების გათვალისწინებით, თუ როგორ შეუძლია ტექნოლოგიას ორგანიზების და მდგრადი განვითარების ახალი ფორმების ხელშეწყობა. გლობალური მოლაპარაკების, როგორც განცალკევებით მდგომი პრაქტიკის მხარდაჭერა შემდეგ თავად ხდება მოლაპარაკების კიდევ ერთი სფერო და არა არსებული პროფესიების იმიტაციის აშკარა პროცესი.

დასკვნა

ამ თავის დიდი ნაწილი წარმოადგენს არგუმენტს იმის სასარგებლოდ, თუ რა უნდა შეიცვალოს მოლაპარაკების კონცეპტუალიზაციაში, სწავლებაში და პროფესიონალიზაციაში. თუმცა ჩვენ არ გთავაზობთ ალტერნატიული მეთოდებით მოგვარების (ADR) და მოლაპარაკების პიონერების მემკვიდრეობისგან სრულ გადახვევას. მაიკლის შემოთავაზება ეხება ევოლუციას და არა რევოლუციას: ეს მემკვიდრეობა დაიწყო მოლაპარაკების აღიარებით პრაქტიკის ცალკეულ სფეროდ. შემდეგ აქცენტი იქნა გაკეთებული ფართო აუდიტორიების სწავლებაზე იმის შესახებ, თუ როგორ უნდა მოხდეს ამ პრაქტიკის გაუმჯობესება როგორც ყოველდღიურ, ასევე პროფესიონალურ ცხოვრებაში. შემდეგი ნაბიჯი მდგომარეობს იმის აღიარებაში, რომ მოლაპარაკება იმ ფორმით, როგორც მას ექსპერტები ახორციელებენ, აგრეთვე, სასარგებლოა ფართო აუდიტორიებისთვის, რომელთაც შეიძლება დაიქირაონ პროფესიონალები განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი ან რთული საქმეებისთვის. ასეთ შემთხვევაში, ეს შეთავაზება ფოკუსირებულია არა იმაზე, თუ როგორ უნდა გავზარდოთ დამწყები მომლაპარაკებლის ინფორმირებულობა, არამედ იმაზე, თუ როგორ მოვამზადოთ პროფესიონალი მომლაპარაკებლები, რომლებიც შემდეგ შეძლებენ სხვების კონსულტირებას და ორიენტირებას მოლაპარაკების პროცესში. ამ როლს აქვს რალაც საერთო ბერნარდ მაიერის (Bernard Mayer) მოლაპარაკების ინსტრუქტორის კონცეპციასთან (Mayer 2004), თუმცა მეიერის ვერსია იწყება „პროფესიონალური ნეიტრალური მიდგომით“ (“professional neutral”).

ამ სერიაში კონტექსტზე და კულტურაზე ფოკუსის შესაბამისად, ალექსანდრა, აგრეთვე, აღნიშნავს, რომ ამ ევოლუციის კიდევ ერთი აუცილებლობა მდგომარეობს იმაში, თუ როგორ შეიცვალოს ისტორიული, პოლიტიკური და ეკონომიკური კონტექსტი, რომელმაც ინტერესზე დამყარებული მოლაპარაკება ასეთი ინოვაციური და მნიშვნელოვანი გახადა მსოფლიოში. როჯერ ფიშერი (Roger Fisher) ხშირად განმარტავდა, რომ მან დაწერა „*დაიხ*“ *პასუხის მიღება (Getting to Yes)*, როგორც II მსოფლიო ომის ვეტერანმა, რომელსაც სურდა ომის ალტერნატივის სწავლება. ცივი ომის ბინარულ კონტექსტში გლობალური ფოკუსი იყო ორ ქვეყანაზე, რომელთა მიდგომა მოლაპარაკებასთან გამყარებული იყო ორმხრივად გარანტირებული განადგურების მეტად მარტივი კონცეფციით. ამ კონტექსტში, თამაშების თეორიის მიერ კონკრეტიზირებული, ინტერესზე დამყარებული მოლაპარაკება გვთავაზობდა აუცილებელ საპასუხო დარტყმას ნეგატიურ გარიგებაზე (მოლაპარაკებაზე), რომელსაც შეეძლო ბირთვული ომის გამოწვევა.

დაახლოებით 1990 წლის შემდეგ, „მოლაპარაკება 1.0“-ს გლობალური წარმატება ჰქონდა აშშ-ის საგარეო პოლიტიკის დაფინანსებაში, დემოკრატიული, სამოქალაქო საზოგადოების და ანტიტერორისტული ინიციატივებისთვის. „მოლაპარაკება 1.0“-ის მემკვიდრეობა გარკვეულწილად გრძელდება. იმის გამო, რომ ეკონომიკური, ტექნოლოგიური და დემოგრაფიული ტენდენციები აყალიბებენ სულ უფრო რთულ საერთაშორისო კონტექსტებს, ის, რაც ისწავლებოდა, როგორც საბაზო მოლაპარაკების ცვლადები, როგორცაა „ვინ არიან მხარეები“, „რა სურთ მათ“, და „როგორ უნდა შევაფასოთ წარმატება“, შესაძლოა თავად მოითხოვდეს უწყვეტ მოლაპარაკებას. ინოვაციის მუდმივი აუცილებლობა მოლაპარაკებაში და მისი, როგორც დარგის ზეგავლენა ახლა მოითხოვს მაღალ პროფესიონალურ დონეზე კონტექსტის და კულტურული სხვაობების შეტანას მოლაპარაკების კონცეფციებში, სწავლებაში და პრაქტიკაში. ეს შეთავაზება ერთ-ერთი ვარიანტია. მივესალმებით დიალოგს ამ და სხვა ვარიანტების შესახებ.

წყაროები

- Bornstein D.*, How to change the world: Social entrepreneurs and the power of new ideas, New York, NY: Oxford University Press, 2004.
- Cambria J., DeFilippo R. J., Loudon R. J., McGowan H.*, Negotiation Under Extreme Pressure: The “Mouth Marines” and the Hostage Takers, *Negotiation Journal*, Vol. 18(4), 2002, 331-344.
- Chollet D., Power S.*, The Unquiet American: Richard Holbrooke in the World, Philadelphia, PA: Perseus Book Group, 2011.
- Coleman P.*, The five percent: Finding solutions to seemingly impossible conflicts, New York: Public Affairs, 2011.
- Coleman P.*, Getting Down to Basics: A Situated Model of conflict in social relations. *Negotiation Journal*, Vol. 28(1), 2012, 7-43.
- Crampton A.*, Addressing Questions of Culture and Power in the Globalization of ADR: Lessons from African Influence on American Mediation, *Hamline Journal of Public Law & Policy*, Vol. 27(2), 2005, 229-242.
- Crampton A.*, Teaching negotiation as cross-cultural work: An anthropological view. *Teaching Negotiation* 1(2), 2008, <<http://archive-contact.com/fs079/1101638633053/archive/1102183104329.html>>, [15.06.2012].
- Docherty J. S.*, “Adaptive” Negotiation: Practice and Teaching, In *Venturing Beyond the Classroom: Vol. 2 in the Rethinking Negotiation Teaching Series*, edited by *C. Honeyman, J. Coben, and G. De Palo*, St Paul, MN: DRI Press, 2010
- Fisher R., Ury W., Patton B.*, Getting to Yes, Negotiating Agreement without Giving in, 2nd ed., New York, Penguin, 1991.
- Gibbs J. L.*, The Kpelle Moot: A Therapeutic Model for the Informal Settlement of Disputes, *Africa: Journal of the International African Institute*, Vol. 33(1), 1963, 1-11.
- Compilation of 17 articles, Responding to the Broad Field Project/Penn State Dickinson Law School 2003 Conference on Threats to the Conflict Resolution Field, Special Issue, *Honeyman C., Ackerman R., Welsh N. A.*, (eds), *Penn State Law Review*, Vol. 108(1), 2003, 1-348.
- Venturing Beyond the Classroom, Vol. 2 in the Rethinking Negotiation Teaching Series*. St. Paul, MN: DRI Press, *Honeyman C., Coben J., De Palo G.*, (eds), 2010.
- Honeyman C., Schneider A. K.*, Catching Up with the Major-general: The Need for a “Canon of Negotiation”, *Marquette Law Review*, Vol. 87, 637-647.
- Knauff B.*, Genealogies for the present in cultural anthropology, New York, NY: Routledge, 1996.
- Kolb D., Williams J.*, The Shadow Negotiation: How Women Can Master the Hidden Agendas that Determine Bargaining Success, New York, Simon & Schuster, 2000.
- Korobkin R., Guthrie C.*, Heuristics and Biases at the Bargaining Table, In *The Negotiator’s Fieldbook: The Desk Reference for the Experienced Negotiator*, edited by *A. K. Schneider and C. Honeyman*, Washington, DC, American Bar Association, 2006.
- Mayer B.*, Beyond Neutrality: Confronting the Crisis in Conflict Resolution, San Francisco, Jossey-Bass, 2004.
- Menkel-Meadow C.*, Why Hasn’t the World Gotten to Yes? An Appreciation and Some Reflections, *Negotiation Journal*, Vol. 22(4), 2006, 485-503.
- Patera M., Gamm U.*, Emotions – a Blind Spot in Negotiation Training? In *Venturing Beyond the Classroom, Vol. 2 in the Rethinking Negotiation Teaching Series*, edited by *C. Honeyman, J. Coben and G. De Palo*. St Paul, MN: DRI Press, 2010.
- Patton B.*, On teaching negotiation. Program on Negotiation Working Paper, Harvard Law School 1984, updated in 2000 with commentary and included in *Teaching Negotiation: Ideas and Innovations*, edited by *M. Wheeler*, Cambridge, MA: PON Books.
- Pou C.*, “Embracing limbo”: Thinking About Rethinking Dispute Resolution Ethics, *Penn State Law Review*, Vol. 108(1), 2003, 199-225.
- Ritchey T.*, *Wicked problems: Structuring social messes with morphological analysis*. Swedish Morphological Society., 2005-2008, <www.swemorph.com/wp.html>, [15.06.2012].

- Schneider A. K., Cheldelin S., Kolb D.,* What travels: Teaching Gender in Cross-cultural Negotiation Classrooms, In *Venturing Beyond the Vlassroom*, Vol. 2 in the *Rethinking Negotiation Teaching Series*, edited by *C. Honeyman, J. Coben,* and *G. De Palo*, St Paul, MN: DRI Press, 2010
- Taylor P. J., Donohue W.,* Hostage Negotiation Opens Up, in *The Negotiator's Fieldbook: The Desk Reference for the Experienced Negotiator*, edited by *A. K. Schneider* and *C. Honeyman*, Washington, DC: American Bar Association, 2006.
- Tinsley C. H., Cheldelin S. I., Schneider A. K., Amanatullah E. T.,* Negotiating Your Public Identity: Women's Path to Power, in *Rethinking negotiation teaching: Innovations for context and culture*, edited by *C. Honeyman, J. Coben* and *G. De Palo*, St Paul, MN: DRI Press, 2009.
- Volpe M., Cambria J. J., McGowan H., Honeyman C.,* Negotiating with the Unknown, in *The negotiator's fieldbook: The desk reference for the experienced negotiator*, edited by *A. K. Schneider* and *C. Honeyman*, Washington, DC: American Bar Association, 2006.
- Wade J. H., Honeyman C.,* A lasting agreement, in *The negotiator's fieldbook: The desk reference for the experienced negotiator*, edited by *A. K. Schneider* and *C. Honeyman*, Washington, DC: American Bar Association, 2006.

Arbitration as a Tool for hedging Risks of Dispute Resolution in Investment: A Brand-New Strategy with Investment Treaty Arbitration

Introduction

A specific feature of international arbitration in the last decade has been the emergence of a major increase in the utilization of investor-State arbitrations under investment treaties.¹ They are generally used between a corporation in a developed country (an investor) and a State itself in a developing country (a host country).² This type of arbitration enables a corporation to avoid defences based solely on the doctrine of sovereign immunity from suit from a developing country and to file for arbitration directly against a State itself. Moreover, it enables a corporation to change the existing order of international law in the field of international investment.

This paper first provides an overview of the rise of a form of international commercial arbitration I describe as “investment arbitration”. In these cases a corporation files for arbitration not against a State but against another business corporation; frequently this will involve a corporation in a developed country (an investor) bringing an arbitration against another business corporation in a developing country (a local corporation). My argument is that this type of arbitration is, in nature, as described below, different from traditional types of international commercial arbitration. Of course, this investment arbitration takes place not at the level of international law but at the level of national law. Nevertheless, it is important to analyse this phenomenon for the better understanding of business corporations’ behaviour on the level of international law.

The paper then goes on to explain why the investor-State arbitration model is now of particular importance for business corporations. In particular it notes that the investment arbitration model does not work if the other party to a dispute is the host State itself. The discussion also analyses how the “investor-State arbitration” model of arbitration is working in the contemporary world of international investment law and how it is changing the existing order of international law in a number of respects.

Third, this paper describes how business corporations can strategically create a new order of international law through investment treaty arbitration.

Finally, the paper raises issues about the future, including whether this type of strategy will emerge in other areas, and the range of possible response to the challenges to which this gives rise.

I. Strategic Use of Arbitration in Investment

1. Business corporations’ intent to use arbitration in investment

The scene of international commercial arbitration has changed over the past decade. Precisely speaking, however, the scene of traditional “international commercial arbitration” has not drastically

* The Author is a professor of law at Rikkyo University and a practicing Lawyer.

¹ For instance, the total number of the cases by year registered at the ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) has significantly increased over the past decade. Up until 1996, the number of cases registered each year was less than 5. From 1997 to 2002, the number of cases registered each year was more than 9 but less than 20. From 2002 to 2011, the total number by year was always more than 20, especially, more than 30 in 2003, 2007 and 2011. For more details, see, International Centre for Settlement of Investment Disputes, The ICSID Caseload – Statistics, Issue 2012-1, 2012, <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>>.

² Exactly speaking, recently, there are many investment treaties between developing countries and “developing countries”. However, many of the “developing countries” have substantially been as powerful as developed countries. This type of “developing countries” should be considered as “developed countries” in this chapter.

change.³ International commercial arbitration still enables business corporations to avoid unnecessary additional disputes on adjudicative jurisdictional matters and to obtain quick and persuasive decisions made by experienced and knowledgeable arbitrators. It has been widely used as an effective and sophisticated tool for cross-border dispute resolution between business corporations in different countries, especially in different developed countries.⁴

In contrast the landscape of “investment arbitration” – that is, arbitration between a business corporation based in a developed country (an investor) and another business corporation in a developing country (a local corporation) – has begun to develop significantly over the past decade.⁵ The standard scenario is as follows. An investor tries to insert an arbitration clause into the investment agreement with a local corporation in the host country, out of concern that a local national court in the host country will not be neutral and impartial in disputes between the investor and the local corporation. By this means, the investor seeks to create a dispute resolution body, which is independent from the host country, by inserting an arbitration clause in the investment agreement.

The investor’s motivation for utilising arbitration for dispute resolution in such cases, in my experiences as a practicing lawyer, is thus significantly different from the reason why traditional international commercial arbitration is used. In the latter case, both parties consider it advantageous to use arbitration as a means to avoid unnecessary additional disputes over jurisdictional matters and to obtain prompt decisions made by expert arbitrators. In the former case, investors from developed countries prefer arbitration, in my experiences as a practicing lawyer, as it provides a way to avoid decisions being made by the local national courts in developing countries where the investor may have concerns about the impartiality of the courts in disputes between locals and foreigners. Utilizing arbitration is advantageous not for the local corporation but for the investor corporation. For local corporations, the local national court with judges of the same nationality seems more sympathetic to them. As a result, the investor attempts to insert an arbitration clause in their agreement, although the local corporation usually objects to the inclusion of such a provision.

In the usual course of events, however, the local corporation reluctantly accepts the arbitration clause in their agreement, for reasons explored in the next section.

2. Pressures to use arbitration in investment

In most cases today, a local corporation in a developing country is under considerable pressure to accept an arbitration clause in their agreement with an investor. Sometimes, the local corporation has to accept an arbitration clause because of the imbalance of bargaining power between the investor and itself. If the proposal by the investor is enticing in substance and any other local competitor has an interest in the proposal, the local corporation has no choice but to accept the arbitration clause.

Additionally, many host countries have to establish their local arbitration systems, not out of desire, but out of necessity, because the host countries themselves are under strong pressure to do so. Many

³ For instance, the International Court of Arbitration of the ICC (International Chamber of Commerce) has been one of the most significant arbitration institutions. The Arbitration Rules of the ICC were established in 1998 and were used world-widely since then. The ICC has recently revised its Arbitration Rules, with the new rules entering into force on 1 January 2012. However, the new rules do not include any major changes compared with the earlier rules. For more details, see, <<http://iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=42394>>.

⁴ For instance, a huge number of cases have been registered to the ICC until now. The number of cases registered each year was more than 500 from 2000 to 2007 and more than 600 from 2008 to 2010. For more details including statistics of other arbitration institutions, see, <http://www.siac.org.sg/index.php?option=com_content&view=article&id=339&Itemid=73#international_cases>.

⁵ For instance, the number of the parties in the region of Asia and Pacific (other than Japan) varies from 277 in 2005 to 411 in 2009 in the ICC cases. Similarly, the number of the parties in the region of Central and East Europe varies from 122 in 2005 to 268 in 2009 in the ICC cases. For more details, see, "2005 Statistical Report," ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 17, No.1, 2006, 5 and "2009 Statistical Report," ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 21, No.1, 2010, 5.

developing countries compete against each other to attract investment from abroad, especially from developed countries. The host countries have to ensure that international commercial arbitration can be carried out in the host jurisdiction.⁶ The existence of a modern and efficient arbitration system is potentially a very important factor to be considered by an investor when deciding where to make investments and whether or not to make an investment in a particular country.⁷ Therefore, each host country has no choice but to establish a local arbitration system.⁸

Even though countries are compelled to establish a local arbitration system, they in fact do not want to establish one or use it instead of using their local courts with judges who are their nationals. This means that the best tactic for the host country is to establish a system which in appearance is close to arbitration but is substantially different. Once this system is established, the best tactic for the local corporation is to use the locally created arbitration system.^{9 10}

3. Resistance and counterattack

When a country creates an arbitration system, it usually enacts implementing legislation and establishes an arbitration institute with appropriate rules. Arbitration law and arbitration rules can be lengthy and complicated, and the inclusion of provisions which might work favourably to the host country or the local corporation in the local legislation is, in theory, possible.¹¹

⁶ There might be the other option: to recognize that parties will choose a foreign arbitral forum. Comparing these two options, however, the former option could have a large room for control over a scheme of dispute resolution.

⁷ For instance, the European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) has provided a service to evaluate whether the arbitration legislations of a number of developing countries comply with the best international standards and practices. The developing countries had to accept the assessment in order to attract an investment from foreign markets. For more details, see, <http://www.ebrd.com/pages/sector/legal/judicial_capacity/assessments.shtml>.

⁸ Even a powerful “developing country”, like China, has been under this kind of pressure. At the very early stages of the People’s Republic of China, there was no arbitration system and investors had to use local national courts in China for their dispute resolution. After the strong pressures by the developed countries, China established the Foreign Trade Arbitration Commission under the China Council for the Promotion of International Trade as its arbitration institution in 1956. The institution was renamed as the Foreign Economic and Trade Arbitration Commission in 1980, and then as the China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) in 1988. For more detail, see *Weigong Xu.*, Definition of Arbitration in China, 30 J L COM, Vol. 30, 2011, 107 (Fall 2011); *Liu H., Qiu Y., King & Wood*, Recent Development in Arbitration Practice in China, PLI/Lit, Vol. 876, 2012, 71.

⁹ For instance, until the revision in 2012, the CIETAC of China had had two sets of arbitration rules: rules for international cases and rules for domestic cases. It also had two sets of exclusive list of possible arbitrators: a list for international cases and a list for domestic cases. The former list included foreign arbitrators as well as Chinese nationals but the latter included only Chinese nationals. It was a serious problem for foreign investors in China that they could not use the list for international cases in most investment cases because a case between a local corporation and a subsidiary of the foreign investor in China was characterized as a “domestic case” in China. This is because the subsidiary was characterized as a Chinese corporation from the legal viewpoint even when the corporation was a 100% subsidiary of the foreign investor. It means that the foreign investors in China had to use only Chinese nationals for the dispute resolution between Chinese local corporations and their local investment vehicles.

¹⁰ The CIETAC arbitration rules also have a unique provision on the selection of three arbitrators. According to the relevant provision of the other arbitration institutions’ rules, the claimant (X) and the respondent (Y) will each appoint one arbitrator (A and B) and then the presiding arbitrator (C) will be jointly appointed by the party-appointed arbitrators (A and B). According to Article 25 of the CIETAC rules, however, the claimant (X) and the respondent (Y) will each appoint one arbitrator (A and B) and then the presiding arbitrator (C) will be jointly appointed by the parties themselves (X and Y). It is usual that the disputing parties (X and Y) cannot agree on the appointment of the presiding arbitrator and then the Chairman of the CIETAC finally appoints the presiding arbitrator. The Chairman of the CIETAC, as far as I know in my experiences as a counsel for the arbitration cases in CIETAC, usually appoints a Chinese national as the presiding arbitrator. As a consequence, the majority of the arbitral tribunal is usually composed of Chinese nationals (AC or BC), even when the foreign corporation can resort to the arbitration rules and the list of possible arbitrators for “international cases”. For more details, see, <<http://www.cietac.org/index.cms>>.

¹¹ For instance, see, *supra* note 10.

However, this kind of provision is not easy because of the existence of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration¹² and the UNCITRAL Arbitration Rules.¹³ The UNCITRAL Model Law was drafted for the purpose of harmonizing the laws of arbitration around the world and assisting with the capacity-building efforts in developing countries; the UNCITRAL Arbitration Rules were formulated to provide assistance in ad hoc arbitration. However, these legal texts may be used as a check sheet to analyse the arbitration laws of a country and the arbitration rules of an arbitration institution in a country. An investor can easily find one or more provisions that differ from the “standard” set of arbitration laws and rules. These different provisions are presumed to work unfavourably to the investor. In other words, it is easy for an investor, with these standard legal texts, to calculate host country risks from the viewpoint of dispute resolution.¹⁴

Moreover, the existence of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention)¹⁵ works as an additional safeguard to help calculate this type of country-risk.¹⁶ Furthermore, the existence of the Model Arbitration Clause in the UNCITRAL Arbitration Rules prevents a local corporation from inserting any unique arbitration clause which may work unfavourably to the investor.¹⁷ We should not forget the fact that UNCITRAL is officially operated by the member States of the United Nations (which includes developing countries) but is substantially directed by a number of States in developed countries.

But even if “standardized” arbitration laws and rules are adopted, forms of resistance are still possible. For example, there are many judicial cases in which national courts of host countries have invalidated – or attempted to invalidate – arbitral awards.¹⁸ The national court sometimes invalidated the award because, from its viewpoint, the arbitration proceedings included one or more serious procedural problems or because the award was contrary to the country’s public policy. However, investors sometimes felt that the invalidation had been done since the result of the award was unfavourable to the local corporation or the host country.¹⁹

¹² UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006, will be found at <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>.

Information about countries which have enacted legislation based on the Model Law will be found at <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html>.

¹³ These were first adopted by UNCITRAL on 28 April 1976, and revised in 2010. The 2010 Rules have been in effect since 15 August 2010, <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.htm>.

¹⁴ For instance, for the purposes of the assessment described in the supra note 7, the EBRD uses the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration as a set of standard rules to be compared with the national legislation of the observed States. For more details, see, <http://www.ebrd.com/pages/sector/legal/judicial_capacity/assessments.shtml>.

¹⁵ 330 UNTS 3.

¹⁶ As of 14 April 2012, the Convention had 146 States Parties: See Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, chapter XXII, <<http://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx>>.

In this situation, the fact that a possible host country is not a member State of the New York Convention would be a serious risk-factor for investment.

For more details of the convention, see, <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NY_Convention.html>.

¹⁷ The Model Arbitration Clause in the UNCITRAL Arbitration Rules provides:

“Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules as at present in force.

Note - Parties may wish to consider adding: (a) The appointing authority shall be ... (name of institution or person); (b) The number of arbitrators shall be ... (one or three); (c) The place of arbitration shall be ... (town or country); (d) The language(s) to be used in the arbitral proceedings shall be”

¹⁸ Chromalloy Case and Bechtel Case, see infra note 20 and 21, are good examples for this type of invalidation. Additionally, there are some cases where national courts set aside arbitral whose seats of arbitration were not in those countries; for example, see, *Karaha Bodas Co., L.L.C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina)*, 364 F.3d 274 (5th Cir. 2004) and 313 F.3d 70 (2nd Cir. 2002).

¹⁹ The Commission on Arbitration of the ICC established a task force one sub-committee in 2008 to research many countries’ practice for recognition and enforcement of arbitral awards among the Member States of the New York

In order to compete against this kind of resistance, in a number of cases, parties tried to enforce the invalidated awards in one or more countries other than the host country. The *Chromalloy and Bechtel cases* are good illustrations of this kind of counterattack. In the *Chromalloy* case, a foreign business corporation filed for arbitration against an Egyptian local entity at an arbitration institution in Egypt. The foreign corporation succeeded in the arbitral award but the award was invalidated by the Egyptian courts. In response, the foreign corporation brought an action in the U.S. for the enforcement of the invalidated award. The U.S. court finally enforced the invalidated award in the territory of the United States.²⁰ Similarly, in the *Bechtel* case, a foreign business corporation filed for arbitration against a U.A.E. local entity at an arbitration institution in Dubai. The foreign corporation succeeded in the arbitration, and enforced the award in France. Subsequently the Dubai Court of Appeal invalidated the award because of the arbitral panel's failure to follow Dubai procedural requirements. Thereupon the defendant sought to appeal against the enforcement order in France on the ground that the award had been invalidated. The Paris Court of Appeal dismissed the appeal.²¹

As described above, we can see a pattern of resistance and counterattack between investors and host countries, i.e. the developed countries and the developing countries, in the phase of how to create an arbitration system and how to operate an arbitration system.²²

II. State as a Party and Investor-State Arbitration

1. State as a party to an investment project

The above-described pattern of resistance and counterattack does not clearly apply to a relationship between an investor and the State itself in a host country. Today, especially in developing countries, a State itself sometimes appears as a counter-party or one of the parties concerned in an investment project. The State has sovereign immunity unless it is waived. This specific feature of the entity often prevents an investor, i.e. a private business corporation, from judicial proceedings on equal footing.²³ Moreover, the State usually has a better bargaining position in relation to a local investment project. This specific feature often prevents an investor from inserting an "equal" dispute resolution clause, e.g. international arbitration in the third country, in the investment agreement.²⁴

Convention. One of the purposes of the research project was to clarify the treatment of arbitral awards in practice by national courts in Member States, especially in developing countries. For more details of the research project and the report finally issued by the sub-committee in 2009, see, <<http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id15588/index.html>>; Guide to National Rules of Procedure for Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards pursuant to the New York Convention of 1958, Report from the ICC Commission on Arbitration, 2009, <<http://www.iccwbo.org/index.html?id=32917>>.

²⁰ *Chromalloy Aeroservices Inc. v. Ministry of Defence of the Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C.1996).

²¹ *La Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Émirat de Dubaï v Société International Bechtel Co* (Paris Court of Appeal, Chamber 1C, 29 September 2005. See discussion at <http://www.whitecase.com/files/Publication/4ca80751-b790-4ece-8948-03548171b8bd/Presentation/PublicationAttachment/da4db4b0-513b-45a6-ab81-0681ca7e91dd/article_Arbitration_Polki_Ioann.pdf>.

²² Of course, the realities of the resistance and counterattack between the developed countries and the developing countries are much more complicated. This is partly because some of the developing countries, e.g. China or India, have become strong economies and have invested largely in other developing countries. They sometimes appear as a host country and sometimes appear as an investor in the world of contemporary investment. Actually, there were 46 new investment-treaty-based arbitration cases in 2011, but 11 cases had been filed by the investor from developing countries. For more details, see II A Issue Note, No.1, 2012.

²³ Although the extent of sovereign or State immunity in relation to commercial transactions has increasingly been limited (see in particular the United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property, GA resolution A/59/38 of 2 December 2004, not yet in force), this privilege continues to be successfully invoked, especially by developing countries, in dispute resolution before the courts of other States. Moreover, a State could exert its influence, legally and directly, on the proceedings if the proceedings are conducted before its own courts.

²⁴ In many investment projects between a private foreign investor and a State agency in the host country, the dispute resolution clauses in the investment agreements ordinarily refer to arbitration in the host country using the rules of the arbitration institution in the host country. See also, supra note 8 and supra note 9.

This “inequality” in dispute resolution is attributed to the inequality of the status between a sovereign State and a private business corporation. But private business corporations in developed countries have now discovered a way to remove this “inequality” in dispute resolution. As described below, if the parties do not have sovereignty, they should use an entity which has sovereignty as their representative. If the parties do not have strong bargaining power, then they should use an entity which has stronger bargaining power as their representative.

Business corporations regularly pay an enormous amount in taxes to one or more States and lobby them. A democratic mechanism sometimes helps this type of lobbying.²⁵ As a result, States in developed countries started appearing in the scene of investment and the idea of investment treaty arbitration emerged.

2. Investor-state arbitration as a developing legal weapon

Investor-State arbitration is a system under which a business entity can file for arbitration directly against a State itself before an independent arbitral body, pursuant to an investment treaty entered into between the host State and the State of nationality of the investor. While individual investors may not have sufficient bargaining power to negotiate an agreement with the host State for disputes to be referred to independent arbitration, they may be able jointly to persuade their home State to negotiate an investment treaty that provides access to independent arbitration by individual investors. As a consequence of lobbying activity, a number of developed countries, which have sovereignty and stronger bargaining power, actively negotiated investor-State arbitration treaties or clauses in other treaties with a number of States in the developing countries.²⁶ As a result, many bilateral investment treaties now include an investor-State arbitration clause.²⁷

In the scheme of investor-State arbitration, the advantages the State enjoys as a sovereign entity are removed. The State has become just another party with a status equal to that of the private business corporation. The State can no longer control the arbitral tribunal in its case or at least cannot control an arbitrator appointed by the other party or an arbitrator serving as the chair of the tribunal. The arbitral tribunal or at least the majority of the tribunal simply determines the facts of the case and apply the applicable law to the facts. Based on this, they make a decision: for example, if a State breaches the contract, they will decide how much the State has to compensate the investor for the losses it has suffered. In other words, the investment treaty arbitration is a legal weapon to remove the final defence line for developing countries.

²⁵ The author previously issued a paper which examining the provisions for the triangular merger in the new Japanese Corporate Law established in 2005 and the law making process of the provisions under the pressure of the lobbying activities by foreign business corporations and foreign States which had been lobbied by those foreign business corporations. These provisions enable a foreign corporation to make a Japanese corporation into that foreign one's 100% subsidiary much more easily. As a resistance, Japanese business corporations also lobbied the Japanese government in the law making process aiming to limit the operation of the provisions. For more details, see, *Hayakawa Y.*, *Gendai Kigyo no Kokusai Business Tenkai kara mita Ho to Kokka, Law and Sovereign States from the viewpoint of Global Business Transactions*, 106 (2) *Kokusaiho Gaikozasshi* 52, 2007.

²⁶ The author also previously examined, in the fore-cited paper, the activities of foreign business corporations and foreign governments lobbied by those business corporations for the investment in Thailand. The Treaty of Amity and Economic Relations between Thailand and the US and the FTA between Thailand and Australia enable US business corporations and Australian business corporations to make their networks of subsidiaries much more easily in Thailand. The Treaty concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between Thailand and Germany and the FTA between Thailand and Australia include an arbitration clause which works for dispute resolution between a foreign business corporation and the State of Thailand. For more details, see, supra note 25.

²⁷ See UNCTAD Quantitative data on bilateral investment treaties and double taxation treaties, <<http://archive.unctad.org/templates/webflyer.asp?intItemID=3150&lang=1>>, [16.05.2012] (noting the growth in the number of bilateral investment treaties from 385 in 1989 to 2265 by 2003, encompassing 176 countries). See also, as empirical studies on the number of investment treaties which has investor state dispute settlement clause, *Yackee J. W.*, *Conceptual Difficulties in the Empirical Study of Bilateral Investment Treaties*, 33 *Brook. J. Int'l L.*, 2007-2008, 405, 427, <<http://www.oecd.org/dataoecd/51/35/44375975.pdf>>.

From the viewpoint of the investors and the developed countries, the removal of advantages of sovereignty and strong bargaining power from host States is necessary for “fair” treatment in investment dispute resolution.

3. The underlying north-south problem

Undoubtedly, there continue to be vast differences in wealth between developed countries and many developing countries. Although a number of developing countries’ economic growth is noteworthy, the north-south problem of disparity of wealth persists. A very large number of business corporations in developed countries have used developing countries as manufacturing bases because of their cheap labour and also as markets for their products. Even when a developed country provides Official Development Assistance (ODA) for the construction of infrastructure in a developing country, business corporations in the developed country sometimes gains large amounts of money from the ODA project.²⁸

Against this background, developing countries may be tempted to use the following tactics in order to rashly catch up with developed economies. One of the tactics is, for example, to attract investment from abroad by providing a number of privileges favourable to investors, then change the privileges after the completion of some important facilities in the investment project and subsequently purchase the completed facilities at a much lower price from the resigned investor.²⁹ Another tactic is, for example, to make a national court of the host country give favourable consideration only to its local corporations at the phase of dispute resolution.³⁰ These tactics become possible with the State’s legislative power and/or adjudicative power. A sovereign power, which is provided equally to both of the developed countries and the developing countries in theory, is an important legal weapon for the resistance made by the developing countries.

III. Business Corporations Changing International Law

1. A conflict of two principles in international law

When it comes to the theory of public international law, sovereignty is the most important and essential characteristic of a State. All States have equal sovereignty in theory. Developing countries stand on equal footing to developed countries in this respect.

However, the recent surge in investment treaty arbitration has changed the existing situation of international law. Since bilateral investment treaties including the investor-State arbitration clause have come into effect, the possibilities for States to exert some types of sovereign power have been limited. One principle of the existing international law, sovereignty, has been limited by this legal tactic, and the effect is authorized by another principle of the existing international law, the effect of treaties.

To what extent should a specific sovereign power be limited by the treaty the State had previously concluded? For example, a business corporation files for arbitration against a State according to the BIT between that State and a State where the business corporation was incorporated. The business corporation is, however, a 100% owned subsidiary of another corporation (the parent corporation) in third State and the parent corporation controls every aspect of the affairs of the subsidiary. In this case, should the business

²⁸ About the ratio of tied aids and untied aids in ODAs, See, *Clay E. J.*, Matthew Geddes and Luisa Natali, *Untying Aid: Is it working? An Evaluation of the Implementation of the Paris Declaration and of the 2001 DAC Recommendation of Untying ODA to the LDCs*, 2009, 8, <<http://www.oecd.org/dataoecd/51/35/44375975.pdf>>.

²⁹ For example, see *Siemens v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8; *Compañía de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3; *Saipem v. Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, etc.

³⁰ See, *White Industries Australia v. India* (UNCITRAL Rules, 30 November 2011) and *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/16 (Although the investor had not been a prevailing party in this case, the main issue was that whether the rejection of the enforcement of the arbitral award by the national court constitutes the violation of the BIT).

corporation be considered as a “national” of the Contracting State of the BIT? According to an influential ICSID decision, a “formal” approach – namely, a corporation is a national of the State where it is incorporated, regardless of whether it is a subsidiary of and controlled by a corporation incorporated in a third State – should be applied.³¹ It means that, if the BIT has an express provision on “nationality” which departs from that formal approach, the test specified in the provision should be applied.³² If the BIT lacks an express provision on this matter or any additional provision requiring “substantial control in the State,” the corporation should be considered as “national” of the State of incorporation.³³

Many of the legal questions which have been discussed in relation to investment treaty arbitration have basically converged with this ultimate question: to what extent should a specific sovereign power be limited by the treaty the State had previously concluded? As an answer to this question, many of the arbitral awards have been in favour of the effects of treaty rather than the doctrine of sovereignty.³⁴

³¹ *Tokios Tokelés v. Ukraine* (2005) 20 ICSID Rev-FILJ 205.

³² A number of BITs, including the UK model BIT, adopt a simple “incorporation” approach whereby corporations of the State are “corporations, firms and associations incorporated or constituted under the law in any part of” the State, <<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/69%20volume%203.pdf>>. On the other hand, a number of BITs require one or more additional tests, including “carrying out business activities there” in the 2004 US model BIT, <<http://italaw.com/documents/USmodelbitnov04.pdf>> or “having their seat together with their substantial economic activities in the territory of that same Contracting Party” in the Sri Lanka model BIT, <<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/136%20volume%205.pdf>>.

³³ Although Japan and Czech Republic do not have a BIT, a Japanese corporation was able to file for arbitration against Czech Republic for this “formal” approach in *Saluka Investments BV v. Czech Republic* (2006). The Japanese corporation (Nomura Securities) established a subsidiary (Saluka Investments BV) in the Netherlands and the subsidiary invested in the Czech Republic. After the dispute arose, the subsidiary could file for arbitration against Czech Republic under the BIT between the Netherland and Czech Republic. For more details, see <<http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf>>, especially paras. 229-230.

³⁴ The author is engaging in a research project with a number of scholars, practicing lawyers and bureaucrats where the members continuously analyze the latest ICSID decisions and the latest other arbitration institutes’ related decisions and regularly issue case-reviews of them. In order to make Japanese business corporations and practicing lawyers have an interest on investment treaty arbitration, the case-reviews have been monthly reported to them in Japanese language by a legal journal. For more details of the result of the project, see, *Hamamoto Sh., Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, (ICSID Case No. ARB/98/2, JCA Journal), Vol. 56 (10), 4, 2009; *Okuda Y., Plama Consortium Ltd v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), JCA Journal, Vol. 56 (11), 10, 2009; *Araki I., “Continental Casualty Co v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/09),” JCA Journal, Vol. 56 (12), 2, 2009; *Ogawa K., “Occidental Exploration and Production Co v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/11),” JCA Journal, Vol. 57 (1), 36, 2010; *Yamamoto Sh., “Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/04/13),” JCA Journal, Vol. 57 (2), 8, 2010; *Iguchi N., “Societe General v. Dominican Republic* (LCIA Case No. UN7927),” JCA Journal, Vol. 57 (3), 10, 2010; *Idei N., “Perenco Ecuador Ltd v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/6),” JCA Journal, Vol. 57 (3), 19, 2010; *Nomiyama Y., “Malaysian Historical Salvors Sdn., Bhd. v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10),” JCA Journal, Vol. 57 (4), 26, 2010; *Hayakawa Y., “Sempra Energy International v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16),” JCA Journal, Vol. 57 (5), 19, 2010; *Hayakawa Sh., “L.E.S.I. S.p.A. & ASTALDI S.p.A. v. Algeria* (ICSID Case No. ARB/05/3),” JCA Journal, Vol. 57 (6), 20, 2010; *Suzuki I., “Saipem S.p.A. v. People’s Republic of Bangladesh* (ICSID Case No. ARB/05/7),” JCA Journal, Vol. 57 (7), 18, 2010; *Nishimoto K., “Renta 4 SVSA, Ahorro Co v. Russia* (SCC Case No. 24/2007),” JCA Journal, Vol. 57 (8), 18, 2010; *Ishikawa T., “Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/03/29),” JCA Journal, Vol. 57 (9), 26, 2010; *Yamamoto Sh., “Romak S.A. v. Uzbekistan* (PCA Case No. AA280),” JCA Journal, Vol. 57 (10), 16, 2010; *Hamamoto Sh., “Sempra Energy International v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16),” JCA Journal, Vol. 57 (10), 25, 2010; *Suzuki I., “Giovanna A Beccara and Others v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/5),” JCA Journal, Vol. 57 (11), 20, 2010; *Araki I., “Merrill & Ring Forestry v. Canada* (UNCITRAL Case),” JCA Journal, Vol. 57 (11), 29, 2010; *Iguchi N., “Vito G. Gallo v. Canada* (Permanent Court of Arbitration),” JCA Journal, Vol. 57 (12), 11, 2010; *Ogawa K., “ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan* (ICSID Case No. ARB/08/2),” JCA Journal, Vol. 57 (12), 18, 2010; *Hayakawa Y., “Mobil Corporation and Others v. Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27),” JCA Journal, Vol. 58 (1), 28, 2011; *Inose T., “Europe Cement Investment and Trade S.A. v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB(AF)/07/2),” JCA Journal, Vol. 58 (2), 18, 2011; *Ogawa K., “Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Corporation v. Grenada* (ICSID Case No. ARB/10/6),” JCA Journal, Vol. 58 (3), 28, 2011; *Ishikawa T., “Chemtura Corporation v. Canada* (UNCITRAL Case),” JCA Journal, Vol. 58 (4), 28, 2011;

2. Change of decision-making community in international law

What is a reason for the many arbitral awards in favour of the effects of treaty? One possible answer is the change of the nature of the participants in the decision-making body of international law. As a matter of fact, many of the persons who have served as an arbitrator in cases of investment treaty arbitration are professional arbitrators who have served as an arbitrator in the cases of ordinary cross-border business disputes.³⁵ In the private business world, the binding effect of contract terms is the most important issue to be respected. If the arbitrator unconsciously relies on the “common sense” in private law, the terms of the treaty is likely to be interpreted like a private contract. In other words, the “common sense” in international commercial arbitration has invaded the existing order of public international law now.

But how can this invasion be realized? Why have the arbitrators in international commercial arbitration become influential even in the areas of public international law?

It is not difficult to explain why arbitrators, who had mainly worked in international commercial arbitration, have become influential in this field. In the system of arbitration, a claimant to investment treaty arbitration, i.e. a private business corporation, can choose an arbitrator for its case by itself. They tend to choose an arbitrator who has considerable relevant experience and expertise, especially in international commercial arbitration which the business corporations are usually using as a tool of dispute resolution for the ordinary cross-border business troubles.³⁶ It is natural that the business corporation tries to appoint an arbitrator who have an ability to easily understand the factual background of the investment project, the business corporation’s real intent in the project and the reason why the trouble occur.³⁷

Additionally, the chair of the tribunal has to have skills and experiences to conduct arbitration proceedings, which was acquired in many arbitration cases. Such human resources can be easily found in the field of international commercial arbitration where a very large number of cases have been decided.

Thus, the behaviour of the disputants in the phase of the appointment of arbitrators, especially the behaviours of the business corporations, have influenced the composition of the decision-making community of international law. It has also influenced the way of thinking of the decision-making community; in other words, have realized an invasion of the perspective and assumptions of international commercial arbitration into the areas of public international law.

Hamamoto Sh., “*Malicorp Limited v. Republic of Egypt* (CIRDI No. ARB/08/18),” *JCA Journal*, Vol. 58 (5), 27, 2011; *Idei N.*, “*Fraport AG Frankfurt Airport Service Worldwide v. Republic of the Philippines* (ICSID Case No. ARB/03/25 (Annulment Procedure)),” *JCA Journal*, Vol. 58 (6), 30, 2011; *Yamamoto Sh.*, “*Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., Jerry Montour, Arthur Montour, Kenneth Hill v. United States of America* (UNCITRAL Rules),” *JCA Journal*, Vol. 58 (7), 32, 2011; *Araki I.*, “*Yury Bogdanov v. Republic of Moldova, SCC Arbitration No. V* (114/2009),” *JCA Journal*, Vol. 58 (8), 46, 2011; *Inose T.*, “*Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13 (UNCITRAL Rules)”, *JCA Journal*, Vol. 58 (9), 32, 2011; *Suzuki I.*, “*Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18”, *JCA Journal*, Vol. 58(10), 34, 2011; *Iguchi N.*, “*GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/16”, *JCA Journal*, Vol. 58(11), 40, 2011; *Koyama T.*, “*Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia* (UNCITRAL Rules),” *JCA Journal*, Vol. 58(12), 46, 2011; *Hamamoto Sh.*, “*Italian Republic v. Republic of Cuba*”, *JCA Journal*, Vol. 59(2), 22, 2012; *Hayakawa Y.*, “*Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17”, *JCA Journal*, Vol. 59(3), 14, 2012; *Ishido Sh.*, “*Hochtief AG v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31”, *JCA Journal*, Vol. 59(4), 22, 2012.

³⁵ It is not difficult to check who actually served as an arbitrator in each of the disclosed ICSID cases at <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=ViewAllCases>> .

³⁶ From reviewing the details of those who have served as arbitrators in each of the disclosed ICSID cases, it is clear that a number of particular arbitrators have been frequently appointed only by the respondents as a party (respondent) appointed arbitrator. Similarly, claimants, i.e. a private business corporation, tend to appoint practicing lawyers, who have actively worked as an arbitrator and/or as a counsel for the party in international commercial arbitration, as a party (claimant) appointed arbitrator. For more details, please check the database on the website cited in supra note 35.

³⁷ It is a standard part of the work of counsel for a party in international commercial arbitration to research the details of potential arbitrators, including their background and approach to the issues, and to predict their views if appointed as arbitrators. See, *Hayakawa Y.*, *JCA Journal*, Vol. 58 (5), 2010, 5.

3. States in developed countries also have to compete each other

Some types of the exercise of sovereign power by the States in developing countries have been limited by the investment treaty arbitration regime. And this type of arbitration is working as a tool for the injection of the common sense of private law into the existing order of public international law.

Moreover, we should not forget that even the developed countries are under considerable pressure to assist and support private business corporations. In the contemporary global business scene, a business corporation can easily establish its subsidiary in a foreign State as a base or vehicle for the investment if the business corporation considers that the foreign State is much more reliable.³⁸ If necessary, the business corporation can move its headquarters into the foreign State. In other words, States in developed countries have to worry about the risk of an important taxpayer fleeing and, therefore, are compelled to work for them on many occasions. Against the background, many States in developed countries compete to increase the number of BITs with each other.

Now States in developed countries also have to compete with each other and have to build up a brand-new legal order of public international law under the pressure of private business corporations.

IV. Final Remarks

One of the remarkable features of the recent activities of the Arbitration Working Group of the UNCITRAL, especially from 45th Session to 52nd Session, is an active involvement in the law-making process by the State of Bahrain. The actual delegate from Bahrain, however, was not a national of Bahrain. He was a top partner of a large UK law firm which has a worldwide practice representing large private business corporations. Is Bahrain's involvement in the law-making-process at the United Nations a real involvement by the State of Bahrain? Or the State is only a vehicle to realize a direct involvement of the private business law firms or the business corporations in the law-making process at the United Nations?³⁹

This example highlights that there have been significant changes in international law around investment treaty arbitration not only in the use of the regime but also in the law-making process. The existing legal order in international law has been challenged by business corporations around investment treaty arbitration.

Should we respect this phenomenon as improvement? Or should we consider this as disorder? Will this type of phenomena expand in other areas? How should we react against this type of challenges?

³⁸ See supra note 26.

³⁹ The Arbitration Working Group of the UNCITRAL worked on the revision of the UNCITRAL Arbitration Rules from its 45th Session, 11-15 September 2006, to its 52nd Session, 1-5 February 2010. The UNCITRAL Arbitration Rules are an important option as procedural rules for the investment treaty arbitration. The revision of the rules was critical for those involved in the field of investment treaty arbitration. For more details, see, <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html>.

**ინვესტიციებში საღაპო საკითხების მოგვარებისას არბიტრაჟის,
როგორც ერთ-ერთი მქაანდგმის გამოყენება
რისკების შემცირების მიზნით –
საინვესტიციო სახელშეკრულებო არბიტრაჟის უახლესი სტრატეგია**

შესავალი

ბოლო ათწლეულის მანძილზე საერთაშორისო არბიტრაჟის სპეციფიკა გახლდათ ინვესტორი სახელმწიფოების მხრიდან საარბიტრაჟო საქმეების მატება საინვესტიციო ხელშეკრულების საფუძველზე¹. აღნიშნული, ძირითადად, განვითარებულ ქვეყნებში კორპორაციების (ინვესტორი) და თვითონ მასპინძელი სახელმწიფოს შორის წარმოებს². ასეთი ტიპის საარბიტრაჟო საქმე საშუალებას აძლევს კორპორაციას თავი აარიდოს იმ დაცვით ბარიერებს, რომლებიც სუვერენული იმუნიტეტის დოქტრინას ემყარება და განვითარებადი ქვეყნის მხრიდან სასამართლო საქმის წარმოებას უშუალოდ სახელმწიფოს მიმართ ართულებენ. გარდა ამისა, ის საშუალებას იძლევა კორპორაციამ არსებული საერთაშორისო სამართლის მიდგომა შეცვალოს საერთაშორისო საინვესტიციო პოლიტიკის სფეროში.

აღნიშნული ნაშრომი, უპირველეს ყოვლისა, საერთაშორისო საკომერციო არბიტრაჟის შესახებ მოგვითხრობს, რომელსაც მე „საინვესტიციო არბიტრაჟს“ ვუწოდებ. ასეთ შემთხვევებში კორპორაცია არბიტრაჟის წესით არა სახელმწიფოს მიმართ აღძრავს საქმეს, არამედ მეორე ბიზნეს კორპორაციას მოედავება; ხშირად, ეს გულისხმობს კორპორაციას განვითარებულ ქვეყანაში (ინვესტორს), რომელიც არბიტრაჟის წესით მეორე კორპორაციას ედავება განვითარებადი ქვეყანაში (ადგილობრივი კორპორაცია). ჩემი არგუმენტი გახლავთ ის, რომ ასეთი ტიპის არბიტრაჟი არის, თავისი არსით და როგორც ქვემოთ აღვწერე, განსხვავებული ტრადიციული ტიპის საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟისგან. რა თქმა უნდა, ხსენებული საინვესტიციო არბიტრაჟი წარმოებს არა საერთაშორისო სამართლის დონეზე, არამედ ნაციონალური (ეროვნული) სამართლის საფუძველზე. თუმცა, მნიშვნელოვანია, გავანალიზოთ ეს ფენომენი იმისთვის, რომ უკეთ ჩავწვდეთ ბიზნეს კორპორაციების ქცევას საერთაშორისო სამართლის დონეზე.

ამავე ნაშრომში, ასევე, ახსნილია ის, თუ რატომ არის დღეს ინვესტორი ქვეყნის საარბიტრაჟო მოდელი ბიზნესკორპორაციებისთვის ასეთი განსაკუთრებული მნიშვნელობის. კერძოდ, ის განმარტავს, რომ საინვესტიციო არბიტრაჟის მოდელი არ მუშაობს იმ შემთხვევაში, თუ დავის მეორე მხარე თვითონვე მასპინძელ ქვეყანას წარმოადგენს. ამავე დისკუსიაში ასევე განვიხილავთ იმას, თუ როგორ ფუნქციონირებს „ინვესტორი ქვეყნის საარბიტრაჟო“ მოდელი თანა-

* რიკოს უნივერსიტეტის სამართლის პროფესორი, პრაქტიკოსი ადვოკატი.

¹ მაგალითად, საქმეების სრული რაოდენობა წლის განმავლობაში, რომელიც საერთაშორისო ბიზნეს დავების ცენტრში დარეგისტრირდა ბოლო ათწლეულის განმავლობაში მნიშვნელოვნად გაიზარდა. 1996 წლამდე, წელიწადში საქმეების რაოდენობა 5-ს არ აღემატებოდა, 1997-დან 2002-მდე მან 9-ს გადააჭარბა თუმცა 20-ს არ სცილდებოდა. 2002-დან 2011 წლამდე საერთო რიცხვი ყოველთვის 20-ზე მეტი იყო, 2003, 2007 და 2011 წ.წ-ში 30-ს აჭარბებდა. იხ. International Centre for Settlement of Investment Disputes, The ICSID Caseload – Statistics, Issue 2012-1, 2012 მეტი ინფორმაციისთვის იხილეთ საერთაშორისო საინვესტიციო ბიზნეს დავების ცენტრის სტატისტიკური მონაცემები (2012), <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>>.

² ზუსტად რომ ვთქვათ, განვითარებულსა და განვითარებადი ქვეყნებს შორის მრავალი საინვესტიციო ხელშეკრულება დაიდო. თუმცა განვითარებადი ქვეყნებიდან ბევრმა მსგავსი ეკონომიკური შედეგები აჩვენა, შესაბამისად, ამ ტიპის განვითარებადი ქვეყნები ამ თავში განვითარებულ ქვეყნებთან უნდა გავაიგივოთ.

მედროვე მსოფლიოში საერთაშორისო საინვესტიციო სამართლის გათვალისწინებით და როგორც ცვლის იგი საერთაშორისო სამართლის წესრიგს მთელ რიგ შემთხვევებში.

გარდა ამისა, ეს ნაშრომი აღწერს იმას, თუ როგორაა შესაძლებელი ის, რომ ბიზნეს კორპორაციებმა ახალი საერთაშორისო სამართლის რიგი წარმოქმნან საინვესტიციო სახელშეკრულებო სამართლის გამოყენებით.

დაბოლოს, ნაშრომი წამოჭრის ისეთ საკითხებს, როგორიცაა სამომავლოდ აღნიშნული სტრატეგიის სავარაუდო ჩართულობა სხვა სფეროებში, ისევე როგორც სავარაუდო მიდგომას იმ გამოწვევების მიმართ, რომლებიც ამ ჩართულობითაა გამოწვეული.

ინვესტიციების განხორციელებისას სტატეგიული არბიტრაჟის გამოყენება

1. ბიზნესკორპორაციების ჩანაფიქრი მიმართონ საინვესტიციო არბიტრაჟს

ბოლო ათი წლის მანძილზე საინვესტიციო არბიტრაჟის ფორმა შეიცვალა. უფრო ზუსტად რომ ვთქვათ, თვითონ „საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის“ ფორმა მაინცდამაინც არ შეცვლილა³. საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟი ჯერ კიდევ საშუალებას იძლევა ბიზნეს კორპორაციებმა თავი აარიდონ სამართლებრივ სადავო საკითხებს და გამოცდილი არბიტრების (მოსამართლეების) წყალობით სწრაფი და დამაჯერებელი გადაწყვეტილებები მიიღონ. ის ფართოდ გამოიყენებოდა, როგორც ეფექტური და მოქნილი საშუალება საზღვრებს მიღმა არსებული ბიზნეს კომპანიებს შორის წარმოქმნილი დავების მოსაგვარებლად, განსაკუთრებით კი განვითარებულ ქვეყნებში⁴.

ამის საპირისპიროდ, „საინვესტიციო არბიტრაჟი“, ანუ არბიტრაჟი ბიზნეს კორპორაციას (განვითარებულ ქვეყანაში – ინვესტორი) და ბიზნეს კორპორაციას შორის (განვითარებად ქვეყანაში – ადგილობრივი კორპორაცია) მეტწილად ბოლო ათწლეულის განმავლობაში იწყებს განვითარებას⁵. სტანდარტული სცენარი შემდეგში მდგომარეობს. ინვესტორი ცდილობს ჩადოს საარბიტრაჟო განხილვის წინადადება საინვესტიციო ხელშეკრულებაში ადგილობრივ კორპორაციასთან, რომელიც მასპინძელ ქვეყანაშია. ეს იმის დასაზღვევად ხორციელდება, რომ წარმოქმნილი დავის შემთხვევაში შესაძლოა ადგილობრივმა (მასპინძელი ქვეყნის) სასამართლომ ჯეროვანი ობიექტურობა ვერ გამოიჩინოს ინვესტორსა და ინვესტიციების მიმღებ მხარეებს შორის. ამგვარი საშუალებით, ინვესტორი ცდილობს წარმოქმნას დავის მოგვარების ისეთი ორგანო, რომელიც მასპინძელი ქვეყნისგან დამოუკიდებელია, რასაც ის საინვესტიციო ხელშეკრულებაში საარბიტრაჟო საქმის წარმოების შესახებ სამართლებრივი პირობის ჩაშენებას ეცდება.

ინვესტორის მოტივაცია გამოიყენოს საარბიტრაჟო საშუალება დავის გადაწყვეტის საქმეში – ჩემი, როგორც პრაქტიკოსი იურისტის, აზრით, არის ამგვარად განსხვავებული იმ მიზეზისგან, რა მიზეზითაც ტრადიციულ საკომერციო არბიტრაჟს მიმართავენ. უკანასკნელ შემთხვევაში, ორივე მხარე არბიტრაჟს არასაჭირო დამატებითი სამართლებრივი დავებისგან თავ-

³ მაგალითად, არბიტრაჟის საერთაშორისო სასამართლო (საერთაშორისო სავაჭრო პალატა) არბიტრაჟის ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი ორგანო გახლდათ. მისი წესდება 1998 წელს შემუშავდა და მას მერე მთელ მსოფლიოში გამოიყენება. სასამართლომ ახლახანს საკუთარ წესდებას გადახედა და წესების ახალი კრებული მიიღო, რომელიც ძალაში 2012 წლის პირველი იანვრიდან შევა. თუმცა წესებს შორის ცვლილება არსებითი არაა. მეტი ინფორმაციისთვის იხ., <<http://iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=42394>>.

⁴ მაგალითად, საქმეების დიდი რაოდენობა საერთაშორისო სავაჭრო პალატაში დარეგისტრირდა. ყოველ წელს მათი რიცხვი 500-ზე მეტი იყო (2000-დან 2007-მდე), ხოლო 2008-დან 2010-მდე 600-ს გადააჭარბა. მეტი ინფორმაციისთვის იხ. ბმული: <http://www.siac.org.sg/index.php?option=com_content&view=article&id=339&Itemid=73#international_cases>.

⁵ მაგალითად, მხარეების რაოდენობა აზიასა და წყნარი ოკეანის რეგიონში (იპსონის გარდა) 2005-სა და 2009წ.წ-ში 277-დან 411-მდე მერყეობს (დარეგისტრირებული საერთ. სავაჭრო პალატაში). მსგავსად, ცენტრალურ და აღმოსავლეთ ევროპასი 122-დან 268-მდე მერყეობს (2005-სა და 2009-ში). მეტი ინფორმაციისთვის იხ. 2005 Statistical Report, ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 17 No.1, 2006, 5; 2009 Statistical Report, ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 21 No.1, 2010, 5.

ვის არიდების საშუალებად მიიჩნევენ, ექსპერტი არბიტრების დახმარებით, სწორი გადაწყვეტილების მიღების გზაზე. წინა შემთხვევაში კი ინვესტორები განვითარებული ქვეყნებიდან ამჯობინებენ საკომერციო არბიტრაჟს იმდენად, რამდენადაც ის მათთვის ადგილობრივი (განვითარებადი) ქვეყნის მოსამართლეების გადაწყვეტილებებისაგან თავის არიდების საშუალებას იძლევა; აქ, ინვესტორს, შესაძლოა, გაუჩნდეს ეჭვი სასამართლო მიუკერძოებლობის მიმართ უცხოელებსა და ადგილობრივ მხარეებს შორის მიმდინარე დავის პირობებში. აღნიშნული არბიტრაჟის გამოყენება მომგებიანია ასევე არა მხოლოდ ადგილობრივი კორპორაციისთვის, არამედ ინვესტორი კორპორაციისთვისაც. ადგილობრივი კორპორაციებისთვის ადგილობრივი ეროვნული სასამართლო იმავე ეროვნების მოსამართლეებისთვის უფრო გულისხმიერად გამოიყურება. შედეგად, ინვესტორი შეეცდება საინვესტიციო ხელშეკრულებაში ჩადოს საინვესტიციო არბიტრაჟის სამართლებრივი შესაძლებლობის შესახებ პირობა მაშინ, როცა ადგილობრივი კორპორაცია ამას ზოგადად არ მიესალმება.

როგორც წესი, პრაქტიკაში ადგილობრივი კორპორაცია საკუთარი ნების წინააღმდეგ აღნიშნული პირობის შეტანას მაინც თანხმდება იმ მიზეზით, რომელიც შემდეგ თავშია მოყვანილი.

2. ზენოლა საინვესტიციო არბიტრაჟის გამოყენებასთან დაკავშირებით

დღეს, უმეტეს ქვეყნებში, ადგილობრივი კორპორაცია განვითარებად ქვეყანაში საინვესტიციო საარბიტრაჟო გასაჩივრების შესაძლებლობის შესახებ არსებულ სამართლებრივი პირობის საინვესტიციო კონტრაქტში ჩართვასთან დაკავშირებით სერიოზული წნეხის ქვეშ ექცევა. ზოგჯერ, ადგილობრივ კორპორაციას ხსენებული პირობის მიღება მასსა და ინვესტორს შორის არსებული არათანაბარი სავაჭრო მოლაპარაკებების პირობებში უხდება. თუ ინვესტორის წინადადება არსებითად მომხიბვლელია და ამით შეიძლება რომელიმე სხვა ადგილობრივი კონკურენტი დაინტერესდეს, ადგილობრივ კორპორაციას სხვა გამოსავალი არ რჩება და იგი იძულებულია ხსენებული პირობაც საინვესტიციო კონტრაქტში ჩართოს.

გარდა ამისა, სხვადასხვა მასპინძელმა ქვეყანამ საკუთარი საარბიტრაჟო სისტემა ჩამოაყალიბა, არა საკუთარი სურვილით, არამედ აუცილებლობის გამო, რადგან მასპინძელი ქვეყნები თავად ამავე ზენოლის ქვეშ ექცევიან. სხვადასხვა განვითარებადი ქვეყანა ერთმანეთთან კონკურენციაშია, რათა საზღვარგარეთიდან ინვესტორები მოიზიდონ, განსაკუთრებით განვითარებული ქვეყნებიდან. მასპინძელ ქვეყნებს ამით იმის გარანტირება უხდებათ, რომ საჭიროების შემთხვევაში საერთაშორისო საკომერციო არბიტრაჟი ადგილობრივი სამართლის სივრცეში წარიმართება⁶. თანამედროვე და მოქნილი საარბიტრაჟო სისტემის არსებობა არის პოტენციურად ძალიან მნიშვნელოვანი ფაქტორი, რომელიც ინვესტორის მიერ გასათვალისწინებელი ხდება, განსაკუთრებით მაშინ, როცა მას გადაწყვეტილების მიღება უწევს მასზედ, თუ სად განახორციელოს ინვესტიციების დაბანდება, კერძოდ, დააბანდოს თუ არა ინვესტიცია ამა თუ იმ ქვეყანაში⁷. შესაბამისად, თითოეულ მასპინძელ ქვეყანას არ რჩება გამოსავალი, გარდა ადგილობრივი საარბიტრაჟო სისტემის ჩამოყალიბებისა⁸.

⁶ შესაძლებელია, არსებობდეს სხვა ვარიანტიც: აღნიშნულის დასამტკიცებლად მხარეები არიჩვენენ უცხოურ საარბიტრაჟო ფორუმს. ამ ორი ვარიანტის შედარებით, პირველს დავების მოგვარების საქმეში მეტი კონტროლის შესაძლებლობები გააჩნია.

⁷ მაგალითად, განვითარებისა და რეკონსტრუქციის ეროვნული ბანკი სთავაზობს შეფასებას იმის დასადგენად შეესაბამება თუ არა განვითარებული ქვეყნების გარკვეული ნაწილი არბიტრაჟის საერთაშორისო ნაცად, აპრობირებულ პრაქტიკას. განვითარებადმა ქვეყნებმა აღნიშნული შეფასება უნდა მიიღონ იმისთვის, რომ სხვა ბაზრებიდან ინვესტორების მოზიდვა შეძლონ. მეტი ინფორმაციისთვის იხ. <http://www.ebrd.com/pages/sector/legal/judicial_capacity/assessments.shtml>.

⁸ ისეთი მძლავრი განვითარებადი ქვეყანა, როგორიცაა ჩინეთი ერთგვარი წნეხის ქვეშ ექცევა. ჩინეთის სახალხო რესპუბლიკის ადრეულ ეტაპზე არბიტრაჟის სისტემა არ არსებობდა და ჩინეთში ინვესტორები ადგილობრივი სასამართლო გადაწყვეტილებების სუბიექტები გახლდნენ საკუთარი დავების გადასაწყვეტად. ძლიერი ზენოლის შედეგად განვითარებული ქვეყნების მხრიდან, ჩინეთმა

მიუხედავად იმისა, რომ ქვეყნებს ადგილობრივი საარბიტრაჟო სისტემების ჩამოყალიბება უხდებათ, მათ მაინც არ სურთ აღნიშნული პრაქტიკის დანერგვა ან არბიტრაჟით ადგილობრივი სასამართლო პრაქტიკის ჩანაცვლება, სადაც იმავე ეროვნების მოსამართლეებია წარმოდგენილი. ეს ნიშნავს, რომ მასპინძელი ქვეყნისთვის საუკეთესო გამოსავალია ჩამოყალიბდეს ისეთი სისტემა, რომელიც გარეგნულად გავს არბიტრაჟს, მაგრამ არსებითად მაინც განსხვავებულია. როცა ეს სისტემა ჩამოყალიბდება, ადგილობრივი კორპორაციისთვის საუკეთესო პრაქტიკაა მიმართოს ადგილზე შექმნილ საარბიტრაჟო სისტემას⁹¹⁰.

3. წინააღმდეგობა და სამართლებრივი კონტრიერიში

როცა ქვეყანა ჩამოყალიბებს საარბიტრაჟო სისტემას, ის აამოქმედებს საიმპლემენტაციო სამართლებრივ მექანიზმს და შესაბამისი წესით საარბიტრაჟო ინსტიტუტს ჩამოყალიბებს. საარბიტრაჟო კანონი და წესები შეიძლება იყოს ვრცელი და ჩახლართული, ამრიგად, ისეთი პირობების ჩართვა, რომლებიც ადგილობრივი კორპორაციებისთვის იმუშავებს ადგილობრივ სამართლებრივ სივრცეში, ასევე შესაძლებელია¹¹.

თუმცა ასეთი პირობის ჩარვა მარტივი არაა UNCITRAL მოდელის წყალობით საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის გათვალისწინებით¹² თავისივე საარბიტრაჟო წესებით. აღნიშნული მოდელი შეიქმნა მსოფლიოში საარბიტრაჟო კანონების ჰარმონიზაციის მიზნით ისე-

უცხოური საარბიტრაჟო სავაჭრო კომისია ჩამოყალიბდა, ჩინეთის საბჭოს დაქვემდებარებაში, რომელიც 1956 წელს საერთაშორისო ვაჭრობის მხარდასაჭერად დაფუძნდა საერთაშორისო ვაჭრობის საარბიტრაჟო ინსტიტუტის სახით. ეს ინსტიტუტი შემდგომში უცხოური ეკონომიკური და სავაჭრო საარბიტრაჟო კომისიის ორგანოდ გადაკეთდა (1980), ხოლო შემდეგ ჩინეთის საერთაშორისო ეკონომიკური და სავაჭრო არბიტრაჟის ორგანოდ (1988). მეტი ინფორმაციისთვის იხ. *Weigong Xu.*, Definition of Arbitration in China, 30 J L COM, Vol. 30, 2011, 107; *Liu H., Qiu Y., King & Wood*, Recent Development in Arbitration Practice in China, PLI/Lit, Vol. 876, 2012, 71.

⁹ მაგალითად, 2012 წლის ცვლილებამდე, ჩინეთში ორი საარბიტრაჟო წესი არსებობდა: წესი საერთაშორისო საქმეებისთვის და წესი შიდა საქმეებზე. აქვე იყო წარმოდგენილი შესაძლო არბიტრების ექსკლუზიური სია: საერთაშორისო და საშინაო საქმეებისთვის. წინა სია მოიცავდა არბიტრებს ისევე, როგორც ჩინეთის მკვიდრ პიროვნებებს, მაგრამ მეორე მხლოდ ჩინელ მოქალაქეებს მოითვლიდა. ჩინეთში უცხოელი ინვესტორებისთვის სერიოზულ პრობლემას წარმოადგენდა ის ფაქტი, რომ საერთაშორისო სიის არბიტრებს ისინი საკუთარი დავების შემთხვევაში ვერ გამოიყენებდნენ, რადგან საქმე, რომელიც ადგილობრივ და უცხოური კომპანიის შვილობილ სუბიექტს ეხებოდა, საშინაო საქმის რანგში გადიოდა. ეს იმიტომ, რომ შვილობილი კომპანია სამართლებრივად „ჩინურ“ კომპანიად მოიაზრებოდა – მაშინაც კი, როცა ის მთლიანად უცხოელი ინვესტორის საკუთრებას წარმოადგენდა. ეს ნიშნავს იმას, რომ უცხოელი ინვესტორები ჩინეთში მხოლოდ მკვიდრ არბიტრებს მიმართავდნენ მათ ადგილობრივ კომპანიებსა და ჩინურ ბიზნეს კომპანიებს შორის წარმოქმნილი დავების მოსაგვარებლად.

¹⁰ CIETAC არბიტრაჟის წესები სამი არბიტრის შერჩევის საქმეში ასევე უნიკალურ პირობას წარმოადგენდა. შესაბამისი პირობის მიხედვით, სხვა საარბიტრაჟო წესების შესაბამისად, მოსარჩელე და მოპასუხე ერთ არბიტრს შეარჩევენ და შემდეგ ორივე მხარის შეთანხმებით მოხდება ზედამხედველი არბიტრის შერჩევა, რომელიც ორივე მხარის არბიტრების მიერ დამტკიცდება. ხსენებული არბიტრაჟის 25-ე წესის თანახმად, მოსარჩელე და მოპასუხე შეარჩევენ ერთ არბიტრს, ხოლო მერე ზედამხედველი არბიტრი მხარეების მიერ დაინიშნება. ჩვეულებრივი ამბავია ის, რომ მოდავე მხარეები ზედამხედველი არბიტრის დანიშნვაზე ვერ თანხმდებიან და შემდეგ CIETAC-ის თავმჯდომარე, საბოლოოდ, მას თავად დაამტკიცებს. თავმჯდომარე, რამდენადაც მე ვიცი, ჩემი არბიტრაჟში მიღებული პრაქტიკის გათვალისწინებით, ძირითადად, ჩინეთის მკვიდრ ზედამხედველ არბიტრს აირჩევადა ხოლმე. შედეგად, საარბიტრაჟო ტრიბუნალის უმრავლესობა ჩინეთის მკვიდრ არბიტრებად კომპლექტდება მაშინაც კი, როცა უცხოური კორპორაცია საერთაშორისო საქმეებისთვის განკუთვნილ არბიტრების სიას მიმართავს. მეტი ინფორმაციისთვის იხ. <<http://www.cietac.org/index.cms>>.

¹¹ მეტი ინფორმაციისთვის იხ. შენიშვნა 10.

¹² UNCITRAL-ის მოდელის სამართალი საერთაშორისო კომერციულ სამართალთან დაკავშირებით (1985), 2006 წელს მიღებული შესწორებების გათვალისწინებით იხ., <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>, ინფორმაცია იმ ქვეყნებზე, რომლებმაც აღნიშნული მოდელის გათვალისწინებით სამართლებრივი ბაზა შეიმუშავეს იხ., <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html>.

ვე, როგორც განვითარებული ქვეყნებისთვის მზარდი დახმარების აღმოსაჩენად. UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესები¹³ ჩამოყალიბდა იმისთვის, რომ მოხერხდეს შესაბამისი სამართლებრივი დახმარების აღმოჩენა შემთხვევითი საარბიტრაჟო საქმეებისთვის. თუმცა ეს სამართლებრივი ტექსტები შეიძლება გამოვიყენოთ ქვეყანაში საარბიტრაჟო წესების გაანალიზებისთვის ისევე, როგორც იმ წესებისა, რომლებიც კონკრეტული ქვეყნის საარბიტრაჟო ინსტიტუტში მოქმედებს. ინვესტორს, შეუძლია, აღმოაჩინოს ერთი ან მეტი პირობა, რომელიც სტანდარტული საარბიტრაჟო წესებისგან განსხვავდება და ამრიგად, ეს განსხვავება ინვესტორზე დადებითად არ აისახება. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ინვესტორისთვის მარტივია, ამ სტანდარტული სამართლებრივი ტექსტის გათვალისწინებით, დაიანგარიშოს მასპინძელ ქვეყანაში სამართლებრივი რისკების წარმოქმნის ალბათობა დავის გადაწყვეტის პირობებში¹⁴.

თუმცა უცხოური საარბიტრო გადაწყვეტილებების სამართლებრივი აღსურლების აღიარების კონვენციის არსებობა (ნიუ-იორკის კონვენცია¹⁵) ქვეყანაში რისკის¹⁶ დათვლის კიდევ ერთი საიმედო საშუალებაა. გარდა ამისა, სანიმუშო საარბიტრაჟო პირობის არსებობა UNICITRAL საარბიტრაჟო წესებში მასპინძელი ქვეყნისგან რაიმე უნიკალური საარბიტრაჟო პირობების წამოყენების საშუალებას გამოორიცხავს, რომელიც, თავის მხრივ, ინვესტორისთვის არასასიკეთოდ იმუშავებს¹⁷. არ უნდა დაგვავინწყდეს ის ფაქტი, რომ UNICITRAL უშუალოდ გაეროს წევრი ქვეყნების მიერ გამოიყენება (რომელიც განვითარებად ქვეყნებსაც მოიცავს), თუმცა რეგულირდება რიგი სახელმწიფოების მიერ, რომლებიც განვითარებად ქვეყნებს მიეკუთვნება.

მაგრამ მაშინაც კი, როცა ხორციელდება „სტანდარტიზებული“ წესებისა და კანონების მიღება, წინააღმდეგობის გარკვეული ფორმები მაინც შეიმჩნევა. მაგალითად, არსებობს რიგი სამართლებრივი შემთხვევა, რომელშიც ადგილობრივი სასამართლოები საკუთარი გადაწყვეტილებებით ან აუქმებენ, ან ცდილობენ გააუქმონ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებები¹⁸. ადგილობრივი სასამართლო, ზოგჯერ, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას, რადგან მათი ხედვით საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებები მიღებულ იქნა ერთი ან რამდენიმე პროცედურული შეცდომების თანდართვით, ან არბიტრაჟის გადაწყვეტილება ქვეყნის ინტერესებს (პოლიტიკას) ეწინააღმდეგებოდა. თუმცა ინვესტორებს ზოგჯერ მიაჩნიათ, რომ ინვალიდაცია განცოცხლდა

¹³ UNCITRAL-მა აღნიშნული პირველად 28 აპრილს 1976 წელს მიიღო, ხოლო 2010 წელს გადასინჯა. 2010 წლის წესები ძალაში 2010 წლის 15 აგვისტოს შევიდა.

¹⁴ მაგალითად, მე-7 შენიშვნაში მოყვანილი შეფასებების მიზნით, EBRD UNCITRAL-ის წესებს იყენებს საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის სტანდარტული წესების სახით, რომელიც ხსენებული ქვეყნების ეროვნული კანონმდებლობას ედრება. მეტი ინფორმაციისთვის იხ., <http://www.ebrd.com/pages/sector/legal/judicial_capacity/assessments.shtml>.

¹⁵ 330 UNTS, 3.

¹⁶ 2012 წლის 14 აპრილის მიხედვით, კონვენციამ 146 მხარე-ქვეყანა გაიერთიანა. იხ., <<http://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx>>. აღნიშნულ სიტუაციაში, ის ფაქტი, რომ შესაძლო მასპინძელი ქვეყანა ნიუ-იორკის კონვენციის წევრი არ არის ინვესტორისთვის სერიოზულ რისკ-ფაქტორს წარმოადგენს. მეტი ინფორმაციისთვის იხ. Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, chapter XXII, <<http://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx>>http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html>.

¹⁷ სამოძღვლო არბიტრაჟის პირობა UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესებში გვთავაზობს:

„ნებისმიერი დავა, განაცხადი თუ წინააღმდეგობა, რომელიც კონტრაქტიდან მომდინარეობს (ან გარკვეული სამართლებრივი უზუსტობით), გაუქმება ან ძალადაკარგულად ცნობა, UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესების შესაბამისად უნდა გადაწყდეს (მიმდინარე მდგომარეობით). შენიშვნა – მხარეებმა შეიძლება იფიქრონ შემდეგ დამატებაზე: ა. დანიშნული პირი შეიძლება იყოს (პირის ან ორგანოს სახელი); ბ. არბიტრების რაოდენობა შეიძლება იყოს (ერთი ან სამი); გ. არბიტრაჟის ადგილი იქნება... (ქვეყანა ან ქალაქი), დ. სამართალწარმოების ენა იქნება...“

¹⁸ ქრომალოის და ბეხტელის საქმე; იხილე შენიშვნები 20 და 21, ასეთი ინვალიდაციის კარგი მაგალითებია. დამატებით, არსებობს კიდევ რამდენიმე საქმე, სადაც ეროვნულ სასამართლოებს არბიტრაჟის გადაწყვეტილებები გაუუქმებიათ იქ, სადაც არბიტრაჟის სასამართლო არ ჩატარებულა; მაგალითად, იხ. *Karaha Bodas Co., L.L.C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina)*, 364 F.3d 274 (5th Cir. 2004) and 313 F.3d 70 (2nd Cir. 2002).

იმიტომ, რომ არბიტრაჟის გადაწყვეტილება ადგილობრივი კორპორაციისა თუ მასპინძელი ქვეყნის ინტერესებს არ შეესაბამებოდა¹⁹.

იმისთვის, რომ ასეთი ტიპის წინააღმდეგობას ჯეროვანი პასუხი გაეცეს, რიგ შემთხვევებში, მხარეები შეეცადნენ გაუქმებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების პირობები სხვა, არამასპინძელი ქვეყნის ტერიტორიაზე ამოქმედებინათ. ქრომალოისა და ბენტელის საქმეები კარგი ილუსტრაციაა იმისა, თუ როგორ წარმოებს ეს უკუშეტევა. ქრომალოის შემთხვევაში, უცხოურმა ბიზნეს კორპორაციამ ადგილობრივი ეგვიპტური იურიდიული პირის მიმართ საქმე აღძრა – თვითონ ეგვიპტეში არსებულ საარბიტრაჟო სასამართლოში. მოსარჩელე კორპორაციამ არბიტრაჟი მოიგო, თუმცა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება ეგვიპტური ეროვნული სასამართლოს მიერ გაუქმებულად ცნო. აშშ-ის სასამართლომ საბოლოოდ გაუქმებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ამოქმედება აშშ-ის ტერიტორიაზე უზრუნველყო²⁰. მსგავსად, ბენტელის შემთხვევაში, ერთ-ერთმა ბიზნესკორპორაციამ გაერთიანებული ემირატების ტერიტორიაზე არსებულ იურიდიული პირის მიმართ საქმე აღძრა საარბიტრაჟო სასამართლოში – დუბაიში. კორპორაციამ ეს საქმე მოიგო და გადაწყვეტილების აღსრულება საფრანგეთში განხორციელდა. საბოლოოდ, დუბაის სააპელაციო სასამართლომ ეს გადაწყვეტილება ძალადაკარგულად გამოაცხადა იმ მიზეზით, რომ საარბიტრაჟო კოლეგია დუბაის სასამართლოს პროცედურულ მოთხოვნებს არ ითვალისწინებდა. შედეგად, მოპასუხემ საფრანგეთში საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულება გაასაჩივრა იმ მიზეზით, რომ თვითონ იგი უკვე ძალადაკარგულად გამოცხადდა. პარიზის სააპელაციო სასამართლომ სააპელაციო სარჩელი არ დააკმაყოფილა²¹.

როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, ინვესტორსა და მასპინძელ ქვეყნებში სამართლებრივი წინააღმდეგობისა და კონტრიერის მაგალითები მოვიყვანეთ, განვითარებული და განვითარებადი ქვეყნების შრილში, კერძოდ, თუ როგორ იქმნება და ფუნქციონირებს საარბიტრაჟო სისტემა²².

სახელმწიფო, როგორც მხარე და ინვესტორი ქვეყნის არბიტრაჟი

1. სახელმწიფო, როგორც საინვესტიციო პროექტის მხარე

ზემოთ აღწერილი მაგალითი წინააღმდეგობისა და სამართლებრივი კონტრიერის შესახებ ხშირად არ მოიცავს ინვესტორსა და უშუალოდ სახელმწიფოს ურთიერთობას. დღეს, განსაკუთრებით განვითარებადი ქვეყნებში, თვითონ სახელმწიფო საინვესტიციო პროექტის ერთ-

¹⁹ საერთაშორისო სავაჭრო პალატის არბიტრაჟმა ჩამოაყალიბა ერთ-ერთი ქვეკომიტეტი 2008 წელს, რომელსაც მრავალ ქვეყანაში უნდა ჩაეტარებინა კვლევა არბიტრაჟის გადაწყვეტილებების მიღება-აღსრულების მხრივ ნიუ-იორკის კონვენციის წვერი ქვეყნების ფარგლებში. კვლევის პროექტის ერთ-ერთი მიზანი იყო არბიტრაჟული გადაწყვეტილებებისადმი დამოკიდებულება ეროვნული სასამართლოების მხრიდან, განსაკუთრებით საბჭოს განვითარებადი ქვეყნების მაგალითზე. კვლევის პროექტთან დაკავშირებით მეტი ინფორმაციის მოსაძიებლად, რომელიც სუბ-კომიტეტმა 2009 წელს გამოსხა, იხ. Guide to National Rules of Procedure for Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards pursuant to the New York Convention of 1958, Report from the ICC Commission on Arbitration, 2009, <<http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id15588/index.html>>.

²⁰ *Chromalloy Aeroservices Inc. v. Ministry of Defence of the Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C.1996).

²¹ *La Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Émirat de Dubaï v Société Internationale Bechtel Co*, Paris Court of Appeal, Chamber 1C, 29 September, 2005, იხ. დისკუსია, <http://www.whitecase.com/files/Publication/4ca80751-b790-4ece-8948-03548171b8bd/Presentation/PublicationAttachment/da4db4b0-513b-45a6-ab81-0681ca7e91dd/article_Arbitration_Polki_Ioann.pdf>.

²² ბუნებრივია, წინააღმდეგობისა და უკუიერიშის სინამდვილე განვითარებულსა და განვითარებადი ქვეყნებს შორის ბევრად უფრო კომპლექსურია. ეს არის ნაწილობრივ იმის გამო, რომ ზოგიერთი განვითარებადი ქვეყანა, ისეთი როგორც ჩინეთი ან ინდოეთი გახდა ძლიერი ეკონომიკის მქონე და სხვა ქვეყნებში ინვესტიციების განხორციელება იწყო. ისინი, ზოგჯერ, მასპინძელი და ზოგჯერ – ინვესტორი ქვეყნის (მხარის) სახით წარმოჩინდებიან თანამედროვე ინვესტიციების სამყაროში. სინამდვილეში, 2011 წელს საინვესტიციო სახელმეკრულებო არბიტრაჟის 46 ახალი საქმე დარეგისტრირდა, მაგრამ 11 საქმე აქედან განვითარებადი ქვეყნის ინვესტორის ხვედრით წილზე მოვიდა. მეტი მასალისთვის იხ. "IIA Issue Note", No.1, 2012.

ერთი მხარე. სახელმწიფო სუვერენული იმუნიტეტით სარგებლობს (სანამ ასეთის გამოყენების საშუალება ეძლევა). ეს კი, ხშირ შემთხვევაში, ინვესტორს, როგორც კერძო კორპორაციას, სამართლებრივი დავის პირობებში არათანაბარ მდგომარეობაში აყენებს²³. გარდა ამისა, სახელმწიფო მოლაპარაკებებისას უკეთეს პოზიციაშია წარმოდგენილი ადგილობრივი საინვესტიციო პროექტთან მიმართებით. ეს სპეციფიკა, ხშირად, საშუალებას ართმევს ინვესტორს ხელშეკრულების ფარგლებში საქმის გადაწყვეტის თანაბარუფლებიანობის აღსრულების პირობა ჩადოს, ანუ საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის საშუალება მესამე ქვეყანაში, რაც საინვესტიციო ხელშეკრულებით გამყარდება²⁴.

ეს მიუკერძოებლობა დავის გადაწყვეტის საქმეში, ძირითადად, კერძო ინვესტორსა და სახელმწიფოს შორის არსებული არათანაბარი მდგომარეობის არსებობის ფაქტს მიენერება. მაგრამ კერძო ბიზნეს კორპორაციებმა განვითარებულ ქვეყნებში დღეს უკვე მიაგნეს საშუალებას, რათა ეს არათანაბარუფლებიანობა დავის განხილვისას თავიდან იქნას აცილებული. როგორც ქვემოთაა აღწერილი, თუ მხარეებს სუვერენულობა არ გააჩნიათ, მათ საშუალება აქვთ გამოიყენონ სამართლებრივი ორგანო, რომელიც ასეთს ფლობს და მათ წარმოადგენს. თუ მხარეებს არ გააჩნიათ ხელსაყრელი პოზიცია მოლაპარაკების პროცესში, მაშინ მათ უნდა გამოიყენონ ხსენებული ორგანო, რომელსაც – როგორც მათ წარმომადგენელს, უფრო ძლიერი სამართლებრივ-მოლაპარაკებითი პოზიციები უკავია.

ბიზნესკორპორაციები გადასახადების სახით რიგ სახელმწიფოებს უზარმაზარ თანხებს უხდიან და მათ ლობირებას ახდენენ. დემოკრატიულობის მექანიზმი, ხშირად, ამ ლობირების ხელშემწყობიც კი არის²⁵. შედეგად, სახელმწიფოები განვითარებად ქვეყნებში ინვესტორების სახით წარმოჩინდებიან და თავად საინვესტიციო ხელშეკრულების საარბიტრაჟო სასამართლოც აქედან იღებს სათავეს.

2. ინვესტორი სახელმწიფოს არბიტრაჟი, როგორც განვითარებადი სამართლებრივი იარაღი

ინვესტორი ქვეყნის არბიტრაჟი წარმოადგენს სისტემას, რომელიც ქოლგის ქვეშ ბიზნეს წარმომადგენელს შეუძლია საქმე სახელმწიფოს წინააღმდეგ აღძრას დამოუკიდებელ საარბიტრაჟო ორგანოში მასპინძელ ქვეყანასა და ინვესტორის ქვეყანას შორის დადებული საინვესტიციო ხელშეკრულების პირობების საფუძველზე. მაშინ, როცა კერძო ინვესტორებს შესა-

²³ მიუხედავად იმისა, რომ ქვეყნის სუვერენიტეტის იმუნიტეტი კომერციული ტრანსაქციების მიმართ მნიშვნელოვანწილად შემცირდა, (იხ. United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property, GA resolution A/59/38 of 2 December 2004) ეს პრივილეგია მაინც წარმატებით ნარჩუნდება, ხოლმე, განსაკუთრებით განვითარებადი ქვეყნების მხრიდან სხვა ქვეყნებთან კომერციული დავების გადაწყვეტისას. გარდა ამისა, სახელმწიფოს საკუთარი გავლენის განხორციელება, სამართლებრივად თუ უშუალოდ, იმ შემთხვევაშიც შეუძლია, თუ სასამართლო განხილვა მის სასამართლოებში ჩატარდა.

²⁴ მრავალ საინვესტიციო პროექტში კერძო ინვესტორსა და სახელმწიფო სააგენტოს შორის მასპინძელ ქვეყანაში, დავის გადაწყვეტილების შესახებ პირობა საინვესტიციო ხელშეკრულებაში, ძირითადად, ეხება მასპინძელ ქვეყანაში არსებულ არბიტრაჟულ სასამართლო განხილვას იქვე არსებული საარბიტრაჟო წესების გათვალისწინებით. ასევე იხ. შენიშვნა 8 და 9.

²⁵ ავტორმა მანამდე გააშუქა ნაშრომი, რომელიც იაპონიის კორპორატიულ სამართალში (რომელიც 2005 წელს იქნა მიღებული) სამხრეთი შერწყმის გაანალიზებას ეხებოდა, ისევე როგორც სამართალწარმოების პროცესს, რომელიც უცხო ქვეყნის ბიზნეს კორპორაციების ლობისტების ზეწოლით წარმოებდა ისევე როგორც იმ ქვეყნებით, რომელთაც, თავის მხრივ, ეს კომპანიები ლობირებდნენ. ამ პირობების მიხედვით, უცხოურ კორპორაციას საშუალება ეძლევა იაპონური კორპორაცია ბევრად უფრო მარტივად მთლიანად უცხოური კომპანიის შვილობილად გახადოს. წინააღმდეგობის სახით, იაპონიის ბიზნეს კორპორაციები აგრეთვე ლობირებენ იპონურ მთავრობას საკანონმდებლო პროცესის დროს მასზედ, რომ აღნიშნული პირობების ოპერირება შეიზღუდოს. მეტი ინფორმაციისთვის იხ. *Hayakawa Y., Gendai Kigyo no Kokusai Business Tenkai kara mita Ho to Kokka, Law and Sovereign States from the viewpoint of Global Business Transactions*, 106 (2) *Kokusaiho Gaikozasshi* 52, 2007.

ბამისი მოლაპარაკების ადეკვატური ბერკეტები არ გააჩნიათ უშუალოდ სახელმწიფოსთან მასზედ, რომ დავა დამოუკიდებელ არბიტრაჟში გადაწყდეს, მათ, ამავდროულად, საშუალება ეძლევათ დაარწმუნონ საკუთარი სახელმწიფო ჩაერთოს პროცესში, რომელიც საქმის განხილვას ინდივიდუალური ინვესტორების ინიცირებით დამოუკიდებელ არბიტრაჟში მოლაპარაკების დანყებისკენ უბიძგებს. ლობირების შედეგად, რიგი განვითარებული ქვეყნები, რომელთაც სუვერენულობაც და მოლაპარაკების მხვრივაც ძლიერი პოზიციები გააჩნიათ ინვესტორი ქვეყნის სახით რიგ განვითარებად ქვეყნებთან არბიტრაჟის ჩატარების პირობებს აქტიურად ათანხმებენ²⁶. შედეგად, ბევრი ორმხრივი საინვესტიციო შეთანხმება დღეს ინვესტორი ქვეყნის მიერ ჩადებულ საინვესტიციო არბიტრაჟის წარმოების შესაძლებლობის შესახებ პირობის ჩართვას გაიზიარებს²⁷.

ინვესტორი ქვეყნის საარბიტრაჟო სქემაში, ის უპირატესობა, რომელიც ქვეყანას სუვერენულობის იმუნიტეტი სთავაზობს, გამორიცხულია. სახელმწიფო აქ მხოლოდ მეორე მხარეა, რომელსაც კერძო ბიზნეს კორპორაციასთან გათანაბრებული სტატუსი გააჩნია. სახელმწიფო საარბიტრაჟო ტრიბუნალს უკვე ვერ გააკონტროლებს ან, ყოველ შემთხვევაში, ვერ გააკონტროლებს მეორე მხარის მიერ შერჩეულ არბიტრს, რომელიც ტრიბუნალის თავმჯდომარედ ინიშნება. საარბიტრაჟო ტრიბუნალი ან, ყოველ შემთხვევაში, ტრიბუნალის უმრავლესობა მხოლოდ საქმესთან დაკავშირებულ ფაქტებს განსაზღვრავს და მათ შესაბამის კანონს შეუფარდება. ამაზე დაყრდნობით, ისინი გადაწყვეტილებებს მიიღებენ: მაგალითად, თუ სახელმწიფომ დაარღვია კონტრაქტი, თავადვე განსაზღვრავენ, თუ რამდენს დააკისრებენ სახელმწიფოს ინვესტორის დასაკმაყოფილებლად მის მიერ განცდილი ზარალის ასანაზღაურებლად. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, საინვესტიციო ხელშეკრულების არბიტრაჟი არის სამართლებრივი იარაღი მასზედ, რომ განვითარებული ქვეყნებისთვის ბოლო დაცვითი ხაზი მოიხსნას.

ინვესტორებისა და განვითარებული ქვეყნების გადმოსახედიდან, სუვერენულობის უპირატესობის მოხსნა (ისევე როგორც მოლაპარაკებისას მომგებიანი პოზიციის განეიტრალება) განვითარებადი ქვეყნისთვის აუცილებელია, რათა დავის გადაწყვეტის პროცესში „სამართლიანი“ განხილვა წარიმართოს.

3. მკაფიო ჩრილოეთ-სამხრეთის პრობლემა

ერთმნიშვნელოვნად არსებობს დიდი სხვაობა მატერიალური დოვლათის მხვრივ განვითარებულ და განვითარებად ქვეყნებს შორის. იმისდა მიუხედავად, რომ რიგი განვითარებადი ქვეყნების ეკონომიკური ზრდა შთამბეჭდავია, უთანასწორობის ჩრდილოეთ სამხრეთის პრობლემა მაინც აღსანიშნავია. ძალიან ბევრი განვითარებადი ბიზნესკორპორაცია განვითარებულ ქვეყნებში იყენებს განვითარებად ქვეყნებს სანარმოო საფუძვლის სახით, რადგან მათ გააჩნიათ იაფი მუშა ხელი და გასაღების ბაზარი წარმოებული პროდუქციისთვის. მაშინაც კი, როცა

²⁶ ერთ-ერთ ნაშრომში ავტორმა მიმოიხილა უცხოური ბიზნეს კორპორაციებისა და იმ მთავრობების საქმიანობა, რომელთაც ბიზნეს კორპორაციები ლიბირებდნენ ტაილანდში ინვესტიციების განსახორციელებლად. მშვიდობიანი შეთანხმებისა და ეკონომიკური თანამშრომლობის შესახებ დოკუმენტი, რომელიც ტაილანდსა და აშშ-ს შორის ისევე, როგორც ტაილანდსა და ავსტრალიას შორის გაფორმდა საშუალებას აძლევს აშშ-ის და ავსტრალიელ ბიზნესკორპორაციებს ტაილანდში შვილობილი კომპანიების ქსელი უფრო მარტივად გაშალონ. ინვესტიციების დაცვისა და ნახალისების შესახებ ხელშეკრულება ტაილანდს, გერმანიასა და ავსტრალიას შორის მოიცავს საარბიტრაჟო პირობას, რომელიც უცხოური ბიზნესკორპორაციებსა და ტაილანდის სახელმწიფოს შორის შესაძლოდ წარმოქმნილ დავებს აგვარებს. მეტი ინფორმაციისთვის იხილეთ შენ. 25.

²⁷ იხ. UNCTAD Quantitative data on bilateral investment treaties and double taxation treaties, <<http://archive.unctad.org/templates/webflyer.asp?intItemID=3150&lang=1>>, [16.05.2012] (აღსანიშნავია ორხმრივი საინვესტიციო ხელშეკრულების მზარდი რიცხვი 385-დან 1989 ში, 2265-მდე 2003-სთვის, რამაც 176 ქვეყანა მოიცავს). იხ., ასევე, ემპირიული კვლევა საინვესტიციო ხელშეკრულებებთან დაკავშირებით, სადაც საინვესტიციო არბიტრაჟის პირობა იყო ჩადებული... *Yackee J. W.*, Conceptual Difficulties in the Empirical Study of Bilateral Investment Treaties, 33 *Brook. J. Int'l L.*, 2007-2008, 405, 427, <<http://www.oecd.org/dataoecd/51/35/44375975.pdf>>.

განვითარებული ქვეყანა უზრუნველყოფს ოფიციალური განვითარების თანამშრომლობის დოკუმენტს (ODA) განვითარებად ქვეყანაში ინფრასტრუქტურის მშენებლობის მიზნით, ბიზნესკორპორაციები განვითარებულ ქვეყანაში, ზოგჯერ, იგივე ინფრასტრუქტურული პროექტის ფარგლებში ძალიან დიდი მოგებას პოულობენ²⁸.

ამ ფონის მიუხედავად, განვითარებული ქვეყნები, შესაძლოა, მოიხიბლონ იმავე ტაქტიკის გამოყენებით, იმისთვის, რომ სწრაფად დაენიონ განვითარებულ ქვეყნებს. ერთ-ერთი ასეთი ტაქტიკაა, მაგალითად, მოიზიდონ ინვესტიციები სხვა უცხოური ქვეყნებიდან მათთვის – მათი საინვესტიციო პროექტებისთვის პრივილიგიურებული პირობების შეთავაზებით, შემდეგ კი – როცა ინვესტორი საკუთარ პროექტს დაასრულებს და მისი შესყიდვა გაცილებით ნაკლებ ფასად მოხერხდება, აღნიშნული პირობები შეცვალონ²⁹. კიდევ ერთი ტაქტიკაა³⁰, მაგალითად, მასპინძელ ქვეყანაში ეროვნული სასამართლოს გამოყენება მხოლოდ ადგილობრივი, ნაციონალური კომპანიების სასარგებლოდ თუკი რაიმე სადავო საკითხი წარმოიქმნება. ხსენებული ხერხები შესაძლებელი ხდება სახელმწიფო როგორც სასამართლო, ისე საკანონმდებლო მექანიზმების ერთობლივი ჩართულობით. სუვერენის ხელისუფლება, რომელიც თეორიულად როგორც განვითარებული, ისე განვითარებადი ქვეყნების სასარგებლოდ მოქმედებს, მნიშვნელოვანი სამართლებრივი ბერკეტია იმ წინააღმდეგობის საპირისპიროდ, რომელიც განვითარებადი ქვეყნებიდან მომდინარეობს.

III. ბიზნესკორპორაციები, რომლებიც საერთაშორისო სამართალს ცვლიან

1. საერთაშორისო სამართლის ორი, ერთმანეთთან კონფლიქტში მყოფი პრინციპი

როცა საუბარია საჯარო საერთაშორისო სამართალზე, სუვერენულობა სახელმწიფოს ყველაზე მნიშვნელოვანი და არსებული მახასიათებელია. თეორიულად, ნებისმიერ სახელმწიფოს თანაბარი სუვერენულობა გააჩნია. ამ მხრივ განვითარებული ქვეყნები განვითარებად ქვეყნებთან ერთად თანაბარ მდგომარეობაში არიან წარმოდგენილები.

საინვესტიციო ხელშეკრულების საარბიტრაჟო საქმეების მკვეთრმა მატებამ საერთაშორისო სამართლის ფარგლებში არსებული სიტუაცია შეცვალა. მას მერე, რაც არსებული ხელშეკრულების ფარგლებში საინვესტიციო არბიტრაჟთან დაკავშირებული პირობა ჩაიდო, სახელმწიფოების შესაძლებლობა საკუთარი სუვერენულობის გავრცობასთან დაკავშირებით შეიზღუდა. არსებული საერთაშორისო სამართლის ერთ-ერთი პრინციპი, სუვერენულობა, შეიზღუდა სამართლებრივი ტაქტიკით, ხოლო მისი ეფექტი ავტორიზებულია არსებული საერთაშორისო სამართლის მეორე პრინციპით – ხელშეკრულებების ეფექტით.

რა დონეზე უნდა შეიზღუდოს სუვერენულობა ხელშეკრულების მიხედვით, რომელიც ამავე ხელშეკრულებით სახელმწიფომ მიიღო? მაგალითად, BIT-ს მიხედვით, ბიზნეს კორპორაციას შეუძლია სახელმწიფოს მიმართ საარბიტრაჟო სარჩელი წამოჭრას, რომელშიაც იგი ფუნქციონირებს. ბიზნეს კორპორაცია არის, ამავდროულად, ასე პროცენტით მეორე კორპორაციის შვილობილი მესამე ქვეყანაში და დედა კორპორაცია მისი, ანუ შვილობილი კორპორაციის ყველა ასპექტს აკონტროლებს. ასეთ შემთხვევაში, ჩაითვლება თუ არა ბიზნეს კორპორა-

²⁸ შესაბამის პირობაზე დამყარებული დახმარების თანაფარდობა; იხ. *Clay E. J., Matthew Geddes and Luisa Natali, Untying Aid: Is it working? An Evaluation of the Implementation of the Paris Declaration and of the 2001 DAC Recommendation of Untying ODA to the LDCs, 2009, 8,* <<http://www.oecd.org/dataoecd/51/35/44375975.pdf>>.

²⁹ მაგალითად, იხ. *Siemens v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3; *Saipem v. Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, etc.

³⁰ იხ. *White Industries Australia v. India* (UNCITRAL Rules, 30 November 2011) and *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/16. (მიუხედავად იმისა, რომ ამ საქმეში ინვესტორი უპირატეს მხარეს არ წარმოადგენდა, ძირითადი საკითხი მდგომარეობდა იმაში, იყო თუ არა, რეალურად, არბიტრაჟის გადაწყვეტილების ადგილობრივი სასამართლოს მიერ ბათილად ცნობის ფაქტი BIT-ს ხელყოფა.)

ცია „ნაციონალურ კორპორაციად“ (მკვიდრად) კონტრაქტული სახელმწიფოს მიერ BIT-ის მიხედვით? გავლენიანი ICSID-ის მიხედვით, ფორმალური მიდგომა, კერძოდ, როცა კორპორაცია არის იმ სახელმწიფოს მკვიდრი, რომელშიაც იგი ფუნქციონირებს, არ აქვს მნიშვნელობა არის თუ არა იგი მესამე ქვეყნის შვილობილი კომპანია ან იმართება მის მიერ, არის სამართლებრივი მხარდაჭერის სუბიექტი³¹. ეს იმას ნიშნავს, რომ თუ BIT-ს ნაციონალობასთან დაკავშირებით რაიმე პირობა განსაზღვრული აქვს, რომელიც ამ ფორმალურ მიდგომას არ ეთანხმება, ამავე პირობის ფარგლებში განსაზღვრული ტესტის გამოყენება³² მიზანშეწონილია. თუ BIT-ს ექსპრეს პირობა არ გააჩნია ან პირობა, რომელიც სახელმწიფოს ფარგლებში „არსებით კონტროლს“ ეხება, კორპორაცია ჩაითვლება მკვიდრად იმ სახელმწიფოში, რომელთანაც ინკორპორირდება³³.

არსებობს არაერთი სამართლებრივი საკითხი, რომელიც განიხილებოდა საინვესტიციო სახელშეკრულებო არბიტრაჟის ფარგლებში, საბოლოოდ, აღნიშნულ საკითხში გამოიხატა: რა დონეზე უნდა შეიზღუდოს სახელმწიფო სუვერენიტეტი დადებული ხელშეკრულების საფუძველზე? ამ შეკითხვისთვის პასუხის გასახემად საარბიტრაჟო სასამართლოს არაერთი დადგენილება უფრო მეტად ხელშეკრულების ეფექტების სასარგებლოდ შემუშავდა, ვიდრე თავად სუვერენულობის დოქტრინის მიმართ³⁴.

³¹ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, (2005) 20 ICSID Rev-FILJ 205.

³² BIT-ს რიგი, ბრიტანული მოდელის ჩათვლით, ინკორპორირების მიდგომას იზიარებს, მაშინ როცა სახელმწიფო კორპორაციები არიან კორპორაციები, ფირმები და ინკორპორირებული ასოციაციები სახელმწიფოს ნებისმიერ კუთხეში სამართლებრივად განმტკიცებულნი; იხ., <<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/69%20volume%203.pdf>> მეორე მხრივ, BIT-ს ნაწილი ერთ ან რადენიმე ტესტს საჭიროებს, აშშ-ის 2004 წლის BIT-ის მოდელის ჩათვლით <<http://italaw.com/documents/USmodelbitnov04.pdf>> ან კიდევ არსებითი ეკონომიკური საქმიანობის ადგილას სხდომის გამართვით, BIT-ში ლანკის მოდელი <<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/136%20volume%205.pdf>>.

³³ მიუხედავად იმისა, რომ იაპონიასა და ჩეხეთის რესპუბლიკას BIT არ აქვთ, იაპონიის კორპორაციამ შეძლო ჩეხეთის წინააღმდეგ საარბიტრაჟო სარჩელის შეტანა. იაპონურმა კორპორაციამ (Nomura Ssecurities) ჰოლანდიაში ჩამოაყალიბა შვილობილი კომპანია (Saluka Investments BV), ხოლო მან, თავის მხრივ, ინვესტიციები ჩეხეთში დააბანდა. მას მერე, რაც წარმოიქმნა დავა, შვილობილ კომპანიას ჩეხეთის წინააღმდეგ საარბიტრაჟო სარჩელის შეტანის უფლება მიეცა იმ BIT-ის საფუძველზე, რომელიც ჰოლანდიასა და ჩეხეთის რესპუბლიკას შორის არსებობდა. მეტი ინფორმაციისთვის იხ. <<http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf>>, განსაკუთრებით 229-230.

³⁴ ავტორი კვლევით პროექტში რიგ ექსპერტებთან ერთად ერთვება, მათ შორისაა მოქმედი იურისტები და ბიუროკრატები, სადაც ციფრებით მიმდინარე რეჟიმში ICSI-ს გადანყვეტილებათა გაანალიზება მიმდინარეობს ისევე, როგორც სხვა საარბიტრაჟო გადანყვეტილებების, ასევე ამ საქმეების გადახედვა რეგულარული რეჟიმით წარმოებს. იმისთვის, რომ იაპონიის ბიზნესკორპორაციები და მოქმედი იურისტები საინვესტიციო სახელშეკრულებო არბიტრაჟით დაინტერესდნენ, საქმეების მიმოხილვა მათთვის იაპონურ ენაზე მოხსენებებში ყოველთვიურად წარმოებს (იურიდიული ჟურნალით), მეტი ინფორმაციისთვის იხ. *Hamamoto Sh., Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, (ICSID Case No. ARB/98/2, JCA Journal), Vol. 56 (10), 4, 2009; *Okuda Y., Plama Consortium Ltd v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), JCA Journal, Vol. 56 (11), 10, 2009; *Araki I.*, “Continental Casualty Co v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/09),” JCA Journal, Vol. 56 (12), 2, 2009; *Ogawa K.*, “Occidental Exploration and Production Co v. Republic of Ecuador (ICSID Case No. ARB/06/11),” JCA Journal, Vol. 57 (1), 36, 2010; *Yamamoto Sh.*, “Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/04/13),” JCA Journal, Vol. 57 (2), 8, 2010; *Iguchi N.*, “Societe General v. Dominican Republic (LCIA Case No. UN7927),” JCA Journal, Vol. 57 (3), 10, 2010; *Idei N.*, “Perenco Ecuador Ltd v. Republic of Ecuador (ICSID Case No. ARB/08/6),” JCA Journal, Vol. 57 (3), 19, 2010; *Nomiyama Y.*, “Malaysian Historical Salvors Sdn., Bhd. v. Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10),” JCA Journal, Vol. 57 (4), 26, 2010; *Hayakawa Y.*, “Sempra Energy International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16),” JCA Journal, Vol. 57 (5), 19, 2010; *Hayakawa Sh.*, “L.E.S.I. S.p.A. & ASTALDI S.p.A. v. Algeria (ICSID Case No. ARB/05/3),” JCA Journal, Vol. 57 (6), 20, 2010; *Suzuki I.*, “Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh (ICSID Case No. ARB/05/7),” JCA Journal, Vol. 57 (7), 18, 2010; *Nishimoto K.*, “Renta 4 SVSA, Ahorro Co v. Russia (SCC Case No. 24/2007),” JCA Journal, Vol. 57 (8), 18, 2010; *Ishikawa T.*, “Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID Case No. ARB/03/29),” JCA Journal, Vol. 57 (9), 26, 2010; *Yamamoto Sh.*, “Romak S.A. v. Uzbekistan (PCA Case No. AA280),” JCA Journal, Vol. 57 (10), 16, 2010; *Hamamoto Sh.*, “Sempra Energy International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16),” JCA Journal, Vol. 57 (10),

2. საერთაშორისო სამართლის ფარგლებში გადაწყვეტილების მიმღები თანამეგობრობის სახეცვლილება

რა არის იმის მიზეზი, რომ მრავალი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება საინვესტიციო ხელშეკრულების სასარგებლოდ იქნა მიღებული. ერთ-ერთი პასუხი არის საერთაშორისო სამართალში გადაწყვეტილებების მიმღები ორგანოს მიერ პოზიციის შეცვლა (მასში შემავალი ნევრების). ფაქტობრივად, საინვესტიციო არბიტრაჟის საქმეებზე მომუშავე მრავალი არბიტრი პროფესიონალია, სწორედ ის პირები, რომლებიც საზღვრის ორივე მხარეს არსებული კომპანიების ბიზნეს დავებზე³⁵ მუშაობდნენ. კერძო ბიზნეს სამყაროში ბიზნეს კონტრაქტის სავალდებულო პირობები ყველაზე ყურადსაღები (გასათვალისწინებელი) სინამდვილეა. თუ არბიტრი უცაბედად კერძო სამართალში „სალი აზრის“ პრინციპს დაეყრდნობა, ასეთ შემთხვევაში კონტრაქტის პირობები კერძო კონტრაქტის სუბიექტებად ითარგმნება. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, „სალი აზრი“ საერთაშორისო კომერციულ არბიტრაჟში საერთაშორისო სამართლის არსებულ წესრიგში ცვლილების მომტან ფენომენად გვევლინება.

მაგრამ როგორ შეიძლება დაინახოთ ეს „შეჭრა“? რატომ გახდა კომერციული არბიტრაჟის არბიტრი ასეთი გავლენიანი ფიგურა საერთაშორისო სამართლის სივრცეში?

არაა რთული ავხსნათ, თუ რატომ გახდა არბიტრი, რომელიც მეტწილად საერთაშორისო კომერციულ არბიტრაჟში მუშაობდა, აღნიშნულ სფეროში ასეთი გავლენიანი პირი. არბიტრაჟის სისტემაში, საინვესტიციო სახელშეკრულებო არბიტრაჟის მოსარჩელე პირი, მაგალითად, კერძო ბიზნეს კომპანია, თავად ირჩევს არბიტრს. კომპანია ცდილობს შეარჩიოს ისეთი არბიტრი, რომელსაც მნიშვნელოვანი რელევანტური გამოცდილება და ცოდნა გააჩნია, განსაკუთრებით საერთაშორისო კომერციულ არბიტრაჟში, რომელსაც ბიზნეს კორპორაციები საზღვრის ორივე მხარეს წარმოქმნილი ბიზნეს დავების მოგვარების საშუალებად იყენებენ³⁶. ბუ-

25, 2010; Suzuki I., “Giovanna A Beccara and Others v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/5),” JCA Journal, Vol. 57 (11), 20, 2010; Araki I., “Merrill & Ring Forestry v. Canada (UNCITRAL Case),” JCA Journal, Vol. 57 (11), 29, 2010; Iguchi N., “Vito G. Gallo v. Canada (Permanent Court of Arbitration),” JCA Journal, Vol. 57 (12), 11, 2010; Ogawa K., “ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/08/2),” JCA Journal, Vol. 57 (12), 18, 2010; Hayakawa Y., “Mobil Corporation and Others v. Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/27),” JCA Journal, Vol. 58 (1), 28, 2011; Inose T., “Europe Cement Investment and Trade S.A. v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB(AF)/07/2),” JCA Journal, Vol. 58 (2), 18, 2011; Ogawa K., “Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Corporation v. Grenada (ICSID Case No. ARB/10/6),” JCA Journal, Vol. 58 (3), 28, 2011; Ishikawa T., “Chemtura Corporation v. Canada (UNCITRAL Case),” JCA Journal, Vol. 58 (4), 28, 2011; Hamamoto Sh., “Malicorp Limited v. Republic of Egypt (CIRDI No. ARB/08/18),” JCA Journal, Vol. 58 (5), 27, 2011; Idei N., “Fraport AG Frankfurt Airport Service Worldwide v. Republic of the Philippines (ICSID Case No. ARB/03/25 (Annulment Procedure)),” JCA Journal, Vol. 58 (6), 30, 2011; Yamamoto Sh., “Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., Jerry Montour, Arthur Montour, Kenneth Hill v. United States of America (UNCITRAL Rules),” JCA Journal, Vol. 58 (7), 32, 2011; Araki I., “Yury Bogdanov v. Republic of Moldova, SCC Arbitration No. V (114/2009),” JCA Journal, Vol. 58 (8), 46, 2011; Inose T., “Eureko B.V. v. The Slovak Republic, PCA Case No. 2008-13 (UNCITRAL Rules)”, JCA Journal, Vol. 58 (9), 32, 2011; Suzuki I., “Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18”, JCA Journal, Vol. 58(10), 34, 2011; Iguchi N., “GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/16”, JCA Journal, Vol. 58(11), 40, 2011; Koyama T., “Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia (UNCITRAL Rules),” JCA Journal, Vol. 58(12), 46, 2011; Hamamoto Sh., “Italian Republic v. Republic of Cuba”, JCA Journal, Vol. 59(2), 22, 2012; Hayakawa Y., “Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17”, JCA Journal, Vol. 59(3), 14, 2012; Ishido Sh., “Hochtief AG v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/31”, JCA Journal, Vol. 59(4), 22, 2012.

³⁵ არაა რთული, დაავადგინოთ, თუ ვინ იყო არბიტრი თითოეულ ICSID გახსნილ საქმეში; იხ. <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=ViewAllCases>>.

³⁶ იმ მასალების გაცნობით, სადაც, რეალურად, დადგინდა, თუ ვინ იყო არბიტრი თითოეულ ICSID გახსნილ საქმეზე, ნათელია, რომ კონკრეტული არბიტრების რიცხვი, ხშირად, ინიშნებოდა მხოლოდ მოპასუხეების მიერ როგორც მხარის (მოპასუხის) მიერ დანიშნული არბიტრის სახით. მსგავსად, მოსარჩელე, ანუ კერძო ბიზნეს კორპორაცია ცდილობს დანიშნოს მოქმედი იურისტი, რომელიც აქტიურად მუშაობდა არბიტრის ან კოლეგიის წევრის სახით საერთაშორისო კომერციულ არბიტ-

ნებრივია, რომ ბიზნეს კორპორაციები შეეცდებიან დანიშნონ ისეთი არბიტრი, რომელსაც გააჩნია უნარი მარტივად გაიგოს საინვესტიციო პროექტის ფაქტობრივი ისტორია (ფონი), ბიზნესკორპორაციის რეალური ჩანაფიქრი აღნიშნული პროექტის ფარგლებში და თავად დავის წარმოშობის მიზეზი³⁷.

გარდა ამისა, ტრიბუნალის თავმჯდომარეს უნდა გააჩნდეს უნარი და გამოცდილება სწორად წარმართოს საარბიტრაჟო პროცესის პროცედურები, რაც არაერთი საარბიტრაჟო პროცესის მოთხოვნას წარმოადგენს. ასეთი ადამიანური რესურსები შესაძლებელია მარტივად ვიპოვოთ საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის სფეროში, სადაც საქმეების საკმაოდ დიდი რაოდენობა იხილება.

ამგვარად, არბიტრების დანიშნვის პროცესი მხარეებს შორის არსებული დავის პირობებში, განსაკუთრებით ბიზნეს კორპორაციების ქცევა, საერთაშორისო სამართლის ფარგლებში გადაწყვეტილების მიმღებთა კოლეგიის ხედვაში შესაბამის გავლენას ახდენს. ასევე, იცვლება მთელი გადაწყვეტილების მიმღები თანამეგობრობის პოზიციაც; სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ახალი პერსპექტივის შემოტანა და საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის დაშვება საჯარო საერთაშორისო სამართლის სივრცეში ასევე ამ ცვლილების შედეგია.

3. სახელმწიფოები განვითარებულ ქვეყნებში, ასევე, ერთმანეთთან კონკურენციაში იმყოფებიან

განვითარებულ ქვეყნებში სუვერენულობის გარკვეული გამოვლინების ტიპი ასევე შეზღუდულია საერთაშორისო სახელშეკრულებო საინვესტიციო რეჟიმის მიხედვით. ასეთი ტიპის არბიტრაჟი მუშაობს კერძო სამართლის ე. წ. „სალი აზრის“ შემოჭრით საერთაშორისო სამართლის პრაქტიკაში.

გარდა ამისა, არ უნდა დაგვავინწყდეს, რომ განვითარებული ქვეყნებიც კი კერძო ბიზნეს კორპორაციებისთვის დახმარების განწვევისათვის მიმართულ ზენოლას განიცდიან. თანამედროვე მსოფლიოს ბიზნეს გარემოში, ბიზნესკორპორაცია მარტივად აფუძნებს შვილობილ კომპანიას უცხო ქვეყანაში, როგორც ერთგვარ პლატფორმას შემდგომი ინვესტირებისათვის – თუკი ის თვლის, რომ ეს ქვეყანა მისთვის საიმედო ბიზნეს გარემოს სთავაზობს³⁸. აუცილებლობის შემთხვევაში, ბიზნესკორპორაციას შეუძლია სათაო ოფისი უცხო ქვეყანაში გადაიტანოს. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, განვითარებული ქვეყნების სახელმწიფოები ზოგჯერ ქვეყნიდან მსხვილი გადამხდელების გადინების რისკს განიცდიან და, შესაბამისად, იძულებულნი ხდებიან მათთან რიგ საკითხებზე ითანამშრომლონ. შესაბამისად, ინვესტიციების მოსაზიდად განვითარებული ქვეყნები ერთმანეთთან კონკურენციაში იმყოფებიან.

განვითარებულ ქვეყნებში კონკურენცია მიმდინარეობს, ისინი ცდილობენ კერძო ბიზნესკორპორაციების ზენოლით საერთაშორისო სამართლის კუთხით ახალი სამართლებრივი წესრიგი შექმნან.

ბოლო შენიშვნები

საარბიტრაჟო სამუშაო ჯგუფის ბოლო საქმიანობის მახასიათებლებია (UNCITRAL) განსაკუთრებით 45 დან 52 სესიებამდე, იგივე ბაჰრეინში შესაბამისი სამართლებრივი ბაზის პროცესში არსებული ჩართულობა. ბაჰრეინის ოფიციალური დელეგატი თავად ამ ქვეყნის მკვიდრი არ იყო. ის ერთ-ერთი დიდი ბრიტანული იურიდიული ფირმის ტოპ პარტნიორი იყო, რო-

რაჟში – როგორც მოსარჩელე მხარის მიერ დანიშნული არბიტრი. მეტი მასალისთვის გადაამოწმეთ 35 შენიშვნით მოყვანილი მონაცემთა ბაზა (ვებგვერდზე).

³⁷ კოლეგიის მუშაობის სტანდარტული ნაწილია გამოიკვლიოს ის დეტალები პოტენციური არბიტრებისა, რომელიც მათ ისტორიას და საქმისადმი მიდგომას გულისხმობს და თუ ასეთებად შეირჩევიან – მათი ხედვის შესახებაც ინფორმაცია გაიღოს. იხ. *Hayakawa Y.*, JCA Journal, Vol. 58 (5), 2010, 5.

³⁸ იხ. შენიშვნა 26.

მელსაც მსოფლიო დონის პრაქტიკა გააჩნდა და სხვადასხვა დიდ ბიზნესკორპორაციებს წარმოადგენდა. არის, ამრიგად, ბაჰრეინის ჩართულობა გაეროს საკანონმდებლო პროცესში უშუალოდ ბაჰრეინის სახელმწიფოს ჩართულობის ტოლფასი? ან იქნებ სახელმწიფო ჩართულობა პირდაპირი მონაწილეობის მაჩვენებელია კერძო ბიზნეს სამართლის ფორმებისა თუ ბიზნეს კორპორაციების გაეროში საკანონმდებლო პროცესის მიმდინარეობისას³⁹?

ეს მაგალითი ხაზს უსვამს იმას, რომ საინვესტიციო სახელშეკრულებო არბიტრაჟის გარშემო საერთაშორისო სამართალმა არსებული ცვლილებები განიცადა – არა მხოლოდ რეჟიმის გამოყენების თვალსაზრისით, არამედ უშუალოდ საკანონმდებლო მხრივაც. საინვესტიციო სახელშეკრულებო არბიტრაჟის გათვალისწინებით არსებული სამართლებრივი წესრიგი საერთაშორისო სამართალში წარმოადგენს გამონწვევას ბიზნეს კორპორაციებისთვის.

უნდა მოვეკიდოთ ამ ფენომენს, როგორც წინ გადადგმულ ნაბიჯს? თუ მივიჩნით იგი ქაოსად? ეს ფენომენი სხვა სფეროებზეც გავცელდება? როგორ უნდა შევხვდეთ ასეთი ტიპის გამონწვევებს?

³⁹ UNICITRAL-ის სამუშაო საარბიტრო ჯგუფი UNICITRAL-ის წესების გადახედვაზე მუშაობდა 45-ე სესიიდან მოყოლებული, სექტ. 11-15 2006 – 52 სესიამდე (2010 წლის 1-5 თებერვალი). აღნიშნული წესები, პროცედურული წესების სახით, სერიოზულ ვარიანტს წარმოადგენს საინვესტიციო სახელშეკრულებო არბიტრაჟის საქმეში. წესების გადახედვა კრიტიკული მნიშვნელობისაა მათთვის, ვინც საინვესტიციო სახელშეკრულებო არბიტრაჟის სფეროშია ჩართული. მეტი ინფორმაციისთვის იხ., <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html>.

The Lawyer's Duties and Responsibilities in Dispute Resolution Good Faith in Mediation – Requested, Recommended, or Required? A New Ethic

I. Introductory Considerations

The use of alternative dispute resolution (ADR) and specifically mediation¹ has increased remarkably over the last 20 years.² While other ADR processes such as arbitration,³ neutral case evaluation,⁴ and the summary jury trial⁵ have been used increasingly more often, particularly within the court system,⁶ mediation has become the most widely used.⁷ And although the use of mediation is not without criticism,⁸ particularly within family law matters,⁹ the mediation boom continues.¹⁰ As a catalyst for, and a result of, the expanded use of mediation, a plethora of laws have been enacted, having increased from just over 500 pages of edited statutes in a primary text on the subject in 1989¹¹ to over 2000 statutes in 1995.¹² Integration of ADR processes within the justice system also has been a recent development, assisted by the enactment of court rules and orders mandating ADR use.¹³

* Law Professor, ADR Expert, B.S. at Ohio State University, J.D. at Capital University School of Law in Columbus, Ohio.

¹ While much of the literature and therefore the references in this article are concerned with ADR generally, this paper's focus is primarily on the mediation process. Effort is made to be specific throughout this discourse since mediation is such a different and unique process as compared to the legal system. Although a good faith element probably would do no harm in the other ADR processes, its presence in mediation is paramount.

² See *Resnik J.*, Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 10, 1995, 211, 218.

³ Arbitration is an adversarial process by definition since the neutral makes a decision. See *Goldberg et al.*, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*, 2nd ed., 1992, 199-200.

⁴ See generally *Levine D. I.*, Early Neutral Evaluation: A Follow-up Report, *Judicature*, Vol. 70, 1987, 236 (assessing the Northern District of California's experimental program of early neutral evaluation); *Rosenberg J. D.*, *Folberg H. J.*, Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis, *Stan. L. Rev.*, Vol. 46, 1994, 1487. (discussing the origins and development of early neutral evaluation).

⁵ For general discussion and background of the summary trial process, see *Alfini J.*, Summary Jury Trials in State and Federal Courts: A Comparative Analysis of the Perceptions of Participating Lawyers, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 4, 1989, 213; *Posner R. A.*, The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations, *U. Chi. L. Rev.*, Vol. 53, 1986, 366; and *Vidmar N.*, *Rice J.*, Jury-Determined Settlements and Summary Jury Trials: Observations about Alternative Dispute Resolution in an Adversary Culture, *Fla. St. U. L. Rev.*, Vol. 19, 1991, 89.

⁶ See *Katz L. V.*, Compulsory Alternative Dispute Resolution and Volunteerism: Two-Headed Monster or Two Sides of the Coin?, *J. Disp. Resol.*, 1993, 1, 13; *Resnik*, supra note 2, at 218.

⁷ See *Lande J.*, How Will Lawyering and Mediation Practices Transform Each Other?, *Fla. St. U. L. Rev.*, Vol. 24, 1997, 839; *Stempel J. W.*, Reflections on Judicial ADR and the Multi-Door Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Overture or Fledgling Adulthood?, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 11, 1996, 297, 352-53.

⁸ See *Brinig M. F.*, Does Mediation Systematically Disadvantage Women?, *Wm. & Mary J. Women & L.*, Vol. 2, 1995, 1, 6; *Delgado R. et al.*, Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution, *Wis. L. Rev.*, 1985 1359, 1361; *Fiss O. M.*, Against Settlement, *Yale L. J.*, Vol. 93, 1984, 1073, 1075; *Grillo T.*, The Mediation Alternative: Process Dangers for Women, *Yale L. J.*, Vol. 100, 1991, 1545, 1549.

⁹ See *Bryan P. E.*, Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power, *Buff. L. Rev.*, Vol. 40, 1992, 441, 443.

¹⁰ States are continuing to enact statutes and implement new programs. See, e.g., N.C. Sup. Ct. R. 1991, 1-10 (amended 1996) (implementing mediated settlement conferences in superior court civil actions).

¹¹ See *Rogers N. H.*, *McEwen C. A.*, *Mediation: Law, Policy, & Practice*, 2nd ed., 1994, § 13:01.

¹² See *id.*

¹³ See generally *Sherman E. F.*, Court-Mandated Alternative Dispute Resolution: What Form of Participation Should Be Required?, *SMU L. Rev.*, Vol. 46, 1993, 2079 (discussing the responsibilities of parties and their attorneys to participate in mandatory ADR).

With such an expansion of ADR, particularly within the court system, we have witnessed the initial development of the “law of ADR.” That is to say, as these ADR processes have become more common within courts, the influence of the court system on ADR has been seen and felt dramatically. This court influence is evidenced by a growth in rules, procedures, and regulation in ADR, which makes these alternative processes more closely resemble procedural aspects of litigation.¹⁴ One scholar has even recently labeled this entire new culture “liti-mediation”¹⁵ where lawyers see mediation as merely another step or means in the litigation process by which the cases are brought to conclusion.

While some look at the legalization of ADR with a critical eye,¹⁶ others see it as inevitable, noting that the litigation system and ADR have common elements.¹⁷ The wisdom or irony of developing the practice and regulation of an alternative, by the very system that it set out to be an alternative to, can be debated at length. However, with regard to this article, I must move beyond that issue, and operate under the assumption that courts and legislatures will continue to decide many of the primary and crucial issues concerning ADR use, and in particular mediation. Admittedly, “satellite” litigation surrounding ADR use has not been substantial,¹⁸ and few cases exist on issues such as Rule 16 good faith participation in pretrial conference¹⁹ and other such related matters. But as ADR continues to be integrated within the court system, one can assume that unless something dramatic occurs immediately, as issues arise, they will be decided by courts and other rule-making bodies.²⁰ Recognizing that courts and legislatures are not the ones most familiar with ADR processes, it is hoped that educating those entities might result in more informed decisions and precise statutes. But first the issues which arise within the context of these practices must be addressed by those most familiar with it – the practitioners, theorists, and academics.²¹ It is with that goal that I have written this Article. It is an attempt to examine one crucial issue involved in the practice of mediation – good faith participation – and to provide an in-depth examination of how such a requirement could and should be enacted and implemented.

Much of the literature in the ADR field is focused on neutrals and their behavior. For example, recent issues include the establishment of standards and ethics which will guide the neutral's conduct in a mediation or arbitration;²² who should or might regulate the practice of ADR;²³ and what training and background neutrals must possess.²⁴

¹⁴ See *Rogers & McEwen*, supra note 11, § 3:6.

¹⁵ See *Lande*, supra note 7, at 3-4.

¹⁶ See *Menkel-Meadow C.*, Pursuing Settlement in an Adversarial Culture: A Tale of Innovation Co-opted or “The Law of ADR”, Fla. St. U. L. Rev., Vol. 19, 1991, 1, 12; see also *Rogers & McEwen*, supra note 11, §§ 1:04, 13:01.

¹⁷ See *Sherman*, supra note 13, at 2082.

¹⁸ The states of Texas and Florida, and more recently Indiana, primary leaders in the use of mandatory mediation in civil cases, have reported cases which address practices and procedures in mediation.

¹⁹ See *Sherman*, supra note 13, at 2089.

²⁰ For a consideration of who should be making decisions about what real mediation is and, in particular, how it is practiced, see generally *Kovach K. K.*, What Is Real Mediation, and Who Should Decide?, A.B.A. Disp. Resol. Mag., Vol. 3, 1996, 5.

²¹ Although some individuals possess all three perspectives, it is important that all aspects are adequately represented which ideally enhances the thought, discussion, debate, and decision-making processes.

²² Several attempts to enact Ethics and Standards of Conduct have been made. See, e.g., Fla. Sup. Ct. R. 10.120 (discussing rules for certified and court-appointed mediators); Model Standards of Conduct for Mediators (1995) (adopted by the ABA Section of Dispute Resolution, the Society of Professionals in Dispute Resolution, and the American Arbitration Association); Ethical Guidelines for Mediators (Alternative Dispute Resolution Section of the State Bar of Texas 1994); Code of Professional Conduct (Colorado Council of Mediation Org. 1982) in Christopher W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict* (1986).

²³ Differences of opinion exist on this issue, which is made more difficult because neutrals come from so many different primary or prior professions. Some attempts at regulation have been made by state supreme courts such as in Florida, Virginia, and North Carolina. See Fla. Sup. Ct. R. 10.120-150 (1992). These are often criticized by those not within the legal profession.

²⁴ Difficulties arise because of the lack of consistency in training and education requirements. See *Folberg J.*, Certification of Mediators in California: An Introduction, U.S.F. L. Rev., Vol. 30, 1996, 609, 609-10 (discussing a trend in California toward certification of mediators, rather than licensure); Society of Professionals in Dispute

My focus is not, however, on the neutral mediator or her behavior. Rather, it is on the other participants,²⁵ particularly the lawyer-representatives.²⁶ As the way we approach dispute resolution changed, literature became abundant with articles about the effect on courts and the legal system,²⁷ the parties,²⁸ and even the role of the lawyer as mediator.²⁹ Although lawyers were given new methods for addressing the disputes of their clients, very little was provided in the way of guidance.³⁰ It appeared that the advocates and other parties participating in a new and foreign process were expected to, almost automatically, change their behavior to conform to the nuances of the process. Such has not been the case. Even law schools, whose task, at least in part, is to prepare the student for practice,³¹ have steadily increased the course offerings on ADR topics; yet the focus is either an overview of the ADR universe, or the development of mediator skills in a clinical context.³² No courses or other law school activity, with one exception,³³ is focused on the role of the lawyer advocate in mediation. Yet upon graduation and licensure, many new lawyers, particularly in the states of Texas, Florida, California, North Carolina, and Virginia will find themselves in mediations more often than in depositions. While it is partially the responsibility of the

Resolution (SPIDR), Ensuring Competence and Quality in Dispute Resolution Practice, Report No. 2 of the SPIDR Commission on Qualifications (1995) [hereinafter SPIDR Report].

²⁵ The term “participant” is used to refer to all those participating in the mediation, other than the mediator.

²⁶ The term “lawyer-representative” is used to distinguish the attorney who represents a party in a mediation from the attorney who serves as the mediator. See also infra note 36 and accompanying text.

²⁷ See generally *Kakalik J. S. et al.*, An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation Under the Civil Justice Reform Act, 1996; *Gilson R. J., Mnookin R. H.*, Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict between Lawyers in Litigation, *Colum. L. Rev.*, Vol. 94, 1994, 509 (exploring dilemma of prisoners in ADR the process); *Menkel-Meadow C.*, Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases), *Geo. L. J.*, Vol. 83, 1995, 2663 (discussing how to know when to support or oppose a settlement).

²⁸ See *McEwen C. A., Maiman R. J.*, Mediation in Small Claims Court: Achieving Compliance Through Consent, *L. & Soc’y Rev.*, Vol. 18, 1984, 11, 11 (associating the likelihood that parties will live up to their agreements more in mediation than in adjudication); *Pearson J., Thoennes N.*, Divorce Mediation: Reflections on a Decade of Research, in *Mediation Research: The Process and Effectiveness of Third-Party Intervention*, Kenneth Kressel & Dean G. Pruitt eds., 1989, 9, 9-10 (discussing the use of non-adversarial approaches in contested child custody cases); *Roehl J. A., Cook R. F.*, Mediation in Interpersonal Disputes: Effectiveness and Limitations, in *Mediation Research: The Process and Effectiveness of Third-Party Intervention*, Kenneth Kressel & Dean G. Pruitt eds., 1989, 31, 32 (discussing the effectiveness of resolution of disputes between conflicting parties).

²⁹ See *Riskin L. L.*, Toward New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation, *Ariz. L. Rev.*, Vol. 26, 1984, 329, 329-30; *Riskin L. L.*, Mediation and Lawyers, *Ohio St. L. J.*, Vol. 43, 1982, 29, 29-30 [ᲑᲗᲗᲗᲗᲗ Riskin, Mediation and Lawyers] (identifying mediators as the primary method to resolve disputes and lawyers growing involvement in this method of dispute resolution); *Zerhusen K. A.*, Reflections on the Role of the Neutral Lawyer: The Lawyer As Mediator, *Ky. L.J.*, Vol. 81, 1992-93, 1165, 1166.

³⁰ Very little has been written directed to the lawyer advocate. But see *Galton E. R.*, Representing Clients in Mediation, 1994, vii-xi (providing insight to trial lawyers in the mediation process); *Murray J. S. et al.*, *Processes of Dispute Resolution*, 2nd ed. 1996 (focusing on the role of lawyers in alternatives to litigation, such as negotiation, mediation, and arbitration); *Plimpton D.*, Mediation of Disputes: The Role of the Lawyer and How Best to Serve the Client’s Interest, *Me. B. J.*, Vol. 8, 1993, 38, 38, 40-44 (discussing the evolving role of ADR and a brief overview of various ADR options to help focus the role of the lawyer in a mediated dispute).

³¹ See *Legal Education and Professional Development - An Educational Continuum*, Report of the Task Force on Law Schools and the Profession: Narrowing the Gap 233-72 ABA Sec. Legal Educ. & Admissions to B., 1992 (addressing the role of law schools in educating future lawyers on alternatives to conventional lawyering) [hereinafter MacCrate Report].

³² See *Stark J. H.*, Preliminary Reflections on the Establishment of a Mediation Clinic, *Clin. L. Rev.*, Vol. 2, 1996, 457, 458. A Report of the AALS (Association of American Law Schools) Clinical Section indicates that some law schools have mediation clinics where the students are able to mediate cases. Most of these schools also have a ADR survey course offered at least once a year. (on file with author).

³³ I personally, due to the suggestion of *Ed Sherman*, now Dean of Tulane Law School, and the urging of *Nancy Rogers*, Associate Dean at the Ohio State University College of Law, created and conducted a statewide “Mediation Competition,” along the line of the other moot court activities which provide law students an opportunity to practice and exhibit skills involved in representing clients in mediation. The focus of the competition, which was conducted as other competitions, was not, of course on the mediator, but rather on the lawyer advocate and his effectiveness in the mediation. It is hoped that eventually the competition will gain national status and become sponsored by the ABA Law School Divisions.

organized bar and CLE providers to offer this practical education,³⁴ to do so is difficult since they, for the most part, are unfamiliar with the process.

Mediation provides a different paradigm for dispute resolution — one which includes collaboration, creativity, and often cooperation.³⁵ Participants, and in particular attorney-advocates³⁶ find that old behaviors are no longer helpful nor appropriate. In fact, previously learned tactics can often damage the potential for resolution.³⁷ I recognize that changing, almost overnight, the mindset and behavior of lawyers, is a most formidable task. Yet if mediation is to survive as an alternative and fulfill any of the expectations, objectives, and goals of the process, which range from cost and time savings to satisfaction in settlement and empowerment, then the way the process is approached must be changed. The participants, the parties, and the lawyers must not be able to use the process to gain adversarial advantage which intentionally disadvantages other parties. This contradicts the goal of attaining a mutually satisfactory solution. Mediation, even within the context of the legal system, should maintain certain characteristics if it is to be a separate, viable alternative to adjudication.

Otherwise, mediating will be left as nothing but another pretrial procedural hoop in the litigation process. While litigation itself is not inherently bad or wrong,³⁸ mediation became prominent because it offered a very different alternative. The litigation system, based on the win-lose dichotomy, encourages an adversarial approach. Conversely mediation relies on an interest-based collaborative approach to problem solving. These differences need to be maintained and even emphasized so that each process retains its individual identity and the two are not confused or blended. Each process can then achieve its objective, whether determining a winner and loser or alternatively reaching a mutually satisfactory agreement. Parties to a dispute are then able to select that process which they determine best for resolution of the matter.³⁹

In order to maintain the integrity of the mediation process, the conduct of the participants must be consistent with its goals and objectives. Should participation in mediation include specifically a demonstration of good faith? In essence, can good faith participation be expected of the participants? Can the presence of good faith in the process influence the parties' participation? And if so, should it be merely requested, be recommended or be required?

II. Mandatory Mediation and Accompanying Issues

A. The Conceptual Framework

Issues of participation in mediation, and in particular good faith, are intertwined with the subject of mandatory or compulsory participation in ADR.⁴⁰ While controversial, and in some jurisdictions still unsettled, mandatory mediation is on the increase.⁴¹ However, this article will not continue the debate about

³⁴ See *MacCrate Report*, supra note 31, at 273-317.

³⁵ This is of course assuming the facilitative and “all-gain” view of the process. See infra notes 194-99 and accompanying text (discussing various parties' goals in the mediation process).

³⁶ “Attorney-advocates” is the term I use to designate those attorneys who participate in mediation in the role of representative of one of the parties. Attorneys may also participate in mediation as a party or often serve as the mediator. The focus here, however, and of this paper is on the attorney advocate — her duties and responsibilities.

³⁷ One must realize that in mediation it takes the agreement of the person across the table to reach a resolution.

³⁸ But see *Menkel-Meadow C.*, *The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World*, *Wm. & Mary L. Rev.*, Vol. 38, 1996, 5, 6 (arguing that the adversary system is inadequate for satisfying important goals of any legal or dispute resolution system).

³⁹ See generally *Sander F. E. A., Goldberg S. B.*, *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure*, *Negotiation J.*, Vol. 10, 1994, 49 (detailing methods of matching ADR processes with specific case characteristics).

⁴⁰ See *Katz*, supra note 6, at 1-2; *Nelle A.*, *Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework*, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 7, 1992, 287, 304; *Resnik*, supra note 2, at 218-19; *Sherman*, supra note 13, at 2085-86; *Winston D. S.*, *Comment, Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: “You Can Lead A Horse to Water....”*, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 11, 1996, 187, 188.

⁴¹ See N.C. Gen. Stat. § 7A-38.1(f) (1995) (requiring parties and their representatives to attend a pretrial mediated

the merits of mandatory versus voluntary mediation but rather, will focus on the parties' behavior once at the mediation. It can be assumed that if good faith is necessary, it should be present in either a mandatory or voluntary context. While the focus of other discussions of good faith has been court-ordered mediation,⁴² which, for obvious reasons, is the situation where good faith can be enforced, it should not be limited. Although some commentators believe that mediation can be a different process depending upon how it is conducted,⁴³ others urge that mediation be a constant process across contexts.⁴⁴ Whether the dispute has been legalized⁴⁵ should not make a difference in how the process is conducted. Therefore, although the ideas and arguments presented herein are made primarily in reference to court-annexed mediation, since that is what the cases and statutes address and the context in which lawyers will likely participate, the intent is for broader application.⁴⁶ Likewise, this work is primarily centered around the assumption that the parties are going to mediation in a predominantly mandatory scheme; however, the same suggestions and conclusions can be applied to the process where the parties enter mediation voluntarily.

A few articles have examined what participation in ADR means,⁴⁷ including the concept of good faith,⁴⁸ with the focus on court referred cases. While examination of peripheral issues involved in ADR generally is necessary for perspective, my focus is only on mediation, rather than the other ADR processes, many of which have more elements in common with litigation. The purest or classic mediation process,⁴⁹ where the mediator facilitates communication, understanding, and joint creative problem solving, and refrains from evaluating the merits of the case, is the ADR process most unfamiliar to lawyers. Good faith is therefore most relevant and necessary because the process differs from other previously learned methods of dispute resolution, in which an adversarial approach is appropriate.⁵⁰

B. Other Issues Distinguished from Good Faith

Many procedures which foster settlement through mediation exist.⁵¹ These include obligatory attendance at a mediation;⁵² payment of mediator's fee;⁵³ a required exchange of information;⁵⁴ and even the payment of a penalty if one does not do better at trial than at mediation.⁵⁵ Attendance at mediation

settlement conference).

⁴² See *Sherman*, supra note 13, at 2081-84; *Winston*, supra note 40, at 188.

⁴³ See *Riskin L. L.*, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 *Harv. Negotiation L. Rev.* Vol. 1, 1996, 7, 844-57; *Lande*, supra note 7, at 844-57. Both *Lande* and *Riskin* urge the pluralist concept of mediation with inclusion of all approaches.

⁴⁴ See *Kovach K. K.*, *Love L. P.*, "Evaluative" Mediation Is an Oxymoron, *Alternatives to the High Cost of Litig.*, Vol. 14, 1996, 31, 31.

⁴⁵ Legalization of a dispute is a term I often use to describe what happens to a conflict when lawyers and the court system have been accessed.

⁴⁶ See *infra* Part VIII.E.1 (discussing rationale for giving good faith a constant definition in differing contexts).

⁴⁷ See *Sherman*, supra note 13, at 2096; *Winston*, supra note 40, at 197

⁴⁸ See *Alfini J. J.*, *Trashing, Bashing, and Hashing It Out: Is This the End of "Good Mediation" ?*, *Fla. St. U. L. Rev.*, Vol. 19, 1991, 47, 63; *Sherman* supra note 13, at 2089; *Biller T.*, *Comment, Good Faith Mediation: Improving Efficiency, Cost, and Satisfaction in North Carolina's Pre-trial Process*, *Campbell L. Rev.*, Vol. 18, 1996, 281, 292.

⁴⁹ The issue of what mediation is will be in part definitional; the process which I refer to in this Article is the view of the mediator as a facilitator who assists the parties in problem solving. Yet, as later pointed out, the requirement of good faith is necessary in the other views of the process as well. See *infra* notes 244-65 and accompanying text.

⁵⁰ Therefore, to allow a number of different activities to be called "mediation" only confuses the issue. If this practice is continued, lawyers will never distinguish between the processes, and mediation will lose all potential to establish a different paradigm for resolving disputes.

⁵¹ See *Rogers & McEwen*, supra note 11, § 7:06.

⁵² See *Triad Mack Sales & Serv., Inc. v. Clement Bros. Co.*, 438 S.E.2d 485, 488 (N.C. Ct. App. 1994) (affirming a default judgment for failure to attend court-ordered mediated settlement conference); *Decker v. Lindsey*, 824 S.W.2d 247, 251 (Tex. App. _ Houston [1st Dist.] 1992, no writ) (compelling litigants to participate in alternative dispute resolution procedure).

⁵³ See *Rogers & McEwen*, supra note 11, § 7:06; *Nelle*, supra note 40, at 303; *Sherman*, supra note 13, at 2089.

⁵⁴ See *Rogers & McEwen*, supra note 11, § 9; *Sherman*, supra note 13, at 2089

⁵⁵ See *Rogers & McEwen*, supra note 11, § 7:04 (discussing "Michigan Mediation," where the party choosing to go to trial must improve the amount by at least ten percent or pay the other party's costs and attorney's fees).

along with an exchange of information are treated as critical elements of good faith.⁵⁶ However, payment of the fee and penalties for failure to reach an agreement are not, and are viewed as separate issues unrelated to good faith.

A number of actions, taken to encourage settlement of a matter, can be seen as coercive. Coercion is often perceived as incompatible with mediation.⁵⁷ Coercion can come from the court, where the parties are essentially told to reach an agreement, or the more subtle approach of hinting to the lawyers that they won't like the results of a trial. Coercion can also come from the mediator. For example, the mediator may not allow the participants to leave the mediation until an agreement is reached.⁵⁸ Good faith should not be coercive. While the good faith requirement might include remaining at the mediation, the length of time to remain should be reasonable, such as two or three hours rather than overnight.

Self-determination or freedom of choice, the bedrock of the mediation process, is related to good faith as is the concept of fairness. Urging self-determination might seem inconsistent with the requisite good faith in the process. Although self-determination is stressed as a basis of the process,⁵⁹ it is also recognized that many parties are not sufficiently familiar with mediation so as to know the nuances and what specific conduct is appropriate. Guidelines or even requirements like that of good faith can provide at least a framework for the parties to work within. Fairness is considered in both the process and the result of mediation. Yet fairness is a troublesome term, in that it, too, is in the eye of the beholder.⁶⁰ Mediation should provide a fair process to all of the participants while leaving the result and its fairness issue to them.

Mediation is sometimes defined as facilitated negotiation. The subject of good faith in direct negotiations in both the labor context and outside has been contemplated, and is included in terms of definitional discussions. And although good faith in direct negotiations, whether conducted by the principles or the lawyers, would most likely be beneficial, that is not the subject of this piece. Because of the different characteristic – the presence of a neutral third party, the mediator — direct negotiation is a distinguishable process and therefore should not be implied in the following analysis.

The conduct of the mediator is also not the focus of this writing. It will be assumed that the mediator is one who adheres to current established ethical guidelines,⁶¹ however problematic.⁶² However, to require good faith on the part of the parties causes a reconsideration of the mediator's role especially in the event of an allegation of bad faith.⁶³ The mediator's role, as impartial, and in maintaining all confidences of the proceeding, may have to be compromised in order to implement a good faith requirement with substance.⁶⁴ This will be addressed in a later section.⁶⁵

⁵⁶ See *infra* Part VIII.D (discussing factors which could be included in a rule or statute compelling good faith).

⁵⁷ See Rogers & McEwen, *supra* note 11, § 7:03; Katz, *supra* note 6, at 41

⁵⁸ Although force was not used, in some Texas mediations which lasted until 7:00 a.m. the next morning, the parties reported that they felt that they could not leave.

⁵⁹ See *Feerick J. et al.*, Standards of Professional Conduct in Alternative Dispute Resolution, *J. Disp. Resol.*, 1995, 95, 101; Model Standards of Conduct for Mediators, *supra* note 22, § I.

⁶⁰ See *McEwen C. A. et al.*, Bring in the Lawyers: Challenging the Dominant Approaches to Ensuring Fairness in Divorce Mediation, 79 *Minn. L. Rev.*, Vol. 79, 1995, 1317, 1323.

⁶¹ See *Feerick*, *supra* note 59, at 95.

⁶² See *Menkel-Meadow C.*, Ethics in Alternative Dispute Resolution: New Issues, No Answers From the Adversary Conception of Lawyers Responsibility, *S. Tex. L. Rev.*, Vol. 38, 405, 442-46 (providing an analysis of the problems with enacting ethical guidelines in ADR).

⁶³ See *infra* Part VIII.C. for a definition of good faith by the absence of bad faith, and the converse where a lack of good faith can be demonstrated as the presence of bad faith.

⁶⁴ See *infra* Part VII.B (discussing the inherent conflict in a mediator's role in promoting communication between parties and confidentially disclosing a party's failure to comply with the mediation process).

⁶⁵ See *id.*

III. Current Status of Good Faith in Mediation

Although the issue of good faith in dispute resolution procedures has been addressed elsewhere,⁶⁶ the dilemma of conflicting positions on the matter of good faith which arose in Texas,⁶⁷ made the issue ripe for additional exploration. The confusion demonstrated the particular need for an expansive consideration of good faith issues and an analysis of the practical implications of establishing such a requirement. While the quandary currently exists in Texas, other states and programs have begun to consider the issue.⁶⁸ Reference to additional states and practices can be instructional.

The field of mediation, which has developed over twenty years,⁶⁹ is now viewed as having two distinct foci – community-based⁷⁰ and court-annexed.⁷¹ However, prior to this development, mediation was used extensively in labor and collective bargaining matters.⁷² While current practices have not routinely been adapted from the labor field, an analogy could be helpful in addressing some issues. Labor, community-based, and court-annexed mediation share similar goals such as the expeditious settlement of disputes.⁷³ And while in most community and court programs a failure to reach an agreement will not be as consequential as walkouts or strikes, a settlement can be just as beneficial and desirable. Requirements for good faith are also present in farmer-lender and divorce mediation statutes. These examples provide a starting point for examining a good faith requirement.

In labor negotiations, duties in collective bargaining involved an open mind and a reasonable effort to reach a common ground, but did not mandate reaching an agreement.⁷⁴ An employer's failure to bargain as prescribed was seen as unfair.⁷⁵ Though often termed a duty to bargain in good faith, such conduct can also be seen as good bargaining practice.⁷⁶

Providing additional definitions, the NLRB (National Labor Relations Board) and the courts asserted that labor negotiators were not to employ the “take it or leave it” approach when bargaining collectively.⁷⁷ Instead, the negotiator's duty is to “engage in discussion” and listen to proposals as well as provide basis for disagreement.⁷⁸ The United States Supreme Court added its perspective on collective bargaining by stating that “fruitless marathon discussions” should not be encouraged, but rather by talking issues through, the parties might “hit upon some novel compromise of an issue which has been thrashed over and over.”⁷⁹

There is also reference to good faith in recent statutes which mandate the use of mediation. One specific area is the mediation of farmer-lender disputes.⁸⁰ For example, in Minnesota, in farmer-lender

⁶⁶ See *Alfini*, supra note 48, at 63-66; *Sherman*, supra note 13, at 2089; *Biller*, supra note 48, at 291.

⁶⁷ See infra notes 101-06 and accompanying text (discussing conflict between a state statute and the case law on the issue of required good faith).

⁶⁸ See *Alfini*, supra note 48, at 63; *Winston*, supra note 40, at 197-201; *Biller*, supra note 48, at 297.

⁶⁹ See *Rogers & McEwen*, supra note 11, § 5:02.

⁷⁰ See *Duffey K. G.*, Introduction to Community Mediation Programs: Past, Present, and Future, in *Community Mediation: A Handbook for Practitioners and Researchers*, Karen Grover Duffey et al. eds., 1991, 26-27; see also *Primm E. B.*, The Neighborhood Justice Center Movement, *Ky. L.J.*, Vol. 81, 1992-93, 1067, 1075 (discussing reviews of the history of the community based movement).

⁷¹ See *Resnik*, supra note 2, at 218-19 (looking at the development of court-annexed ADR).

⁷² See *Rogers & McEwen*, supra note 11, § 5:01.

⁷³ See *Dade J. M.*, Note, Negotiating in Good Faith: Management's Obligation to Maintain the Status Quo During Collective Bargaining Under the Railway Labor Act, *J. Disp. Resol.*, Vol. 2, 1992, 395, 395.

⁷⁴ See *Cox A.*, The Duty to Bargain in Good Faith, *Harv. L. Rev.*, Vol. 71, 1958, 1401, 1405.

⁷⁵ See *id.* at 1401.

⁷⁶ See *id.* at 1403.

⁷⁷ *Id.* at 1411; see *NLRB v. General Elec. Co.*, 418 F.2d 736 (2d Cir. 1969) (finding that employer used take-it-or-leave-it approach to negotiations); see also *Craver Ch. B.*, *Effective Legal Negotiation and Settlement*, 2nd ed., 1993, 173-75 (discussing Boulwareism technique); *Sherman*, supra note 13, at 2092-93 (referring to the approach known as Boulwarism).

⁷⁸ *Cox*, supra note 74, at 1411.

⁷⁹ *Id.* at 1412 (citing *NLRB v. American Nat'l Ins. Co.*, 343 U.S. 395, 404 (1952)).

⁸⁰ See *Riskin L. L.*, Two Concepts of Mediation in the FMHA's Farmer-Lender Mediation Program, *Admin. L. Rev.*, Vol. 45, 1993, 21, 34.

cases, there exists a clear obligation of good faith.⁸¹ The statute, which concludes with a general catch-all phrase of “other similar behavior which evidences lack of good faith by the party,”⁸² defines what participating in good faith specifically includes. Elements of good faith consist of attendance and participation in mediation sessions; providing full information regarding finances; designation of an individual with full settlement authority; a written statement of debt restructuring alternatives and reasons why alternatives are unacceptable; and release of necessary expenses by the creditor.⁸³ Moreover, the mediator is the person designated to make the decision about good faith as he must file the affidavit which states a party was not in good faith.⁸⁴ However, the court may review the mediator's finding on an abuse of discretion basis, and remedies are provided if an abuse of discretion is found.⁸⁵

With regard to good faith in general court-annexed mediation cases, the First Court of Appeals in Texas first addressed this issue in *Decker v. Lindsey*.⁸⁶ In the *Decker* case, the trial court had signed a form order which required, inter alia, that the parties go to mediation and also “participate in the proceedings in good faith.”⁸⁷ The *Decker* court, while acknowledging that the trial court has the authority to mandate that the parties go to mediation, stated clearly that the court could not make the parties exhibit good faith in their negotiations.⁸⁸

Other states have decided cases similar to *Decker*. Florida recognized the absence of a good faith requirement in court-ordered mediation in *Avril v. Civilmar*.⁸⁹ In *Avril*, the trial court sanctioned the defendant for refusing to make a settlement offer at a court-ordered mediation. The court of appeals quashed the order, relying on the fact that the mediation statute only allowed sanctions for the failure to appear at mediation, not for the refusal to mediate or negotiate in good faith.⁹⁰ Similarly, the Supreme Court of Colorado held that the defendant did not demonstrate bad faith where he failed to disclose at the initiation of a court-ordered pretrial settlement conference that the maximum offer to plaintiff would be only \$300.⁹¹ The basis for the court's decision was that the defendant had provided the court with a statement outlining his position and this limit, and that a party should not be compelled to reach a settlement when no liability was claimed.⁹² Likewise, the Georgia Supreme Court acknowledged, in *Department of Transportation v. City of Atlanta*,⁹³ that while the trial court could refer the parties to mediation, it could not do so under penalty of contempt should they fail to settle.⁹⁴ In a similar vein, Iowa's highest court in *Graham v. Baker*⁹⁵ noted that while a statute required the parties to participate in mediation, participation was complete by their presence at mediation even if the only statement made was that the position was not negotiable.⁹⁶

Yet in other jurisdictions, contrary to *Decker*, *Avril*, and others, there is a requirement of good faith in mediation, and use of this requirement appears to be increasing. For example, the Indiana rules for ADR proceedings contain both a provision requiring good faith in mediation⁹⁷ and a procedure for sanctions upon failure to comply.⁹⁸ In Maine, the legislature requires mediation in domestic relations cases to be in

⁸¹ See Minn. Stat. Ann. § 583.27(1)(a) (West 1996).

⁸² Id. § 583.27(1)(a)(6).

⁸³ Id. § 583.27(1)(a).

⁸⁴ Id. § 83.27(2).

⁸⁵ See id. § 583.27(6)(a),(b).

⁸⁶ 824 S.W.2d 247 (Tex. App. _ Houston [1st Dist.] 1992, no writ).

⁸⁷ Id. at 249.

⁸⁸ See id. at 251; see also *McPheeters Ch. J.*, Note, Leading Horses to Water: May Courts Which Have the Power to Order Attendance at Mediation Also Require Good-Faith Negotiation?, *J. Disp. Resol.*, Vol. 2, 1992, 377, 380.

⁸⁹ 605 So. 2d 988 (Fla. Dist. Ct. App. 1992).

⁹⁰ See id. at 989.

⁹¹ See *Halaby, McCrea, & Cross v. Hoffman*, 831 P.2d 902, 908 (Colo. 1992) (en banc).

⁹² See id.

⁹³ 380 S.E.2d 265 (Ga. 1989).

⁹⁴ Id. at 268.

⁹⁵ 447 N.W.2d 397 (Iowa 1989).

⁹⁶ Id. at 401.

⁹⁷ Ind. Code Ann. tit. 34, Appendix on ADR, Rule 2.1 (West 1996).

⁹⁸ Id. at Rule 2.11. But see *State v. Carter*, 658 N.E.2d 618, 622 (Ind. App. 1995) (finding no bad faith).

good faith.⁹⁹ The court may sanction a party for failing to make a good faith effort to mediate, but only if an agreement is not reached. The sanctions however, could be quite costly, including default judgment and attorneys' fees. In the only reported case to date addressing the statute, the focus was on the agreement, and there was no allegation made that good faith was absent.¹⁰⁰ Other states' statutes, such as those in Florida, Kansas and Washington, also include a good faith requirement for family law mediation.¹⁰¹

In addition to family law, other specialized applications of mediation have a requirement of good faith. Examples include mobile home mediation in Washington,¹⁰² insurance claims in Florida,¹⁰³ and the mediation of labor matters for education in Kansas.¹⁰⁴ The Kansas statute also defines bad faith.¹⁰⁵ Perhaps the next step following the trend of required attendance at the mediation¹⁰⁶ will be the duty of a good faith effort in mediation.

Not surprisingly, reliance on Decker and subsequent cases has led to a number of difficulties for the mediation process within Texas. Yet Decker has not been directly challenged. During the last legislative session however, it appears that the Texas legislature did attempt to overrule the Decker case, particularly with regard to family law cases. With an amendment to the Texas Family Code, the parties are now required to include in the first pleading filed, a provision which states the following:

*I am aware that it is the policy of the state of texas to promote the amicable and nonjudicial settlement of disputes involving children and families. I am aware of alternative dispute resolution methods including mediation. While i recognize that alternative dispute resolution is an alternative to and not a substitute for a trial and that this case may be tried if it is not settled, i represent to the court that i will attempt in good faith to resolve contested issues in this case by alternative dispute resolution without the necessity of court intervention.*¹⁰⁷

Furthermore, the pleading must be signed by the party.¹⁰⁸

While the term "alternative dispute resolution" is used in the statute, for the most part mediation is the process that is being used in the Texas family courts. However, there is some use of arbitration.¹⁰⁹ So how do the Texas courts reconcile this provision with the Decker case? We have yet to see. The legislation is without a detailed legislative history; however, an interview with the bill's author¹¹⁰ provided that the primary purpose of the provision was educational. It is hoped that the individual clients, the real parties to a lawsuit, will learn about and consider dispute resolution methods. It is unclear as to the necessity of the inclusion of good faith other than to establish the proper mind-set of the parties. While some argue that this is incompatible with pending litigation,¹¹¹ others, including scholars and courts, realize that without some requirement regarding participation, maybe even good faith, efforts to resolve the case may be futile.¹¹²

⁹⁹ Me. Rev. Stat. Ann. tit. 19, § 214(4) (West 1995).

¹⁰⁰ *Bennett v. Bennett*, 587 A.2d 463, 464 (Me. 1991).

¹⁰¹ Fla. Stat. Ann. § 627.745(d) (West 1996); Kan. Stat. Ann. § 72-5430(c)(4) (1992); Wash. Rev. Code § 59.20.080(2) (1996).

¹⁰² Wash. Rev. Code §59.20.080(2) (1996).

¹⁰³ Fla. Stat. Ann. § 627.745(d) (West 1996).

¹⁰⁴ Kan. Stat. Ann. §§ 72-5427, 72-5430(c)(4) (1992).

¹⁰⁵ Id. § 72-5430 (1992).

¹⁰⁶ *Rogers & McEwen*, supra note 11, § 7:06.

¹⁰⁷ Originally Tex. H.B. 433, 74th Leg., R.S. (1995), now Tex. Fam. Code Ann. § 3.522 (Vernon Supp. 1997).

¹⁰⁸ Tex. Fam. Code Ann. § 3.522(b) (Vernon Supp. 1997).

¹⁰⁹ See, e.g., Tex. Fam. Code Ann. §153.0071 (Vernon 1995) (listing procedures for alternative dispute resolution in suits affecting the parent-child relationship); *Gagnon S. W.*, Family Law Mediation Training Seminar, South Texas College of Law, Aug. 17, 1995 (on file with author).

¹¹⁰ See Telephone Interview by *Gretchen M. Umbeck* with bill's author, Honorable John Montgomery (June 1995). For additional detail, see *Umbeck G. M.*, Good Faith in Resolving Disputes in The Family Courts: What H.B. 433 May Mean to Mediation in Texas, 6 (discussing good faith requirement proposed by HB 433) (unpublished manuscript on file with author).

¹¹¹ See *Sherman*, supra note 13, at 2094, 2112.

¹¹² See *Katz*, supra note 6, at 21; *McPheeters*, supra note 88, at 391.

In some situations good faith is presumed to be part of mediation. Literature on mediation includes an explicit comment that good faith is part of the process. Even Deans Sherman and Alfini, and practitioner Galton who, in some works have pointed out problems with a good faith requirement,¹¹³ have elsewhere gone on record as including good faith as part of mediation.¹¹⁴

And finally, many agreements which contain provisions requiring mediation of future disputes state and that the mediation is to be done in "good faith."¹¹⁵ Clearly the purpose is to have a commitment to the process in advance of a dispute. However questions may later arise about the enforceability of the good faith requirement on the contractual agreements to mediate.

IV. Problems With the Absence of Good Faith

As the component of good faith and the wisdom of such a requirement is contemplated, consideration must be given to the absence of this element. Until very recently, many mediations were conducted with an assumption that good faith was to be present. Agreements to mediate include good faith participation and when describing mediation, both academic¹¹⁶ and practice-oriented¹¹⁷ literature include good faith as part of the process. Yet, once Decker was decided, and lawyers in Texas have become aware that good faith need not be present, mediation has often been treated as nothing more than another step in the litigation path to the courthouse. This view of mediation is coincidental with, and likely caused by the assimilation of mediation within the legal system.¹¹⁸ Yet if good faith participation was required, mediation would likely be a different process, one more consistent with earlier definitions, such as assisting parties in reaching a mutually satisfactory or acceptable resolution and assisting individuals in achieving a new perception of their relationship and attitudes.¹¹⁹

Certainly difficulties arise when any new process is implemented. In the case of mediation, obstacles exist, likely because it is so different from other processes familiar to lawyers. While other ADR procedures such as case evaluation or arbitration are distinct from the traditional trial processes, and, accordingly, approached differently, they are nonetheless adversarial. Praise for ADR in general is often focused on benefits to the court, specifically settlement; but additional attributes of ADR have been acknowledged, many of which are more prevalent in mediation than the other processes. Assisted-dialogue, cooperative (collaborate) problem solving, reality testing, empowerment, flexibility and beneficial solutions are among these special characteristics of ADR.¹²⁰ Moreover, the use of ADR can often result in better outcomes for the parties, can strengthen the public justice system, and may even result in a more civil society.¹²¹ Can these devices exist at all in an environment where good faith is absent? Although other components of ADR, such as evaluation and testing of positions, can occur where parties make no commitment to good faith, other process characteristics such as collaboration and empowerment cannot. Thus, positive attributes of ADR, most common in mediation, may not exist where participants lack good faith.

¹¹³ See *Alfini*, supra note 48, at 65-66; *Galton*, supra note 30, at 178; *Sherman*, supra note 13, at 2089-94.

¹¹⁴ See *Alfini*, supra note 48, at 66 (reporting that although difficulty exists with enforcement of a good faith element in mediation, a majority of lawyers in his survey think it necessary); *Murray et al.*, supra note 30, at 370. See generally *Galton E. R., Kovach K. K.*, Advanced Civil Trial Law Conf. at South Texas College of Law, Problem Areas in Alternative Dispute Resolution: A Practitioners List of Dos and Do Nots, Feb. 27, 1997 (on file with South Texas College of Law CLE department).

¹¹⁵ See *Shade J.*, The Oil and Gas Lease and ADR: A Marriage Made in Heaven Waiting to Happen, *Tulsa L.J.*, Vol. 30, 1995, 599, 645.

¹¹⁶ *Murray et al.*, supra note 30, § 36.01.

¹¹⁷ See generally *Kovach K. K.*, *Mediation: Principles and Practice*, West, 1994, 16-18.

¹¹⁸ See *Lande*, supra note 7, at 3-4.

¹¹⁹ See *Kovach*, supra note 117, at 16-18; *Moore Ch. W.*, *The Mediation Process*, 2nd ed., 1996, 15; *Fuller L. L.*, *Mediation - Its Forms and Functions*, *S. Cal. L. Rev.*, Vol. 44, 1971, 305, 325

¹²⁰ See *Sherman*, supra note 13, at 2082.

¹²¹ See *McGovern F. E.*, What Are the Questions We Should Ask About Court-Annexed ADR?, Presentation at the ABA Civil Just Reform Act Implementation Conference, 1997 (on file with author).

Mediation facilitates negotiation;¹²² in labor negotiations it was recognized that if good faith is not present, and each side is then able to employ economic weapons, then no resolution will ever be reached.¹²³ Perhaps then it would be a waste of time to initiate negotiations. But, if participants refrain from adversarial behavior and maintain a status quo, time is allowed for amicable and constructive resolution.¹²⁴ The same rationale can apply to disputes in general, even though the presence of good faith or honesty in legal negotiation has been criticized.¹²⁵ For example, if during a mediation, one party fails to cooperate, perhaps by withholding information, how can other parties be expected to cooperate? When participants come to mediation from an adversarial context, often tactics which emphasize and continue adversarial behavior are employed;¹²⁶ if good faith participation is not required, the entire procedure will be frustrated.

In an argument urging coercion by the court in settlement, it was recognized that defendants who have the express objective of dilatory tactics and the goal of maintaining the status quo may not bargain in good faith.¹²⁷ In this instance, mediation would be fruitless. Where no desire or effort to settle exists in a distributive negotiation,¹²⁸ and one side refuses to move or makes increments of increase or decrease so small as to insult the other, it cannot be expected that the other side will make any move, and the negotiation ceases.¹²⁹ Although these tactics have been recognized as specific negotiation strategies to be employed,¹³⁰ others take a critical view of this conduct and urge change.¹³¹ In the case of a pending lawsuit, change may be more difficult since a dispute already exists. Consequently, rather than relying on change to evolve, implementation of a new rule may be necessary.

Moreover, lawyers often exacerbate the problem¹³² – particularly in litigation.¹³³ Much of mediation is done in a litigation context, the habitat of the adversary.¹³⁴ If permitted to continue, the result will be more of what we have seen; that is, a mutation of the mediation process to accommodate adversarial conduct. In many ways, this has already happened.¹³⁵ The notion of mediation as a different paradigm for dispute resolution is being eroded with the lawyers now viewing the process as merely another tool within the litigation arena to be used combatively rather for any intended purpose.¹³⁶ Noting that mediation may

¹²² Id. at 2083.

¹²³ See *Detroit & Toledo Shore Line R.R. v. United Transp. Union*, 396 U.S. 142, 155 (1969).

¹²⁴ Id. at 150.

¹²⁵ See *Hartwell S.*, Understanding and Dealing with Deception in Legal Negotiation, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 6, 1991, 171, 185, 194; cf. *Westlaufer G. B.*, The Ethics of Lying in Negotiation, *Iowa L. Rev.*, Vol. 76, 1990, 1219, 1272 (lying is a permanent and pervasive element in advocacy and law in general); *White J. J.*, Machiavelli and the Bar: Ethical Limitations on Lying in Negotiation, *Am. B. Found. Res. J.*, Vol. 1980, 926, 926-27.

¹²⁶ See generally *Menkel-Meadow*, supra note 38 (discussing the inadequacy of the adversary system in ADR).

¹²⁷ *Bedlin H., Nejeleski P.*, Unsettling Issues About Settling Civil Litigation: Examining “Doomsday Machines,” “Quick Looks” and Other Modest Proposals, *Judicature*, Vol. 68, 1984, 9, 12.

¹²⁸ This is a zero sum fixed pie negotiation, as distinguished from an integrative or collaborative approach. See *Craver*, supra note 77, at 153-59 (stating neither party can obtain a more favorable result without a resulting loss to the other party once the competitive/distributive phase is completed); *Kovach*, supra note 117, at 118-19.

¹²⁹ See *NLRB v. Mar-len Cabinets, Inc.*, 659 F.2d 995, 999 (9th Cir. 1981) (essentially finding a lack of good faith when a party made very small proposals with the intent of ending the negotiations).

¹³⁰ See *Craver*, supra note 77, at 177, 180-81, 189-90.

¹³¹ See also *Wites M. A.*, The Franchisor as Predator: Encroachment and the Implied Covenant of Good Faith, *U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y*, Vol. 7, 1996, 305. See generally *Palmieri N. W.*, Good Faith Disclosures Required During Pre-contractual Negotiations, *Seton Hall L. Rev.*, Vol. 24, 1993, 70, 76 (rejecting the position that there is no duty of disclosure in an arm's length business transaction and demonstrating that the requirements of good faith and fair dealing are the reason why disclosure is required).

¹³² See *Gilson & Mnookin*, supra note 27, at 511 (zealous advocacy promotes endless and wasteful fighting that enrich attorneys at clients' expense).

¹³³ See *Reavley Th. M.*, Rambo Litigators: Pitting Aggressive Tactics Against Legal Ethics, 17 *Pepp. L. Rev.*, Vol. 17, 1990, 637, 637 (discussing the propensity for lawyers to be unprofessional, nasty, and intimidating); see also *Kagan R. A.*, Do Lawyers Cause Adversarial Legalism? A Preliminary Inquiry, *L. & Soc'y Inquiry*, Vol. 19, 1994, 1.

¹³⁴ See *Nolan-Haley J.*, Court-Mediation and the Search for Justice Through Law, *Wash. U. L.Q.*, Vol. 74, 1996, 47, 57-63; *Menkel-Meadow*, supra note 16, at 13-17.

¹³⁵ See *Dzienkowski J. S.*, Lawyering in a Hybrid Adversary System, *Wm. & Mary L. Rev.*, Vol. 38, 1996, 45, 53; *Menkel-Meadow*, supra note 16, at 13-17.

¹³⁶ While purposes vary, even mere settlement seems undermined when bad faith or deception occurs.

be different processes when involved in the court system, the phrase “liti-mediation”¹³⁷ is now used. Additional evidence is the remark of one lawyer telling another that he “won” the mediation. If this trend of “adversarial mediation” continues, then any opportunity for the mediation process to effect change as a novel process will be lost.

One specific example of process abuse is the request of mediation for the sole purpose of discovery, which has been alleged on numerous occasions. Similarly, mediation has been used only to assess the other side in terms of their potential effectiveness at trial. Another objective is to wear down a litigant where one party is more financially able than the other. By scheduling a mediation or urging a court to order the process where there is no intent to settle, but where the parties share the expense equally, the process can drain the other's resources so that the financially challenged party must choose between paying for the mediation or the attorney.¹³⁸

Another troublesome situation is where fraud or misrepresentation occurs within the content of the mediation which leads one side to make an agreement they likely otherwise would not have. Some parties may later discover it, while others will not. While a remedy exists, that is to set aside any agreement reached,¹³⁹ time and money would have to be spent. And in the case where no agreement is reached in the mediation, the process will often be seen as a waste of time, money, and other resources.

Even more deplorable is the presence of actual deception during and as part of the mediation. In a Texas case, which may not be cited due to confidentiality, when one side inquired as to who a stranger present at the mediation was, the reply was that he was a business associate of the other party who was present to work on other matters during the “down time” of the mediation. A few hours later the inquiring attorneys looked in a local telephone directory, and found that the individual was a jury consultant. When directly confronted, it was admitted that he was present to size up the party for the trial which was set to begin within the next couple weeks. Clearly that party was present with no intention to settle and, in fact only, to use the mediation process to gain advantage in the trial process.¹⁴⁰ This type of conduct is not what mediation was designed for, nor should it be used for such purposes. Other mechanisms exist within pretrial procedure through which such tactics and strategies can be employed.

During mediation's evolution, many have been fearful of abuses and changes in the process.¹⁴¹ Some, as previously described herein, have been observed. It is disturbing to hear that parties make misrepresentations and lie, and even decide to go to mediation just because it affords one the opportunity for such deception.¹⁴² Some will argue that misrepresentation and fraud are part of legal negotiation¹⁴³ and accepted as such; therefore carry over to mediation is not surprising. Yet this lack of good faith cannot be good for the process nor for most of the participants. When a party hears that mediation can be used to deceive, his perception of this alternative is damaged. If mediation is going to thrive as an alternative means to solving disputes, as it should, based upon the parties' satisfaction and the options for problem solving it affords, then measures must be taken to assure that the process is not manipulated to do harm.

The mediation process itself, regardless of the type or style employed, will no longer be viable or of any benefit if the actions demonstrating misuse are allowed to go unchecked. The facilitative effort of the mediator to find interests of the parties and innovative solutions which may satisfy all parties would be an impossible task if the parties are not forthcoming with information which includes their goals and

¹³⁷ *Lande*, supra note 7, at 4-11.

¹³⁸ See generally *Jonathan D. Asher*, Focus on Fairness: When Low-Income Consumers Face Court-Mandated ADR, 14 Alternatives to the High Cost of Litig. 119 (1996) (discussing problems with ADR with low income parties).

¹³⁹ Most mediated agreements are treated legally as any other contract. See Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154.071 (Vernon Supp. 1997).

¹⁴⁰ The aggrieved side went to court the following day and obtained sanctions.

¹⁴¹ *Alfini*, supra note 48, at 47 (words of *Albie Davis*); see *Menkel-Meadow*, supra note 16, at 1-3. This author and several of her colleagues have felt similarly.

¹⁴² A few, albeit minimal, comments have been made to me by students about how the lawyer or firm they are working for likes mediation because you don't have to tell the truth.

¹⁴³ See *Hartwell*, supra note 125, at 185.

objectives. Only with sufficient information will the mediator be able to assist the parties in achieving a solution which might be mutually beneficial. And in the case of the “mediators” who urge negotiated agreement by evaluating the merits of the case,¹⁴⁴ it is imperative that the correct information is provided so that the assessment and evaluation have merit.¹⁴⁵ Otherwise, it will be a futile exercise.

If good faith is not present, all we will be left with is a pro forma mediation, one more procedural task to be checked off of the long list of items to be covered in order to get to the trial. In fact, now, the term “pro forma mediation” is one that is heard when the parties, or more often their lawyers, arrive at mediation only because the court mandated them to do so. They unequivocally state that they have no intention of resolving the matter and really do not participate. These mediations are usually a waste of time for the mediator, a waste of time for the attorneys, unless it is used for free discovery or as trial preparation, and a waste of expense for the parties. While some litigants might support this notion of pro forma compliance with the court's order only to “get to trial,”¹⁴⁶ many parties do not know what to expect with regard to mediation. One method of party education is to require their good faith participation. Perhaps another way of requiring good faith is to require that the parties be educated in the mediation process. Education and experience go hand in hand.¹⁴⁷ However, to allow parties to show up without authority, without preparation, and without a desire or an ability to even discuss options and alternatives makes a mockery of mediation. Furthermore, to permit participants to use mediation to deceive or gain strategic advantage over another is to undermine its very purpose.

V. A Request for Good Faith

A. By Whom and For Whom

One alternative to the absence of good faith in mediation is to encourage parties to seek a commitment of good faith from each other. This option may have appeal to those who are hesitant to prescribe “rules” in a voluntary process or do not like to see courts or other entities oversee mediation. Often a request for good faith participation is made to all participants by the mediator as part of his mediator's introduction. If the parties seek assurance that the others are acting in good faith, the request may be made at the beginning of the mediation session or at a time before the actual day of mediation. Requests for good faith are currently found in agreements to mediate which are initiated by the mediator and executed prior to the mediation session. Likewise, a party could request that the other sign an agreement to mediate in good faith.

In theory, the request for good faith is a fine practice. And if all agree, the mediator can remind the parties of their previous commitment throughout the process. Yet he is without the ability to do anything if one party decides to disregard the commitment or change his mind. Moreover, without an explanation or definition of just what is meant by the term good faith, each party may have in mind something different. It is important that the parties are clear about the term. Some mediators explain what it means to them. And the value of the psychological commitment on the part of the participants should not be overlooked. Once a party has obligated herself to participating in good faith, it is more likely that at least a minimal attempt will be made. However, in some cases, a party might agree to enter the mediation in good faith with the true intention of using such an agreement to disadvantage the other side.

The court too, at the time of referral, can request that the parties mediate in good faith. In this instance as well, it would be helpful if the court included a detailed explanation of the term. Although

¹⁴⁴ Cf. *Kovach & Love*, supra note 44, at 45-62 (discussing the pitfalls of evaluative mediation). See generally Riskin, supra note 43 (discussing the different forms of mediation which includes evaluation).

¹⁴⁵ See generally *Aaron M. C.*, *The Value of Decision Analysis in Mediation Practice*, *Negotiation J.*, 1995, 123 (discussing the evaluation procedures in mediation).

¹⁴⁶ I wonder how many cases actually reach trial. As we know, most cases settle. Statistical studies of whether cases later settle could be enlightening.

¹⁴⁷ See *infra* Part VIII.E.4 (discussing the importance of education to the mediation process).

parties are generally inclined to follow the court's directive, more specificity with regard to expected conduct would be helpful.¹⁴⁸

B. Reluctance

One pitfall of the request for good faith is that the parties might perceive the request as a sign of weakness. Thus, even though one or both the parties may desire an assurance of good faith as a backdrop to the mediation process, each will be reluctant to ask for it. One possible solution to this problem would be to have good faith implied in the mediation process. In some cultures, good faith in negotiation is presumed.¹⁴⁹ With the implication of good faith, neither party would have to ask that it be declared a ground rule of mediation. Some parties may also be reluctant to agree to good faith, particularly if they aren't sure what it means and what specifically will be expected of them. Moreover, the truth remains that a request for good faith, either implied or expressed by a party or mediator, cannot be enforced. Therefore although it is not completely worthless, particularly from a psychological viewpoint — will asking for good faith in mediation really affect the parties' conduct?

VI. A Recommendation

A. More than a Request

A recommendation that the participants go to mediation in good faith, although more than a request, will likely have to come from the court. To make such a recommendation, the court must have rules in place to not only detail what good faith participation means, but when and how it should be evidenced; otherwise the result may be nothing more than nice-sounding rhetoric.

A recommendation from the court or even the mediator is more formal and forceful than a request between parties. A recommendation could be delivered by the judge in open court for all participants to hear, though often the parties are not present at the court hearing. The logic behind the judicial recommendation is that although it is only a recommendation, the parties will be more apt to follow the advice simply because the court is telling them to do so. Furthermore, the word “recommendation” has a less onerous connotation than “requirement.” It seems to imply that the court trusts the parties to follow its advice, and avoids resorting to a requirement which could be legally challenged.¹⁵⁰ The recommendation can be set forth among the court's goals and objectives for the mediation. Perhaps a good faith recommendation would lead to more mediations being conducted under a good faith presumption.

The recommendation of good faith participation could also be made by the mediator in advance, or at the beginning of the mediation. It could be presented to the parties as an implied part of the mediation, stressing that the process will not be as helpful to them if good faith is absent.

B. Is It Useful?

If all parties heed the recommendation to mediate in good faith, then the recommendation is effective. Such a recommendation could also be used strategically; that is, although not technically enforceable, a strong recommendation would promote the parties' consideration of good faith as they get involved in the mediation. And a strong recommendation can even be seen as a directive. One appellate court even alluded to the fact that if there had been some recommendation by the trial court that the parties mediate in good faith, then sanctions for the failure to do so might be appropriate.¹⁵¹

¹⁴⁸ See *infra* Part VIII.D (outlining a number of behaviors, and suggesting these are elements of good faith).

¹⁴⁹ See *Palmieri*, *supra* note 131, at 72.

¹⁵⁰ This challenges the court's authority. But see *McPheeters*, *supra* note 88, at 380-84 (outlining the ability and authority of a court to control the parties' conduct during ADR processes).

¹⁵¹ See *Gleason v. Lawson*, 850 S.W.2d 714, 718 (Tex. App. _ Corpus Christi 1993, no writ).

On the other hand, a recommendation that the parties operate under good faith in the mediation process can be problematic. The fact that it cannot be enforced may devalue its effectiveness. This would encourage some, perhaps many, parties to ignore the recommendation knowing that the court will not impose sanctions. Such a disregard for the recommendation could frustrate the other participants who are committed to mediation in good faith.

In spite of flaws, a recommendation of good faith can be a helpful tool for the court. Such a recommendation may shepherd the parties to contemplate good faith when they otherwise would not. This could lead to a greater commitment to the process. Likewise the mediator could emphasize, absent an actual requirement of good faith, that the mediation process is dependent upon the parties coming to the table with an intent to at least enter into the process in good faith. He could then not only use this prior promise to move the parties beyond a perceived stalemate, but also to thwart any consideration of the process-debilitating tactics described earlier.

VII. Concerns With a Requirement of Good Faith

A. Definitional

Defining good faith has been problematic in a number of other situations where it is has been imposed; yet such definitional difficulty was not sufficient to cause its elimination or for that matter deviation. Although the courts, in particular, have struggled with defining good faith,¹⁵² that is often the nature of legal concepts.¹⁵³ In fact, it is from those other examples where good faith has been required and definitions grappled with that we can begin a definitional inquiry. Other guidelines for the mediation process contain problematic terms.¹⁵⁴ Although one alternative to good faith has been suggested, that is the concept of minimal meaningful participation¹⁵⁵ or just participation,¹⁵⁶ this too has been noted to be just as difficult to define with precision as the term good faith.¹⁵⁷

Mediation itself is a definitional dilemma¹⁵⁸ – yet no one is advocating cessation of the process because of the difficulty. Struggling with a precise, usable definition of good faith may, in fact, lead to more in-depth scrutiny of mediation and its uses, particularly as implemented with legalized disputes.

Part of the definitional quandary is based upon the lack of case precedents for policy guidance.¹⁵⁹ Yet if we waited for case precedents to guide innovation, we wouldn't have case precedents. This is, of course, a case of what comes first, the chicken or the egg? In any event, it is most likely that upon implementation and attempted enforcement of a good faith requirement, in court-annexed mediation and perhaps even voluntary cases, there will follow cases setting precedent.

An examination of good faith in the other contexts where it has been used provides a starting point for its definition. But in the end, perhaps it is like obscenity: you know it when you see it.¹⁶⁰

B. Compromising the Mediator's Role

Although good faith may remain somewhat subjective in determination, which may place a burden on the mediator, this could be no greater a burden than the mediator has to carry when parties abuse the

¹⁵² See supra Part III; infra Part VIII.C.

¹⁵³ See, e.g., *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964) (Stewart, J., concurring) (defining obscenity).

¹⁵⁴ For example, to assume “neutrality” and “fairness” in mediation can be problematic and a source of debate. See *Rogers N. H., Salem R. A.*, A Student's Guide to Mediation and the Law, Times Mirror Books ed., 1987, §§ 6.01-6.05 (discussing the tension between the mediator's duty to be fair and the duty to be neutral).

¹⁵⁵ See *Sherman*, supra note 13, at 2096.

¹⁵⁶ See Iowa Code Ann. § 654A.11(3)(b) (West 1995); *Graham v. Baker*, 447 N.W.2d 397, 400 (Iowa 1989).

¹⁵⁷ See *Winston*, supra note 40, at 193-205.

¹⁵⁸ See, e.g., *Kovach*, supra note 20, at 5; Riskin, supra note 43, at 8.

¹⁵⁹ See *Sherman*, supra note 13, at 2089.

¹⁶⁰ See *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964) (Stewart, J., concurring).

process.¹⁶¹ Currently, a mediator is able to disclose only that a party has failed to appear for mediation.¹⁶² Reporting the absence of good faith can be seen as an extension of the obligation to inform the court of the parties' compliance with the order to mediation.¹⁶³ Some entities, including the ADR Section of the State Bar of Texas, have established a duty that mediators encourage the parties to exchange and share information rather than withhold it.¹⁶⁴ Although this can be interpreted as a very directive action in terms of the mediation process, and one in conflict with a non-directive role for the mediator, it is also seen as action promoting communication and information, consistent with mediation.¹⁶⁵

While subscribing to the concept of the mediator's role as one of facilitation, and not evaluation in terms of the underlying dispute, I also strongly believe that the mediator has a professional duty to set parameters and be in control of the process.¹⁶⁶ Making an assessment or determination of the good faith nature of the parties' participation would come within this role. The mediator could be aided if specific guidelines or considerations were identified so that her task in deciding if the parties complied with specific procedures would be more objective in nature. However, once a determination is made, disclosing the information to others, including a court can also be problematic for the mediator.

C. Confidentiality

Many theorists and practitioners alike are adamant about the confidential nature of the mediation process;¹⁶⁷ others are not as enthusiastic.¹⁶⁸ Yet even with possible exceptions, the importance of the private nature of mediation cannot be overlooked; it is certainly a primary attribute. But like most things in life, nothing is absolute. It often comes down to a balancing test. Confidentiality provisions are found in ethical standards¹⁶⁹ and are also established by legal requirements.¹⁷⁰ When mediation statutes were first enacted in Texas, for example, a broad sweeping statement of the confidential nature of the process was made.¹⁷¹ Yet a close examination of this statute gives way to confusion.¹⁷² All statements within a

¹⁶¹ See supra Part III.

¹⁶² Many courts require the mediator to make a report stating whether the parties appeared. Even where strict confidentiality provisions exist, confirmation of attendance is not violative of confidentiality provisions. See Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §§ 154.053, 154.073 (Vernon Supp. 1997).

¹⁶³ Compliance with the court's order is but one element of the good faith requirement. See infra Part VIII.

¹⁶⁴ See Ethical Guidelines for Mediators, supra note 22, at Guideline 10.

¹⁶⁵ Another view of the dichotomy of the different mediation styles is the directive versus non-directive approach, which refers, for the most part, to the degree of push or coercion the mediator might employ. Some commentators elect to use this perspective approach. See *Lande*, supra note 7, at 30. Others use the now quite popular facilitative versus evaluative approach. See *Kovach & Love*, supra note 44, at 31; *Riskin*, Mediation and Lawyers, supra note 29, at 45-62. I, however, do not see the two approaches as analogous, in the sense that a facilitative mediator can still be quite directive, and an evaluative mediator can be non-directive but still provide an evaluation.

¹⁶⁶ See *Moore*, supra note 119, at 17-18; *Kovach*, supra note 117, at 29 (emphasizing that although parties control the contents of mediation, the mediator controls the process).

¹⁶⁷ For detailed discussions of confidentiality in mediation, see *Sherman E. F.*, Confidentiality in ADR Proceedings: Policy Issues Arising from the Texas Experience, S. Tex. L. Rev., Vol. 38, 539, 544-71. See also Rogers & McEwen, supra note 11, §§ 9:01-9:11; *Irene Said*, Comment, The Mediator's Dilemma: The Legal Requirements Exception to Confidentiality under the Texas ADR Statute, S. Tex. L. Rev., Vol. 36, 1995, 579, 590-608 (explaining the ambiguities and contradictions in confidentiality provisions).

¹⁶⁸ This author is one of them. See also *Kirtley A.*, The Mediation Privilege's Transition From Theory to Implementation: Designing A Mediation Privilege Standard to Protect Mediation Participants, the Process and the Public Interest, J. Disp. Resol., 1995, 1, 50 (discussing instances where confidentiality may or may not be appropriate); *Said*, supra note 167, at 590-608 (discussing exceptions to confidentiality).

¹⁶⁹ See *Feerick*, supra note 59, at 95; Ethical Guidelines for Mediators, supra note 22, at Guideline 8.

¹⁷⁰ State statutes other than Texas include: Fla. Stat. Ann. §§ 44.102, 44.201 (West 1996); Kan. Stat. Ann. §§ 23-605, 23-606 (1995); Minn. Stat. Ann. § 518.167 (West 1996); Wash. Rev. Code Ann. §§ 7.75.050, 26.09.015(3) (West 1996).

¹⁷¹ See, e.g., Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §§ 154.053, 154.073 (Vernon Supp. 1997).

¹⁷² See *Said*, supra note 167, at 599-600.

mediation are not confidential—not if they are otherwise discoverable.¹⁷³ Therefore much is really not private. Moreover, even though the mediator should generally maintain the privacy of the parties, there are situations where an overriding interest, such as the life or safety of an individual takes precedence.¹⁷⁴ More recent statutes recognize the need for balance; for example in the need for testimony as to the details of the mediation, should the mediator be sued.¹⁷⁵

It has been recognized that where a good faith requirement exists, there should be a concurrent exception to any rule on confidentiality, since the communication during the mediation is essential evidence to address the claim of bad faith in the negotiations.¹⁷⁶ With an established need for evidence, some statutes which establish a mediator's privilege provide an exception to confidentiality. But although communication about the mediation would be allowed, argument is made that it should not come from the mediator.¹⁷⁷

However, this presents a problem: if a claim of bad faith is made, clearly one side will make the claim and the other will deny it. What will the court do when this issue is then in dispute? It seems more helpful if the information would come from a neutral party, in this case, the mediator. Mediators will likely not be proponents of an exception to confidentiality, nor relish the idea of appearing in a court to testify about the mediation. One option is to have the mediator merely “certify” whether good faith was present, or provide a written checklist about the parties' conduct. One type of reporting is included in the Minnesota statute where the mediator files an affidavit.¹⁷⁸ This does, however, confer upon the mediator a decision-maker role. Another alternative would be for the mediator to actually report to the court what happened (or did not) and allow the court to make the final determination of whether the conduct constituted bad faith. In both instances, the court would decide proper sanctions, if any.

With a limit on the ability of the mediator to testify, and guidelines about the allegations which must be substantiated, the exception to confidentiality can be narrowly drawn. Difficulties encountered in creating a very specific, narrow and limited exception for the reporting of violations of a good faith requirement will be outweighed by the benefits of such obligation.

D. Problem of Satellite Litigation

Courts have been challenged in their ability to refer cases to ADR;¹⁷⁹ some object to the policy of non-voluntary ADR¹⁸⁰ and others object based upon increased cost of the procedure. Certainly courts are now authorized to refer to mediation; and the good faith requirement alone does not increase the cost. In fact, perhaps the costs are better spent if there is effort to settle so that the process is not a waste of time.

Some fear that the establishment of a good faith requirement in mediation will trigger satellite litigation regarding the rule itself. It would be paradoxical indeed if a process designed to reduce litigation and ease the administration of justice created its own special brand of vexing and annoying motion practice. In a most nightmarish form, lawyers, unhappy that their cases did not settle, would descend upon the courts complaining about their opposition's behavior at the mediation. Post-mediation hearings might involve “he said-she said” arguments, not dissimilar to the discovery battles that courts have tolerated in the name of civil litigation for decades.

Lawyers may try to involve the substance of the negotiations when claiming bad faith. Statements that the other side “did not offer enough” or “did not come down enough” may be heard. Yet, an allegation of bad faith should not be based upon the content of the negotiation. Good faith should not coerce the

¹⁷³ See Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154.073(c) (Vernon Supp. 1997).

¹⁷⁴ See *Sherman*, supra note 167, at 563.

¹⁷⁵ See Okla. Stat. Ann. tit. 12, § 1805(F) (West 1996); Wash. Rev. Code Ann. § 5.60.070(1)(g) (West 1996).

¹⁷⁶ See *Kirtley*, supra note 167, at 50; *Sherman*, supra note 168, at notes 3138 and accompanying text.

¹⁷⁷ See *id.* at 50-51.

¹⁷⁸ See Minn. Stat. Ann. § 583.27 (West 1996).

¹⁷⁹ See *Rogers & McEwen*, supra note 11, § 7:06.

¹⁸⁰ See *Katz*, supra note 6, at 45-51.

parties to resolve their dispute on any particular economic basis. Rather, the good faith requirement is essentially encouragement for the parties and their counsel to use their best efforts during the process. To avoid satellite litigation which derives from the mediation itself, legislatures, courts and other rule-making bodies who embark on implementing such requirement may re-emphasize that parties are not bound to resolve their disputes. The economic aspects of the negotiations – the offers and responses, in and of themselves – may not create a bad faith claim. Good faith relates to the manner of participation rather than the content.

Rational sanctions for non-compliance with the good faith requirement is another way to reduce potential litigation. On the other hand, sanctions for bad faith participation should not be meaningless. A rational sanction might include the cost of the mediation; an order directing good faith participation in a second mediation, with specific consequences, perhaps attorneys' fees plus the cost of the second mediation; or attendance at a CLE on negotiation and mediation. Such sanctions, while not inordinately punitive, serve as a deterrent to bad faith participation and encourage meaningful participation in the process. Although satellite litigation is not wholly preventable, benefits of good faith participation in those cases that go to mediation outweigh the detriment of any potential satellite litigation.

E. Conflicts with Established Ethical Duties

On numerous occasions, lawyers have remarked that to meet and discuss a case with the opponent, let alone work together to reach a mutually satisfactory agreement, is antithetical to one's zealous representation of the client. It is perceived as almost “wimpy” to sit down with the “other side” and try to problem solve together even though doing so will, more times than not, obtain for the client the desired objective.¹⁸¹ It is early in legal education that students learn to embrace the rule of zealous representation, often as justification for rambo-like tactics. Hence lawyers are hesitant at best to collaborate with others in a creative problem-solving effort.

This is precisely the reason why we need new ethical duties established. Good faith in negotiation may very well conflict with the adversarial model of problem solving.¹⁸² Unfortunately, the adversarial model, with its ethics, is pervading the ADR arena.¹⁸³ Despite efforts and the introduction of non-adversarial methods, the legal culture is still resisting movement from adversariness.¹⁸⁴ Therefore, specific rules mandating movement away from adversariness are necessary. As we embark into the next century with a new way of practicing law, and alternative methods of lawyering, where neither the trial nor the courtroom is the paradigm for dispute resolution, we must enact similarly modern rules of ethics.

F. Inconsistency with Values of the Litigation System

In a previous article, Professor Sherman outlines the values of our civil litigation system with the assertion that these values should also accompany the use of alternatives within that system.¹⁸⁵ This is based on the premise that the use of ADR is primarily to achieve settlement in pending lawsuits, and therefore any settlement should be consistent with its context, the court.¹⁸⁶ These values include the avoidance of coercion, a fair proceeding, a proceeding calculated to achieve its purpose and respect for

¹⁸¹ It is important to focus on the client's goals and objectives in litigation and settlement. See Menkel-Meadow, *supra* note 27, at 2672-73. It is important to focus on the client's goals and objectives in litigation. See *Sander & Golberg*, *supra* note 39, at 50.

¹⁸² See *Condlin R. J.*, *Bargaining in the Dark: The Normative Incoherence of Lawyer Dispute Bargaining Role*, *Md. L. Rev.*, Vol. 51, 1992, 1, 3 ; *Hyman J. H.*, *Trial Advocacy and Methods of Negotiation: Can Good Trial Advocates Be Wise Negotiators?*, *UCLA L. Rev.*, Vol. 34, 1987, 863, 863-65 .

¹⁸³ See *Menkel-Meadow*, *supra* note 38, at 37.

¹⁸⁴ See *Dzienkowski*, *supra* note 135, at 53.

¹⁸⁵ See *Sherman*, *supra* note 13, at 2082.

¹⁸⁶ *Id.* at 2081-82.

litigant autonomy.¹⁸⁷ While each of these objectives may be laudable, particularly within the legal system, I am not convinced that they are necessarily appropriate in the context of alternatives, particularly when inclusion may modify, if not destroy the alternatives. Yet good faith in mediation is arguably consistent with the principles, or conversely to mediate without good faith is in violation of the precepts, even though mediation often has a different focus than litigation.¹⁸⁸

Although emphasis is placed upon party autonomy as paramount in litigation, guidance is provided by virtue of rules of procedure. Guidelines for participation in the mediation will likewise provide guidance. ADR, and particularly mediation, highly values the self-determination or autonomy of the parties,¹⁸⁹ yet balance is necessary. This includes some restrictions on the behavior of a few so that the majority of participants will have positive, meaningful experiences and outcomes. Certainly if a party participates in a mediation with the intent to deceive the other side, the process is not one which is calculated to achieve its process purposes, nor could it be seen as a fair proceeding, equivalent to a day in court.

VIII. Good Faith: A Requirement and Redefinition

A. Examination of the Mediation Process

If a new element is to be added to a process, then the process itself must first be examined to determine the merit and consistency of such a requirement.

1. A Historical Perspective

A brief insight into the evolution of mediation can illuminate the purpose and objectives of the process. The use of mediation, as described herein, began in earnest with the Pound Conference in 1976.¹⁹⁰ A call for alternatives was made due to the inability of courts to efficiently handle all of the disputes presented to them. Much of the early work saw mediation used in the community to help resolve cases before the conflict escalated into a situation for the justice system.¹⁹¹ These cases were generally handled by volunteer mediators through a neighborhood or community center. From the late seventies through the mid-eighties, the use of mediation with pending litigation was minimal, although several attempts were made in the family law arena.¹⁹² In addition, efforts by the community centers were made in small claims courts.¹⁹³ On a rare occasion, a pending civil lawsuit would be referred to mediation. It was not until the late eighties that activity surrounding mediation in courts heightened. In Texas, the legislature passed Chapter 154 of the Civil Practice & Remedies Code¹⁹⁴ in 1987, which provided the courts with the authority to refer cases to ADR. In 1989, a number of lawyers in Dallas County strongly encouraged civil judges to refer cases to mediation, and such a practice was instituted in the courts of other metropolitan areas throughout the state. The course of mediation's development was similar in a number of other states, with activity first at the community (non-legalized

¹⁸⁷ See *id.* at 2084-89, 2094.

¹⁸⁸ *Cf. Nolan-Haley*, supra note 134, at 51 (arguing that mediated agreements should often approximate the legal rights of the parties). See generally *Bush R. A., Folger J. P.*, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*, 1994 (explaining how mediation offers moral development by helping people respond with compassionate strength as they address difficult and often painful results).

¹⁸⁹ See *Feerick*, supra note 59, at 101.

¹⁹⁰ See *Goldberg et al.*, supra note 3, at 7; *Nolan-Haley J. M.*, *Court Mediation and the Search for Justice Through Law*, Wash. U. L.Q., Vol. 74, 1996, 47, 57-58; *Woo K.-T.*, *A Comparison of Court-Connected Mediation in Florida and Korea*, Brook. J. Int'l L., Vol. 22, 1997, 605, 606.

¹⁹¹ See *Duffey*, supra note 70, at 26-32. A number of referrals came from police and prosecutors' offices. See *Primm*, supra note 70, at 1067-68.

¹⁹² See *Goldberg et al.*, supra note 3, at 299-300, 308-14; ABA *Alternative Means of Family Dispute Resolution* 3-173 (1982); *Dispute Resolution Ctr. of the Office of the State Courts Admin. for the Supreme Court of Florida*, *Florida Mediation/Arbitration Programs: A Compendium* 61-62 (1996).

¹⁹³ See *Goldberg et al.*, supra note 3, at 300; *Woo*, supra note 190, at 607.

¹⁹⁴ See *Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154* (Vernon Supp. 1997).

disputes) level, followed by court usage.¹⁹⁵ As the use *607 of mediation with pending litigation increased, a number of legal issues were presented to the courts, with participation of the party, including good faith, being one of them. Others include enforceability of agreements, confidentiality, and mediator liability. In early use of mediation, settlement of the case was not paramount. Rather, the goal was to assist the parties in reaching common understanding so that they were empowered to resolve their own problems. Courts, however, see mediation primarily as a method to settle cases.¹⁹⁶

2. Purpose: The Value of Mediation

Introducing a new process commonly results in an inquiry of why? In other words, what value will mediation bring to a negotiation?¹⁹⁷ The merit of the process is in the objectives which it can achieve. The goals of the mediation process are varied. The objectives of the parties may differ from the mediator's and neither may be the same as those of the court system. Yet to achieve any of them, an element of good faith should be present.¹⁹⁸

In some minds, settlement is paramount while others prefer that settlement take a back seat, placing the focus on empowerment and recognition of the parties.¹⁹⁹ In terms of the purpose and benefits of mediation for non-legally trained participants – the parties, it is satisfaction with the process. Emphasis has been placed on the satisfaction with the process, that is procedural satisfaction, rather than substantive satisfaction.²⁰⁰ Parties are satisfied with mediation even if an agreement is not reached, in many instances just because they were able to discuss the matter with another person. The Texas ADR statute for instance, emphasizes that the mediator's role is to promote understanding among the parties.²⁰¹ If these objectives are to be realized, then direct communication and informational exchange must, at least in part, take place between the participants themselves. Each should feel comfortable in mediation, and an element of trust should be present. Fear that the other parties are not acting in good faith will make parties suspect of the process and hesitant to participate. If the parties are allowed to come to mediation in bad faith, that is with the intent to deceive the other side or use the process for self-gain,²⁰² then current process satisfaction that mediation enjoys will no longer be viable.

Another mission of the mediation process is to provide a forum by which and through which individuals can be empowered and recognized.²⁰³ Improvement of communication between the individuals in the process is critical to these objectives.²⁰⁴ Only if all participants in the mediation process come with the intent to actively engage in the process will there exist the possibility of these goals becoming reality.

From the standpoint of the mediators, most engage in mediation with a sincere desire to help parties solve their problems in a meaningful, creative way. This allows all parties to come away satisfied with the process and outcome. Although a focus on settlement is present, particularly in court matters, it is important that the parties derive additional benefit from the process. And, as some mediators emphasize, “let the process do no harm.” Conduct by which harm can be done should not be tolerated by mediators.

¹⁹⁵ See *Florida Compendium*, supra note 192, at 262-68.

¹⁹⁶ This represents the efficiency model of mediation. See Sherman, supra note 13, at 2081; cf. Bush & Folger, supra note 188, at 33-55.

¹⁹⁷ See *Bush R. A. B.*, What Do We Need a Mediator For?: Mediation's “Value-Added” For Negotiators, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 12, 1996, 1, 1.

¹⁹⁸ See supra Part IV (discussing how the absence of good faith would thwart most of the process goals).

¹⁹⁹ See *Bush & Folger*, supra note 188, at 2.

²⁰⁰ See *Bush*, supra note 197, at 19-20.

²⁰¹ See *Tex Civ. Prac. & Rem. Code Ann.* §154.053(a) (Vernon Supp. 1997).

²⁰² See *infra* Part VIII.B. (citing additional examples of what bad faith in the process might entail).

²⁰³ See *Bush & Folger*, supra note 188, at 3; see also *Bush*, supra note 197, at 29-31 (discussing the concepts of empowerment and recognition as valued products to be achieved in the mediation process).

²⁰⁴ See *Bush*, supra note 197, at 28-29.

In the settlement-focused context, mediation helps to lower or remove barriers to settlement.²⁰⁵ There is also increased reliance by courts on the parties' agreements. Courts advocate that through ADR, parties bargain, and settlement is a substitute for adjudication.²⁰⁶ Therefore, the process should be as fair as can be. Mediation is looked at as bargaining in the shadow of the law,²⁰⁷ and as such the law demands honesty and a need for information, especially for lawyers.²⁰⁸

While legalities lend some perspective to dispute resolution, the law is but one of many considerations. Public policy and societal relations are just a few of the other shadows in which we should stand and bargain. Not only will the mediation process be improved, but it will be enhanced. The benefits of saving cost and time can be attained, but the process can also reach the more important objectives which touch the lives of the individual participants in the process. In this view, it is apparent that good faith is implicit in the term mediation. If objectives are to be attained, then it is imperative that all who participate will be true to the process.

3. Learning: The Importance of Experience

Conceptually, empowerment of the parties includes the goal that participants would, by experiencing mediation, learn to use the principles of the process in future disputes. Admittedly, mediation concepts, particularly the “all gain” or “win-win” paradigm is new to many people. Despite the increase of mediation education ranging from the courts to kindergarten,²⁰⁹ as well as the popularity of Getting to Yes,²¹⁰ most of the world still resolves conflict in a win-lose and higher authority context.²¹¹ Use of a different paradigm requires that new behaviors be learned. At first, participation in mediation may seem awkward for all parties, especially the lawyers, since it varies from previous training and experience. But adults learn by experience.²¹² Reading, talking about mediation, and even attending CLE programs, while providing some educational benefit, leaves one without real familiarity with the process. Learning takes place during the experience. Consequently, it will not be until and unless lawyers experience for themselves a collaborative process that knowledge will be integrated with their repertoire of skills.

Mediation, and to a lesser extent, other ADR processes, should not be changed because some participants are not educated about how to conduct themselves. Rather, lawyers should be educated and prepared with the skills necessary to achieve the best outcome from a process. In the case of mediation, these are skills different from what they currently practice.

Although it is easy to say that many lawyers will “just do it” – that is, demonstrate good faith – because it is necessary for the client to be properly represented at mediation, experience tells us otherwise. In other contexts, lawyers have relied upon rules to guide their behavior;²¹³ consequently we must enact rules to manage conduct in mediation as well.²¹⁴ Then, after a time of experience, and hence learning, good faith in mediation may become an integral part of the lawyer's behavior.

²⁰⁵ See *Bush*, supra note 197, at 12-13; see also *Mnookin R. H.*, Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 8, 1993, 235, 248-49.

²⁰⁶ See *Resnik*, supra note 2, at 243-44.

²⁰⁷ See generally *Mnookin R. H.*, *Kornhauser L.*, Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, *Yale L.J.*, Vol. 88, 1979, 950, 996. (suggesting that “private ordering” outside the courtroom is “bargaining in the shadow of the law” and may facilitate dispute resolution).

²⁰⁸ See *Bush*, supra note 197, at 22-23.

²⁰⁹ Peer mediation programs teach mediation skills to students as early as kindergarten.

²¹⁰ *Fisher R.*, *Ury W.*, *Getting To Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, 2nd ed., 1991.

²¹¹ See *Slaikeu K. A.*, *When Push Comes to Shove: A Practical Guide to Mediating Disputes*, 1996, 4-10.

²¹² See *Knowles M. S.*, *The Modern Practice of Adult Education: from Pedagogy to Androgogy* 45-58; *Bloch F. S.*, *The Andragogical Basis of Clinical Legal Education*, *Vand. L. Rev.*, Vol. 35, 1982, 321, 329.

²¹³ Witness the number of rules which guide and direct the practice of law, including rules of procedure, evidence, and ethics.

²¹⁴ Some, however, are already skeptical about the impact of ethics rule changes upon lawyers' behavior. See *Menkel-Meadow*, supra note 38, at 38-40.

But good faith conduct in mediation is not just for the lawyer. The participants, many of whom will be primary spokespeople in mediation, must also be required to demonstrate good faith. Many – particularly those engaged in business – will already assume it.²¹⁵ In transactional negotiations such as contracts and franchise agreements, the parties directly negotiate. While not surprising, good faith is sometimes absent, although less so since the parties are not engaged in a dispute. Yet in order to resolve the dispute satisfactorily, good faith is needed.

B. What Good Faith Is NOT

Good faith in mediation does not mean not reaching an agreement. That is, I do not want to imply that in order to demonstrate good faith, the parties must settle the controversy²¹⁶ or even that with mandatory good faith, agreements will be more likely. In fact, I am quite sure that there are many instances where neither party to the mediation demonstrated good faith in the process and yet were able to reach an accord. But settlement is not, and should not be, the absolute objective and goal of mediation. A mediation can be fruitful and beneficial even if no agreement is reached.²¹⁷

Good faith does not obligate the parties to possess a sincere desire to resolve the matter.²¹⁸ While maintaining an open mind is certainly helpful to the mediation process, to judge a party's state of mind is too complex and subjective.²¹⁹

Good faith does not mean not having to disclose to the other participants or even the mediator everything about your case. Fears about mediation have been expressed by litigators in terms of “showing their hand” in advance of trial. While the merit in keeping secret something which probably is not that secret²²⁰ is questionable, especially if disclosing the information can realize the client's goals, nonetheless, if the parties refuse to share particular knowledge, they should not be compelled to do so. However, it is important that some information be exchanged which would provide an explanation for, or the basis of, the proposed settlement or lack thereof. In other words, since a primary focus of mediation, whether in a settlement or empowerment context is increased understanding and communication, disclosures are necessary. The scope of information to be disclosed, however, remains within the purview of the parties.

Just “being nice” is also not an element of good faith. One can be kind and cooperative, and yet do nothing to advance the ball in terms of resolution. Sometimes, of course, being “nice” is used as a tactic to throw the other unsuspecting party off guard, like the Mutt and Jeff or “good cop-bad cop” tactics.²²¹ Just sitting and smiling at the other side does not constitute good faith. Some preparation and attempt to participate in a meaningful way should be exhibited.

C. Previous Definitions

Admittedly, some prior uses of the term good faith have proven problematic. Nonetheless, that should not, in itself, be the obstacle to the creation and implementation of such a requirement in mediation. The term good faith has been used in a number of contexts, ranging from transactional practice to litigation.

²¹⁵ See *Palmieri*, supra note 131, at 201-13 (noting a duty of good faith in German and Italian precontractual negotiations).

²¹⁶ See Ind. Code Ann., tit. 34, Appendix on ADR, Rule 2.1 (West 1996) (explicitly stating that parties are “required to mediate in good faith, but are not compelled to reach an agreement”).

²¹⁷ See supra Part VIII.A.2.; see also *Bush & Folger*, supra note 188, at 2-4 (discussing the power of mediation to transform people through empowerment and recognition).

²¹⁸ See *Cox*, supra note 74, at 1414 (discussing court rulings that good faith included demonstration of a present desire to resolve the case).

²¹⁹ *Id.*

²²⁰ With discovery and equal counsel, it is likely that most information comes to light in advance of the trial. In reality this seems like it should be a minor issue since most cases do not even reach trial.

²²¹ See *Craver*, supra note 77, at 189-90, 194-201 (discussing several negotiation games and techniques which involve overt cooperation or niceties, but which are designed for competitive use).

A survey of previous definitions can be instructional. Although no one definition of good faith exists in the realm of negotiation or mediation, cases in the labor field can also provide guidance. Many courts agree that to impose a duty of good faith on negotiators does not mean that the parties must reach a settlement. Good faith simply requires that the parties make a genuine push towards a solution.²²²

Some courts however have gone so far as to require not only a desire to reach agreements, but also to demonstrate a sincere effort to reach a common ground.²²³ One case noted that individual judges should use their experience in determining what constitutes reasonable steps in negotiation, and offered guidelines which included no unfair surprises, meetings, listening to the contentions of each other, and providing an explanation of positions clearly and honestly.²²⁴ In another case interpreting good faith, the court could not find that a party is acting in bad faith merely because it refused to change its position, noting that its position may be correct from the start.²²⁵

Some scholars and courts believe that the best way to define good faith is to state what good faith is not, or conversely, define bad faith. Signs that a party is negotiating in bad faith include: unexpected delays in answering correspondence; postponement of meetings; sending negotiators without authority to settle; repudiating commitments made during bargaining; shifting positions; interjecting new demands; insisting on a verbatim transcript of the negotiation; refusal to sign a written agreement; unilateral action; and withholding valuable information.²²⁶

Another court in the labor context established that to show “such lack of good faith it is necessary to establish facts from which it can be reasonably inferred that a party enters upon a course of bargaining and pursues it with the desire or intent not to enter into an agreement at all.”²²⁷ This view of an absence of good faith by a lack of intent to resolve a matter may be appropriate in the labor context but may be too strong for general mediation purposes.²²⁸

Bad faith has also been defined with regard to insurance contracts in terms of an insurer's refusal to settle a claim of its insured.²²⁹ Although there is, of course, no fiduciary duty in mediation as there is with an insurance agreement, the definitional discussions are enlightening. In Texas, the cornerstones of a breach of good faith and fair dealing consist of no reasonable basis for denial of claims or a failure of the insurer to determine whether there is a reasonable basis for the denial of a claim.²³⁰ Although not every denial is made in bad faith, signs that an insurance company may not be dealing fairly include: the stated reason for denial makes no legal or factual sense; different reasons for denial are given on separate occasions; denial took place before there was any significant investigation of the claim; or an investigation took place, but the investigation was conducted so as to support a denial rather than to determine the validity of a claim.²³¹ Furthermore, the insurance company's failure to communicate with the insured can

²²² See *Swerdlow S.*, Freedom of Contract in Labor Law: Burns, H.K. Porter, and Section 8(d), *Tex. L. Rev.*, Vol. 51, 1972, 1, 29-32

²²³ See *Cox*, supra note 74, at 1414 (quoting *NLRB v. Montgomery Ward & Co.*, 133 F.2d 676, 686 (9th Cir. 1943)).

²²⁴ See *Rutland Ry. Corp. v. Brotherhood of Locomotive Eng'rs*, 307 F.2d 21, 40-41 (2d Cir. 1962).

²²⁵ See *Chicago and N. W. Ry. Co. v. United Transp. Union*, 336 F. Supp. 1149, 1166 (N.D. Ill. 1971), rev'd on other grounds, 417 F.2d 366 (1972).

²²⁶ See *Cox*, supra note 74, at 1418-25.

²²⁷ See *American Airlines v. Air Line Pilots Ass'n, Int'l*, 169 F. Supp. 777, 794 (S.D.N.Y. 1958); see also *NLRB v. Reed & Prince Mfg. Co.*, 205 F.2d 131, 134 (1st Cir. 1953) (holding lack of any meaningful concessions may be a sign of bad faith).

²²⁸ See *Sherman*, supra note 13, at 2091 (arguing why a strong urging of good faith is not as imperative in ADR as in collective bargaining matters).

²²⁹ See *Gergen M.*, A Cautionary Tale About Contractual Good Faith in Texas, *Tex. L. Rev.*, Vol. 72, 1994, 1235, 1236-44 ; *Thomas J. E.*, A Case Study of Bad Faith Refusal to Settle: A Doctrinal, Normative, and Practical Analysis of Missouri Law, *UMKC L. Rev.*, Vol. 64, 1996, 695, 697-99. See generally *Richmond D. R.*, An Overview of Insurance Bad Faith Law and Litigation, *Seton Hall L. Rev.*, Vol. 25, 1994, 74, 74-80. (discussing bad faith in insurance litigation).

²³⁰ See *Arnold v. National County Mut. Fire Ins. Co.*, 725 S.W.2d 165, 167 (Tex. 1987).

²³¹ See *Chester R.*, First Party Bad Faith: How to Spot It and What to Do With It, in Seminar for Nationwide Insurance Company, 1994, 3-5 (on file with author).

also be grounds for a finding of bad faith on the part of the insurer.²³² The basis here, like many other situations, is a failure to provide information.

From yet another perspective, and since mediation is the facilitation of the negotiation process, contract negotiations and business relations provide another view of a good faith requirement. In contracts, instructional discussions are abundant, ranging from a duty of good faith and fair dealing in performance²³³ to the need for good faith in precontractual negotiations.²³⁴ The language and concepts from contractual relationships can also be helpful. This makes good sense, because after all, in many, if not most mediations, the mediated agreement is a contract.²³⁵ Moreover, when entering into a transactional negotiation, a preliminary step to formation of a contract is establishment of the relationship between the parties.²³⁶ In mediation, it is even more important because not only are the parties forming a contractual relationship should they reach an agreement, but often a relationship already exists. Unfortunately a dispute arose because the parties were unable to come to terms themselves.

Many times the prior relationship between the parties is one of contract; should we not require that which was expected in the first place? Assuming some relation to contract theory, we can begin to extrapolate from its quest for specificity in the good faith requirement. For example, according to the Uniform Commercial Code, “good faith” consists of “honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade.”²³⁷ Although this definition leaves room for speculation on how good faith should be interpreted within the business realm and some commentators believe that acting in good faith simply means that the parties did not act in bad faith,²³⁸ others suggest that good faith in transactions can only be determined on a case-by-case basis.²³⁹ Whether such conduct should be appraised through reasonable, fair, or decent standards, or community-based standards deals with another perspective.²⁴⁰ Perhaps the most straight-forward answer can be traced to Lord Mansfield, who stated, “good faith forbids either party from concealing what he privately knows, to draw the other into a bargain, from his ignorance of that fact, and his believing the contrary.”²⁴¹ The notion that negotiation should not be contaminated by bad faith on the part of the participants applies to mediation as well.

D. New Definitions and Perspectives

Good faith can mean a number of things as previously set forth. However, a more specific definition, at least initially, may help mediation participants know what to do; may aid the mediator, if and when a determination is to be made; and may assist the court should enforcement be necessary. Most individuals are familiar with common usage of the terms good faith and fair dealing. These include honesty in fact, truthfulness, as well as the absence of bad faith. But these elements have been applied primarily to

²³² See *Fidelity & Cas. Co. v. Underwood*, 791 S.W.2d 635, 647 (Tex. App. _ Dallas 1990, no writ)

²³³ See Restatement (Second) of Contracts § 205 (1992); *Speidel R.*, *The “Duty” of Good Faith in Contract Performance and Enforcement*, J. Legal Ed., Vol. 46, 1996, 537 (outlining the top ten items to know in regard to good faith in contracts).

²³⁴ See *Shell G. R.*, *Opportunism and Trust in the Negotiation of Commercial Contracts: Toward A New Cause of Action*, Vand. L. Rev., Vol. 44, 1991, 221, 222-25; *Palmieri*, supra note 131, at 72.

²³⁵ Many state statutes provide that the mediated agreement is like another contract in terms of its enforceability. See Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154.071 (Vernon 1995); *Rogers & McEwen*, supra note 11, § 11.01.

²³⁶ See Center for the Study of Foreign Affairs, *National Negotiating Styles* 56-58 (Hans Binnendijk ed. 1987) (discussing the negotiating styles in China, the Soviet Union, Japan, France, Egypt, and Mexico); *Shell*, supra note 234, at 225-26, 252-55; see also *Macneil I. R.*, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, Nw. U. L. Rev., Vol. 72, 1977, 854 (discussing the relation between classical and neoclassical contract law). This is even more true in other cultures where if the relationship does not first exist, there will be no contract or any business dealing whatsoever.

²³⁷ See U.C.C. § 2-103(a)(2) (1996).

²³⁸ See *Palmieri*, supra note 131, at 79.

²³⁹ See *id.*

²⁴⁰ See *id.*

²⁴¹ See *id.* at 83.

actions which occur during the exchange segment of the negotiation.²⁴² Yet the mediation process really begins earlier.²⁴³ Preparation and arrival for the mediation should be stages addressed by any good mediator.²⁴⁴ Moreover, courts can and do order attendance and exchange of information.

This is an important consideration in creating a rule that is specific and directly specific to mediation. Prior criticism of good faith is, in part, based on the lack of objective standards,²⁴⁵ and that a demonstration of good or bad faith is dependant on one's state of mind.²⁴⁶ Some objective standards, which are not based upon the content of the proposals, are therefore necessary.

The following is a list of suggested factors which could be included in a rule or statute compelling good faith.²⁴⁷ Arriving at the mediation prepared with knowledge of the case, both in terms of the facts and possible solutions; taking into account the interests of the other parties; having all necessary decision-makers present at the mediation, not via a telephone; engaging in open and frank discussions about the case or matter in a way that might set out one's position for the other to better know and understand; not lying when asked a specific and direct question; not misleading the other side; demonstrating a willingness to listen and attempting to understand the position and interests of the other parties; being prepared not only to discuss the issues and interests of your client, but also to listen to the issues and interests of all other participants; having a willingness to discuss your position in detail; and explaining the rationale why a specific proposal is all that will be offered, or why one is refused.

Many times a "hard" negotiator won't even know himself the reasoning behind what he is saying or the intractable position he takes. It's just a learned technique to be obstinate.²⁴⁸ Good faith includes coming to the mediation with an open mind, not necessarily a promise to change a view, but a willingness to be open to others. Although it may appear that there is a very fine line between not requiring a change of view, and a consideration of the requests of the others, the focus is on information. One party need not to agree with the other, but attempt to understand, and, at the very least, not summarily and without consideration immediately reject what the person has to say.

From the lawyer's perspective, additional guidelines are applicable, such as allowing the client to discuss the matter directly with the other side and with the mediator. The purpose is again on the free flow of information between the disputing parties, a hallmark of the communication and participation necessary in the mediation process.

E. Implementation of a Good Faith Element into the Mediation Process

1. Importance of an All-Inclusive Requirement

By all-inclusive it is meant that good faith should be present in each and every mediation, in every context. While some argue that mediation is used in so many different contexts that it is necessary that matters such as qualifications are content-specific,²⁴⁹ the mediation process has many similar elements across contexts. Good faith on the part of the participants should be one of them.

Good faith is often presumed to be part of mediation in statutory requirements, agreements to mediate, as well as contractual provisions. Currently, many mediations are in a court-annexed context, where lawyers are present. Yet as agreements to mediate and contracts containing ADR clauses become more prevalent, more cases will go to mediation before a lawsuit is filed.²⁵⁰ For a number of reasons,

²⁴² For the various stages of negotiation, see *Gifford D. G.*, *Legal Negotiation: Theory and Applications*, 1989, 8.

²⁴³ See *Kovach*, *supra* note 117, at 24.

²⁴⁴ See *id.* at 70-77.

²⁴⁵ See *Sherman*, *supra* note 13, at 2093.

²⁴⁶ See *Swerdlow*, *supra* note 222, at 30-36.

²⁴⁷ At the end of this article is a draft of a sample statute and a rule which could be used to institute the requirement.

²⁴⁸ See *Craver*, *supra* note 77, at 109-10.

²⁴⁹ See *Rogers & McEwen*, *supra* note 11, § 11.02; SPIDR Report, *supra* note 24, at 9.

²⁵⁰ Mediation will likely provide additional cost and time savings. See, e.g., *Ready J. A.*, *National Pre-Suit Mediation*

mediation must be essentially the same process,²⁵¹ otherwise we will not know what we are talking about when we say the word mediation, and mediators will not know what to be doing.²⁵² Therefore, it is imperative that a good faith requirement be implemented as part of the process whether the parties go to mediation as a court referral, contractual or self referral process. Otherwise, we are left with a double standard where mediation will be one thing in a case, and a completely different process in another. And even for those who argue a pluralist view of mediation,²⁵³ for the process to be of any assistance, even in an evaluative mode,²⁵⁴ some element of good faith must be present; at the very least, there must be an absence of bad faith. To be successful in achieving mediation objectives, the participants “must engage in the process in good faith and in a reasonable manner.”²⁵⁵

Yet having said that it is imperative that good faith be a part of every mediation, it is likely that a good faith requirement would be established first in court-annexed matters. In these cases, there is more control over the parties and the process. As implemented, good faith should be required from ALL participants, not just the lawyers. Again, however, reality dictates that the likelihood of directing lawyer change is greater than altering participant conduct.

2. Procedural Considerations

In current practices, even where no good faith requirement exists, it is commonplace that the mediator, during her introductory remarks,²⁵⁶ elicit a commitment from the participants to participate in good faith. Mediators generally request this from all participants, including the parties to the dispute as well as their representatives, or agents in negotiation, who are usually lawyers.²⁵⁷ Signing an agreement to mediate, which includes a good faith provision, is commonplace.

Procedurally, the mediator may be left with the duty to enforce a good faith requirement if there is not a pending lawsuit. In that case, each mediator may have discretion in how she chooses to enforce the good faith commitment. At a minimum a mediator should terminate the session in the event she determines that the process will do harm. In other cases, when lawsuits are pending, the court will likely dictate consequences. Where the court will make the decision as to whether good faith was present, the mediator need only provide specific information to the court. A checklist of sorts which corresponds to specific objective criteria could be sent to the court.²⁵⁸

If enacted, a rule of good faith, like any other court or legal rule, must be enforceable. Sanctions for the failure to demonstrate good faith, is also dependent upon whether the parties are in litigation, since the

Program, ABA Sect. on Litig. & Conflict Management, 1997, 7 (discussing a natural program to encourage pre-suit resolution in insurance claims).

²⁵¹ See *Kovach & Love*, supra note 44, at 31-32; see also *Love L. P.*, The Top Ten Reasons That Mediators Should Not Evaluate, Fla. St. U. L. Rev., Vol. 24, 1997, 937 (noting that when attorneys advise clients about the advantages of mediation, and when courts create mediation programs, consumers should know what they are getting). See generally *Burr*, Building Reform From the Bottom Up: Formulating Local Rules for Bankruptcy Court-Annexed Mediation, Ohio St. J. on Disp. Resol., Vol. 12, 1997, 311, 348 (stating that a national bankruptcy court-annexed mediation rule would promote uniformity); *McEwen C. A. et al.*, Bring in the Lawyers: Challenging the Dominant Approaches to Ensuring Fairness in Divorce Mediation, Minn. L. Rev., Vol. 79, 1995, 1317, 1362 (discussing how mediation programs differ widely and significantly, challenging regulation advocates who see uniformity in mediation).

²⁵² See *Love*, supra note 251.

²⁵³ See, e.g., *Lande*, supra note 7, at 855.

²⁵⁴ See generally *Riskin*, supra note 43.

²⁵⁵ See *Hutchinson C. C.*, The Case for Mandatory Mediation, 42 Loy. L. Rev., Vol. 42, 1996, 85, 93 .

²⁵⁶ See *Kovach*, supra note 117, at 82-85 (discussing the content of a mediator's introduction); see also *Galton*, supra note 30, § 4.1 at 26-27 (discussing mediators' introductions); *Robbins D. E.*, Securities Mediation: An Expedient Alternative to Arbitration, Practising Law Institute, Securities Arbitration, 1996, § 16.02 (giving an example of a mediator's introductory remarks).

²⁵⁷ See generally *Rubin J. Z., Sander F. E. A.*, When Should We Use Agents? Direct vs. Representative Negotiation, Negotiation J., Vol. 4, 1988, 395 (“consider[ing] several key distinctions between direct and representative negotiations”).

²⁵⁸ For the effect on confidentiality, see supra notes 169-80 and accompanying text.

court would likely be involved. If so, it is likely that the normal course of legal sanctions would be available – and advisable.²⁵⁹ Examples of possible mediator action in response to a showing of bad faith might include terminating the mediation, reallocating expenses, resetting the mediation, or reporting to the court. While most mediators loathe the idea of establishing or enacting sanctions, if the matter is not court-annexed, the parties may rely on her. Another option is the enactment of automatic sanctions, which could be provided through a liquidated damages provision in the agreement to mediate.

3. New Ethics: A Proposal

A good faith requirement in mediation could be established by legislation, court rule, rules of conduct for lawyers, or rules of practice in mediation.²⁶⁰ As a requirement, it is important that the necessity of good faith must be communicated to the participants prior to mediation. Therefore, conduct compromising good faith should be included as an integral part of the description and definition of the mediation process itself. As society embarks on a reconsideration of ethical and moral issues,²⁶¹ engaging in collaborative problem solving is consistent with such goals.

With regard to the lawyer-advocate, ethical rules guide behavior, as with most professions which are autonomous and self-regulating.²⁶² Ethical guidelines were enacted to prescribe conduct for the practicing attorney and have evolved over time.²⁶³ The Model Code²⁶⁴ was criticized as being too focused on litigation, and in 1983, the ABA enacted its Model Rules of Professional Conduct²⁶⁵ with more focus on the lawyer's role in society.²⁶⁶ Yet there can be little debate that rules and codes were enacted for lawyers engaged in a practice within a win-lose dichotomy. Just because one is in an advocate role does not necessarily mean that he cannot act in good faith,²⁶⁷ although some argue otherwise.²⁶⁸ It is precisely how one conducts himself in the advocate's role that dictates compliance with any standard.²⁶⁹ Yet change of conduct within the adversarial system is not likely to be affected by ethical rules alone.²⁷⁰ Perhaps redirecting conduct in mediation, as a truly separate paradigm for dispute resolution, can assist in redefining the role of lawyer.²⁷¹

4. The Key Element: Education

A key to good faith conduct in mediation is education. When participants in mediation, whether the disputing parties or representatives, are not knowledgeable about the process – its theory, goals and

²⁵⁹ See *National Hockey League v. Metropolitan Hockey Club, Inc.*, 427 U.S. 639, 643 (1976) (noting that sanctions also serve as a deterrent).

²⁶⁰ There is a movement toward state-wide interdisciplinary agencies to oversee mediation or ADR practice such as the Ohio Commission on Dispute Resolution and Conflict Management and, more recently, the Dispute Resolution Commission in North Carolina. While to date the purview of these groups has been educational, when involved in regulation, mediator oversight of the entire practice is an option for consideration.

²⁶¹ See generally *Merida K., Vobejda B.*, Promoting Return to 'Civil Society'; Diverse Group of Crusaders Looks for New Solutions to Social Problems, Wash. Post, Dec. 15, 1996, at A0 (discussing recent trend toward resolving social problems with civility).

²⁶² See *Dzienkowski J. S.*, Professional Responsibility Standards, Rules and Statutes, 1995, 961; see also *Schein E. H.*, Professional Education: Some New Direction, 1972, 8-9.

²⁶³ See generally *Moliterno J. E., Levy J. M.*, Ethics of the Lawyer's Work, 1993, 52-61 (accounting the development of legal ethics rules).

²⁶⁴ Model Code of Professional Responsibility (1969) (providing framework for ethical behavior of lawyers to be adopted by United States jurisdictions).

²⁶⁵ See *Dzienkowski*, supra note 261, at 3.

²⁶⁶ See *Moliterno & Levy*, supra note 262, at 60.

²⁶⁷ See *Menkel-Meadow C.*, Is Altruism Possible In Lawyering, Ga. St. U. L. Rev., Vol. 8, 1992, 385, 386-88 (discussing the various roles of the lawyer, including that which includes caring).

²⁶⁸ See *Condlin*, supra note 182, at 78-80; *Hyman*, supra note 182, at 863-64.

²⁶⁹ See *Hyman*, supra note 182, at 864.

²⁷⁰ See *Menkel-Meadow*, supra note 38, at 40.

²⁷¹ See *id.* at 10-12.

objectives – expectations are absent at best, conflicting or unrealistic. Much of the mediator's initial effort is spent in educational efforts. This often occurs when participants are new to the procedure. Sometimes the process is more difficult because the participants come to mediation with impractical expectations of the role of the mediator or possible outcomes. To direct one to negotiate or mediate, as many courts do, using the definition of mediation as facilitated negotiation without offering more, is often ineffectual.

The first step in changing behavior is education. Unless individuals are aware of, and become familiar with, new behaviors, old paradigms will remain steadfast. It has been recognized that in order to move systems of dispute resolution from adversarial approaches, change must begin in legal education,²⁷² and the efforts must continue beyond law school. Likewise, familiarization with ADR has begun in other educational arenas, such as schools of business and public affairs. While participants should be fully aware of mediation, the general public will not have such knowledge without a television program or other media exposure. Until such time “Minneapolis Mediation” rivals past episodes of “L.A. Law,” educational efforts must continue. And while general educational efforts should increase, specific education must take place in advance of each particular mediation.

IX. Conclusion

Whether called good faith, “meaningful participation,” or another similar term, some action to require a specific conduct conducive to the mediation process must be required. Whether by court rule, legislation, or a code of ethics, such an obligation should be constructed and implemented immediately. And the duty of good faith should extend to the parties as well as their attorney representatives.

However, less effort is needed to regulate the bar, and since the lawyer's conduct influences the mediation, change must begin there. Lawyers have demonstrated a need and custom of governance by a set of rules or standards. But those currently in effect are not appropriate for some alternative forms of dispute resolution, particularly mediation.²⁷³ If mediation is to survive as a formidable, unique process with the characteristics remaining which has made it a process that results in party satisfaction, then practices and procedures with regard to lawyers' conduct in the mediation process must change. To require good faith is one suggestion and a step in the right direction. The road will not be an easy one, but the road less traveled initially, can make all the difference.²⁷⁴

The following are mere suggestions which have not benefitted from the wisdom of deliberation and debate. They are set out herein for the sole purpose of initiating the discussion process.

Model Rule for Lawyers Requiring Good Faith Participation in the Mediation Process

Rule 1.7 Good Faith in Mediation

A lawyer representing a client in mediation shall participate in good faith.

(a) Prior to the mediation, the lawyer shall prepare by familiarizing herself with the matter, and discussing it with her client.

(b) At the mediation, the lawyer shall comply with all rules of court or statutes governing the mediation process, and counsel her client to do likewise.

(c) During the mediation, the lawyer shall not convey information that is intentionally misleading or false to the mediator or other participants.

Statutory Basis for Good Faith Requirement

MEDIATION CODE 001. All parties and their counsel shall participate in mediation in good faith.

“Good Faith” includes the following:

a. Compliance with the terms and provisions of [cite to state statute or other rule setting forth mediation; for example Texas Civil Practice and Remedies Code § 154.001];

²⁷² See *Dzienkowski*, supra note 135, at 58-59 (discussing the role of legal education in the move away from adversarialism).

²⁷³ See *id.* at 57-58.

²⁷⁴ Apologies to *Robert Frost*.

- b. Compliance with any specific court order referring the matter to mediation;
 - c. Compliance with the terms and provisions of all standing orders of the court and any local rules of the court;
 - d. Personal attendance at the mediation by all parties who are fully authorized to settle the dispute, which shall not be construed to include anyone present by telephone;
 - e. Preparation for the mediation by the parties and their representatives, which includes the exchange of any documents requested or as set forth in a rule, order, or request of the mediator;
 - f. Participation in meaningful discussions with the mediator and all other participants during the mediation;
 - g. Compliance with all contractual terms regarding mediation which the parties may have previously agreed to;
 - h. Following the rules set out by the mediator during the introductory phase of the process;
 - i. Remaining at the mediation until the mediator determines that the process is at an end or excuses the parties;
 - j. Engaging in direct communication and discussion between the parties to the dispute, as facilitated by the mediator;
 - k. Making no affirmative misrepresentations or misleading statements to the other parties or the mediator during the mediation; and
 - l. In pending lawsuits, refraining from filing any new motions until the conclusion of the mediation;
002. “Good Faith” does not require the parties to settle the dispute. The proposals made at mediation, monetary or otherwise, in and of themselves do not constitute the presence or absence of good faith.
003. Determination of Good Faith
- a. In court-annexed cases, the court shall make the final determination of whether good faith was present in the mediation.
 - b. Where a lawsuit has not been filed, the responsibility for finding a violation of the good faith duty rests upon the mediator, who shall use the elements of this statute and context of any contract between the parties as a basis for deliberation and decision-making.
004. Consequences for the Failure to Mediate in Good Faith
- If it is determined that a party or a representative of a party has failed the mediate in good faith, the following actions can be instituted at the discretion of the court or mediator:
- a. The individual shall pay all fees, costs, and reasonable expenses incurred by the other participants.
 - b. The individual will pay the costs of another mediation.
 - c. The individual will be fined in an amount no greater than \$5,000.00.
 - d. The individual, at their own cost, will attend a seminar or other educational program on mediation, for a minimum of eight (8) hours.

ალვოკატა მოვალეობები და პასუხისმგებლობა დავის ბაღაწყვიტისას,
კეთილსინდისიერება მედიაციაში – თხოვნის, რეკომენდაციის
თუ მოთხოვნის სახით დაღბენილი? ახალი ეთიკა

I. შესავალი

დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის მეთოდებისა (ADR) და, კონკრეტულად, მედიაციის¹ გამოყენების სიხშირე მნიშვნელოვნად გაიზარდა ბოლო 20 წლის განმავლობაში.² მაშინ როცა დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის (ADR) სხვა პროცესები, როგორცაა არბიტრაჟი,³ საქმის ნეიტრალური შეფასება⁴ და ნაფიცი მსაჯულების შემაჯაბელი მოსმენა⁵ სულ უფრო ხშირად გამოიყენება, განსაკუთრებით სასამართლო სისტემაში,⁶ მედიაცია ამ პროცესებს შორის ყველაზე უფრო ფართოდ არის გამოყენებული.⁷ მიუხედავად იმისა, რომ მედიაციის გამოყენებასთან დაკავშირებითაც არსებობს გარკვეული კრიტიკა,⁸ განსაკუთრებით ეს ეხება საოჯახო სამართლის საკითხებს,⁹ მედიაციის ბუმი გრძელდება.¹⁰ დიდი რაოდენობით კანონები იქ-

* სამართლის პროფესორი, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის სფეროს ექსპერტი, ოჰაიოს სახელმწიფო უნივერსიტეტის ბაკალავრი, კოლუმბიის სახელმწიფო უნივერსიტეტის სამართლის სკოლის დოქტორი.

¹ თუმცა წინამდებარე სტატიაში გამოყენებული ლიტერატურა და შესაბამისად, წყაროები ზოგადად დავის ალტერნატიულ გადაწყვეტას ეხება, ამ ნაშრომში ყურადღება გამახვილებულია, ძირითადად, მედიაციის პროცესზე. ნაშრომში ნაცადია სპეციფიკურად მოცემული თემის განხილვა, რადგან მედიაცია განსხვავებული და უნიკალური პროცესია იურიდიულ სისტემასთან შედარებით. თუმცა კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ელემენტი ზიანს არ მოუტანს სხვა ADR-ის პროცესებს, მის არსებობას მედიაციაში გადამწყვეტი მნიშვნელობა გააჩნია

² იხ. *Resnik J.*, Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 10, 1995, 211, 218.

³ არბიტრაჟი შეჯიბრებითობის ტიპის პროცესია, რადგან განსაზღვრებით ნეიტრალური პირი იღებს გადაწყვეტილებას. იხ. *Goldberg et al.*, Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes, 2nd ed., 1992, 199-200.

⁴ ზოგადი ინფორმაციისთვის იხ. *Levine D. I.*, Early Neutral Evaluation: A Follow-up Report, *Judicature*, Vol. 70, 1987, 236 (ნეიტრალური შეფასების ადრეულ საფეხურთან დაკავშირებით კალიფორნიის ჩრდილოეთ ოლქის ექსპერიმენტული პროგრამის შეფასება); *Rosenberg J. D., Folberg H. J.*, Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis, *Stan. L. Rev.*, Vol. 46, 1994, 1487. (ადრეული ნეიტრალური შეფასების სანყისებისა და განვითარების განხილვა).

⁵ შემაჯამებელი სასამართლო პროცესის ზოგადი მიმოხილვისა და საფუძვლებისათვის, იხ. *Alfini J.*, Summary Jury Trials in State and Federal Courts: A Comparative Analysis of the Perceptions of Participating Lawyers, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 4, 1989, 213; *Posner R. A.*, The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations, *U. Chi. L. Rev.*, Vol. 53, 1986, 366; და *Vidmar N., Rice J.*, Jury-Determined Settlements and Summary Jury Trials: Observations about Alternative Dispute Resolution in an Adversary Culture, *Fla. St. U. L. Rev.*, Vol. 19, 1991, 89.

⁶ იხ. *Katz L. V.*, Compulsory Alternative Dispute Resolution and Volunteerism: Two-Headed Monster or Two Sides of the Coin?, *J. Disp. Resol.*, 1993, 1, 13; *Resnik*, supra note 2, at 218.

⁷ იხ. *Lande J.*, How Will Lawyering and Mediation Practices Transform Each Other?, *Fla. St. U. L. Rev.*, Vol. 24, 1997, 839; *Stempel J. W.*, Reflections on Judicial ADR and the Multi-Door Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Overture or Fledgling Adulthood?, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 11, 1996, 297, 352-53.

⁸ იხ. *Brinig M. F.*, Does Mediation Systematically Disadvantage Women?, *Wm. & Mary J. Women & L.*, Vol. 2, 1995, 1, 6; *Delgado R. et al.*, Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution, *Wis. L. Rev.*, 1985 1359, 1361; *Fiss O. M.*, Against Settlement, *Yale L. J.*, Vol. 93, 1984, 1073, 1075; *Grillo T.*, The Mediation Alternative: Process Dangers for Women, *Yale L. J.*, Vol. 100, 1991, 1545, 1549.

⁹ იხ. *Bryan P. E.*, Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power, *Buff. L. Rev.*, Vol. 40, 1992, 441, 443.

ნა ამოქმედებული ამ სფეროში, რამაც კატალიზატორის როლი ითამაშა, ამასთან კანონების მიღება განპირობებული იყო მედიაციის ფართო გამოყენებით; მედიაციასთან დაკავშირებული კანონების საწყისი ტექსტის მოცულობა 1989 წელს მოცემული საკითხისადმი მიძღვნილი 500-გვერდიანი დოკუმენტიდან¹¹ 1995 წელს 2000- გვერდიანი საკანონმდებლო აქტად გარდაქმნა.¹² ADR-ის სასამართლო სისტემაში ინტეგრაცია ახლო წარსულში იქნა განხორციელებული, რასაც ხელი შეუწყო ADR-ის სავალდებულო ხასიათის განმსაზღვრელი სასამართლოს წესებისა და განკარგულებების ამოქმედებამ.¹³

ADR-ის ასეთი გავრცელების პირობებში, განსაკუთრებით სასამართლო სისტემაში, ჩვენ ვართ „ADR-ის შესახებ კანონის“ თავდაპირველი შემუშავების მოწმენი. უნდა აღინიშნოს, რომ ADR-ის მეთოდების სასამართლო სისტემაში უფრო ხშირ გამოყენებასთან ერთად აშკარაა სასამართლო სისტემის დრამატული ზეგავლენა ADR-ზე. სასამართლო სისტემის ზეგავლენა გამოიხატება წესების, პროცედურებისა და ADR-ის მარეგულირებელი ნორმების რაოდენობის გაზრდაში, რაც მოცემულ ალტერნატიულ პროცესებს აახლოებს სასამართლო საქმის წარმოების პროცედურულ ასპექტებთან.¹⁴ ერთმა მეცნიერმა ამ ახალ კულტურას სახელწოდებაც კი მოუძებნა „ლიტი-მედიაცია“,¹⁵ ამ შემთხვევაში ადვოკატები მედიაციას განიხილავენ, როგორც სასამართლო საქმის წარმოების უბრალოდ ერთ-ერთ შემდგომ ნაბიჯს ან საშუალებას, რომელსაც საქმის დასრულებამდე მივყავართ.

მაშინ, როცა ზოგიერთი ADR-ის ლეგალიზაციას კრიტიკულად განიხილავენ,¹⁶ სხვანი ამ პროცესს გარდაუვლად მიიჩნევენ, აღნიშნავენ რა, რომ სასამართლო წარმოებასა და მედიაციას გააჩნია საერთო ელემენტები.¹⁷ სიბრძნე და ირონია, რაც უკავშირდება იმ სისტემის მიერ ალტერნატიული გადაწყვეტის პრაქტიკისა და რეგულაციების შემუშავებას, რომლის ალტერნატიულ მიდგომასაც გვთავაზობს გადაწყვეტა, დაუსრულებელი დებატების საგნად შეიძლება იქცეს. მაგრამ მოცემული სტატიის მიზნებისათვის, უნდა გავცდე ზემოხსენებულ საკითხს და ვიმოქმედო იმ დაშვების ფარგლებში, რომ სასამართლო და საკანონმდებლო ორგანოები გააგრძელებენ გადაწყვეტილებების მიღებას ADR-ის გამოყენებასთან დაკავშირებულ მრავალ ძირულ და მნიშვნელოვან საკითხზე და ეს განსაკუთრებით შეეხება მედიაციას. უნდა აღინიშნოს, რომ ADR-ის გამოყენებასთან დაკავშირებული „სატელიტური“ საქმის წარმოება არ არის მნიშვნელოვანი ხასიათის,¹⁸ სახეზეა მხოლოდ რამდენიმე საქმე, რომლებიც ეხება ისეთ წესებს როგორცაა წესი 16 – კეთილსინდისიერი მონაწილეობა საქმის წინასწარი მოსმენისას¹⁹ და სხვა მსგავს საკითხებს. მაგრამ რამდენადაც გრძელდება ADR-ის ინტეგრაცია სასამართლო სისტემაში, შეიძლება დავუშვათ, რომ გარკვეული დრამატული ხდომილებების არარსებობის პირობებში, საკითხების წამოჭრასთან ერთად, მათი გადაჭრა მოხდება სასამართლოებისა და

¹⁰ შტატები განაგრძობენ საკანონმდებლო აქტების მიღებასა და განხორციელებას. იხილეთ: e.g., N.C. Sup. Ct. R., 1991, 1-10. (შესწორებები შეტანილია, 1996) (უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეებში მედიატორული მორიგების სხდომების ჩატარება).

¹¹ იხ. *Rogers N. H., McEwen C. A.*, *Mediation: Law, Policy, & Practice*, 2nd ed., 1994, § 13:01.

¹² იხ. იგივე.

¹³ ზოგადი ინფორმაციისათვის იხ.: *Sherman E. F.*, *Court-Mandated Alternative Dispute Resolution: What Form of Participation Should Be Required?*, *SMU L. Rev.*, Vol. 46, 1993, 2079 (სავალდებულო ADR-ში მხარეებისა და მათი ადვოკატების მონაწილეობის პასუხისმგებლობის განხილვა).

¹⁴ იხ. *Rogers & McEwen*, ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 3:6.

¹⁵ იხ. *Lande*, ზემოთ მითითებული წყარო 7, 3-4.

¹⁶ იხ. *Menkel-Meadow C.*, *Pursuing Settlement in an Adversarial Culture: A Tale of Innovation Co-opted or “The Law of ADR”*, *Fla. St. U. L. Rev.*, Vol. 19, 1991, 1, 12; ასევე იხ. *Rogers & McEwen*, ზემოთ მითითებული წყარო 11, §§ 1:04, 13:01.

¹⁷ იხ. *Sherman*, შენიშვნა 13, 2082.

¹⁸ ფლორიდისა და ტეხასის შტატები და ახლო წარსულიდან ინდიანა ლიდერობენ სამოქალაქო საქმეებში სავალდებულო მედიაციის გამოყენებაში, მოცემულ შტატებში დაფიქსირებულია საქმეები, რომლებიც ეხება მედიაციის პრაქტიკასა და პროცედურებს.

¹⁹ იხ. *Sherman*, ზემოთ მითითებული წყარო 13, 2089.

სხვა წესების შემქმნელი ინსტიტუტების მიერ.²⁰ უნდა ვაღიაროთ, რომ სასამართლოები და კანონშემოქმედი ინსტიტუტები ნაკლებად იცნობენ ADR-ის პროცესებს, მიუხედავად ამისა, იმედია, რომ მოცემული ტიპის ინსტიტუტების ცოდნის დონის ამაღლება შედეგად მოიტანს უფრო გაცნობიერებულ გადანყვეტილებებსა და უფრო ზუსტ დებულებებს. მაგრამ, უპირველეს ყოვლისა, მოცემული პრაქტიკის კონტექსტში წამოჭრილი პრობლემები უნდა გადაჭრან იმ ერთეულებმა, ვინც გათვითცნობიერებულია ამ პრაქტიკაში – პრაქტიკოსებმა, თეორეტიკოსებმა და აკადემიური წრეების წარმომადგენლებმა.²¹ სწორედ ამ მიზნით მოხდა წინამდებარე სტატიის შექმნა. ეს არის მედიაციის პრაქტიკაში არსებული ერთი მნიშვნელოვანი ხასიათის პრობლემის შესწავლის მცდელობა – კეთილსინდისიერი მონაწილეობა – ამასთან მოცემული სტატიის მიზანია იმის სიღრმისეული შესწავლა, თუ მოცემული მოთხოვნა როგორ შეიძლება ან როგორ უნდა ამოქმედდეს და განხორციელდეს.

ADR-ისადმი მიძღვნილი ლიტერატურის დიდი ნაწილი ფოკუსირებულია ნეიტრალურ პირებსა და მათ ქცევაზე. მაგალითად, ახლო წარსულში წამოჭრილი საკითხები ეხება იმ სტანდარტებისა და ეთიკის შემუშავებას, რომლითაც უნდა იხელმძღვანელონ ნეიტრალურმა პირებმა მედიაციისა და არბიტრაჟის პორცესში მათი ქცევისას;²² ვინ უნდა ან შეიძლება დაარეგულიროს ADR-ის პრაქტიკა;²³ და რა სახის ტრენინგები/მომზადება უნდა გაიარონ ან რა სახის გამოცდილებას უნდა ფლობდნენ ისინი.²⁴

ეს ნაშრომი არ არის კონცენტრირებული ნეიტრალურ მედიატორზე ან მის ქცევაზე. ჩემი ანალიზი უფრო შეეხება პროცესის სხვა მონაწილეებს,²⁵ განსაკუთრებით ადვოკატ-წარმომადგენლებს,²⁶ რადგანაც დავის გადანყვეტილადმი ჩვენი მიდგომა შეიცვალა, ლიტერატურაში მრავლადაა სტატიები, რომლებიც ეხება ამ პროცესის ზემოქმედებას სასამართლოებსა და სასამართლო სისტემაზე,²⁷ მხარეებზე²⁸ და ადვოკატის როგორც მედიატორის როლზეც კი.²⁹

²⁰ ზოგადი ინფორმაციისთვის საკითხზე – ვინ უნდა იღებდეს გადანყვეტილებას იმასთან დაკავშირებით, რა არის მედიაცია და კერძოდ, როგორ ხდება მისი პრაქტიკაში განხორციელება, იხილეთ: *Kovach K. K., What Is Real Mediation, and Who Should Decide?, A.B.A. Disp. Resol. Mag., Vol. 3, 1996, 5.*

²¹ თუმცა ზოგ ინდივიდს ახასიათებს სამივე პერსპექტივა, მნიშვნელოვანია, რომ ყველა ასპექტი ადეკვატურად იყოს წარმოდგენილი, რაც იდეალურ შემთხვევაში ხელს უწყობს ფიქრს, დისკუსიას, დებატებს და გადანყვეტილების მიღების პროცესებს.

²² რამდენჯერმე იყო ნაცადი ეთიკისა და ქცევის სტანდარტების მიღება. იხ. მაგალითად, Fla. Sup. Ct. R. 10.120 (discussing rules for certified and court-appointed mediators); Model Standards of Conduct for Mediators, 1995 (მიღებული იქნა ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის ADR-ის განყოფილების, დავების გადანყვეტილის სფეროში პროფესიონალების საზოგადოების და ამერიკის არბიტრაჟის ასოციაციის მიერ); Ethical Guidelines for Mediators (Alternative Dispute Resolution Section of the State Bar of Texas 1994); Code of Professional Conduct (Colorado Council of Mediation Org. 1982) in *Christopher W. Moore, The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict, 1986.*

²³ ამ საკითხთან დაკავშირებით არსებობს აზრთა სხვადასხვაობა, რაც კიდევ უფრო გართულებულია იმით, რომ ნეიტრალური პირები ძლიერ განსხვავებული ძირითადი და წინა პროფესიის წარმომადგენლები არიან. ისეთი შტატების სახელმწიფო უზენაესმა სასამართლოებმა, როგორიცაა ფლორიდა, ვირჯინია და ჩრდილოეთ კაროლინა გარკვეული ძალისხმევა მიმართეს რეგულაციის საკითხებზე. იხილეთ: Fla. Sup. Ct. R. 10.120-150, 1992. არაიურიდიული პროფესიის პირები ხშირად აკრიტიკებენ მათ.

²⁴ სირთულეები წამოიჭრება ტრენინგისა და განათლების მოთხოვნების არაერთგვაროვნების გამო. იხ. *Folberg J., Certification of Mediators in California: An Introduction, U.S.F. L. Rev., Vol. 30, 1996, 609, 609-10* (მედიატორების სერთიფიცირების და არა ლიცენზირების ტენდენციის განხილვა კალიფორნიაში); Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR), Ensuring Competence and Quality in Dispute Resolution Practice, Report No. 2 of the SPIDR Commission on Qualifications, 1995 [შემდგომში SPIDR ანგარიში].

²⁵ ტერმინი „მონაწილე“ ეხება ყველას, ვინც მონაწილეობას იღებს მედიაციაში, გარდა მედიატორისა.

²⁶ ტერმინი „ადვოკატი-წარმომადგენელი“ გამოიყენება იმ იურისტის მიმართ, რომელიც წარმომადგენს მხარეს მედიაციის პროცესში და არა იურისტის მიმართ, რომელიც ასრულებს მედიატორის როლს. ასევე, იხილეთ შენიშვნა 36 და თანამდევნი ტექსტი

²⁷ ზოგადი ინფორმაციისთვის იხ. *Kakalik J. S. et al., An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation Under the Civil Justice Reform Act, 1996; Gilson R. J., Mnookin R. H., Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict between Lawyers in Litigation, Colum. L. Rev., Vol. 94, 1994, 509* (ADR-ის პროცესში ტუსაღთა

თუმცა ადვოკატები აღჭურვილნი არიან მათი კლიენტების დავების გადაწყვეტის ახალი მე-
თოდებით, ძალიან მცირე მასალა იქნა მიწოდებული მათთვის სახელმძღვანელო მითითებების
ფორმით.³⁰ როგორც ჩანს, ადვოკატებისგან და სხვა მხარეებისგან, რომლებიც მონაწილეობას
იღებენ ამ ახალ და უცხო პროცესში მოელიან, თითქმის ავტომატურად, მათი ქცევის ცვლილე-
ბას პროცესის ნიუანსების შესაბამისად. თუმცა ეს არ შეესაბამება რეალობას. სამართლის
სკოლებმაც კი, რომელთა ამოცანაა, ნაწილობრივ მაინც, სტუდენტის პრაქტიკული საქმიანო-
ბისთვის მომზადება,³¹ გაზარდეს იმ კურსების რაოდენობა, რომელიც ეძღვნება ADR-ის სა-
კითხებს; მიუხედავად ამისა, ყურადღება მაინც მახვილდება ADR-ის ზოგად მიმოხილვაზე ან
მედიატორის უნარების განვითარებაზე კლინიკურ კონტექსტში.³² არცერთი კურსი ან სამარ-
თლის სკოლის სხვა აქტივობა, ერთი გამონაკლისის გარდა,³³ არ არის კონცენტრირებული მე-
დიაციის პროცესში ადვოკატის როლზე. მიუხედავად ამისა, სკოლის დამთავრებისა და ლიცენ-

დილების კვლევა); *Menkel-Meadow C.*, *Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)*, *Geo. L. J.*, Vol. 83, 1995, 2663 (განხილვა – როგორ უნდა განვსაზღვროთ, როდის უნდა დაუჭიროთ მხარი ან შევეწინააღმდეგოთ მორიგებას).

²⁸ იხ. *McEwen C. A.*, *Maiman R. J.*, *Mediation in Small Claims Court: Achieving Compliance Through Consent*, *L. & Soc'y Rev.*, Vol. 18, 1984, 11, 11 (ასოცირდება იმის ალბათობასთან, რომ მხარეები უფრო დაცევენ შე-
თანხმებას მედიაციის შემთხვევაში სასამართლო გადაწყვეტილებასთან შედარებით); *Pearson J.*,
Thoennes N., *Divorce Mediation: Reflections on a Decade of Research*, in *Mediation Research: The Process and Effectiveness of Third-Party Intervention*, *Kenneth Kressel & Dean G. Pruitt eds.*, 1989, 9, 9-10 (ბავშვის მეურ-
ვეობასთან დაკავშირებულ დავებში არაშეჯიბრებითი მიდგომების გამოყენების განხილვა); *Roehl J. A.*,
Cook R. F., *Mediation in Interpersonal Disputes: Effectiveness and Limitations*, in *Mediation Research: The Process and Effectiveness of Third-Party Intervention*, *Kenneth Kressel & Dean G. Pruitt eds.*, 1989, 31, 32 (კონფლიქტურ მხარეებს შორის დავების გადაწყვეტის ეფექტურობის განხილვა).

²⁹ იხ. *Riskin L. L.*, *Toward New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation*, *Ariz. L. Rev.*, Vol. 26, 1984, 329,
329-30; *Riskin L. L.*, *Mediation and Lawyers*, *Ohio St. L. J.*, Vol. 43, 1982, 29, 29-30 [შემდგომში *Riskin, Me-
diation and Lawyers*] (ადგენს მედიაციას, როგორც დავების გადაწყვეტის ძირითად მეთოდს და ადვო-
კატების მზარდ ჩართულობას დავების გადაწყვეტის ამ მეთოდში); *Zerhusen K. A.*, *Reflections on the Role of the Neutral Lawyer: The Lawyer As Mediator*, *Ky. L.J.*, Vol. 81, 1992-93, 1165, 1166.

³⁰ ძალიან მცირე წერილობითი მასალა არსებობს, რომელიც მიემართება ადვოკატს, მაგრამ იხ. *Galton E. R.*, *Representing Clients in Mediation*, 1994, vii-xi (გვანვდის ინფორმაციას სასამართლო პროცესების შესახებ ადვოკატებთან მიმართებაში, რომლებიც მონაწილეობენ მედიაციის პროცესში); *Murray J. S.* et al., *Processes of Dispute Resolution*, 2nd ed. 1996 (აქცენტი კეთდება ადვოკატების როლზე სასამართლო საქმის წარმოების ალტერნატივებში, როგორცაა მოლაპარაკება, მედიაცია და არბიტრაჟი); *Plimpton D.*, *Mediation of Disputes: The Role of the Lawyer and How Best to Serve the Client's Interest*, *Me. B. J.*, Vol. 8, 1993, 38, 38, 40-44 (განხილავს ADR-ის მზარდ როლს და ADR-ის სხვადასხვა ფორმების მოკლე მიმო-
ხილვა, რაც საშუალებას იძლევა ყურადღება გავამახვილოთ ადვოკატის როლზე მედიაციური დავების გადაწყვეტაში).

³¹ იხ. *Legal Education and Professional Development - An Educational Continuum*, Report of the Task Force on Law Schools and the Profession: Narrowing the Gap 233-72 ABA Sec. Legal Educ. & Admissions to B., 1992 (განხილულია სამართლის სკოლების როლი მომავალი ადვოკატების განათლებაში კონვენციური ად-
ვოკატობის ალტერნატივების საკითხებში) [შემდგომში *MacCrate Report*].

³² იხ. *Stark J. H.*, *Preliminary Reflections on the Establishment of a Mediation Clinic*, *Clin. L. Rev.*, Vol. 2, 1996, 457, 458. AALS-ის ანგარიში (Association of American Law Schools) Clinical Section მიუთითებს, რომ ზო-
გიერთ სამართლის სკოლას გააჩნია მედიაციის კლინიკები, სადაც სტუდენტებს ეძლევათ საქმეების მედიაციის შესაძლებლობა. ამ სკოლების უდიდესი ნაწილი ასევე სთავაზობს სტუდენტებს ADR-ის მიმოხილვის კურსს წელიწადში ერთხელ მაინც სიხშირით (ინფორმაცია ინახება ავტორთან).

³³ მე პირადად, *Ed Sherman*-ის, ამჟამად ტულანის სამართლის სკოლის დეკანის შემოთავაზებისა და *Nancy Rogers*-ის, ოჰაიოს სახელმწიფო უნივერსიტეტის სამართლის სკოლის ასოცირებული დეკანის თხოვნით, შევქმენი და მთელი შტატის მასშტაბით ჩავატარე „მედიაციის კონკურსი“, სხვა სასამართ-
ლო აქტივობებთან ერთად, რაც საშუალებას აძლევს სამართლის სტუდენტებს პრაქტიკაში გამოს-
ცადონ და გამოამყლავნონ უნარები, რომლებიც უკავშირდება კლიენტის წარმომადგენლობას მე-
დიაციაში. კონკურსი, რომელიც სხვა კონკურსების მსგავსად ჩატარდა, აქცენტს არ აკეთებდა მე-
დიატორზე, ყურადღება მახვილდებოდა ადვოკატსა და მის ეფექტურობაზე მედიაციის პროცესში. იმედია, რომ კონკურსი საბოლოოდ ეროვნულ სტატუსს მოიპოვებს და მისი დაფინანსება მოხდება ABA Law School Divisions-ის მიერ.

ზიის მიღების შემდეგ, მრავალი ახალი ადვოკატი, განსაკუთრებით ტეხასის, ფლორიდის, კალიფორნიის, ჩრდილოეთ კაროლინის და ვირჯინიის შტატებში, საკუთარ თავს მედიაციის პროცესში აღმოაჩინეს. თუმცა ამ ტიპის პრაქტიკული განათლების უზრუნველყოფა ორგანიზებული ადვოკატთა ასოციაციებისა და შემდგომი იურიდიული განათლების (CLE) ინსტიტუტების პასუხისმგებლობაა,³⁴ ამის განხორციელება რთულია, რადგან მოცემული ტიპის ინსტიტუტები კარგად არ იცნობენ ზემოთ ხსენებულ პროცესს.

მედიაცია დავის გადაწყვეტის განსხვავებულ პარადიგმას მოიცავს – პარადიგმას, რომელიც გულისხმობს კოლაბორაციას, შემოქმედებითობას და ხშირად თანამშრომლობას.³⁵ მონაწილეები, და განსაკუთრებით კი წარმომადგენელი – ადვოკატები³⁶ აღმოაჩინენ, რომ ძველი ტიპის ქცევები აღარ არის სასარგებლო და ადეკვატური. უფრო მეტიც, ადრე ნასწავლი ტაქტიკის განხორციელებამ ხშირად, შესაძლოა, ზიანი მოუტანოს გადაწყვეტის პოტენციას.³⁷ ვალიარებ, რომ ადვოკატთა მიდგომისა და ქცევის შეცვლა ძალზე მოკლე ვადაში ყველაზე რთული ამოცანაა. მიუხედავად ამისა, იმისათვის, რომ მედიაციამ, როგორც ალტერნატიულმა მეთოდმა გააგრძელოს არსებობა და დააკმაყოფილოს მის მიმართ არსებული მოლოდინები, მიზნები და ამოცანები, რაც მოიცავს ხარჯისა და დროის დაზოგვას და დავის გადაწყვეტას და მათ აღსრულებადობას, უნდა მოხდეს პროცესისადმი მიდგომის შეცვლა. მონაწილეებს, მხარეებს და ადვოკატებს არ უნდა შეეძლოთ პროცესის პრივილეგირებული მდგომარეობის მისაღწევად გამოყენება, რაც მოახდენს მონინაალმდეგე მხარის განზრახ უარეს მდგომარეობაში ჩაყენებას. ეს ეწინააღმდეგება ორმხრივად დამაკმაყოფილებელი გადაწყვეტის მიღწევის ამოცანას. მედიაციამ, თავად იურიდიული სისტემის ფარგლებშიც კი, უნდა შეინარჩუნოს გარკვეული თავისებურებები, თუ გვსურს მისი, როგორც სასამართლო წარმოებისაგან გამოყოფილი, სიცოცხლისუნარიანი ალტერნატიული პროცესის შენარჩუნება.

სხვა შემთხვევაში მედიაციისგან მივიღებთ საქმის წარმოების პროცესში, წინასწარი მოსმენის პროცედურულ მახეს. თუმცა სასამართლო საქმის წარმოება თავისთავად არაფერს უარყოფითს ან მცდარს არ შეიცავს,³⁸ მედიაცია ფართოდ სწორედ იმიტომ გამოიყენება, რომ იგი ძალზე განსხვავებულ ალტერნატივას გთავაზობს. სასამართლო საქმის წარმოების სისტემა, რომელიც ეფუძნება მოგება-ნაგების დიქტომიას, ახალისებს შეჯიბრებითობის მიდგომას. ამის საპირისპიროდ, მედიაცია ემყარება პრობლემის გადაწყვეტისადმი ინტერესზე დაფუძნებულ კოლაბორაციულ მიდგომას. ეს განსხვავებები შენარჩუნებულ უნდა იქნას და უფრო მეტიც, ხაზგასმულ უნდა იქნას, იმისათვის რომ თითოეულმა პროცესმა შეინარჩუნოს ინდივიდუალობა და არ მოხდეს ამ ორი პროცესის აღრევა ან შერწყმა. ამ შემთხვევაში თითოეული პროცესი მიაღწევს მის მიზანს, იქნება ეს გამარჯვებულის და დამარცხებულის გამოვლენა თუ ალტერნატიულად ორმხრივად დამაკმაყოფილებელი შეთანხმების მიღწევა. ამ შემთხვევაში დავის მხარეებს შეუძლიათ შეარჩიონ ის პროცესი, რომელიც მათი თვალსაზრისით საუკეთესოა საკითხის გადასაჭრელად.³⁹

³⁴ MacCrate Report, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 31, 273-317.

³⁵ ეს, რა თქმა უნდა, პროცესისადმი ფასილიტატიური და „ყველასთვის მომგებიანი“ მიდგომის დაშვებით, იხილეთ შენიშვნა 194-99 ქვემოთ და თანხმლები ტექსტი (მედიაციის პროცესში სხვადასხვა მხარეების ამოცანების განხილვა).

³⁶ „წარმომადგენელი-ადვოკატი“ არის ტერმინი, რომელსაც ვიყენებ იმ იურისტების მიმართ, რომლებიც მედიაციაში მონაწილეობენ როგორც ერთ-ერთი მხარის წარმომადგენლები. იურისტმა შეიძლება, ასევე, მონაწილეობა მიიღოს მედიაციაში მხარის როლში ან ხშირად შეასრულოს მედიატორის როლი. თუმცა აქ და მოცემულ ნაშრომში აქცენტი კეთდება წარმომადგენელ-ადვოკატზე – მის მოვალეობებსა და პასუხისმგებლობაზე.

³⁷ უნდა გავიაზროთ, რომ მედიაციაში დავის გადასაწყვეტად საჭიროა მაგიდის მოპირდაპირე მხარეს მჯდომი პირის თანხმობა.

³⁸ მაგრამ იხ. *Menkel-Meadow C.*, *The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World*, *Wm. & Mary L. Rev.*, Vol. 38, 1996, 5, 6 (ამტკიცებს, რომ შეჯიბრებითობის ტიპის სისტემა არ არის ადეკვატური ნებისმიერი იურიდიული ან დავის გადაწყვეტის მნიშვნელოვანი ამოცანების დასაკმაყოფილებლად).

³⁹ ზოგადი ინფორმაციისთვის იხილეთ: *Sander F. E. A., Goldberg S. B.*, *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure*, *Negotiation J.*, Vol. 10, 1994, 49 (დეტალურად აღწერს ADR-ის პროცესების საქმის კონკრეტულ მახასიათებლებთან შესაბამისობის მიღწევის მეთოდებს).

მედიაციის პროცესის მთლიანობის შესანარჩუნებლად, მისი მონაწილეების ქცევა უნდა შეესაბამებოდეს პროცესის ამოცანებსა და მიზნებს. უნდა გულისხმობდეს თუ არა მედიაციაში მონაწილეობა კონკრეტულად კეთილსინდისიერების დემონსტრირებას? არსებითად, მოსალოდნელი უნდა იყოს თუ არა მონაწილეებისაგან კეთილსინდისიერი მონაწილეობა? პროცესში კეთილსინდისიერების არსებობა მოახდენს თუ არა გავლენას მონაწილეთა მონაწილეობაზე? და თუ კი, უნდა მოხდეს თუ არა მისი უბრალოდ თხოვნის, რეკომენდაციის თუ მოთხოვნის სახით წარმოდგენა?

II. სავალდებულო მედიაცია და მასთან დაკავშირებული საკითხები

ა. კონცეპტუალური მონახაზი

მედიაციაში მონაწილეობის საკითხები და, განსაკუთრებით, კეთილსინდისიერი მონაწილეობა, გადახლართულია ADR-ში სავალდებულო ან ძალდატანებით მონაწილეობასთან.⁴⁰ სავალდებულო მედიაციის გამოყენების შემთხვევები იზრდება, მისი სადავო ხასიათის და ზოგი იურისდიქციის შემთხვევაში ჯერ კიდევ ჩამოუყალიბებლობის მიუხედავად.⁴¹ ამ სტატიის არ მოხდება სავალდებულო თუ ნებაყოფლობითი მედიაციის დადებითი მხარეების შედარებითი განხილვა, ჩვენ განვიხილავთ მხარეების ქცევას მედიაციის პროცესში. შეიძლება დავუშვათ, რომ თუ კეთილსინდისიერება აუცილებელია, მისი არსებობა აუცილებელი უნდა იყოს როგორც სავალდებულო, ისე ნებაყოფლობითი მედიაციის კონტექსტში. კეთილსინდისიერი მონაწილეობის საკითხზე სხვა მსჯელობა შეეხება სასამართლოს გადანყვეტილებით მედიაციას,⁴² რაც, ამკარა მიზეზების გამო, წარმოადგენს სიტუაციას, როდესაც კეთილსინდისიერი მონაწილეობა შეიძლება ძალდატანებით იქნას მიღწეული. განხილვა მხოლოდ ამ ტიპის სიტუაციებით არ უნდა შემოიფარგლოს. თუმცა ზოგიერთი კომენტატორი თვლის, რომ მედიაციის პროცესები განსხვავდება იმის მიხედვით, თუ როგორ ხდება მისი ჩატარება,⁴³ სხვა კომენტატორები ამტკიცებენ, რომ მედიაციის პროცესი უცვლელი უნდა იყოს კონტექსტის მიუხედავად.⁴⁴ მოხდა თუ არა დავის სასამართლოში გადატანა, ამან⁴⁵ არ უნდა გამოიწვიოს ცვლილებები პროცესის წარმართვაში. ამიტომ, თუმცა ქვემოთ წარმოდგენილი იდეები და არგუმენტები, ძირითადად, შეეხება სასამართლოს გადანყვეტილებით ჩატარებულ მედიაციას, რადგანაც სწორედ ამ ტიპის მედიაციას მოიცავს განხილული სასამართლო საქმეები და ამასთან სწორედ ამ ტიპის მედიაციას მოიცავს დებულებები და ამ კონტექსტში მოხდება სავარაუდოდ ადვოკატთა მონაწილეობა, იდეები და არგუმენტები უფრო ფართო გამოყენებისათვის არის გამიზნული.⁴⁶ მსგავსად ზემოთ ხსენებულისა, წინამდებარე ნაშრომი, ძირითადად, ემყარება დაშვებას, რომ მხარეები მედიაციას მიმართავენ მეტწილად სავალდებულო სქემის შემთხვევაში; მაგრამ, იგივე წინადადებები და დასკვნები შეიძლება იქნას გამოყენებული პროცესში, სადაც მხარეები მედიაციის პროცესში ნებაყოფლობით ერთვებიან.

⁴⁰ Katz, ზემოთ მითითებული წყარო 6, 1-2; *Nelle A.*, Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 7, 1992, 287, 304; *Resnik*, ზემოთ მითითებული წყარო 2, 218-19; *Sherman*, ზემოთ მითითებული წყარო 13, 2085-86; *Winston D. S.*, Comment, Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: "You Can Lead A Horse to Water...", *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 11, 1996, 187, 188.

⁴¹ იხ. N.C. Gen. Stat. § 7A-38.1(f), 1995 (მხარეებისგან და მათი წარმომადგენლებისგან მოითხოვება სასამართლოს პროცესის წინა მედიატორული მორიგების სხდომაზე დასწრება).

⁴² იხ. *Sherman*, ზემოთ მითითებული წყარო 13, 2081-84; *Winston*, ზემოთ მითითებული წყარო 40, 188.

⁴³ იხ. *Riskin L. L.*, Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed, 1 *Harv. Negotiation L. Rev.* Vol. 1, 1996, 7, 844-57; *Lande*, ზემოთ მითითებული წყარო 7, 844-57. ორივე *Lande* და *Riskin* ემხრობიან მედიაციის პლურალისტულ კონცეფციას ყველა მიდგომის გათვალისწინებით.

⁴⁴ იხ. *Kovach K. K.*, *Love L. P.*, "Evaluative" Mediation Is an Oxymoron, *Alternatives to the High Cost of Litig.*, Vol. 14, 1996, 31, 31.

⁴⁵ დავის ლეგალიზაცია ტერმინია, რომელსაც ხშირად ვიყენებ იმის აღსაწერად, რა ხდება კონფლიქტთან დაკავშირებით, როდესაც მიმართავენ ადვოკატებს ან სასამართლო სისტემას.

⁴⁶ იხილეთ ქვემოთ ნაწილი VIII.E.1 (განიხილავს განსხვავებულ კონტექსტებში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის უცვლელი განსაზღვრების დადგენის რაციონალურ საფუძვლებს).

რამდენიმე სტატია შეისწავლის შემდეგ საკითხს – რას ნიშნავს ADR-ში მონაწილეობის მიღება?⁴⁷ კეთილსინდისიერების კონცეფციის ჩათვლით,⁴⁸ ამასთან აქცენტი კეთდება სასამართლოს მიერ დანიშნულ მედიაციის პროცესზე. თუმცა ADR-თან დაკავშირებული პერიფერიული საკითხების განხილვა ზოგადად აუცილებელია წარმოდგენის შესაქმნელად, მე აქცენტს მხოლოდ მედიაციაზე და არა ADR-ის სხვა პროცესებზე გავაკეთებ; მრავალ ასეთ პროცესს ახასიათებს სასამართლო საქმის წარმოების მსგავსი ელემენტები. ყველაზე სუფთა, ანუ კლასიკური მედიაციის პროცესი,⁴⁹ სადაც მედიატორი ხელს უწყობს კომუნიკაციას, ურთიერთგაგებას და პრობლემის ერთობლივ შემოქმედებით გადაჭრას, და სადაც მედიატორი თავს იკავებს საქმის დადებითი და უარყოფითი მხარეების შეფასებისგან ადვოკატებისათვის ყველაზე ნაკლებ ცნობილი ADR-ის პროცესია. კეთილსინდისიერების პრინციპი სწორედ ამიტომ, ყველაზე მნიშვნელოვანი და აუცილებელი ელემენტია, რადგან პროცესი განსხვავდება სხვა ადრე ნასწავლი დავის გადაწყვეტის მეთოდისგან, სადაც შეჯიბრებითობის პრინციპია გამოყენებული.⁵⁰

ბ. კეთილსინდისიერი მონაწილეობისგან განსხვავებული სხვა გამორჩეული საკითხები

არსებობს მრავალი პროცედურა, რომელიც გულისხმობს გადაწყვეტას მედიაციის საშუალებით.⁵¹ ეს პროცედურები მოიცავს შემდეგს: მედიაციაზე სავალდებულო დასწრება;⁵² მედიატორის გადასახადის გადახდა;⁵³ ინფორმაციის გაცვლის მოთხოვნა⁵⁴ და თვით ჯარიმის გადახდა იმ შემთხვევაში, თუ რომელიმე მხარე ვერ აღწევს მედიაციასთან შედარებით უკეთეს შედეგს სასამართლო პროცესზე.⁵⁵ მედიაციაზე დასწრება და ინფორმაციის გაცვლა განიხილება, როგორც კეთილსინდისიერი მონაწილეობის კრიტიკული ელემენტები.⁵⁶ თუმცა საზღაურის გადახდა ან ჯარიმის გადახდა შეთანხმების მიუღწევადობის შემთხვევაში არ წარმოადგენს ასეთ ელემენტებს და განიხილება, როგორც საკითხები, რომლებიც არ უკავშირდება კეთილსინდისიერი მონაწილეობის პრინციპს.

⁴⁷ იხ. *Sherman*, ზემოთ მითითებული წყარო 13, 2096; *Winston*, ზემოთ მითითებული წყარო 40, 197.

⁴⁸ იხ. *Alfini J. J.*, *Trashing, Bashing, and Hashing It Out: Is This the End of “Good Mediation”?*, Fla. St. U. L. Rev., Vol. 19, 1991, 47, 63; *Sherman* ზემოთ მითითებული წყარო 13, 2089; *Biller T.*, *Comment, Good Faith Mediation: Improving Efficiency, Cost, and Satisfaction in North Carolina's Pre-trial Process*, Campbell L. Rev., Vol. 18, 1996, 281, 292.

⁴⁹ საკითხი – რა არის მედიაცია ნაწილობრივ დეფინიციური ხასიათისა; პროცესი, რომელზეც ამ სტატიაში მივუთითებ მედიატორს განიხილავს, როგორც ფასილიტატორს, რომელიც დახმარებას უწევს მხარეებს პრობლემის გადაჭრაში. თუმცა, როგორც ეს შემდგომში აღნიშნული, კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა აუცილებელია პროცესის სხვაგვარი ხედვის შემთხვევაშიც. იხილეთ შენიშვნა ქვემოთ 244-65 და თანმხლები ტექსტი.

⁵⁰ ამიტომ, სხვადასხვა აქტივობის შემთხვევაში ტერმინის „მედიაცია“ გამოყენების დაშვება დაბნეულობას იწვევს. თუ ეს მიდგომა გაგრძელდა, ადვოკატები ვერასოდეს გაარჩევენ პროცესებს ერთმანეთისგან და მედიაცია დაკარგავს თავის პოტენციას, შექმნას დავების გადაწყვეტის განსხვავებული პარადიგმა.

⁵¹ იხ. *Rogers&McEwen*, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 7:06.

⁵² იხ. *Triad Mack Sales & Serv., Inc. v. Clement Bros. Co.*, 438 S.E.2d 485, 488, N.C. Ct. App. 1994 (ადასტურებს გადაწყვეტილებას სასამართლოს მიერ დადგენილ მედიატორული გარიგების პროცესზე არდასწრების შემთხვევაში); *Decker v. Lindsey*, 824 S.W.2d 247, 251, Tex. App. – Houston [1st Dist.] 1992, no writ (აიძულებს მხარეებს მონაწილეობა მიიღონ დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის პროცედურაში).

⁵³ იხ. *Rogers&McEwen*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 7:06; *Nelle*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 40, at 303; *Sherman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13, at 2089.

⁵⁴ იხ. *Rogers&McEwen*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 9; *Sherman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13, at 2089.

⁵⁵ იხ. *Rogers&McEwen*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 7:04 (discussing “Michigan Mediation,” სადაც მხარემ, რომელიც ირჩევს სასამართლოში წასვლას თანხა სულ მცირე 10%-ით უნდა გააუმჯობესოს ან გადაიხადოს მეორე მხარის იურისტის ხარჯი).

⁵⁶ იხ. ქვემოთ ნაწილი VIII.D (განიხილავს ფაქტორებს, რომლებიც შეიძლება შეტანილი იქნას კეთილსინდისიერი მონაწილეობის დამავალდებულებელ წესში ან საკანონმდებლო აქტში).

საკითხის მოგვარების ხელშეწყობის მიზნით განხორციელებული რიგი ქმედებები იძულებითი ხასიათისაა. იძულება ხშირად განიხილება როგორც ელემენტი, რომელიც შეუთავსებელია მედიაციასთან.⁵⁷ იძულება შეიძლება სასამართლოდან მომდინარეობდეს; ამ შემთხვევაში მხარეებს ევალუაბათ შეთანხმების მიღწევა ან უფრო ხელსაყრელი მიდგომის შემთხვევაში – ადვოკატებისთვის გადაკრული სიტყვით იმის მინიშნება, რომ მათ არ მოეწონებათ სასამართლოს შედეგები. იძულება შეიძლება მედიატორისგან მომდინარეობდეს. მაგალითად, მედიატორმა შეიძლება უფლება არ მისცეს მხარეებს დატოვონ მედიაციის პროცესი შეთანხმების მიღწევამდე.⁵⁸ კეთილსინდისიერი მონაწილეობა არ უნდა იყოს იძულებითი. მაშინ, როცა კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა მოიცავს მედიაციის პროცესზე დარჩენას, მედიაციის პროცესზე დარჩენის ხანგრძლივობა კეთილგონივრული უნდა იყოს, მაგ., ორი ან სამი საათი და არა მთელი დღე და ღამე.

არჩევანის თავისუფლების თვითგანსაზღვრება, მედიაციის პროცესის დედაზრი, დაკავშირებულია კეთილსინდისიერების პრინციპთან ისევე, როგორც სამართლიანობის ცნება. თვითგამორკვევის მოთხოვნა შეიძლება პროცესისთვის დამახასიათებელ რეკვიზიტ კეთილსინდისიერებასთან შეუთავსებელი მოგვეჩვენოს. თუმცა თვითგამორკვევა გამოკვეთილად წარმოადგენს პროცესის საფუძველს,⁵⁹ ასევე აღიარებულია, რომ მრავალი მხარე არასკმარისად იცნობს მედიაციის პროცესს იმისათვის, რომ ესმოდეს ამ პროცესის ნიუანსები და ამ პროცესისთვის შესატყვისი კონკრეტული ქცევები. კეთილსინდისიერ მონაწილეობასთან ან მსგავს ელემენტებთან დაკავშირებული სახელმძღვანელო მითითებები, ან თუნდაც მოთხოვნები ქმნის გარკვეულ ჩარჩო-მონახაზს, რის ფარგლებშიც შეუძლიათ შემდეგ მხარეებს მოქმედება. სამართლიანობა მედიაციის როგორც პროცესში, ისე შედეგებში არის ნაგულისხმევი. მიუხედავად ამისა, სამართლიანობა პრობლემური ტერმინია, რადგან მისი განმარტება დამოკიდებულია დამკვირვებლის შეხედულებაზე.⁶⁰ მედიაციამ ყველა მხარე უნდა უზრუნველყოს სამართლიანი პროცესით, ამასთან მხარეების გადასაწყვეტია ამ პროცესის შედეგები და მათი სამართლიანობა.

მედიაციას, ზოგ შემთხვევაში, განიხილავენ როგორც ფასილიტირებულ მოლაპარაკებას. კეთილსინდისიერი მონაწილეობის საკითხი პირდაპირ მოლაპარაკებებში – როგორც შრომის კონტექსტში, ისე ამ კონტექსტის გარეთ, შესწავლილია და ეს საკითხი შეტანილია განმარტებითი ხასიათის დიკუსიებში. და თუმცა კეთილსინდისიერი მონაწილეობა პირდაპირ მოლაპარაკებებში, განხორციელებული მისი მხარეების ან ადვოკატების მიერ, მაღალი ალბათობითაა სასარგებლო, არ წარმოადგენს წინამდებარე ნაშრომის საგანს. განსხვავებული თავისებურების გამო – მესამე ნეიტრალური მხარის, მედიატორის არსებობა – პირდაპირი მოლაპარაკება გამორჩევადი პროცესია და, შესაბამისად, არ უნდა მოხდეს მისი გათვალისწინება წინამდებარე ანალიზში.

მედიატორის ქცევაც არ წარმოადგენს წინამდებარე შრომის საგანს. წინამდებარე ნაშრომის მიზნებისათვის დაშვებულია, რომ მედიატორი არის პირი, რომელიც აკმაყოფილებს და ასრულებს არსებულ ეთიკურ ნორმებს,⁶¹ რაც არ უნდა პრობლემატური იყოს ეს,⁶² თუმცა მხარეების მხრიდან კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა ინვესტს მედიატორის როლის თავიდან განხილვის საჭიროებას, განსაკუთრებით არაკეთილსინდისიერი ქმედების მტკიცე-

⁵⁷ იხ. *Rogers&McEwen*, ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 7:03; *Katz*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 6, at 41.

⁵⁸ თუმცა ძალა არ ყოფილა გამოყენებული, ტეხასის ზოგიერთი მედიაციის შემთხვევებში, რომლებიც შემდეგი დილის 7 საათამდე გრძელდებოდა, მხარეები აღნიშნავდნენ, რომ მათ არ შეეძლოთ პროცესის დატოვება.

⁵⁹ იხ. *Feerick J. et al.*, *Standards of Professional Conduct in Alternative Dispute Resolution*, *J. Disp. Resol.*, 1995, 95, 101; *Model Standards of Conduct for Mediators*, *supra* note 22, § I.

⁶⁰ იხ. *McEwen C. A. et al.*, *Bring in the Lawyers: Challenging the Dominant Approaches to Ensuring Fairness in Divorce Mediation*, 79 *Minn. L. Rev.*, Vol. 79, 1995, 1317, 1323 .

⁶¹ იხ. *Feerick*, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 59, 95.

⁶² იხ. *Menkel-Meadow C.*, *Ethics in Alternative Dispute Resolution: New Issues, No Answers From the Adversary Conception of Lawyers Responsibility*, *S. Tex. L. Rev.*, Vol. 38, 405, 442-46 (წარმოადგენს ADR-ში ეთიკური მითითებების მიღებასთან დაკავშირებული პრობლემების ანალიზს).

ბის შემთხვევაში.⁶³ შესაძლოა, საჭირო გახდეს მედიატორის, როგორც მიუკერძოებელი პირის როლის, რომელიც მედიაციის შედეგებისადმი ნდობის განმაპირობებელია, გადახედვა, კომპრომისული ვარიანტის მოძიებისა და კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის დაკმაყოფილების მიზნით.⁶⁴ მოცემული საკითხი მოგვიანებით იქნება განხილული.⁶⁵

III. მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის დღევანდელი სტატუსი

თუმცა დავების გადაწყვეტის პროცედურებში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის საკითხი სხვა ნაშრომებშიც არის განხილული,⁶⁶ კონფლიქტური პოზიციების დილემამ კეთილსინდისიერ მონაწილეობასთან დაკავშირებით, რომელიც ტეხასში წამოიჭრა,⁶⁷ დამატებით კვლევას დაუდო საფუძველი. შექმნილმა გაუგებრობამ ცხადყო კეთილსინდისიერი მონაწილეობის საკითხების ფართო გათვალისწინებისა და ამგვარი მოთხოვნის დაწესების პრაქტიკული შედეგების ანალიზის აუცილებლობა. ტეხასში მოცემული საკითხი ჯერ კიდევ არ არის გადაჭრილი, მაშინ როცა სხვა შტატები და პროგრამები უკვე ითვალისწინებენ მოცემულ საკითხს.⁶⁸

მედიაციის სფერო, რომელიც გასული ოცი წლის განმავლობაში განვითარდა,⁶⁹ ამ ეტაპზე განიხილება, როგორც ორი ფოკუსის მქონე – საზოგადოებრივ საწყისებზე დაფუძნებული⁷⁰ და სასამართლოს მიერ დადგენილი.⁷¹ მაგრამ, ამგვარ განვითარებამდე, მედიაცია ფართოდ გამოიყენებოდა შრომით და კოლექტიური გარიგებების საქმეებში.⁷² თუმცა მიმდინარე პრაქტიკის ჩამოყალიბება არ მომხდარა შრომით სფეროში არსებული პრაქტიკის დეტალური ადაპტაციის გზით, ანალოგია მოცემული სფეროდან შეიძლება სასარგებლო აღმოჩნდეს ზოგიერთი პრობლემის გადაწყვეტისას. შრომით, საზოგადოებრივ და სასამართლოს მიერ დადგენილ მედიაციას გააჩნია მსგავსი ამოცანები, როგორცაა დავების სწრაფი გადაწყვეტა.⁷³ თუმცა საზოგადოებრივ და სასამართლოს მიერ დადგენილ შემთხვევებში შეთანხმების მიუღწევადობა არ იწვევს პროცესის დატოვებას ან გაფიცვებს, დავის გადაწყვეტა ისეთივე სასარგებლო და სასურველი შეიძლება იყოს როგორც ზემოთ აღნიშნულ შემთხვევებში. კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნები, ასევე მოქმედებს ფერმერ-მსესხებელს შორის განხორციელებულ და განქორწინების მედიაციის დებულებებშიც. ეს მაგალითები წარმოადგენს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის შესწავლის საწყის ნიშნულს.

⁶³ იხ. ქვემოთ ნაწილი VIII.C. კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არარსებობის არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობით განსაზღვრისათვის და პირიქით, როდესაც კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ნაკლებობის დემონსტრირება შეიძლება მოხდეს არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობის არსებობით.

⁶⁴ იხ. ქვემოთ ნაწილი VII.B (განიხილავს მედიატორის როლისთვის დამახასიათებელ შინაგან კონფლიქტს მხარეებს შორის კომუნიკაციის ხელშეწყობასა და კონფიდენციალობას შორის მხარის მიერ მედიაციის პროცესის დაუცველობისას).

⁶⁵ იხ. იგივე.

⁶⁶ იხ. *Alfini*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 48, 63-66; *Sherman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13, 2089; *Biller*, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 48, 291.

⁶⁷ იხ. ქვემოთ შენიშვნა 101-06 და თანხმდები ტექსტი (განიხილავს კონფლიქტს შტატის საკანონმდებლო აქტსა და პრეცედენტულ სამართალს შორის საჭირო კეთილსინდისიერი მონაწილეობის კონტექსტში).

⁶⁸ იხ. *Alfini*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 48, 63; *Winston*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 40, 197-201; *Biller*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 48, 297.

⁶⁹ იხ. *Rogers & McEwen*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 5:02

⁷⁰ იხ. *Duffey K. G.*, Introduction to Community Mediation Programs: Past, Present, and Future, in *Community Mediation: A Handbook for Practitioners and Researchers*, Karen Grover Duffey et al. eds., 1991, 26-27; ასევე, იხ. *Primm E. B.*, The Neighborhood Justice Center Movement, Ky. L.J., Vol. 81, 1992-93, 1067, 1075 (განიხილავს საზოგადოებაზე დაფუძნებული მოძრაობის ისტორიის მიმოხილვას).

⁷¹ იხ. *Resnik*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 2, 218-19 (განიხილავს სასამართლოს მიერ დადგენილი ADR-ის განვითარებას).

⁷² იხ. *Rogers & McEwen*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 5:01.

⁷³ იხ. *Dade J. M.*, Note, Negotiating in Good Faith: Management's Obligation to Maintain the Status Quo During Collective Bargaining Under the Railway Labor Act, J. Disp. Resol., Vol. 2, 1992, 395, 395.

შრომითი ხასიათის მოლაპარაკებებში, კოლექტიური მორიგების პროცესის ვალდებულებები მოიცავს გახსნილობას და საერთო საფუძვლების მიღწევის კეთილგონიერ მცდელობას, მაგრამ არ მოიცავს შეთანხმების მიღწევის ვალდებულებას.⁷⁴ დამსაქმებლის წარუმატებლობა მორიგების პროცესში განიხილება როგორც უსამართლო.⁷⁵ თუმცა, ხშირად, ეს პროცესი მოიხსენიება როგორც კეთილსინდისიერი მორიგების ვალდებულება, მოცემული ქცევა შეიძლება, ასევე, განვიხილოთ, როგორც მორიგების დადებითი პრაქტიკა.⁷⁶

დამატებითი განსაზღვრებების წარმოდგენის შემდეგ, NLRB (შრომითი ურთიერთობების ეროვნული საბჭო) და სასამართლოები ამტკიცებდნენ, რომ კოლექტიური მორიგების შემთხვევაში შრომით მოლაპარაკებებში არ უნდა მომხდარიყო „მიიღე და დატოვე“ ტიპის მიდგომის გამოყენება.⁷⁷ ამის სანაცვლოდ, მოლაპარაკების მწარმოებლის ვალდებულებაა „დისკუსიაში აქტიური ჩართვა“ და წინადადებების მოსმენა ისევე, როგორც შეუთანხმებლობის საფუძვლების წარმოდგენა.⁷⁸ ამერიკის შეერთებული შტატების უზენაესმა სასამართლომ კოლექტიური მორიგების საკითხისადმი საკუთარი მიდგომის დემონსტრირება გააკეთა შემდეგ განცხადებაში – არ უნდა მოხდეს „უნაყოფო მართონული დისკუსიების“ მხარდაჭერა, არამედ უნდა მოხდეს საკითხების განხილვა, და ამ გზით მხარეებმა „შესაძლოა მიაღწიონ ახლებურ კომპრომის საკითხთან დაკავშირებით, რაც აქამდე მუდმივად უკუგდებული იყო“.⁷⁹

ახლო წარსულში მიღებული დებულებები მედიაციის სავალდებულო გამოყენების შესახებ, ასევე მიუთითებს კეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე. ერთ-ერთ კონკრეტულ სფეროს წარმოადგენს ფერმერი-მსესხებელის დავები.⁸⁰ მაგალითად, მინესოტაში, ფერმერი-მსესხებელის საქმეებში არსებობს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ნათელი ვალდებულება.⁸¹ დებულებები, რომელიც შემდეგი ყოვლისმომცველი ფრაზით სრულდება „სხვა მსგავსი ქცევა, რომელიც ადასტურებს მხარის კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ნაკლებობას“, ⁸² განსაზღვრავს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მნიშვნელობას. კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ელემენტები მოიცავს შემდეგს: მედიაციის პროცესზე დასწრება და მონაწილეობის მიღება; ფინანსებთან დაკავშირებული სრული ინფორმაციის მონოდება; დავის მოგვარების სრული უფლებამოსილების მქონე პირის დანიშვნა; წერილობითი დოკუმენტის წარმოდგენა ვალის რესტრუქტურის ალტერნატივებისა და ამგვარი ალტერნატივების გამოყენების მიუღებლობის მიზეზების შესახებ; და კრედიტორის მიერ აუცილებელი ხარჯების გაცემა.⁸³ უფრო მეტიც, მედიატორი არის პირი, რომელიც შერჩეული იქნა კეთილსინდისიერი მონაწილეობის შესახებ გადაწყვეტილების მისაღებად, რამეთუ მან უნდა მოახდინოს აფიდავიტის დოკუმენტის საბუთებში ჩართვა, ამგვარი აფიდავიტი აცხადებს, რომ მხარის მონაწილეობა არ იყო კეთილსინდისიერი.⁸⁴ მაგრამ, სასამართლომ შეიძლება განიხილოს მედიატორის დასკვნები კეთილგონიერების პრინციპების დარღვევის შესახებ და მიიღოს შესაბამისი ზომები/ დაანესოს სანქციები ამგვარი დარღვევის აღმოჩენის შემთხვევაში.⁸⁵

⁷⁴ იხ. *Cox A.*, *The Duty to Bargain in Good Faith*, *Harv. L. Rev.*, Vol. 71, 1958, 1401, 1405.

⁷⁵ იხ. იქვე, 1401.

⁷⁶ იხ. იქვე, 1403.

⁷⁷ იქვე, 1411; იხ. *NLRB v. General Elec. Co.*, 418 F.2d 736, 2d Cir. 1969 (განიხილავს დამქირავებლის მიერ მოლაპარაკებისას გამოყენებულ მიიღე-ან-დატოვე მიდგომას); იხ. ასევე: *Craver Ch. B.*, *Effective Legal Negotiation and Settlement*, 2nd ed., 1993, 173-75 (განიხილავს ბელვერაიზმის ტექნიკას); *Sherman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13, 2092-93 (განიხილავს მიდგომას, რომელიც *Boulwarism*-ის სახელით არის ცნობილი).

⁷⁸ *Cox*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 74, 1411.

⁷⁹ იქვე, 1412 (ციტ.: *NLRB v. American Nat'l Ins. Co.*, 343 U.S. 395, 404, 1952).

⁸⁰ იხ. *Riskin L. L.*, *Two Concepts of Mediation in the FMHA's Farmer-Lender Mediation Program*, *Admin. L. Rev.*, Vol. 45, 1993, 21, 34.

⁸¹ იხ. *Minn. Stat. Ann.* § 583.27(1)(a), West 1996.

⁸² იქვე, § 583.27(1)(a)(6).

⁸³ იქვე § 583.27(1)(a).

⁸⁴ იქვე, § 83.27(2).

⁸⁵ იხ. იქვე § 583.27(6)(a),(ბ).

რაც შეეხება კეთილსინდისიერ მონაწილეობას სასამართლოს მიერ დადგენილ მედიაციონის საქმეებში, ტეხასის პირველი დონის სააპელაციო სასამართლომ პირველმა განიხილა ეს საკითხი დეკერი ლინდსეის წინააღმდეგ საქმეში (Decker v. Lindsey).⁸⁶ დეკერის საქმეში, სასამართლომ ხელი მოაწერა ბრძანების ფორმას, რომელიც სხვა საკითხებთან ერთად ითხოვდა მხარეების მიერ მედიაციონის პროცესის გავლას და, ამასთან ერთად, „პროცესში კეთილსინდისიერ მონაწილეობას“.⁸⁷ დეკერის სასამართლომ, აღიარებს რა, რომ პირველი ინსტანციის სასამართლოს გააჩნია უფლებამოსილება დაადგინოს მხარეების მიერ მედიაციონის პროცესის დაწყება, ნათლად განაცხადა, რომ სასამართლო ვერ დაავალდებულებს მხარეებს კეთილსინდისიერი მონაწილეობა მიიღონ მათ შორის გამართულ მოლაპარაკებებში.⁸⁸

სხვა შტატებშიც გვაქვს დეკერის საქმის მსგავსი მაგალითები. ფლორიდამ აღიარა ავრილი ცივილმარის წინააღმდეგ (Avril v. Civilmar) საქმეში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის არარსებობა სასამართლოს მიერ დადგენილ მედიაციაში.⁸⁹ ავრილის საქმეში, პირველი ინსტანციის სასამართლომ გასცა სანქცია მოპასუხეზე სასამართლოს მიერ დადგენილი მედიაციონის პროცესში გარიგების შეთავაზების გაკეთებაზე უარის განცხადების გამო. სააპელაციო სასამართლომ გააუქმა დადგენილება იმ ფაქტზე დაყრდნობით, რომ მედიაციონის დებულებების შესაბამისად სანქციების გაცემა არის დაშვებული მხოლოდ მედიაციაზე არგამოცხადების შემთხვევაში და არა მედიაციაში მონაწილეობის მიღებაზე ან მოლაპარაკებების წარმოებაზე უარის განცხადების შემთხვევაში.⁹⁰ ზემოთ განხილულის ანალოგიურად, კოლორადოს უზენაესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ მოპასუხეს არ გამოუვლენია არაკეთილსინდისიერება იმის გამო, რომ სასამართლოს მიერ დადგენილი წინასწარი მოსმენის სხდომაზე არ გამოამჟღავნა, რომ მოსარჩელესთვის შეთავაზებული მაქსიმალური თანხა იქნებოდა მხოლოდ 300 აშშ დოლარი.⁹¹ სასამართლომ ამგვარი გადაწყვეტილება შემდეგნაირად დაასაბუთა — მოპასუხემ სასამართლოს წარუდგინა განცხადება, რომელიც მოიცავდა მის პოზიციას და ზემოთ ხსენებულ მაქსიმალურ ზღვარს; არ უნდა მოხდეს მხარის იძულება მიაღწიოს გარიგებას ამგვარი ვალდებულების მოთხოვნის არარსებობის შემთხვევაში.⁹² ანალოგიურად, ჯორჯიის უზენაესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ ტრანსპორტის დეპარტამენტი ატლანტის წინააღმდეგ საქმეში (Department of Transportation v. City of Atlanta),⁹³ თუმცა პირველი ინსტანციის სასამართლოს შეეძლო დაედგინა მხარეების მიერ მედიაციონის პროცესის განხორციელება, მას არ ქონდა ჯარიმის დანესების უფლებამოსილება მხარეების მიერ შეთანხმების მიუღწევადობის შემთხვევაში.⁹⁴ ანალოგიურად, აიოვას უმაღლესმა სასამართლომ გრეჰემი ბეიკერის წინააღმდეგ (Graham v. Baker) საქმეზე⁹⁵ მიუთითა, რომ თუმცა დებულება მოითხოვდა მხარეების მედიაციონის პროცესში მონაწილეობას, მონაწილეობა სრულდებოდა მათი დასწრებით მედიაციონის პროცესზე მაშინაც კი, თუ ერთადერთი განცხადება ამ პროცესზე მიუთითებდა იმაზე, რომ პოზიციებზე მოლაპარაკება შეუძლებელი იყო.⁹⁶

თუმცა სხვა იურისდიქციებში, დეკერის, ავრილის და სხვა მაგალითებისგან განსხვავებით, არსებობს მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა და ამ მოთხოვნის გამოყენების სიხშირე მატულობს. მაგალითად, ინდიანას შტატის წესები ADR-ის წარმოების შესახებ შეიცავს როგორც დებულებას მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის შესა-

⁸⁶ 824 S.W.2d 247 (Tex. App. _ Houston [1st Dist.] 1992, no writ).

⁸⁷ იქვე, 249.

⁸⁸ იხ. იქვე 251; ასევე, იხ. *McPheeters Ch. J.*, Note, Leading Horses to Water: May Courts Which Have the Power to Order Attendance at Mediation Also Require Good-Faith Negotiation?, *J. Disp. Resol.*, Vol. 2, 1992, 377, 380.

⁸⁹ 605 So. 2d 988, Fla. Dist. Ct. App. 1992.

⁹⁰ იხ. იქვე 989.

⁹¹ იხ. *Halaby, McCrea, & Cross v. Hoffman*, 831 P.2d 902, 908, Colo. 1992 (en banc).

⁹² იხ. იქვე.

⁹³ 380 S.E.2d 265 (Ga. 1989).

⁹⁴ იქვე, 268.

⁹⁵ 447 N.W.2d 397 (Iowa 1989).

⁹⁶ იქვე 401.

ხებ,⁹⁷ ასევე ამ მოთხოვნის დაუკმაყოფილებლობის შემთხვევაში სანქციების შესახებ დებულებას.⁹⁸ კანონმდებელი მოითხოვს ადგილობრივ ურთიერთობებთან დაკავშირებულ საქმეებზე მედიაციის პროცესში კეთილსინდისიერ მონაწილეობას.⁹⁹ სასამართლომ შეიძლება სანქცია დაუნესოს მხარეს მედიაციის კეთილსინდისიერი მცდელობის არარსებობის შემთხვევაში, მაგრამ მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მხარეთა შორის შეთანხმება ვერ იქნა მიღწეული. ამასთან, სანქციები საკმაოდ დიდ ხარჯთან შეიძლება იყოს დაკავშირებული, ვალდებულების შეუსრულებლობის სანქციისა და ადვოკატების საზღაურის ჩათვლით. დღევანდლამდე მხოლოდ ერთი საქმეა დაფიქსირებული, აქცენტი კეთდებოდა შეთანხმებაზე და არ ხდებოდა იმის მტკიცება, რომ კეთილსინდისიერ მონაწილეობას არ ჰქონდა ადგილი.¹⁰⁰ სხვა შტატების საკანონმდებლო აქტებით, როგორცაა ფლორიდის, კანზასისა და ვაშინგტონის აქტები, საოჯახო სამართლის სფეროში მედიაციის შემთხვევაშიც არის გათვალისწინებული კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა.¹⁰¹

საოჯახო სამართლის გარდა, მედიაციის სხვა სპეციალიზებული გამოყენებისას ხდება კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის დანესება. ამის მაგალითებია, ვაშინგტონში მობილურ სახლებთან დაკავშირებული მედიაცია,¹⁰² სადაზღვევო სარჩელები ფლორიდაში,¹⁰³ შრომით სფეროში განათლების საკითხებზე მედიაცია კანზასში.¹⁰⁴ კანზასის საკანონმდებლო აქტი ასევე განსაზღვრავს არაკეთილსინდისიერების ცნებას.¹⁰⁵ შესაძლოა, მედიაციის პროცესზე დასწრების მოთხოვნის დანესების შემდეგ¹⁰⁶ ახალი მოთხოვნა შეეხოს მედიაციის პროცესში კეთილსინდისიერ მონაწილეობას.

არ არის გასაკვირი, რომ დეკერისა და შემდგომმა მსგავსმა საქმეებმა ტეხასში მედიაციის პროცესთან დაკავშირებით გარკვეული სირთულეები გამოიწვია. თუმცა დეკერის საქმე კითხვის ქვეშ პირდაპირ არ დაყენებულა. ბოლო საკანონმდებლო სხდომაზე, ტეხასის კანონმდებლები შეეცადნენ დაეძლიათ დეკერის საქმის ზემოქმედება, ეს განსაკუთრებით შეეხება საოჯახო სამართლის სფეროს საქმეებს. ტეხასის საოჯახო სამართლის კოდექსში შეტანილი ცვლილებებით, მხარეებს მოეთხოვებათ პირველ შუამდგომლობაში შეიტანონ დებულება, რომელიც შემდეგი სახისაა:

ჩემთვის ცნობილია, რომ ტეხასის შტატის პოლიტიკა ხელს უწყობს იმ დავების შეთანხმებულ და არასასამართლო გზით გადაწყვეტას, რომლებიც ბავშვებსა და ოჯახებს ეხება. ჩემთვის ცნობილია დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის მეთოდები მედიაციის ჩათვლით. ვაღიარებ რა, რომ დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა წარმოადგენს ალტერნატიულ გზას და არ წარმოადგენს სასამართლო მოსმენის შემცვლელს და შესაძლოა მოცემული საქმე სასამართლოში იქნას განხილული შეთანხმების მიუღწევლობის შემთხვევაში, მე ვაცხადებ სასამართლოს წინაშე, რომ ვეცდები კეთილსინდისიერად გადავჭრა დავის საკითხები ამ შემთხვევაში დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის გზით სასამართლოს ჩარევის აუცილებლობის გარეშე.¹⁰⁷

ამასთან ერთად შუამდგომლობას ხელი უნდა მოანეროს მხარემ.¹⁰⁸

⁹⁷ Ind. Code Ann. tit. 34, Appendix on ADR, წესი 2.1 (West 1996).

⁹⁸ იქვე, წესი 2.11. მაგრამ, ასევე, იხ. *State v. Carter*, 658 N.E.2d 618, 622, Ind. App. 1995 (არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობის არარსებობის დადგენა).

⁹⁹ Me. Rev. Stat. Ann. tit. 19, § 214(4), West 1995.

¹⁰⁰ *Bennett v. Bennett*, 587 A.2d 463, 464, Me. 1991.

¹⁰¹ Fla. Stat. Ann. § 627.745(დ), West 1996; Kan. Stat. Ann. § 72-5430(c)(4), 1992; Wash. Rev. Code § 59.20.080(2), 1996.

¹⁰² Wash. Rev. Code § 59.20.080(2), 1996.

¹⁰³ Fla. Stat. Ann. § 627.745(დ), West, 1996.

¹⁰⁴ Kan. Stat. Ann. §§ 72-5427, 72-5430(c)(4), 1992.

¹⁰⁵ Id. § 72-5430, 1992.

¹⁰⁶ *Rogers & McEwen*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო, 11, § 7:06.

¹⁰⁷ თავდაპირველად, Tex. H.B. 433, 74th Leg., R.S., 1995, ამჟამად, Tex. Fam. Code Ann. § 3.522, Vernon Supp. 1997.

¹⁰⁸ Tex. Fam. Code Ann. § 3.522(ბ), Vernon Supp., 1997.

თუმცა საკანონმდებლო აქტში მოხსენიებულია „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა“, უმრავლეს შემთხვევაში მედიაცია არის პროცესი, რომელიც ტეხასის საოჯახო სასამართლოებში გამოიყენება. თუმცა გარკვეულ დონეზე ხდება არბიტრაჟის გამოყენებაც.¹⁰⁹ როგორ ახდენენ ტეხასის სასამართლოები მოცემული დებულებისა და დეკერის საქმის შეთავსებას? ეს ჯერ კიდევ სანახავია. კანონმდებლობას არ გააჩნია დეტალური საკანონმდებლო აქტის შექმნის ისტორია; თუმცა ამ ჩანაწერის ავტორთან ინტერვიუდან¹¹⁰ ჩანს, რომ ზემოთ ხსენებული დებულების ძირითადი ამოცანა საგანმანათლებლო ხასიათისაა. კანონმდებლები იმედოვნებენ, რომ ინდივიდუალური კლიენტები, სასამართლო დავის რეალური მხარეები შეიტყობენ და გაითვალისწინებენ დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის მეთოდების არსებობას. კეთილსინდისიერი მონაწილეობის დებულების ჩართვის აუცილებლობა, სავარაუდოდ, მხოლოდ მხარეების სწორი მიდგომის ჩამოყალიბებას ისახავს მიზნად. თუმცა ზოგიერთი ამტკიცებენ, რომ ეს დებულება არ შეესაბამება სასამართლო საქმის წარმოების არსებულ პრაქტიკას,¹¹¹ სხვები, მეცნიერებისა და სასამართლოების ჩათვლით, აღიარებენ, რომ მონაწილეობასთან დაკავშირებით, კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ჩათვლით, გარკვეული მოთხოვნის არარსებობის პირობებში, დავის გადაჭრის მცდელობა შეიძლება უნაყოფო აღმოჩნდეს.¹¹²

ზოგ სიტუაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობა ნაგულისხმევია, როგორც მედიაციის პროცესის ნაწილი. მედიაციასთან დაკავშირებული ლიტერატურა შეიცავს ნათელ კომენტარს იმის შესახებ, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობა პროცესის ნაწილია. თვით დინს შერმანი (Deans Sherman) და ალფინი (Alfini), და პრაქტიკოსი გალტონი (Galton), რომლებიც თავიანთ ნაშრომებში მიუთითებენ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნასთან დაკავშირებულ პრობლემებზე,¹¹³ სხვა შემთხვევებში მიუთითებენ, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობა მედიაციის ნაწილია.¹¹⁴

დაბოლოს, მრავალი შეთანხმება, რომელიც შეიცავს დებულებას მომავალი დავების მედიაციის გზით გადაწყვეტის შესახებ, მიუთითებს, რომ მედიაცია უნდა განხორციელდეს „კეთილსინდისიერი მონაწილეობით“.¹¹⁵ აშკარაა, რომ ამ დებულების მიზანია დავის წამოჭრამდე პროცესის მიმართ პასუხისმგებელი დამოკიდებულების შექმნა. თუმცა, მოგვიანებით, შეიძლება წამოიჭრას კითხვები საკონტრაქტო შეთანხმებების მედიაციისას კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის აღსრულებადობის შესახებ.

¹⁰⁹ იხ., მაგალითად, Tex. Fam. Code Ann. §153.0071, Vernon, 1995 (დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის პროცედურების ჩამონათვალი იმ საჩივრებში, რომელიც ეხება მშობელი-ბავშვს შორის ურთიერთობებს) *Gagnon S. W.*, Family Law Mediation Training Seminar, South Texas College of Law, Aug. 17, 1995 (ინახება ავტორის მასალებში).

¹¹⁰ იხ. სატელეფონო ინტერვიუ ჩატარებული *Gretchen M. Umbeck*-ის მიერ დოკუმენტის ავტორთან, *Honorable John Montgomery* (ივნისი, 1995). დამატებითი დეტალებისათვის, იხ. *Umbeck G. M.*, Good Faith in Resolving Disputes in The Family Courts: What H.B. 433 May Mean to Mediation in Texas, 6 (განიხილავს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნას, რომელიც წარმოდგენილი იქნა HB 433-მით) (გამოუქვეყნებელი ნაშრომი, ინახება ავტორის მასალებში).

¹¹¹ იხ. *Sherman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13, 2094, 2112.

¹¹² იხ. *Katz*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 6, 21; *McPheeters*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 88, 391.

¹¹³ იხ. *Alfini*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 48, 65-66; *Galton*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 30, 178; *Sherman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13, 2089-94.

¹¹⁴ იხ. *Alfini*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 48, 66 (ანგარიში მიუთითებს, რომ თუმცა არსებობს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ელემენტის აღსრულებასთან დაკავშირებული სირთულეები მედიაციაში, ადვოკატების უმრავლესობა კვლევაში ფიქრობს, რომ ეს ელემენტი აუცილებელია.); *Murray et al.*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 30, 370. ზოგადი ინფორმაციისათვის იხ. *Galton E. R.*, *Kovach K. K.*, Advanced Civil Trial Law Conf. at South Texas College of Law, Problem Areas in Alternative Dispute Resolution: A Practitioners List of Dos and Do Nots, Feb. 27, 1997 (ინახება სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლის შემდგომი განათლების დეპარტამენტის მასალებში).

¹¹⁵ იხ. *Shade J.*, The Oil and Gas Lease and ADR: A Marriage Made in Heaven Waiting to Happen, Tulsa L.J., Vol. 30, 1995, 599, 645.

IV. კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არარსებობასთან დაკავშირებული პრობლემები

კეთილსინდისიერი მონაწილეობისა და ამგვარი მოთხოვნის დაწესების მიზანშეწონილობის დადგენის შემდეგ, გათვალისწინებული უნდა იქნას კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არარსებობის შემთხვევა. ახლო წარსულამდე მრავალი მედიაციის პროცესი ხორციელდებოდა იმის უბრალო დაშვებით, რომ კეთილსინდისიერ მონაწილეობას ადგილი ჰქონდა. მედიაციაზე შეთანხმება მოიცავს კეთილსინდისიერ მონაწილეობას და მედიაციის აღწერა აკადემიურ¹¹⁶ თუ პრაქტიკაზე ორიენტირებულ¹¹⁷ ლიტერატურაში მოიცავს კეთილსინდისიერ მონაწილეობას, როგორც პროცესის შემადგენელ ნაწილს. მიუხედავად ამისა, დეკერის გადანყვეტილების შემდეგ, ტეხასის ადვოკატებისთვის ცნობილი გახდა, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არსებობა არ არის აუცილებელი, მედიაციისადმი დამოკიდებულებამ ხშირ შემთხვევაში მიიღო სასამართლო საქმის წარმოების მხოლოდ ერთ-ერთი საფეხურის სახე. მედიაციის ამგვარი განხილვა დროში ემთხვევა და, სავარაუდოდ, გამოწვეულია მედიაციის იურიდიულ სისტემაში ასიმილაციით.¹¹⁸ თუმცა კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის არსებობის შემთხვევაში მედიაცია განსხვავებულ პროცესად აღიქმებოდა, ისეთ პროცესად, რომელიც უფრო შეესაბამება ადრეულ განსაზღვრებებს, როგორცაა – ორმხრივად დამაკმაყოფილებელი ან მისაღები გადანყვეტის მიღწევაში მხარეების დახმარება და ინდივიდუალური პირებისათვის დახმარების აღმოჩენა მათი ურთიერთობებისა და მიდგომების ახლებური აღქმის მიღწევაში.¹¹⁹

რა თქმა უნდა, სირთულეები წამოიჭრება ნებისმიერი ახალი პროცესის განხორციელებისას. მედიაციის შემთხვევაშიც არსებობს წინააღმდეგობები, რაც იმით არის განპირობებული, რომ მედიაცია განსხვავდება ადვოკატებისათვის ცნობილი სხვა პროცესებისგან. თუმცა სხვა ADR-ის პროცედურებიც, როგორცაა შეფასება ან არბიტრაჟი, გამორჩეულია ტრადიციული სასამართლო პროცესებისგან და, შესაბამისად, გამოიყენება განსხვავებული მიდგომა; მიუხედავად ზემოთ აღნიშნულისა, ეს პროცესები ხასიათდება შეჯიბრებითობით. ADR-ის უპირატესობების განხილვისას ძირითადად აქცენტი კეთდება სარგებელზე სასამართლოებისთვის და კერძოდ მომრიგებელი სასამართლოების შემთხვევაში; მაგრამ დადგენილია ADR-ის დამატებითი ატრიბუტები, რომელთა დიდი ნაწილი დამახასიათებელია მედიაციისთვის და არა სხვა პროცესებისათვის. მხარდაჭერილი დიალოგი, კოლაბორაციული გზით (თანამშრომლობის ტიპის) პრობლემის გადაჭრა, რეალობის ტესტირება, უფლებამოსილების მინიჭება, მოქნილობა და სასარგებლო გადანყვეტები არის ზოგიერთი ასეთი თავისებურება, რომელიც ADR-ს ახასიათებს.¹²⁰ უფრო მეტიც, ADR-მა შეიძლება უზრუნველყოს უკეთესი შედეგი მხარეებისათვის, შეიძლება განამტკიცოს საჯარო სამართლის სისტემა და შესაძლოა შედეგად უფრო ცივილური საზოგადოება მოგვცეს.¹²¹ შეიძლება თუ არა ამ ხერხებმა იარსებონ ისეთ გარემოში, სადაც არ არის წარმოდგენილი კეთილსინდისიერება? თუმცა ADR-ის სხვა კომპონენტები, როგორცაა შეფასება და გამოცდა, შეიძლება დაფიქსირდეს მხარეების მიერ კეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე ვალდებულების აღების გარეშე, სხვა თავისებურებები, როგორცაა კოლაბორაცია და უფლებამოსილების მინიჭება, ვერ იარსებებენ. ამდენად, ADR-ის პოზიტიურმა ატრიბუტებმა, რომლებიც ყველაზე უფრო ხშირად მედიაციაში გვხვდება, შეიძლება ვერ იარსებონ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არსებობის გარეშე.

¹¹⁶ Murray et al., იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 30, § 36.01.

¹¹⁷ ზოგადი ინფორმაციისათვის იხ. Kovach K. K., Mediation: Principles and Practice, West, 1994, 16-18.

¹¹⁸ იხ. Lande, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 7, 3-4.

¹¹⁹ იხ. Kovach, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 117, 16-18; Moore Ch. W., The Mediation Process, 2nd ed., 1996, 15; Fuller L. L., Mediation – Its Forms and Functions, S. Cal. L. Rev., Vol. 44, 1971, 305, 325.

¹²⁰ იხ. Sherman, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13, 2082.

¹²¹ იხ. McGovern F. E., What Are the Questions We Should Ask About Court-Annexed ADR?, Presentation at the ABA Civil Just Reform Act Implementation Conference, 1997 (ინახება ავტორის მასალებში).

მედიაცია ახდენს მოლაპარაკების შეფასებას;¹²² შრომითი ხასიათის მოლაპარაკებების შემთხვევაში, დადგენილი იქნა, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის გარეშე არანაირი გადაწყვეტის მიღწევა არ იქნება შესაძლებელი, რადგან თითოეულ მხარეს შეუძლია ეკონომიკური იარაღი გამოიყენოს.¹²³ ალბათ, ასეთ შემთხვევაში აზრს მოკლებული იქნებოდა მოლაპარაკებების დაწყება. მაგრამ თუკი მხარეები თავს შეიკავებენ სხვა მხარისთვის საზიანო ქცევისგან და შეინარჩუნებენ სტატუს ქვოს, გამოიყოფა დრო ორმხრივი და კონსტრუქციული გადაწყვეტისთვის.¹²⁴ იგივე დასაბუთება შეიძლება იქნას გამოყენებული ზოგადად დავების შემთხვევაში, თუმცა კეთილსინდისიერიება ან პატიოსნება იურიდიულ მოლაპარაკებებში კრიტიკის საგანია.¹²⁵ მაგალითად, თუ მედიაციის პროცესში ერთ-ერთი მხარე არ თანამშრომლობს, ვთქვათ ინფორმაციის დაფარვის გზით, მაშინ როგორ შეიძლება გვექონდეს მეორე მხარისგან თანამშრომლობის მოლოდინი? როდესაც მხარეები მედიაციის პროცესში ებმებიან შეჯიბრებითობის კონტექსტიდან, ხშირად გრძელდება იმ ტაქტიკების გამოყენება, რომელიც ყურადღებას ამახვილებს და აგრძელებს შეჯიბრებითობის ტიპის ქცევას.¹²⁶ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის არარსებობის შემთხვევაში მთელი პროცედურა იქნება დარღვეული.

მორიგების პროცესში სასამართლოს მიერ იძულების წესის გამოყენების განხილვისას, აღიარებული იქნა, რომ მოპასუხეები, რომლებიც მოქმედებენ პროცესის გახანგრძლივების ტაქტიკით და მიზნად ისახავენ სტატუს ქვოს შენარჩუნებას, გარიგებაში არ მიიღებენ კეთილსინდისიერ მონაწილეობას.¹²⁷ ამ შემთხვევაში მედიაცია უშედეგო იქნება. როდესაც დისტრიბუციული ტიპის მოლაპარაკებებში არ არსებობს მორიგების სურვილი ან მორიგებისკენ მიმართული ძალისხმევა¹²⁸ და ერთი მხარე უარს აცხადებს გადადგას ნაბიჯი ან მეორე მხარისთვის შეურაცხმყოფელ მცირე ზომის ნაბიჯებს დგამს, არ არის მოსალოდნელი, რომ მეორე მხარე რაიმე ნაბიჯს გადადგამს, შესაბამისად მოლაპარაკებები წყდება.¹²⁹ თუმცა ამგვარი ტაქტიკა განიხილება როგორც მოლაპარაკების კონკრეტული სტრატეგია, რომელიც შეიძლება იქნას გამოყენებული,¹³⁰ სხვები კიტიკულად აფასებენ ამგვარ ქცევას და მოითხოვენ ცვლილებას ქცევაში,¹³¹ მიმდინარე სასამართლო სარჩელის შემთხვევაში, ცვლილება შეიძლება უფ-

¹²² იქვე, 2083.

¹²³ იხ. *Detroit & Toledo Shore Line R.R. v. United Transp. Union*, 396 U.S. 142, 155, 1969.

¹²⁴ იქვე, 150.

¹²⁵ იხ. *Hartwell S.*, Understanding and Dealing with Deception in Legal Negotiation, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 6, 1991, 171, 185, 194; cf. *Westlauffer G. B.*, The Ethics of Lying in Negotiation, *Iowa L. Rev.*, Vol. 76, 1990, 1219, 1272 (ტყუილი არის ზოგადად ადვოკატობისა და სამართლის მუდმივი და გავრცელებული ელემენტი); *White J. J.*, Machiavelli and the Bar: Ethical Limitations on Lying in Negotiation, *Am. B. Found. Res. J.*, Vol. 1980, 926, 926-27.

¹²⁶ ზოგადი ინფორმაციისათვის იხ. *Menkel-Meadow*, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 38 (განიხილავს ADR-ში შეჯიბრებითობის სისტემის არაადეკვატურობას).

¹²⁷ *Bedlin H., Nejeleski P.*, Unsettling Issues About Settling Civil Litigation: Examining “Doomsday Machines,” “Quick Looks” and Other Modest Proposals, *Judicature*, Vol. 68, 1984, 9, 12.

¹²⁸ ეს არის ნულოვანი ჯამისა და ფიქსირებული წილის მოლაპარაკება, რომელიც განსხვავდება მთლიანობით ან კოლაბორაციული მიდგომისგან. იხ. *Craver*, supra note 77, 153-59 (აცხადებს, რომ არცერთ მხარეს არ შეუძლია მიიღოს უფრო სასურველი შედეგი მეორე მხარის მიერ მიღებული საბოლოო დანაკარგის გარეშე, შეჯიბრებითი/ დისტრიბუციული ფაზის დასრულების შემდეგ); *Kovach*, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 117, 118-19.

¹²⁹ იხ. *NLRB v. Mar-len Cabinets, Inc.*, 659 F.2d 995, 999, 9th Cir. 1981 (არსებითად კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ნაკლებობა დგინდება, როდესაც მხარე ძალზე მცირე შემოთავაზებას აკეთებს მოლაპარაკების დასრულების მიზნით).

¹³⁰ იხ. *Craver*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 77, 177, 180-81, 189-90.

¹³¹ ასევე, იხ. *Wites M. A.*, The Franchisor as Predator: Encroachment and the Implied Covenant of Good Faith, *U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y*, Vol. 7, 1996, 305. ზოგადი ინფორმაციისათვის იხ. *Palmieri N. W.*, Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations, *Seton Hall L. Rev.*, Vol. 24, 1993, 70, 76 (პოზიციის უარყოფა, რომლის მიხედვითაც არ არსებობს ინფორმაციის გაცემის მოვალეობა ბიზნეს ტრანზაქციებში და იმის დემონსტრირება, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობისა და სამართლიანი მოპყრობის მოთხოვნები განაპირობებენ ინფორმაციის გაცემის საჭიროებას).

რო რთული აღმოჩნდეს, რადგან დავა უკვე არსებობს. შედეგად, იმის ნაცვლად რომ ველოდოთ ცვლილებებს, შეიძლება საჭირო გახდეს ახალი წესის განხორციელება.

უფრო მეტიც, ხშირად, ადვოკატები ამწვავებენ პრობლემას,¹³² კერძოდ, სასამართლო საქმის წარმოებისას.¹³³ მედიაციის დიდი ნაწილი ხორციელდება სასამართლო საქმის წარმოების კონტექსტში, შეჯიბრებითობის პირობებში.¹³⁴ თუკი არსებობს გაგრძელების ნებართვა, შედეგად მივიღებთ იმას, რაც ადრეც გვინახავს; მედიაციის მუტაცია შეჯიბრებითი ქცევის მოცვის მიზნით. ეს უკვე მრავალჯერ მომხდარა.¹³⁵ მედიაციის, როგორც დავის გადაწყვეტის განსხვავებული პარადიგმის ცნებას ადვოკატები აუფასურებენ; ისინი მედიაციას განიხილავენ, როგორც სასამართლო საქმის წარმოების ერთ-ერთ დამატებით იარაღს, რომელიც ბრძოლისთვის და არა რაიმე განზრახული მიზნისთვის უნდა იქნას გამოყენებული.¹³⁶ იმისათვის, რომ მედიაცია განხილული იქნას როგორც განსხვავებული პროცესი, გამოიყენება ტერმინი „ლიტი-მიტიგაცია“.¹³⁷ ზემოთ ხსენებულის კიდევ ერთი დასტურია ერთ-ერთი ადვოკატის მიერ მეორე ადვოკატისთვის ნათქვამი ფრაზა, რომ მან „მოიგო“ მედიაცია. თუ გაგრძელდება „შეჯიბრებითი ხასიათის მედიაციის“ განხორციელება, მაშინ მედიაცია დაკარგავს შესაძლებლობას შემოიტანოს ცვლილება პროცესში.

პროცესის დარღვევის ერთი კონკრეტული მაგალითია მედიაციის მოთხოვნა მხოლოდ ახალი გარემოებების აღმოჩენის მიზნით, რასაც მრავალ შემთხვევაში ჰქონია ადგილი. ანალოგიურად მედიაცია შეიძლება გამოყენებულ იქნას მხოლოდ სასამართლო მოსმენაზე მეორე მხარის პოტენციური ეფექტურობის შეფასების მიზნით. კიდევ ერთი ასეთი მიზანია მონინალ-მდეგე მხარის გადაღლა/გამოფიტვა, ეს ტაქტიკა მაშინ გამოიყენება, როდესაც ერთ-ერთი მხარე ფინანსურად უფრო ძლიერია მეორეზე. მედიაციის ჩანიშნვამ ან სასამართლოსთვის მორიგებაზე მიმართვამ მაშინ, როდესაც არ არსებობს მორიგების განზრახვა, და როდესაც ორივე მხარე თანაბრად ინანილებს ხარჯებს, შეიძლება გამოიწვიოს მეორე მხარის რესურსების ამოწურვა, შესაბამისად, ფინანსურად შეზღუდულმა მხარემ არჩევანი უნდა გააკეთოს მედიაციის საფასურის გადახდასა და ადვოკატისთვის თანხის გადახდას შორის.¹³⁸

კიდევ ერთი პრობლემური სიტუაციაა, როდესაც ადგილი აქვს თალღითობას ან ფაქტების დამახინჯებას მედიაციის კონტექსტში, რაც ერთ მხარეს აიძულებს დადოს შეთანხმება, რომელზეც სხვა შემთხვევაში უარს იტყოდა. რომელიმე მხარემ შეიძლება ეს აღმოაჩინოს, სხვა შემთხვევაში ეს შეიძლება არ მოხდეს. თუმცა არსებობს ზარალის ანაზღაურების პრაქტიკა, გარდა დადებული ხელშეკრულების გაუქმებისა,¹³⁹ ეს პროცესი მაინც არის დაკავშირებული დროისა და თანხის ხარჯთან. და იმ შემთხვევაში, როდესაც მედიაციის შედეგად არ ხდება შეთანხმების მიღწევა, პროცესი ხშირად განიხილება როგორც დროის, თანხებისა და სხვა რესურსების ფუჭი ხარჯვა.

¹³² იხ. *Gilson & Mnookin*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 27, 511 (გულმოდგინე ადვოკატობა მხარს უჭერს დაურთულებელ და უაზრო ბრძოლებს, რაც ადვოკატებს კლიენტების ხარჯზე ამდიდრებს).

¹³³ იხ. *Reavley Th. M.*, *Rambo Litigators: Pitting Aggressive Tactics Against Legal Ethics*, 17 *Pepp. L. Rev.*, Vol. 17, 1990, 637, 637 (განიხილავს ადვოკატების მიდრეკილებას იყენენ არაპროფესიონალურები, თავნებანი და შეურაცხმყოფელნი); ასევე, იხ. *Kagan R. A.*, *Do Lawyers Cause Adversarial Legalism? A Preliminary Inquiry*, *L. & Soc'y Inquiry*, Vol. 19, 1994, 1.

¹³⁴ იხ. *Nolan-Haley J.*, *Court-Mediation and the Search for Justice Through Law*, *Wash. U. L.Q.*, Vol. 74, 1996, 47, 57-63 ; *Menkel-Meadow*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 16, 13-17.

¹³⁵ იხ. *Dzienkowski J. S.*, *Lawyering in a Hybrid Adversary System*, *Wm. & Mary L. Rev.*, Vol. 38, 1996, 45, 53 ; *Menkel-Meadow*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 16, 13-17.

¹³⁶ მიუხედავად იმისა რომ ამოცანები იცვლება, უბრალო მორიგებასაც კი ადგება ზიანი, როდესაც ადგილი აქვს არაკეთილსინდისიერ მონანილეობას ან მოტყუებას.

¹³⁷ *Lande*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 7, 4-11.

¹³⁸ ზოგადი ინფორმაციისათვის იხ. *Asher J. D.*, აქცენტი სამართლიანობაზე: როდესაც დაბალი შემოსავლების მქონე მომხმარებლები დგებიან Court-Mandated ADR-ის წინაშე, დიდ ხარჯიანი სასამართლო საქმის წარმოების 14 ალტერნატივა. 119 (1996) (განიხილივას ADR-თან დაკავშირებულ პრობლემებს დაბალ შემოსავლიანი მხარეების შემთხვევაში).

¹³⁹ მედიაციური ხელშეკრულებების დიდი ნაწილი განიხილება, როგორც კანონიერი სხვა ნებისმიერი კონტრაქტის მსგავსად. იხ. *Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154.071, Vernon Supp. 1997.*

კიდევ უფრო სავალალო შედეგამდე მიყვავართ მედიაციის დროს და მედიაციის ნაწილში ტყუილის არსებობას. ტეხასის საქმეში, ციტირება შეუძლებელია კონფიდენციალობის გამო – ერთ-ერთი მხარის კითხვაზე, თუ ვინ იყო მედიაციაზე დამსწრე უცნობი პირი, მეორე მხარემ პასუხი გასცა, რომ ის გახლდათ მეორე მხარის ბიზნეს პარტნიორი, რომელიც ესწრებოდა მედიაციას და უნდა ემუშავა სხვა საკითხებზე მედიაციის ნაკლებად აქტიურ ფაზაში. რამდენიმე საათის შემდეგ შეკითხვის ავტორის ადვოკატებმა ტელეფონების ცნობარში აღმოაჩინეს, რომ პირი გახლდათ ნაფიც მსაჯულთა კონსულტანტი. პირდაპირი დაპირისპირებისას, პირმა აღიარა, რომ იგი მედიაციას ესწრებოდა სასამართლო მოსმენისთვის მხარის შესაფასებლად, მოსმენა შემდეგ რამდენიმე კვირაში უნდა დაწყებულიყო. ამკარაა, რომ მხარე მედიაციას ესწრებოდა მორიგების ყოველგვარი განზრახვის გარეშე, რეალურად, მხარის განზრახვა მედიაციის პროცესის სასამართლო პროცესში უპირატესობის მოპოვების მიზნით გამოყენება იყო.¹⁴⁰ ამ ტიპის ქცევა არ ასახავს მედიაციის შექმნის ამოცანებს, და მედიაცია ამ ტიპის მიზნების მისაღწევად არ უნდა იქნას გამოყენებული. არსებობს სასამართლო მოსმენის წინა სხვა პროცედურები, რომელთა ფარგლებშიც შეიძლება მოხდეს ამგვარი ტაქტიკისა და სტრატეგიების გამოყენება.

მედიაციის განვითარების პროცესში, ბევრს ამინებდა პროცესის ხელყოფა და ცვლილებები.¹⁴¹ ზოგიერთი, როგორც ეს უკვე ზემოთ იყო აღნიშნული, ამ ტიპის დარღვევა დაფიქსირებული იყო წარსულში. შემაშფოთებელია იმის მოსმენა, რომ მხარეები დამახინჯებულად წარმოადგენენ ფაქტებს და იტყუებიან და მედიაციას მხოლოდ იმის გამო მიმართავენ, რომ ეს პროცესი ამ ტიპის მოტყუების საშუალებას აძლევს რომელიმე მხარეს.¹⁴² ზოგიერთი იმის მტკიცებას შეეცდება, რომ დამახინჯებული ფაქტების წარმოდგენა და თაღლითობა იურიდიული მოლაპარაკების ნაწილია¹⁴³ და ზოგადად, მიღებული პრაქტიკაა; ამდენად, ამ ტიპის ხდომილებები მედიაციის პროცესში გასაკვირი არ არის. მიუხედავად ზემოთ აღნიშნულისა, კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ნაკლებობა არ შეიძლება კარგი იყოს თვით პროცესისა და მონაწილეთა უდიდესი ნაწილისთვის. როდესაც მხარე იგებს იმის შესახებ, რომ მედიაცია შეიძლება გამოყენებული იქნას მოსატყუებლად, მისი წარმოდგენა პროცესის შესახებ ზარალდება. იმისათვის, რომ მედიაცია კვლავ წარმოადგენდეს დავების გადაწყვეტის ალტერნატიულ გზას მხარეთა დაკმაყოფილების ფარგლებში, მიღებული უნდა იქნას ზომები იმის უზრუნველსაყოფად, რომ არ მოხდეს პროცესით მანიპულირება.

თავად მედიაციის პროცესი, მედიაციის ტიპის ან გამოყენებული სტილის მიუხედავად, აღარ იქნება სიცოცხლისუნარიანი ან არ მოიტანს არანაირ სარგებელს, თუკი დაშვებული იქნება იმ ქმედებების შემონების გარეშე განხორციელება, რომლებიც მიუთითებს პროცესის ბოროტად გამოყენებაზე. მედიატორის ფასილიტატორული მცდელობა განსაზღვროს მხარეთა ინტერესები და იპოვოს ინოვაციური გადაწყვეტები, რომლებიც დააკმაყოფილებს ყველა მხარეს შეუძლებელი იქნება, თუ მხარეები მზად არ არიან წარმოადგინონ ინფორმაცია, რომელიც მოიცავს მათ ამოცანებსა და მიზნებს. მხოლოდ საკმარისი ინფორმაციის პირობებში შეიძლება მედიატორი დახმარება გაუწიოს მხარეებს იმ გადაწყვეტის მიღწევაში, რომელიც შესაძლოა ორმხრივად სასარგებლო იყოს. და იმ „მედიატორების“ შემთხვევაში, რომლებიც საქმის დადებითი მხარეების შეფასების საფუძველზე იძლევიან მითითებას მოლაპარაკებული შეთანხმების დადებაზე,¹⁴⁴ მნიშვნელოვანია, რომ სწორი ინფორმაცია იქნას მიწოდებული ღირებული შეფასების გა-

¹⁴⁰ დაზარალებულმა მხარემ მეორე დღესვე მიმართა სასამართლოს და მოიპოვა სანქციები.

¹⁴¹ *Alfini*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 48, 47 (*Albie Davis*-ის სიტყვები); იხ. *Menkel-Meadow*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 16, 1-3. მოცემულ ავტორს და მის რამდენიმე კოლეგას მსგავსი შეხედულებები გააჩნია.

¹⁴² რამდენიმე, თუმცა მცირე რაოდენობის, კომენტარი იქნა გაკეთებული ჩემი სტუდენტების მიერ – რამდენად უყვარს ადვოკატს ან ფირმას, რომელთანაც ისინი მუშაობენ, მედიაცია იმის გამო, რომ სიმართლის თქმა საჭირო არ არის.

¹⁴³ იხ. *Hartwell*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 125, 185.

¹⁴⁴ *Cf. Kovach & Love*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 44, 45-62 (განიხილავს შეფასებითი მედიაციის ნაკლოვანებებს). ზოგადი ინფორმაციისათვის იხილეთ: *Riskin*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 43 (განიხილავს მედიაციის სხვადასხვა ფორმებს, შეფასებითი მედიაციის ჩათვლით).

საკეთებლად.¹⁴⁵ სხვა შემთხვევაში განხორციელებული პროცესი უნაყოფო აღმოჩნდება.

თუკი სახეზე არ გვაქვს კეთილსინდისიერი მონაწილეობა, მაშინ გვრჩება მხოლოდ მედიაციის პროფორმა, კიდევ ერთი პროცედურული ამოცანა პროცედურების იმ გრძელ სიაში, რომელთა გავლა არის საჭირო სასამართლო პროცესამდე. რეალობაში, ტერმინი „პროფორმა მედიაცია“ გამოიყენება იმ შემთხვევებისათვის, როდესაც მხარეები ან უფრო ხშირად ადვოკატები მედიაციის პროცესზე გამოცხადდებიან მხოლოდ იმ მიზეზით, რომ სასამართლომ დაადგინა ამგვარად. ისინი ერთხმად აცხადებენ, რომ არ გააჩნიათ პრობლემის გადაჭრის არანაირი განზრახვა და რეალურად არ მონაწილეობენ პროცესში. ამ ტიპის მედიაციები ჩვეულებრივ დროის ფუჭი ხარჯვაა ადვოკატებისთვის, თუკი ეს პროცესი არ იქნება გამოყენებული ახალი გარემოებების აღმოჩენისა და სასამართლო პროცესისათვის მოსამზადებლად, ხოლო მხარეებისათვის ეს ფუჭად გაწეული დანახარჯებია. ზოგიერთი იურისტი შეიძლება მხარს უჭერდეს სასამართლოს დადგენილების შესრულების ასეთ პროფორმულ გზას „სასამართლო პროცესამდე“ მისაღწევად,¹⁴⁶ მაგრამ ბევრი მხარე არ არის საკმარისად ინფორმირებული, შესაბამისად, არ იცინან, რას უნდა ელოდონ მედიაციისგან. მხარის განათლების ერთი მეთოდია მათი კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა. შესაძლოა, კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის კიდევ ერთი გზაა მხარეებისგან მედიაციის პროცესის უკეთ გაცნობის, შესწავლის მოთხოვნა. განათლება და გამოცდილება გვერდიგვერდ დგანან.¹⁴⁷ თუმცა თუ მხარეებს საშუალებას მივცემთ გამოცხადდნენ პროცესზე უფლებამოსილების გარეშე, მომზადების გარეშე და იმის სურვილის ან უნარის გარეშე, განიხილონ ვარიანტები და ალტერნატივები, უსუსურს გავხდით მედიაციის პროცესს. უფრო მეტიც, მხარეებისათვის იმის შესაძლებლობის მიცემა, რომ გამოიყენონ მედიაცია მეორე მხარის მოსატყუებლად ან სტრატეგიული უპირატესობის მისაღწევად, ხელყოფს მედიაციის ძირეულ მიზანს.

V. თხოვნა კეთილსინდისიერ მონაწილეობასთან დაკავშირებით

ა. ვის მიერ და ვის მიმართ

მედიაციის პროცესში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არარსებობის ერთი ალტერნატივაა მხარეების ნახალისება ხელი შეუწყონ მეორე მხარის მიერ კეთილსინდისიერებაზე ვალდებულების აღებას. ეს ვარიანტი შეიძლება ეხებოდეს იმ პირებს, რომლებიც ნებაყოფლობით პროცესში „წესების“ გამონერისგან იკავებენ თავს ან არ მოსწონთ, რომ სასამართლოები ან სხვა ინსტიტუტები ზედამხედველობენ მედიაციას. ჩვეულებრივ, მედიატორი კეთილსინდისიერ მონაწილეობასთან დაკავშირებული თხოვნით მიმართავს ყველა მონაწილეს მედიატორის შესავალ სიტყვაში. თუ მხარეებს სჭირდებათ იმის დასტური, რომ მეორე მხარე მოქმედებს კეთილსინდისიერად, თხოვნა შეიძლება გააუღერებელი იქნას მედიაციის სხდომის წინ ან მედიაციის ჩატარების წინა დღეს. კეთილსინდისიერ მონაწილეობასთან დაკავშირებული თხოვნა დღეს გვხვდება მედიაციის შესახებ შეთანხმებებში, რომელთა ინიციატორი არის მედიატორი და რომელიც იდება მედიაციის პროცესის წინ. ანალოგიურად, მხარემ შეიძლება მედიაციის პროცესში კეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე ხელშეკრულების ხელმოწერასთან დაკავშირებული თხოვნით მიმართოს მეორე მხარეს.

თეორიულად, თხოვნა კეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე დადებითი პრაქტიკაა. და თუ ყველა მხარე თანახმაა, მედიატორმა შეიძლება შეახსენოს მხარეებს მათ მიერ ადრე აღებული ვალდებულების შესახებ, რომელიც უკავშირდება მთელ პროცესს. მაგრამ მას არ შეუძლია

¹⁴⁵ ზოგადი ინფორმაციისათვის იხ. Aaron M. C., The Value of Decision Analysis in Mediation Practice, Negotiation J., 1995, 123 (განიხილავს მედიაციაში შეფასების პროცედურებს).

¹⁴⁶ მაინტერესებს, რამდენი საქმე აღწევს რეალურად სასამართლო პროცესამდე. როგორც ჩვენთვის არის ცნობილი, საქმეების უმრავლესობა მორიგებით სრულდება. ბევრის მომცემი იქნებოდა სტატისტიკური ინფორმაცია იმის შესახებ, ხდება თუ არა საქმეების შემდგომი გადანყვება.

¹⁴⁷ იხ. ქვემოთ ნაწილი VIII.E.4 (განიხილავს მედიაციის პროცესისთვის განათლების მნიშვნელობას).

არაფრის გაკეთება იმ შემთხვევაში, თუ ერთ-ერთი მხარე გადაწყვეტს უგულვებლყოფას ადებულ ვალდებულება ან შეცვალოს თავისი პოზიცია. უფრო მეტიც, კეთილსინდისიერების ახსნის ან განმარტების გარეშე, თითოეულ მხარეს შეიძლება განსხვავებული წარმოდგენა ჰქონდეს ამ ცნებაზე. მნიშვნელოვანია, რომ მხარეებს ნათლად ესმოდეთ ტერმინის მნიშვნელობა. ზოგიერთი მედიატორი უხსნის მხარეებს, თუ რას ნიშნავს ცნება მათთვის. ამასთან არ უნდა უგულვებლყოფით მონაწილის მხრიდან ფსიქოლოგიური ვალდებულების ღირებულება. მხარის მიერ კეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე ვალდებულების აღების შემდეგ, არსებობს იმის დიდი ალბათობა, რომ მხარე, სულ მცირე, მინიმალურ ძალისხმევას გამოავლენს. მაგრამ, ზოგიერთ შემთხვევაში, მხარე შეიძლება დათანხმდეს მედიაციის პროცესში კეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე რეალურად ამ შეთანხმების მეორე მხარის წინააღმდეგ გამოყენების მიზნით.

მედიაციის პროცესზე დადგენილების მიღებისას სასამართლოსაც შეუძლია თხოვნით მიმართოს მხარეებს, კეთილსინდისიერი მონაწილეობა მიიღონ მედიაციაში. ამ შემთხვევაში ასევე სასარგებლო იქნებოდა სასამართლოს მიენოდეზინა მხარეებისათვის ტერმინის დეტალური ახსნა. თუმცა მხარეები ჩვეულებრივ ასრულებენ სასამართლოს დირექტივებს, უფრო კონკრეტული დირექტივა ქცევასთან დაკავშირებით ხელს შეუწყობდა პროცესს.¹⁴⁸

ბ. სურვილის ნაკლებობა

კეთილსინდისიერ მონაწილეობასთან დაკავშირებულ თხოვნას ერთი უარყოფითი მხარე გააჩნია, მხარეებმა ამგვარი თხოვნა შესაძლოა სისუსტედ აღიქვან. ამგვარად, მიუხედავად იმისა, რომ ერთ ან ორივე მხარეს შეიძლება სურდეს მედიაციის კონტექსტში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის უზრუნველყოფა, მაგრამ თითოეული მხარეს ამგვარი თხოვნის დაფიქსირების ნაკლები სურვილი ექნება. მოცემული პრობლემის ერთ-ერთი შესაძლო გადაწყვეტა იქნებოდა მედიაციის პროცესში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის გულისხმობა. ზოგიერთ კულტურაში, მოლაპარაკებებში კეთილსინდისიერი მონაწილეობა ნაგულისხმევა.¹⁴⁹ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის გულისხმობით, არცერთ მხარეს არ დასჭირდება იმის თხოვნა, რომ მოცემული პრინციპი გამოცხადდეს მედიაციის ძირითად წესად. ზოგიერთ მხარეს შეიძლება ასევე ნაკლებად სურდეს კეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე დათანხმება, განსაკუთრებით იმ შემთხვევაში, თუ ისინი არ არიან ამ ტერმინის მნიშვნელობაში ან მათგან მოთხოვნილი ქცევის შინაარსში დარწმუნებულნი. უფრო მეტიც, აშკარაა, რომ თხოვნა კეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე, იქნება ეს ნაგულისხმევი ან გამოხატული მხარის ან მედიატორის მიერ, არ შეიძლება აღსრულდეს. ამიტომ თუმცა აზრს მოკლებული არ არის, განსაკუთრებით ფსიქოლოგიური თვალსაზრისით – რეალურად მოახდენს თუ არა გავლენას კეთილსინდისიერ მონაწილეობასთან დაკავშირებული თხოვნა მხარეების ქცევაზე?

VI. რეკომენდაცია

ა. თხოვნაზე მეტი

თუმცა რეკომენდაცია იმასთან დაკავშირებით, რომ მხარეებმა მედიაციაში კეთილსინდისიერად მიიღონ მონაწილეობა, თხოვნაზე მეტია, ალბათ, მაინც, ასეთი რეკომენდაცია სასამართლოდან უნდა მოდიოდეს. ამგვარი რეკომენდაციის გასაკეთებლად, სასამართლოში უნდა არსებობდეს წესები კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მნიშვნელობის განმარტებასა და კეთილსინდისიერი მონაწილეობის დამტკიცების დროისა და გზის შესახებ; სხვა შემთხვევაში შედეგად მხოლოდ კარგი ჟღერადობის რიტორიკას მივიღებთ.

¹⁴⁸ იხ. ქვემოთ ნაწილი VIII.D (განსაზღვრავს რამდენიმე ქცევას, და გამოხატავს ვარაუდს, რომ ეს ქცევები არის კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ელემენტები).

¹⁴⁹ იხ. Palmieri, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 131, 72.

სასამართლოს ან მედიატორის რეკომენდაცია უფრო ფორმალური და ძლიერი ხასიათისაა მხარეებს შორის გაჯღერებულ თხოვნასთან შედარებით. რეკომენდაცია შეიძლება წარმოადგინოს მოსამართლემ ღია სასამართლოზე ყველა მხარის გასაგონად, თუმცა, ხშირად, მხარეები არ ესწრებიან სასამართლო სხდომებს. სასამართლო რეკომენდაციას შემდეგი ლოგიკა უდევს საფუძვლად – თუმცა ეს მხოლოდ რეკომენდაციაა, მხარეები უფრო მიდრეკილნი იქნებიან შეასრულონ რჩევა მარტივი მიზეზის გამო – რეკომენდაციის გამცემი სასამართლოა. უფრო მეტიც, სიტყვა „რეკომენდაცია“-ს „მოთხოვნასთან“ შედარებით ნაკლებად მძიმე მნიშვნელობა გააჩნია. ამ შემთხვევაში თითქოს ნაგულისხმევია, რომ სასამართლოს სწამს, რომ მხარეები შეასრულებენ სასამართლოს რჩევას და ეს საშუალებას გვაძლევს თავი ავარიდოთ მოთხოვნაზე დამოკიდებულებას, რომელიც შეიძლება იურიდიულად იქნას ამოქმედებული.¹⁵⁰ რეკომენდაცია შეიძლება წარმოდგენილ იქნეს სასამართლოს მიერ მედიაციისთვის განსაზღვრულ ამოცანებსა და მიზნებთან ერთად. შესაძლოა, კეთილსინდისიერ მონაწილეობასთან დაკავშირებულმა რეკომენდაციამ შედეგად მოგვცეს უფრო მეტი მედიაცია, რომელიც ხორციელდება კეთილსინდისიერი მონაწილეობით.

კეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე რეკომენდაცია ასევე შეიძლება წარმოადგინოს მედიატორმა წინასწარ ან მედიაციის პროცესის დასაწყისში. რეკომენდაცია შეიძლება წარმოდგენილ იქნეს მხარეებთან როგორც მედიაციის ნაგულსხმევი ნაწილი, ამასთან ხაზი უნდა გაესვას იმას, რომ პროცესი ნაკლებად სასარგებლო იქნება კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არარსებობის პირობებში.

ბ. არის თუ არა ეს სასარგებლო?

თუკი ყველა მხარე გულისყურით მოეპყრობა რეკომენდაციას, მაშინ რეკომენდაცია ეფექტურია. ამ ტიპის რეკომენდაცია სტრატეგიულადაც შეიძლება იქნას გამოყენებული; თუმცა რეკომენდაცია, ტექნიკური თვალსაზრისით, არ არის აღსრულებადი, ძლიერი რეკომენდაცია ხელს შეუწყობს მხარეების მიერ მედიაციის პროცესში ჩართვისას კეთილსინდისიერი მონაწილეობის გათვალისწინებას. ამასთან, ძლიერი რეკომენდაცია შეიძლება ასევე აღქმულ იქნეს როგორც დირექტივა. ერთ-ერთი სააპელაციო სასამართლო მიუთითებს კიდევ, რომ თუ პირველი ინსტანციის სასამართლოს მიერ გაცემული იყო რეკომენდაცია მედიაციის პროცესში მხარეების კეთილსინდისიერი მონაწილეობის შესახებ, მაშინ, შესაძლებელია, გონივრული იყოს სანქციების დაწესება ამ რეკომენდაციის შეუსრულებლობის შემთხვევაში.¹⁵¹

მეორე მხრივ, რეკომენდაცია იმასთან დაკავშირებით, რომ მხარეები მედიაციის პროცესში კეთილსინდისიერ მონაწილეობას უნდა იღებდნენ, შეიძლება პრობლემური აღმოჩნდეს. ის გარემოება, რომ რეკომენდაცია ვერ აღსრულდება, შესაძლოა, იწვევდეს რეკომენდაციის ღირებულების შემცირებას. ეს ზოგიერთს და, შესაძლოა, ბევრ მხარეს უბიძგებს იმისკენ, რომ უგულებელყონ რეკომენდაცია იმის ცოდნის პირობებში, რომ სასამართლო არ დაანებს სანქციებს. რეკომენდაციის მიმართ ასეთმა უპატივისცემულობამ, შესაძლოა, გამოიწვიოს იმ სხვა მხარეების გაღიზიანება, რომლებიც პასუხისმგებლობით ეკიდებიან მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის რეკომენდაციას.

ნაკლოვანებების მიუხედავად, კეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე რეკომენდაცია, შესაძლოა, სასამართლოებისათვის სასარგებლო საშუალება იყოს. ამ ტიპის რეკომენდაციამ შეიძლება წარმართოს მხარეები კეთილსინდისიერი მონაწილეობისკენ, როცა ამას სხვა შემთხვევაში ადგილი არ ექნებოდა. შედეგად, მივიღებთ პროცესისადმი ვალდებულებით დამოკიდებულებას. ანალოგიურად, მედიატორმა შეიძლება ხაზი გაუსვას, კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის არ არსებობის პირობებში, რომ მედიაციის პროცესი დამოკიდებულია მხარეების მიერ პროცესში მონაწილეობისას გამოვლენილ განზრახვაზე პროცესში ჩაერთონ კეთილ-

¹⁵⁰ ეს ეჭვს ქვეშ აყენებს სასამართლოს ავტორიტეტს. მაგრამ იხ. *McPheeters*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 88, 380-84 (განიხილავს სასამართლოს უნარს და უფლებამოსილებას გააკონტროლოს მხარეების ქცევა ADR-ის პროცესში).

¹⁵¹ იხ. *Gleason v. Lawson*, 850 S.W.2d 714, 718 (Tex. App. _ Corpus Christi 1993, no writ).

სინდისიერად. მედიატორმა, შესაძლოა, შემდეგ გამოიყენოს ამგვარი დაპირება მხარეების გამოსაყვანად შექმნილი ჩიხიდან ან ადრე აღწერილი პროცესის ხელისშემშლელი ტაქტიკების თავიდან ასაცილებელი ქმედებისას.

VII. კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნასთან დაკავშირებული საკითხები

ა. განსაზღვრებითი

კეთილსინდისიერი მონაწილეობის განსაზღვრა პრობლემურია მთელ რიგ სხვა სიტუაციაში, როდესაც ეს მოთხოვნა არანებაყოფლობით არის დადგენილი; თუმცა ამ ტიპის განსაზღვრებითი ხასიათის სირთულეები არ იყო საკმარისი მის აღმოსაფხვრელად ან ამ მოთხოვნის შესაცვლელად. თუმცა სასამართლოები განსაკუთრებით სირთულეებს აწყდებიან კეთილსინდისიერი მონაწილეობის განსაზღვრისას,¹⁵² მაგრამ ეს თავისებურება ხშირად ახასიათებს იურიდიულ ცნებებს,¹⁵³ ფაქტობრივად, სწორედ იმ სხვა შემთხვევების გამოყენებით, სადაც კეთილსინდისიერი მონაწილეობა მოთხოვნას წარმოადგენს და მისი განსაზღვრება სირთულეებთან იყო დაკავშირებული, ჩვენ შეგვიძლია დავიწყოთ განსაზღვრებითი ხასიათის კვლევა. მედიაციის პროცესისადმი მიძღვნილი სხვა სახელმძღვანელო მითითებები პრობლემატურ ტერმინოლოგიას შეიცავს.¹⁵⁴ თუმცა შემოთავაზებული იყო კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ერთი ალტერნატივა – მინიმალური გააზრებული მონაწილეობა¹⁵⁵ ან, უბრალოდ, მონაწილეობა,¹⁵⁶ ამ ალტერნატივების ზუსტი განსაზღვრაც რთული აღმოჩნდა.¹⁵⁷

თავად მედიაცია განსაზღვრებითი ხასიათის დილემაა.¹⁵⁸ თუმცა არავინ არის ამ სირთულეების გამო პროცესის გაუქმების მომხრე. რეალურად, კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ზუსტი განსაზღვრების დაფინებულმა მცდელობამ, შესაძლოა, შედეგად გამოიწვიოს მედიაციისა და მისი გამოყენების უფრო დეტალური აღწერა, განსაკუთრებით ამ პროცესის ლეგალიზებული დავების შემთხვევაში გამოყენებისას.

განსაზღვრებითი ხასიათის სირთულე, ნაწილობრივ, დაკავშირებულია პრეცედენტული საქმეების ნაკლებობასთან, რაც, შესაძლოა, შესაბამისი პოლიტიკის საფუძველად გამოყენებულიყო.¹⁵⁹ მიუხედავად ამისა, თუ პრეცედენტულ საქმეებს დაველოდებით სიახლის სახელმძღვანელოდ, მაშინ ასეთი პრეცედენტები არასდროს არ გვექნება სახეზე. ეს, რა თქმა უნდა, ყველასათვის ცნობილ პრობლემას წააგავს – რა არის პირველი – ქათამი თუ კვერცხი? ყველა შემთხვევაში, კეთილსინდისიერი მონაწილეობის შემოტანისა და მისი ამოქმედების მცდელობის პროცესში სასამართლოს მიერ დადგენილი ან, შესაძლოა, თვით ნებაყოფლობითი მედიაციის შემთხვევებში, შეიქმნება შესაბამისი პრეცედენტები.

კეთილსინდისიერი მონაწილეობის შესწავლა სხვა კონტექსტში გვაძლევს ამ ცნების განსაზღვრებისთვის საჭირო საწყის მასალას. მაგრამ, საბოლოო ჯამში, შესაძლოა, ეს უხამს ქცევას წააგავს – შენ იცი მის შესახებ, როცა მას აწყდები.¹⁶⁰

¹⁵² იხ. ზემოთ მითითებული ნაწილი III; იხ. ქვემოთ ნაწილი VIII.C.

¹⁵³ იხ. მაგ., *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197, 1964 (*Stewart J.*, თანმხვედრი) (უხამსობის დადგენა).

¹⁵⁴ მაგალითად, დავუშვათ, რომ „ნეიტრალიზება“ და „სამართლიანობა“ მედიაციაში შეიძლება აღმოჩნდეს პრობლემატური და, ამასთან, დებატების წყარო. იხილეთ: *Rogers N. H., Salem R. A., A Student's Guide to Mediation and the Law*, Times Mirror Books ed., 1987, §§ 6.01-6.05 (განიხილავს დაძაბულობას მედიატორის მოვალეობას იყოს სამართლიანი და მოვალეობას იყოს ნეიტრალური შორის).

¹⁵⁵ იხ. *Sherman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13, 2096.

¹⁵⁶ იხ. *Iowa Code Ann. § 654A.11(3)(b)*, West 1995; *Graham v. Baker*, 447 N.W.2d 397, 400, Iowa 1989.

¹⁵⁷ იხ. *Winston*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 40, 193-205.

¹⁵⁸ იხ. e.g., *Kovach*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 20, 5; *Riskin*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 43, 8.

¹⁵⁹ იხ. *Sherman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13, 2089.

¹⁶⁰ იხ. *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964) (*Stewart J.*, თანმხვედრი).

ბ. მედიატორის როლის კომპრომისი

თუმცა კეთილსინდისიერი მონაწილეობის განსაღვრება, შესაძლოა, რაღაც ხარისხით სუბიექტური დარჩეს, რაც მედიატორის სატარებელი ტვირთია, ასეთი ტვირთი იმაზე მძიმე არ არის, რასაც მედიატორი ეზიდება მხარეების მიერ პროცესის დარღვევისას.¹⁶¹ დღევანდელ დღეს, მედიატორს შეუძლია მხოლოდ გაამჟღავნოს, რომ მხარე არ გამოცხადდა მედიაციისაზე.¹⁶² კეთილსინდისიერი მონაწილეობის შესახებ არ არსებობს შეტყობინება შეიძლება განხილულ იქნეს, როგორც ვალდებულებულება სასამართლოსთვის მხარეების მიერ მედიაციის წესების დაცვაზე შეტყობინების მიწოდების შესახებ.¹⁶³ ზოგიერთმა ინსტიტუტმა, მაგალითად, ტეხასის შტატის ადვოკატთა ასოციაციის, ADR-ის განყოფილებამ დაადგინა მედიატორის ვალდებულება, წახალისოს მხარეების მიერ ინფორმაციის გაზიარება და გაცვლა და არა ინფორმაციის დაფარვა.¹⁶⁴ თუმცა ეს, შესაძლოა, ინტერპრეტირებულ იქნას, როგორც ძალზე დირექტიული ქმედება მედიაციის პროცესის კონტექსტში, რომელიც ეწინააღმდეგება მედიატორის არადირექტიულ როლს, მოცემული ასევე შეიძლება განხილულ იქნას როგორც ქმედება, რომელიც ხელს უწყობს კომუნიკაციასა და ინფორმაციის გაცვლას, რაც შეესაბამება მედიაციის პროცესს.¹⁶⁵

მიუხედავად მედიატორის, როგორც ფასილიტატორის და არა შემფასებლის როლის განსაზღვრისას კონკრეტული დავის კონტექსტში, მე ასევე მწამს, რომ მედიატორს გააჩნია პროფესიონალური მოვალეობა დაანესოს პარამეტრები და გააკონტროლოს პროცესი.¹⁶⁶ შეფასებისას ან მხარეების კეთილსინდისიერი მონაწილეობის განსაზღვრისას მედიატორმა ამ როლის ფარგლებში უნდა იმოქმედოს. მედიატორს დახმარებას გაუწევდა კონკრეტული სახელმძღვანელო მითითებები ან მოსაზრებები, ასეთის არსებობის შემთხვევაში; ამ შემთხვევაში მისი ამოცანა შემოიფარგლებოდა იმის დადგენით, ასრულებს თუ არა მხარე კონკრეტულ პროცედურებს, ამ შემთხვევაში შეფასება უფრო ობიექტური ხასიათისა იქნებოდა. თუმცა, დადგენის შემდეგ, სხვებისათვის, სასამართლოს ჩათვლით, ინფორმაციის მიწოდება ასევე პრობლემური შეიძლება აღმოჩნდეს მედიატორისთვის.

გ. კონფიდენციალობა

მრავალი თეორეტიკოსის და პრაქტიკოსის პოზიცია ურყევია მედიაციის პროცესის კონფიდენციალური ხასიათის შესახებ;¹⁶⁷ თუმცა არსებობენ ისეთებიც, რომლებიც არ ავლენენ

¹⁶¹ იხ. ზემოთ მითითებული ნაწილი III.

¹⁶² მრავალი სასამართლო მოთხოვნა, რომ მედიატორმა წარმოადგინოს ანგარიში მხარეების გამოცხადების შესახებ. მკაცრი კონფიდენციალობის პუნქტების არსებობის შემთხვევაშიც, დასწრების დადასტურება არ არღვევს კონფიდენციალობის მოთხოვნებს. იხ. *Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann.* §§ 154.053, 154.073, *Vernon Supp.* 1997.

¹⁶³ სასამართლოს განკარგულების შესრულება კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის მხოლოდ ერთი ელემენტია. იხილეთ ქვემოთ ნაწილი VIII.

¹⁶⁴ იხ. მედიატორების ეთიკის სახელმძღვანელო მითითებები, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 22, მითითება 10.

¹⁶⁵ განსხვავებული, მედიაციის სტილების დიქტომიასთან დაკავშირებული მიდგომებია — პირდაპირი და არაპირდაპირი მიდგომები, რომელიც ეხება მედიატორის მიერ გამოყენებული ზენოლისა და ძალდატანების ხარისხს. ზოგიერთი კომენტატორი არჩევს ამ მიდგომას. იხ. *Lande*, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 7, at 30. სხვები იყენებენ ფასილატიტურ ან შეფასებით მიდგომას. იხ. *Kovach & Love*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 44, 31; *Riskin, Mediation and Lawyers*, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 29, 45-62. მაგრამ მე ორ მიდგომას ანალოგიურად ვერ აღვიქვამ, იმ გაგებით, რომ ფასილიტატორი მედიატორი მაინც შეიძლება იყოს საკმაოდ დირექტიული და შეფასებითი მედიატორი შეიძლება იყოს არადირექტიული, მაგრამ მაინც წარმოადგინოს შეფასება.

¹⁶⁶ იხ. *Moore*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 119, 17-18; *Kovach*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 117, 29 (ხაზს უსვამს იმ ფაქტს, რომ მედიატორი აკონტროლებს პროცესს მიუხედავად იმისა, რომ მხარეები აკონტროლებენ მედიაციის შინაარსს).

¹⁶⁷ მედიაციის კონფიდენციალობის დეტალური განხილვისთვის, იხილეთ: *Sherman E. F., Confidentiality in ADR Proceedings: Policy Issues Arising from the Texas Experience*, *S. Tex. L. Rev.*, Vol. 38, 539, 544-71. ასევე,

ასეთ ენთუზიაზმს.¹⁶⁸ მიუხედავად ამისა, გარკვეული გამონაკლისების არსებობის შემთხვევაშიც კი, ყურადღების მიღმა ვერ დავტოვებთ მედიაციის კერძო/პიროვნულ ხასიათს; ეს, ეჭვგარეშეა, მედიაციის ძირითადი ატრიბუტია. მაგრამ ცხოვრებაში უმეტესი საკითხის მსგავსად, არაფერია აბსოლუტური. ხშირად, მივდივართ დაბალანსების ტესტამდე. კონფიდენციალობის დებულებებს ვპოულობთ ეთიკურ სტანდარტებში¹⁶⁹ და ეს პრინციპი იურიდიულ მოთხოვნებშიც არის განსაზღვრული.¹⁷⁰ როდესაც ტეხასში პირველად მოხდა მედიაციის საკანონმდებლო აქტის ამოქმედება, გაკეთდა ფართო ყოვლისმომცველი განცხადება პროცესის კონფიდენციალური ხასიათის შესახებ.¹⁷¹ თუმცა საკანონმდებლო აქტის უფრო ღრმა შესწავლა გარკვეულ დაბნეულობას იწვევს.¹⁷² მედიაციის ფარგლებში ყველა განცხადება არ არის კონფიდენციალური – თუ განცხადებაში მოცემული ფაქტების სხვა გზით აღმოჩენა არის შესაძლებელი.¹⁷³ სწორედ ამიტომ, ბევრი რამე მედიაციაში არ არის პირადული. უფრო მეტიც, თუმცა მედიატორმა უნდა დაიცვას მხარეთა პირადი ინფორმაციის ხელშეუხებლობა, არსებობს სიტუაციები, როდესაც უფრო მაღალ ინტერესს, როგორცაა, მაგალითად, ინდივიდის სიცოცხლე ან უსაფრთხოება, ენიჭება უპირატესობა.¹⁷⁴ საკანონმდებლო აქტის უფრო თანამედროვე ვარიანტი აღიარებს ბალანსის აუცილებლობას; მაგალითად, მედიატორის წინააღმდეგ სასამართლო პროცესისას მედიაციის დეტალებთან დაკავშირებული ჩვენების აუცილებლობის შემთხვევაში.¹⁷⁵

დადგენილია, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის არსებობისას, უნდა არსებობდეს შესაბამისი გამონაკლისი კონფიდენციალობის წესიდან, რადგან მედიაციის პროცესში კომუნიკაცია წარმოადგენს მოლაპარაკებებში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არარსებობის არსებით მტკიცებულებას.¹⁷⁶ მტკიცებულების დადგენილი აუცილებლობის პირობებში, ზოგიერთი საკანონმდებლო აქტი ითვალისწინებს მედიატორის უფლებამოსილებას გამონაკლისი დაუშვას კონფიდენციალობის წესიდან. მაგრამ თუმცა დაშვებული იქნება კომუნიკაცია მედიაციის შესახებ, მითითებულია, რომ ამგვარი კომუნიკაციის წყარო არ უნდა იყოს მედიატორი.¹⁷⁷

ზემოთ მოცემული გარკვეულ პრობლემას ქმნის: თუკი გაკეთდა განცხადება არაკეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე, ცხადია, რომ ერთი მხარე აკეთებს ამ განცხადებას, მაგრამ მეორე მხარე უარყოფს მას. როგორ უნდა მოიქცეს სასამართლო იმ შემთხვევაში, როცა სწორედ ეს საკითხია დავის საგანი? უფრო სასარგებლო იქნებოდა ინფორმაციის ნეიტრალური მხარისგან მიღება, ამ შემთხვევაში, ასეთ მხარეს მედიატორი წარმოადგენს. სავარაუდოდ, მედიატორები არ იქნებიან კონფიდენციალობის წესთან დაკავშირებული გამონაკლისის მომხრენი, ასევე, მათ

იხ. *Rogers & McEwen*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 11, §§ 9:01-9:11; *Irene*-ის კომენტარი, *The Mediator's Dilemma: The Legal Requirements Exception to Confidentiality under the Texas ADR Statute*, S. Tex. L. Rev., Vol. 36, 1995, 579, 590-608 (განმარტავს კონფიდენციალობის დებულებების ორაზროვნებასა და წინააღმდეგობრივ ხასიათს).

¹⁶⁸ ავტორი ერთ-ერთი მათგანია. იხ., ასევე, *Kirtley A.*, *The Mediation Privilege's Transition From Theory to Implementation: Designing A Mediation Privilege Standard to Protect Mediation Participants, the Process and the Public Interest*, J. Disp. Resol., 1995, 1, 50 (განიხილავს შემთხვევებს, როდესაც კონფიდენციალობა შეიძლება იყოს ან არ იყოს მისაღები); შესაბამისად, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 167, 590-608 (განიხილავს გამონაკლისებს კონფიდენციალობის მოთხოვნის კონტექსტში).

¹⁶⁹ იხ. *Feerick*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 59, 95; ეთიკური მითითებები მედიატორებისათვის, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 22, მითითება 8.

¹⁷⁰ ტეხასის გარდა სხვა შტატების საკანონმდებლო აქტები მოიცავს შემდეგს: Fla. Stat. Ann. §§ 44.102, 44.201, West 1996; Kan. Stat. Ann. §§ 23-605, 23-606, 1995; Minn. Stat. Ann. § 518.167, West 1996; Wash. Rev. Code Ann. §§ 7.75.050, 26.09.015(3), West 1996.

¹⁷¹ იხ. მაგ., Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §§ 154.053, 154.073, Vernon Supp. 1997.

¹⁷² იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 167, 599-600.

¹⁷³ იხ. Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154.073(c), Vernon Supp. 1997.

¹⁷⁴ იხ. *Sherman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 167, 563.

¹⁷⁵ იხ. Okla. Stat. Ann. tit. 12, § 1805(F), West, 1996; Wash. Rev. Code Ann. § 5.60.070(1)(g), West, 1996.

¹⁷⁶ იხ. *Kirtley*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 167, 50; *Sherman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 168, შენიშვნა 313-8 და თანხმლები ტექსტი.

¹⁷⁷ იხ. იქვე, 50-51.

დიდ სიამოვნებას არ უნდა ანიჭებდეთ სასამართლოში წარდგენა მედიაციასთან დაკავშირებით ჩვენებების მისაცემად. ერთ-ერთი გამოსავალია, მოვთხოვოთ მედიატორს „დაადასტუროს“ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არსებობა/არარსებობა ან წარმოადგინოს მხარეთა ქცევასთან დაკავშირებული საკონტროლო ჩამონათვალი. ანგარიშის ერთი ტიპი წარმოდგენილია მინესოტას საკანონმდებლო აქტში, სადაც მედიატორი ახდენს აფიდავიტის საკითხის წამოყენებას.¹⁷⁸ მაგრამ ეს მედიატორს ანიჭებს გადაწყვეტილების მიღების ფუნქციას. სხვა ალტერნატივაა, მედიატორმა ანგარიში წარუდგინოს მომხდარის (ან არ მომხდარის) შესახებ და სასამართლოს მიანდოს საბოლოო გადაწყვეტილების მიღება იმასთან დაკავშირებით, შეიცავდა თუ არა ქცევა არაკეთილსინდისიერებას. ორივე შემთხვევაში სასამართლო მიიღებს გადაწყვეტილებას შესაბამისი სანქციების დანესების შესახებ, ასეთის საჭიროების შემთხვევაში.

მედიატორის მიერ ჩვენების მიცემის შეზღუდული შესაძლებლობის გათვალისწინებით უნდა მოხდეს სახელმძღვანელო მითითებების შემუშავება განცხადების შესახებ, რომელიც დასაბუთებული უნდა იყოს, შესაბამისად, შესაძლებელი იქნება კონფიდენციალობის წესიდან გამონაკლისი შემთხვევების ზუსტი განსაზღვრა. ძალზე კონკრეტული, ვიწრო და შეზღუდული ხასიათის გამონაკლისების შემუშავებისას შექმნილი სიძნელეების დაბალანსება მოხდება ამგვარი ვალდებულების შესაბამისი სარგებელით.

დ. სატელიტური საქმის წარმოების პრობლემა

სასამართლოებისთვის საკმაოდ რთული აღმოჩნდა საქმეების ADR-ზე გადაცემა;¹⁷⁹ ზოგიერთი ამას ასაბუთებს ADR-ის არანებაყოფლობითი ხასიათით¹⁸⁰ და სხვები კი ADR-ზე გადაცემის წინააღმდეგნი არიან პროცედურასთან დაკავშირებული დამატებითი ხარჯების გამო. სასამართლოებს გააჩნიათ საქმის მედიაციაზე გადაცემის უფლებამოსილება; და მხოლოდ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა არ ზრდის ხარჯს. რეალობაში, თანხები უკეთესად იხარჯება, თუკი არსებობს დავის მოგვარების მცდელობა, ამ შემთხვევაში ხომ პროცესი აღარ იქნება დროის უაზრო ხარჯვა.

ზოგიერთი შიშობს, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის დადგენა მედიაციაში გამოიწვევს სატელიტურ საქმის წარმოებას თავად წესთან დაკავშირებით. ნამდვილად პარადოქსული იქნება, თუ პროცესი, რომლის ამოცანაა საქმის წარმოების შემცირება და სამართლის წარმოების გაადვილება, თავისი საკუთარი ბრენდის ქვეშ ახალ დაბრკოლებებსა და პროცესის გახანგრძლივებას გამოიწვევს. ყველაზე საშინელი ფორმით, იმით უკმაყოფილო ადვოკატები, რომ ვერ მიაღწიეს მორიგებას, კვლავ სასამართლოს მიმართავენ საჩივრით ოპოზიციის არაჯეროვანი ქცევის შესახებ მედიაციის პროცესში. პოსტ-მედიაციური ტიპის პროცესები შეიძლება მოიცავდეს „მან ასე თქვა – იმან ისე თქვა“ ტიპის არგუმენტებს, რაც არაფრით არ განსხვავდება წინასწარი მოსმენის ბრძოლებისაგან, რომელსაც ათწლეულების მანძილზე გაგებით ეკიდებიან სასამართლოები სამოქალაქო საქმის წარმოების მიზნებისათვის.

ადვოკატებმა შეიძლება მოლაპარაკებების არსი გამოიყენონ არაკეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე საჩივრის შეტანისას. აქ შეიძლება მოვისმინოთ შემდეგი ტიპის განცხადებები – „მეორე მხარის შემოთავაზება არ იყო საკმარისი“ ან „საკმარისად არ დაუკლო“. მიუხედავად ამისა, არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობის ბრალდება არ უნდა ემყარებოდეს მოლაპარაკების შინაარსს. კეთილსინდისიერმა მონაწილეობამ არ უნდა აიძულოს მხარეები მოახდინონ დავაზე მორიგება რაღაც კონკრეტულ ეკონომიკურ საფუძვლებზე დაყრდნობით. ამის საპირისპიროდ, კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა არსებითად ხელს უწყობს მხარეებსა და მათ იურისტებს ძალა არ დაიშურონ პროცესის განხორციელებისას. მედიაციიდან გამომდინარე, სატელიტური საქმის წარმოების თავიდან ასაცილებლად კანონმდებლებმა, სასამართლო-

¹⁷⁸ იხ. Minn. Stat. Ann. § 583.27, West, 1996.

¹⁷⁹ იხ. Rogers & McEwen, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 7:06.

¹⁸⁰ იხ. Katz, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 6, 45-51.

ებმა და სხვა მარეგულირებელმა ორგანოებმა, ალბათ, კიდევ ერთხელ უნდა გაუსვან ხაზი იმ ფაქტს, რომ მხარეები არ არიან ვალდებული გადანყვიტონ დავა. მოლაპარაკებების ეკონომიკურმა ასპექტებმა, როგორცაა შეთავაზებები, პასუხი შეთავაზებაზე, არ უნდა განაპირობონ არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობაზე საჩივრების წარმოქმნა. კეთილსინდისიერი მონაწილეობა ეხება მონაწილეობის ფორმას და არა მონაწილეობის შინაარსს.

პოტენციური საქმის წარმოების თავიდან აცილების კიდევ ერთი გზაა რაციონალური ხასიათის სანქციების დანერგვა კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის არშესრულებაზე. მეორე მხრივ, არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობაზე დანერგული სანქციები არ უნდა იყოს უაზრო ხასიათის. რაციონალური ხასიათის სანქციად შეიძლება განვიხილოთ მედიაციის ხარჯის დაფარვა; განკარგულება, რომელიც ავალდებულებს მხარეს განახორციელოს კეთილსინდისიერი მონაწილეობა შემდეგ მედიაციაში შემდგომი გართულებებით, როგორცაა ადვოკატის საზღაურს პლუს მეორე მედიაციის ხარჯის დაფარვა; ან მოლაპარაკებებისა და მედიაციის საკითხზე მიძღვნილ ტრენინგებზე დასწრება. ამ ტიპის სანქციები არ არის არა-ზომიერად მკაცრი და ხელს უშლის არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობას. თუმცა სატელიტური საქმის წარმოების სრული პრევენცია შეუძლებელია, მედიაციაში გადასული საქმეების შემთხვევაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობით მიღებული სარგებლები აბალანსებს ნებისმიერი პოტენციური სატელიტური საქმის წარმოების მიერ მოტანილ ზიანს.

ე. კონფლიქტები ჩამოყალიბებულ ეთიკურ მოვალეობებთან

მთელ რიგ შემთხვევებში, ადვოკატები აღნიშნავენ, რომ ოპონენტთან შეხვედრა და საქმის განხილვა, თავი რომ დავანებოთ ერთად მუშაობას ორმხრივად დამაკმაყოფილებელი შეთანხმების მისაღწევად, არის ანტიეთიკური კლიენტის წარმომადგენლობის კონტექსტში. „მეორე მხარესთან“ დაჯდომა და პრობლემის ერთობლივად გადაჭრა „სისუსტედ“ აღიქმება, მიუხედავად იმისა, რომ ასეთი ქმედება მრავალ შემთხვევაში კლიენტისთვის სასურველი შედეგის მიღწევას უზრუნველყოფს.¹⁸¹ იურიდიული განათლების უკვე საწყის ეტაპზე სტუდენტები სწავლობენ კლიენტის მგზნებარე წარმოდგენის წესებს, რაც ხშირად ამართლებს რემბოს ტიპის ტაქტიკებს. შესაბამისად, ადვოკატები ეჭვის თვალთ უყურებენ სხვებთან თანამშრომლობას შემოქმედებითი ხასიათის პრობლემის გადაჭრის პროცესში.

სწორედ ამიტომ, გვესაჭიროება ახალი ეთიკური ვალდებულებების ჩამოყალიბება. მოლაპარაკებებში კეთილსინდისიერი მონაწილეობა შეიძლება ეწინააღმდეგებოდეს პრობლემის გადაჭრის შეჯიბრებით მოდელს.¹⁸² სამწუხაროდ, შეჯიბრებითობის მოდელი თავისი ეთიკით ADR-ის სფეროზე მალა დგას.¹⁸³ ძალისხმევისა და არაშეჯიბრებითი ტიპის მოდელის შემოტანის მიუხედავად, იურიდიული კულტურა ჯერ კიდევ ეწინააღმდეგება ამ პროცესს.¹⁸⁴ ამიტომ, აუცილებელია კონკრეტული წესები, რაც სავალდებულოს გახდის შეჯიბრებითობის მოდელიდან გასვლას. შემდეგ საუკუნეს ვუახლოვდებით სამართლოს წარმოების ახალი პრაქტიკითა და ადვოკატობის ალტერნატიული გზებით, სადაც დავის გადანყვიტის პარადიგმას არ წარმოადგენს სასამართლო პროცესი ან სასამართლო დარბაზი, შესაბამისად, უნდა მოვახდინოთ ეთიკის თანამედროვე წესების ამოქმედებაც.

¹⁸¹ მნიშვნელოვანია, ყურადღება გავამახვილოთ კლიენტის ამოცანებზე და მიზნებზე სასამართლო საქმის წარმოებასა და მორიგებაში. იხ. *Menkel-Meadow*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 27, at 2672-73. მნიშვნელოვანია ყურადღება გავამახვილოთ კლიენტის ამოცანებზე და მიზნებზე სასამართლო საქმის წარმოებასა და მორიგებაში. იხ. *Sander & Golberg*, იხ. ზემოთ მითითებული 39, at 50.

¹⁸² იხ. *Condlin R. J.*, Bargaining in the Dark: The Normative Incoherence of Lawyer Dispute Bargaining Role, *Md. L. Rev.*, Vol. 51, 1992, 1, 3 ; *Hyman J. H.*, Trial Advocacy and Methods of Negotiation: Can Good Trial Advocates Be Wise Negotiators?, *UCLA L. Rev.*, Vol. 34, 1987, 863, 863-65 .

¹⁸³ იხ. *Menkel-Meadow*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 38, 37.

¹⁸⁴ იხ. *Dzienkowski*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 135, 53.

ვ. სასამართლო საქმის წარმოების სისტემის ღირებულებებთან შეუსაბამობა

წინა სტატიაში პროფესორმა შერმანმა წარმოადგინა ჩვენი სამოქალაქო სასამართლო საქმის წარმოების ღირებულებები, ამასთან სტატია შეიცავდა იმის მტკიცებას, რომ იგივე ღირებულებები უნდა ახასიათებდეს სისტემის ფარგლებში ალტერნატიულ პროცესებს.¹⁸⁵ ზემოთ აღნიშნული ეფუძნება იმ ფაქტს, რომ ADR-ის ძირითადი მიზანია დაუსრულებელ სასამართლო პროცესებში მორიგების მიღწევა და, შესაბამისად, ნებისმიერი მორიგება უნდა შეესაბამებოდეს მის კონტექსტს, სასამართლოს.¹⁸⁶ ეს ღირებულებები მოიცავს იძულების თავიდან აცილებას, სამართლიან საქმის წარმოებას, საქმის წარმოებას, რომელიც გათვლილია მისი მიზნის მიღწევაზე და სასამართლო პროცესის მხარის ავტონომიის პატივისცემას.¹⁸⁷ მიუხედავად იმისა, რომ თითოეული ეს მიზანი პოზიტიური ხასიათისაა, განსაკუთრებით იურიდიული სისტემის ფარგლებში, მე არ ვარ დარწმუნებული, რომ ეს მიზნები შეესაბამება ალტერნატივების კონტექსტს, განსაკუთრებით იმ შემთხვევებში, როცა მათმა გათვალისწინებამ შეიძლება შეცვალოს ან გაანადგუროს კიდევ ალტერნატივა. მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობა შეესაბამება პრინციპებს ან სხვა სიტყვებით, მედიაციის წარმოება კეთილსინდისიერი მონაწილეობის გარეშე არღვევს ზემოთ აღნიშნულ პრინციპებს, თუმცა მედიაციას გააჩნია სასამართლო საქმის წარმოებისგან განსხვავებული ფოკუსი.¹⁸⁸

მიუხედავად იმისა, რომ ხაზი ესმება მხარის ავტონომიურობას, როგორც უმაღლეს ღირებულებას სასამართლო საქმის წარმოებაში, მითითებები ამასთან დაკავშირებით მხოლოდ პროცედურული წესების მიზნებისთვის არის შექმნილი. მედიაციაში მონაწილეობის შესახებ სახელმძღვანელო მითითებები ზემოთ ხსენებულის მსგავსად უზრუნველყოფს ხელმძღვანელობას. ADR და განსაკუთრებით მედიაცია დიდად აფასებს თვითგამორკვევას ან მხარეების ავტონომიას,¹⁸⁹ თუმცა ბალანსის არსებობა აუცილებელია. ეს მოიცავს ქცევასთან დაკავშირებულ გარკვეულ შეზღუდვებს ზოგიერთი მონაწილისათვის, რათა მონაწილეთა უმრავლესობას ჰქონდეს პოზიტიური, აზრიანი გამოცდილებისა და შედეგების მიღების შესაძლებლობა. რა თქმა უნდა, თუ მხარე მედიაციაში მონაწილეობს მეორე მხარის მოტყუების განზრახვით, პროცესი არ არის შექმნილი პროცესის მიზნის მიღწევის გათვლით, ამასთან ამგვარი პროცესი ვერ განიხილება, როგორც სამართლიანი საქმის წარმოება სასამართლოში სხდომის ეკვივალენტურად.

VIII. კეთილსინდისიერი მონაწილეობა: მოთხოვნა და ხელახალი განსაზღვრა

ა. მედიაციის პროცესის შესწავლა

პროცესში ახალი ელემენტის დასამატებლად, უპირველეს ყოვლისა, საჭიროა მოხდეს პროცესის შესწავლა ამგვარი საჭიროების დადებითი მხარეებისა და შესაბამისობის დადგენის მიზნით.

¹⁸⁵ იხ. *Sherman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13, 2082.

¹⁸⁶ იქვე, 2081-82.

¹⁸⁷ იქვე, 2084-89, 2094.

¹⁸⁸ *Cf. Nolan-Haley*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 134, 51 (ამტკიცებს, რომ მედიაციურმა ხელშეკრულებებმა უნდა განსაზღვროს მხარეების იურიდიული უფლებები). ზოგადი ინფორმაციისთვის იხილეთ: *Bush R. A., Folger J. P., The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*, 1994 (განმარტავს მედიაციის როლს მორალურ განვითარებაში იმით, რომ მხარის უჭერს ადამიანების მიერ რთულ და ხშირად მტკივნეულ შედეგებზე ძლიერი და თანაგრძნობით აღსავსე რეაგირების დემონსტრირებაში).

¹⁸⁹ იხ. *Feerick*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 59, 101.

1. ისტორიული პერსპექტივა

მედიაციის ევოლუციის მოკლე განხილვა ნათელს მოჰფენს პროცესის ამოცანებსა და მიზნებს. მედიაციის გამოყენება, აქ განხილული ფორმით, დაიწყო 1976 წელს ფაუნდ კონფერენციის (the Pound Conference) შემდეგ.¹⁹⁰ ალტერნატივების გამოყენების საჭიროების საკითხი დადგა სასამართლოების მიერ მათთვის წარდგენილი ყველა დავის ეფექტიანად გადაჭრის უზუნარობის გამო. საწყის ეტაპზე მედიაცია გამოიყენებოდა საზოგადოებრივი დავების გადასაწყვეტად იმ ეტაპამდე, როცა კონფლიქტი ესკალირდებოდა იმ სიტუაციამდე, როცა აუცილებელი იყო სასამართლო სისტემის ჩართვა.¹⁹¹ საქმეების განხილვას ახორციელებდნენ მონხალისე მედიატორები სამეზობლო ან საზოგადოებრივი ცენტრების საშუალებით. სამოცდაათიანი წლების ბოლოდან შუა ოთხმოციანი წლებამდე, მედიაციის გამოყენება დაუსრულებელი სასამართლო საქმეებისათვის მინიმალურ ხასიათს ატარებდა, თუმცა გარკვეულ მცდელობებს ჰქონდა ადგილი საოჯახო სამართლის სფეროშიც.¹⁹² ამასთან, საზოგადოებრივი ცენტრები ცდილობდნენ ამ მეთოდის გამოყენებას მცირე საჩივრების სასამართლოების სფეროში.¹⁹³ ძალიან იშვიათ შემთხვევებში, დაუსრულებელი სამოქალაქო საქმის გადამისამართება ხდებოდა მედიაციაზე. მხოლოდ ოთხმოციანი წლების ბოლოს გაიზარდა მედიაციასთან დაკავშირებული აქტივობა სასამართლოებში. ტეხასში, საკანონმდებლო ორგანომ სამოქალაქო პრაქტიკისა და საშუალებების კოდექსის (Civil Practice & Remedies Code) თავი 154 მიიღო¹⁹⁴ 1987 წელს, რომელიც სასამართლოებს ანიჭებდა საქმეების ADR-ზე გადაცემის უფლებმოსილებას. 1989 წელს დალასის ოლქის ადვოკატებმა მოუწოდეს სამოქალაქო მოსამართლეებს, გადაეცათ საქმეები მედიაციისთვის და ამგვარი პრაქტიკა დაინერგა მთელი შტატის სხვა ქალაქების სასამართლოებშიც. მედიაციის განვითარება სხვა მრავალ შტატშიც მსგავსად მიმდინარეობდა, აქაც აქტივობა პირველად საზოგადოებრივი ინსტიტუტების (არალეგალიზებული დავებისთვის) დონეზე დაიწყო, რასაც სასამართლოებში მეთოდის გამოყენება მოჰყვა.¹⁹⁵ დაუსრულებელი სასამართლო საქმეებისათვის მედიაციის გამოყენების მაჩვენებლის გაზრდასთან ერთად, სასამართლოების წინაშე წამოიჭრა იურიდიული საკითხები, როგორცაა მხარის მონაწილეობა, კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ჩათვლით. სხვა საკითხები მოიცავს ხელშეკრულებების აღსრულებადობას, კონფიდენციალობას და მედიატორის ვალდებულებებს. მედიაციის განვითარების საწყის ეტაპზე, დავების მოგვარება არ წარმოადგენდა ერთადერთ ამოცანას. მედიაციის ამოცანას წარმოადგენდა მხარეების მხარდაჭერა საერთო გაგების მიღწევაში, რაც საშუალებას მისცემდა მათ გადაეჭრათ საკუთარი პრობლემები. თუმცა სასამართლოები მედიაციას მაინც განიხილავენ როგორც დავის გადაწყვეტის მეთოდს.¹⁹⁶

2. ამოცანა: მედიაციის ღირებულება

ახალი პროცესის შემოტანა ჩვეულებრივ წამოჭრის კითხვას – რატომ? სხვა სიტყვებით, რა ღირებულებას მოუტანს მედიაცია მოლაპარაკებას?¹⁹⁷ პროცესის ღირსება მის იმ მიზნებში

¹⁹⁰ იხ. *Goldberg et al.*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 3, 7; *Nolan-Haley J. M.*, Court Mediation and the Search for Justice Through Law, Wash. U. L.Q., Vol. 74, 1996, 47, 57-58; *Woo K.-T.*, A Comparison of Court-Connected Mediation in Florida and Korea, Brook. J. Int'l L., Vol. 22, 1997, 605-606 .

¹⁹¹ იხ. *Duffey*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 70, 26-32. რეფერალების ნაწილი მიღებული იქნა პოლიციიდან და პროკურატურიდან. იხ. *Primm*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 70, 1067-68.

¹⁹² იხ. *Goldberg et al.*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 3, 299-300, 308-14; ABA ოჯახური დავების გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალებები 3-173 (1982); დავების გადაწყვეტის ცენტრი, სახელმწიფო სასამართლოების ადმინისტრირების სამსახური, ფლორიდის უზენაესი სასამართლო; ფლორიდის მედიაციის/არბიტრაჟის პროგრამები: კონსპექტი 61-62 (1996).

¹⁹³ იხ. *Goldberg et al.*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 3, 300; *Woo*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 190, 607.

¹⁹⁴ იხ. *Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154*, Vernon Supp. 1997.

¹⁹⁵ იხ. *Florida Compendium*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 192, 262-68.

¹⁹⁶ ეს წარმოადგენს მედიაციის ეფექტიანობის მოდელს. იხ. *Sherman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო.

¹⁹⁷ იხ. *Bush R. A. B.*, What Do We Need a Mediator For?: Mediation's "Value-Added" For Negotiators, Ohio St. J. on

ძევს, რომელთა მიღწევაც ძალუძს პროცესს. მედიაციის პროცესის ამოცანები სხვადასხვაგვარია. მხარეების მიზნები შეიძლება განსხვავდებოდეს მედიატორის მიზნებისგან და შეიძლება არცერთი მათგანი არ ემთხვეოდეს სასამართლოს მიზნებს. მიუხედავად ამისა, ამ მიზნების მისაღწევად აუცილებელია კეთილსინდისიერი მონაწილეობა.¹⁹⁸

ზოგიერთი შეხედულებით, დავის გადაწყვეტას უდიდესი მნიშვნელობა ენიჭება მაშინ, როცა სხვათა თვალსაზრისით გადაწყვეტა უკანა რიგის ამოცანაა, ყურადღება მახვილდება მხარეთათვის უფლებამოსილების მინიჭებასა და აღიარებაზე.¹⁹⁹ მედიაციის მიზნებისა და სარგებლების კუთხით იურიდიული განათლების არმქონე მონაწილეებისათვის – ეს არის პროცესით დაკმაყოფილება. აქცენტი კეთდება პროცესით დაკმაყოფილებაზე, რაც პროცედურული ხასიათის დაკმაყოფილებაა და არა არსებითი დაკმაყოფილება.²⁰⁰ მხარეებს აკმაყოფილებთ მედიაცია მაშინაც კი, როცა შეთანხმება არ არის მიღწეული, მრავალ შემთხვევაში მხოლოდ იმის გამო, რომ მათ ეძლევათ საშუალება განიხილონ საკითხი სხვა პირთან. მაგალითად, ტეხასის ADR-ის საკანონმდებლო აქტი ხაზს უსვამს მედიატორის როლს, ხელი შეუწყოს მხარეთა შორის ურთიერთგაგებას.²⁰¹ თუ ამ მიზნების მიღწევა უნდა მოხდეს, მაშინ სულ მცირე უნდა განხორციელდეს პირდაპირი კომუნიკაცია და ინფორმაციის გაცვლა მონაწილეთა შორის. თითოეულმა მონაწილემ მედიაციის პროცესში თავი კომფორტულად უნდა იგრძნოს და ნდობის ელემენტი უნდა არსებობდეს. იმის შიში, რომ სხვა მხარეები არ მონაწილეობენ პროცესში კეთილსინდისიერად გამოიწვევს მხარეთა ეჭვს პროცესის მიმართ და, შესაბამისად, მათ პროცესში მონაწილეობის ნაკლები სურვილი გაუჩნდებათ. თუ მხარეებს უფლება აქვთ არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობა მიიღონ მედიაციის პროცესში, ანუ მონაწილეობა მიიღონ იმ განზრახვით, რომ მოატყუონ მეორე მხარე ან პროცესი საკუთარი სარგებლისთვის გამოიყენონ,²⁰² მაშინ მედიაციის პროცესით კმაყოფილების მიღწევა შეუძლებელი იქნება.

მედიაციის კიდევ ერთი მისიაა ფორუმის უზრუნველყოფა, რომლის საშუალებით და სადაც ინდივიდები აღიჭურვებიან უფლებამოსილებით და მოხდება მათი აღიარება.²⁰³ მედიაციის პროცესში ინდივიდებს შორის კომუნიკაციის გაუმჯობესება ამ მიზნებისთვის კრიტიკულია²⁰⁴ მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როცა მედიაციის პროცესზე ყველა მონაწილე გამოცხადდება პროცესში აქტიური ჩართვის განზრახვით, იარსებებს იმის შესაძლებლობა, რომ ამოცანების შესრულება რეალობად იქცეს.

მედიატორის პოზიციიდან, მედიატორთა უმრავლესობა მედიაციაში ერთვება გულწრფელი განზრახვით, დაეხმაროს მხარეებს მათი პრობლემების აზრიანი, შემოქმედებითი გზით გადაჭრაში. ეს საშუალებას აძლევს ყველა მხარეს დატოვონ პროცესი პროცესითა და შედეგებით კმაყოფილებმა. თუმცა აქცენტი დავის გადაწყვეტაზე არსებობს, განსაკუთრებით სასამართლო საქმეებში, მნიშვნელოვანია, რომ მხარეებმა დამატებითი სარგებელი მიიღონ პროცესიდან. და როგორც ამას ხაზს უსვამს ზოგიერთი მედიატორი – „მოდით პროცესი ნუ გამოიწვევს ზიანს“. მედიატორებმა არ უნდა დაუშვან ქცევა, რომელმაც შეიძლება ზიანი გამოიწვიოს.

დავის გადაწყვეტაზე კონცეტრირების კონტექსტში მედიაცია დახმარებას უწევს მხარეებს გადაწყვეტის წინაშე არსებული ბარიერების შემცირებაში ან მოშორებაში.²⁰⁵ ასევე, სასა-

Disp. Resol., Vol. 12, 1996, 1, 1.

¹⁹⁸ იხ. ზემოთ მითითებული ნაწილი IV (განიხილავს, თუ როგორ დააზარალებს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არარსებობა პროცესის უმეტეს ამოცანებს).

¹⁹⁹ იხ. *Bush & Folger*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 188, 2.

²⁰⁰ იხ. *Bush*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 197, 19-20.

²⁰¹ იხ. *Tex Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §154.053(a)*, Vernon Supp. 1997.

²⁰² იხ. ქვემოთ ნაწილი VIII.B. (წარმოადგენს იმის დამატებით მაგალითებს, თუ რა შეიძლება გამოიწვიოს პროცესში არაკეთილსინდისიერმა მონაწილეობამ).

²⁰³ იხ. *Bush & Folger*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 188, 3; ასევე, იხ. *Bush*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 197, 29-31 (განიხილავს უფლებამოსილების მინიჭებისა და აღიარების ცნებებს, როგორც მედიაციის პროცესში მისაღწევ ღირებულ პროდუქტებს).

²⁰⁴ იხ. *Bush*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 197, 28-29.

²⁰⁵ იხ. *Bush*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 197, 12-13; ასევე, იხ. *Mnookin R. H.*, Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 8, 1993, 235, 248-49.

მართლოები სულ უფრო მეტად ემყარებიან მხარეთა შორის შეთანხმებას. სასამართლოების აზრით, ADR-ის გზით მხარეები რიგდებიან და მორიგება წარმოადგენს სასამართლო გადაწყვეტილების ჩამნაცვლებელს.²⁰⁶ ამიტომ, პროცესი მაქსიმალურად სამართლიანი უნდა იყოს. მედიაცია განიხილება როგორც გარიგება კანონის ჩრდილქვეშ;²⁰⁷ კანონი თავისთავად მოითხოვს პატიოსნებას და ინფორმაციის საჭიროებას, განსაკუთრებით ადვოკატებისათვის.²⁰⁸

მიუხედავად იმისა, რომ სამართლიანობა გარკვეულ პერსპექტივას სძენს დავების გადაწყვეტას, კანონი სხვა მრავალ გასათვალისწინებელ საკითხთა შორის ერთ-ერთია. საჯარო პოლიტიკა და სოციალური ურთიერთობები წარმოადგენს იმ რამდენიმე სხვა ასპექტს, რომლის ჩრდილქვეშაც უნდა ვიდგეთ და მოვრიგდეთ. მედიაციის პროცესი არა მხოლოდ განვითარდება, არამედ კიდევ უფრო განმტკიცდება. შესაძლებელია, მიღწეულ იქნას დროისა და თანხების დაზოგვის სარგებელი, მაგრამ პროცესით შეიძლება მიღწეული იქნას უფრო მნიშვნელოვანი მიზნებიც, რომლებიც ეხება ინდივიდი მონაწილეების სიცოცხლეს. ამ კონტექსტში აშკარაა, რომ მედიაციის ცნება მოიცავს კეთილსინდისიერ მონაწილეობას. იმისათვის, რომ მოხდეს მიზნების მიღწევა, აუცილებელია ყველა მონაწილე მხარე სიმართლის პოზიციით მიუდგეს პროცესს.

3. მიღებული გაკვეთილი: გამოცდილების მნიშვნელობა

კონცეპტუალურად, მხარეების უფლებამოსილებით აღჭურვა მოიცავს შემდეგ ამოცანას – მედიაციის გამოცდის გზით მხარეები ისწავლიან პროცესის პრინციპებს მომავალი დავებისათვის. რა თქმა უნდა, მედიაციის კონცეფციები, როგორცაა „ყველა მოგებულია“ ან „მოგებული-მოგებული“ პარადიგმები ახალია მრავალი ადამიანისთვის. მედიაციასთან დაკავშირებული განათლების გაფართოების მიუხედავად, რაც მოიცავს სასამართლოებში თუ საბავშვო ბალებში განათლებას,²⁰⁹ და „კი“-ს მიღწევის პოპულარობის მიუხედავად,²¹⁰ მსოფლიოს დიდი ნაწილი კონფლიქტებს წყვეტს მოგებული-ნაგებულის და უფრო მაღალი ავტორიტეტის კონტექსტში,²¹¹ განსხვავებული პარადიგმის გამოყენება საჭიროებს ახალი ტიპის ქცევის ათვისებას. შესაძლოა, თავდაპირველად ყველა მხარის მონაწილეობა მედიაციაში უცნაურად გამოიყურებოდეს ყველა მხარისთვის, განსაკუთრებით ადვოკატებისათვის, რადგან ეს განსხვავდება ადრინდელი სწავლებისა და გამოცდილებისაგან, მაგრამ ზრდასრული ადამიანები გამოცდილების გზით ისწავლობენ.²¹² მედიაციის შესახებ ინფორმაციის წაკითხვა, საუბარი მედიაციაზე და შემდგომი განათლების პროგრამებში მონაწილეობის მიღება, საგანმანათლებლო სარგებლის მიუხედავად, ადამიანს ტოვებს პროცესის რეალურად გაცნობის გარეშე. სწავლას ადგილი აქვს გამოცდილების მიღების პროცესში. შედეგად, სანამ ადვოკატები თავად არ გამოცდიან კოლაბორაციულ პროცესს, მანამდე ეს ცოდნა არ შეემატება მათ უნარებს.

მედიაცია და ნაკლები ხარისხით ADR-ის პროცესები არ უნდა შეიცვალოს იმის გამო, რომ ზოგიერთ მონაწილეს არ აქვს ნასწავლი ამ პროცესებში მოქცევის წესები. უფრო უპრიანი იქნებოდა, რომ ადვოკატებს მიეღოთ განათლება და აეთვისებინათ ის უნარები, რომლებიც აუცილებელია პროცესიდან საუკეთესო შედეგების მისაღებად. მედიაციის შემთხვევაში ეს უნარები განსხვავდება დღევანდელ დღეს მათ მიერ პრაქტიკაში გამოყენებული უნარებისგან.

²⁰⁶ იხ. *Resnik*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 2, 243-44.

²⁰⁷ იხ. ზოგადად, *Mnookin R. H., Kornhauser L.*, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, Yale L.J., Vol. 88, 1979, 950, 996. (ამტკიცებს, რომ „კერძო განკარგულება“ სასამართლო დარბაზის გარეთ არის „მორიგება კანონის ჩრდილის ქვეშ“ და შეიძლება ხელი შეუწყოს დავის გადაწყვეტას).

²⁰⁸ იხ. *Bush*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 197, 22-23.

²⁰⁹ მედიაციის პროგრამები ანვითარებენ მედიაციის უნარებს მოსწავლეებში თვით საბავშვო ბაღშიც კი.

²¹⁰ *Fisher R., Ury W.*, *Getting To Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, 2nd ed., 1991.

²¹¹ იხ. *Slaikeu K. A.*, *When Push Comes to Shove: A Practical Guide to Mediating Disputes*, 1996, 4-10.

²¹² იხ. *Knowles M. S.*, *The Modern Practice of Adult Education: from Pedagogy to Androgogy* 45-58; *Bloch F. S.*, *The Andragogical Basis of Clinical Legal Education*, *Vand. L. Rev.*, Vol. 35, 1982, 321, 329.

თუმცა მარტივია იმის თქმა, რომ მრავალი ადვოკატი ამას „უბრალოდ გააკეთებს“ – სა-უბარია კეთილსინდისიერების დემონსტრირებაზე – რადგან ეს აუცილებელია მედიაციის პროცესზე კლიენტის ჯეროვანი წარმოდგენისთვის, გამოცდილება სხვა რეალობაზე მიგვიბრუნებს. სხვა კონტექსტში, ადვოკატები თავის ქცევაში ხელმძღვანელობენ წესებით;²¹³ შედეგად, უნდა ავამოქმედოთ წესები მედიაციაში ქცევის სამართავადაც.²¹⁴ მომავალში, გამოცდილები-სა და, შესაბამისად, ცოდნის მიღების შემდეგ, მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობა შეიძლება გადაიქცეს ადვოკატის ქცევის განუყოფელ ნაწილად.

მაგრამ მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობა მხოლოდ ადვოკატებს არ ეხებათ. მონაწილეებს, და მრავალი მათგანი ძირითადად ოფიციალური წარმომადგენლები არიან, ასევე უნდა მოეთხოვებოდეთ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის დემონსტრირება. მრავალ მონაწილეს – ძირითადად ბიზნესის სფეროს წარმომადგენლებს – ეს უკვე ათვისებული აქვთ.²¹⁵ ტრანზაქციული მოლაპარაკებისას, როგორცაა კონტრაქტები ან ფრანჩიზული ხელშეკრულებები, მხარეები პირდაპირ მოლაპარაკებებს აწარმოებენ. გასაკვირი არ არის, რომ ზოგ შემთხვევაში ადგილი არ აქვს კეთილსინდისიერ მონაწილეობას, მაგრამ მოლაპარაკებებისათვის ეს ნაკლებად არის დამახიათებელი, რადგან მხარეები არ არიან ჩართულნი დავაში. დავის დამაკმაყოფილებლად გადასაწყვეტად კეთილსინდისიერი მონაწილეობა აუცილებელია.

ბ. რა არ არის კეთილსინდისიერი მონაწილეობა

მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობა არ ნიშნავს შეთანხმების მიღწევას, ანუ მე არ ვგულისხმობ, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის გამოსავლენად მხარეებმა უნდა მოაგვარონ წინააღდეგობა²¹⁶ ან, რომ სავალდებულო კეთილსინდისიერი მონაწილეობის შემთხვევაში, შეთანხმება უფრო დიდი ალბათობით მიიღწევა. მე საკმაოდ დარწმუნებული ვარ, რომ არსებობს მრავალი შემთხვევა, სადაც არცერთ მხარეს არ გაუკეთებია კეთილსინდისიერი მონაწილეობის დემონსტრირება პროცესში, მაგრამ მხარეებმა შეძლეს შეთანხმების მიღწევა. მაგრამ მორიგება არ არის და არ უნდა იყოს მედიაციის აბსოლიტური მიზანი და ამოცანა. მედიაცია შეიძლება ნაყოფიერი და სასარგებლო აღმოჩნდეს მაშინაც კი, როცა შეთანხმება ვერ მიიღწევა.²¹⁷

კეთილსინდისიერი მონაწილეობა არ ავალდებულებს მხარეებს გულწრფელად სურდეთ გადაჭრან პრობლემა²¹⁸ გახსნილობა, რა თქმა უნდა, სასარგებლოა მედიაციის პროცესისთვის, მაგრამ მხარის სულიერი მდგომარეობის შეფასება ძალზედ რთული და სუბიექტურია.²¹⁹

კეთილსინდისიერი მონაწილეობა არ ნიშნავს ვალდებულებას გაუმხილო სხვა მონაწილეს ან თავად მედიატორს ყველაფერი საქმის შესახებ. სასამართლო საქმის მწარმოებლები გამოხატავენ შიშს მედიაციაციის მიმართ, რადგან ეს მათთვის ნიშნავს სასამართლო პროცესამდე „მა-

²¹³ მთელი რიგი წესები, რომლებიც მართავენ და წარმართავენ კანონის განხორციელებას, პროცედურების, მტკიცებულებების და ეთიკის წესების ჩათვლით.

²¹⁴ ზოგიერთნი უკვე სექტიკურად განიხილავენ ეთიკის წესების ცვლილების შემოქმედებას ადვოკატთა ქცევაზე. იხ. *Menkel-Meadow*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 38, 38-40.

²¹⁵ იხ. *Palmieri*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 131, 201-13 (მიუთითებს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ვალდებულებაზე გერმანულ და იტალიურ წინასაკონტრაქტო მოლაპარაკებებში).

²¹⁶ იხ. *Ind. Code Ann.*, tit. 34, Appendix on ADR, Rule 2.1, West 1996 (გარკვევით აცხადებს, რომ მხარეებს „მოეთხოვებათ მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობა მიიღონ, მაგრამ ისინი ვალდებულნი არ არიან მიაღწიონ შეთანხმებას“).

²¹⁷ იხ. ზემოთ ნაწილი Part VIII.A.2.; ასევე, იხ. *Bush & Folger*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 188, 2-4 (განიხილავს მედიაციის ძალას, გარდაქმნას ადამიანები უფლებამოსილების მინიჭებისა და აღიარების გზით).

²¹⁸ იხ. *Cox*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 74, at 1414 (განიხილავს სასამართლოს დადგენილებებს იმასთან დაკავშირებით, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობა მოიცავდა საქმის გადაწყვეტის არსებული სურვილის დემონსტრირებას).

²¹⁹ იქვე.

თი კარტების გახსნას“. მიუხედავად იმისა, რომ საიდუმლოდ იმის შენახვა, რაც შესაძლოა არც არის საიდუმლო²²⁰ საეჭვო საკითხია, განსაკუთრებით თუ ინფორმაციის მიწოდებამ შეიძლება ხელი შეუწყოს კლიენტის მიზნების მიღწევას, თუკი მხარეები უარს აცხადებენ კონკრეტული ინფორმაციის გაზიარებაზე, არ უნდა ვაიძულოთ ისინი. მაგრამ მნიშვნელოვანია, რომ მოხდეს რაღაც ინფორმაციის გაცვლა, რაც წარმოადგენს შემოთავაზებული მორიგების ან ასეთის შეუძლებლობის ახსნას ან საფუძველს. სხვა სიტყვებით, რადგან მედიაციის მთავარი აქცენტი, მორიგების ან უფლებამოსილების მინიჭების კონტექსტში, არის გაზრდილი გაგება და კომუნიკაცია, ინფორმაციის გახსნა აუცილებელია. თუმცა გაზიარებული ინფორმაციის მასშტაბები მხარეების კომპეტენციის სფეროა.

უბრალოდ, „კეთილგანწყობილი ქცევა“ ასევე არ წარმოადგენს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ელემენტს. ადამიანი შეიძლება იყოს კეთილი და კოოპერატიული, მაგრამ არაფერი არ გააკეთოს საქმის წინ წასანევად, ანუ მორიგების მისაღწევად. რა თქმა უნდა, ზოგიერთ შემთხვევაში „კეთილგანწყობილი“ ქცევა გამოიყენება როგორც მეორე დაუეჭვებელი მხარის შეცდომაში შესაყვანი ტაქტიკა, მაგალითად, როგორც მათი და ჯეფის, ან „კარგი პოლიციელი – ცუდი პოლიციელი“-ის ტაქტიკები.²²¹ მხოლოდ ჯდომა და ღიმილი არ ქმნის კეთილსინდისიერ მონაწილეობას. გამოვლენილი უნდა იქნას გარკვეული მომზადება და აზრიანი მონაწილეობის ძალისხმევა.

გ. წინარე განსაზღვრებები

აღსანიშნავია, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ტერმინის წინარე გამოყენება გარკვეულ პრობლემებთან იყო დაკავშირებული. მიუხედავად ამისა, ეს ფაქტი თავისთავად არ უნდა ქმნიდეს მედიაციაში ამგვარი მოთხოვნის შექმნისა და განხორციელების შემაფერხებელ გარემოებას. ტერმინი კეთილსინდისიერი მონაწილეობა მრავალ სხვა კონტექსტში ყოფილა გამოყენებული, ტრანზაქციული პრაქტიკიდან დაწყებული და სასამართლო საქმის წარმოებით დამთავრებული. შეიძლება სასარგებლო აღმოჩნდეს წინარე განსაზღვრებების მიმოხილვა. თუმცა არ არსებობს მოლაპარაკებების ან მედიაციის კონტექსტში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის განსაზღვრება, შრომითი სფეროს საქმეები შეიძლება მაინც გამოიყენოთ სახელმძღვანელოდ. მრავალი სასამართლო თანხმდება, რომ მოლაპარაკებებში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ვალდებულების დადგენა არ გულისხმობს, რომ მხარეებმა უნდა მიაღწიონ შეთანხმებას. კეთილსინდისიერი მონაწილეობა უბრალოდ მოითხოვს, რომ მხარეებმა გულწრფელად გადადგან ნაბიჯები გადაწყვეტისკენ.²²²

თუმცა ზოგიერთი სასამართლო უფრო შორს წავიდა და ითხოვს არა მხოლოდ შეთანხმების მიღწევის სურვილს, არამედ საერთო საფუძვლების / გაგების მიღწევისათვის განუული გულწრფელი ძალისხმევის დემონსტრირებას.²²³ ერთ-ერთ საქმეში აღნიშნული იყო, რომ კონკრეტულმა მოსამართლეებმა თავიანთი გამოცდილება უნდა გამოიყენონ იმის განსაზღვრად, თუ რას წარმოადგენს მოლაპარაკების გონივრული საფეხურები და საქმეში წარმოდგენილი იყო სახელმძღვანელო პრინციპები, როგორიცაა უსამართლო მოულოდნელობების არარსებობა, შეხვედრები, ერთმანეთს შორის კამათის მოსმენა და პოზიციების განმარტების

²²⁰ დამატებითი გარემოებების აღმოჩენისა და თანაბარი განხილვის პირობებში, სავარაუდოდ, ინფორმაციის დიდ ნაწილს ნათელი მოეფინება სასამართლო მოსმენამდე. რეალობაში ეს თითქოს უმნიშვნელო ხასიათის პრობლემას უნდა წარმოადგენდეს, რადგან საქმეების დიდი ნაწილი საერთოდ ვერ აღწევს სასამართლომდე.

²²¹ იხ. *Craver*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 77, 189-90, 194-201 (განიხილავს სხვადასხვა მოლაპარაკებების თამაშს და ტექნიკას, რომელიც მოიცავს დაუფარავ თანამშრომლობას ან კეთილგანწყობილ ქცევას, მაგრამ რომელთა გამოყენება შეჯიბრის მიზნებით ხორციელდება).

²²² იხ. *Swerdlow S.*, *Freedom of Contract in Labor Law*: Burns, H.K. Porter, and Section 8(d), *Tex. L. Rev.*, Vol. 51, 1972, 1, 29-32.

²²³ იხ. *Cox*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 74, 1414 (ციტ.: *NLRB v. Montgomery Ward & Co.*, 133 F.2d 676, 686 (9th Cir. 1943)).

ნათლად და პატიოსნად წარმოდგენა.²²⁴ სხვა საქმეში, კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ინტერპრეტაციისას სასამართლომ შეუძლებლად მიიჩნია მხარის არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობის დადგენა მხოლოდ იმის გამო, რომ მან უარი განაცხადა თავისი პოზიციის შეცვლაზე, ამასთან საქმეში მითითებულია, რომ სწორედ მისი თავდაპირველი პოზიცია შეიძლება ყოფილიყო მართებული.²²⁵

ზოგიერთი მეცნიერი და სასამართლო მიიჩნევს, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის განსაზღვრების საუკეთესო გზაა იმის განცხადება, თუ რა არ არის კეთილსინდისიერი მონაწილეობა, ან ამის სანაწილადმდეგოდ იმის განსაზღვრება, თუ რა არის არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობა. მხარის არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობის ნიშნებია: კორესპონდენციაზე მოულოდნელად დაგვიანებული პასუხი; შეხვედრების გადადება; მომლაპარაკებლების გაგზავნა მორიგების უფლებამოსილების მინიჭების გარეშე; უარყოფითი ტიპის ვალდებულებების აღება მორიგების პროცესში; პოზიციების შეცვლა; ახალი მოთხოვნების წარმოდგენა; მოლაპარაკებების სიტყვა-სიტყვითი ჩანაწერების მოთხოვნა; წერილობით შეთანხმებაზე ხელის მოწერაზე უარის განცხადება; ცალმხრივი ქმედებები; და ღირებული ინფორმაციის დაფარვა.²²⁶

კიდევ ერთმა შრომით ურთიერთობებთან დაკავშირებულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ „კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არარსებობის დასადგენად აუცილებელია იმ ფაქტების დადგენა, რომელთა საფუძველზეც შეიძლება დასკვნის გაკეთება, რომ მხარე იწყებს და აგრძელებს მორიგების პროცესს სურვილითა და განზრახვით არანაირ შეთანხმებას არ მიაღწიოს“.²²⁷ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არარსებობის დადგენა პრობლემის გადაჭრის განზრახვის არარსებობით შესაძლოა შესატყვისი იყოს შრომითი ურთიერთობების კონტექსტში, მაგრამ შესაძლოა ძალზედ ძლიერი იყოს ზოგადად მედიაციის მიზნებისათვის.²²⁸

არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობა, ასევე, განმარტებულია სადაზღვევო კონტრაქტებთან მიმართებაში, როგორც დამზღვევის მიერ მისი დაზღვეულის მოთხოვნაზე/სადაზღვევო ანაზღაურებაზე დაუსაბუთებელი უარის განცხადება.²²⁹ რა თქმა უნდა, მედიაციის პროცესს არ ახასიათებს სადაზღვევო ხელშეკრულების მსგავსი ფიდუციური ვალდებულება, მაგრამ განსაზღვრებითი ხასიათის განხილვა მაინც სასარგებლო შეიძლება აღმოჩნდეს. ტეხასში კეთილსინდისიერი მონაწილეობისა და სამართლიანი ქმედების პრინციპების დარღვევად განიხილება სადაზღვევო სარჩელზე უარის განცხადება დასაბუთებული მიზეზის გარეშე ან დამზღვევის უუნარობა წარმოადგინოს სადაზღვევო სარჩელზე უარის განცხადების საფუძველი.²³⁰ თუმცა სარჩელზე უარის განცხადება ყოველთვის არ ნიშნავს არაკეთილსინდისიერ ქმედებას, სადაზღვევო კომპანიის მიერ უსამართლო ქმედების განხორციელების ნიშნები შემდეგს მოიცავს: სარჩელზე უარის შემცველი განცხადება იურიდიულ და ფაქტობრივ აზრს არის მოკლებული; სხვადასხვა შემთხვევაში სხვადასხვა მიზეზებია წარმოდგენილი; უარის თქმა მოხდა სარჩელის ძირეული შესწავლის გარეშე; სარჩელი შესწავლილი იქნა, მაგრამ შესწავლის

²²⁴ იხ. *Rutland Ry. Corp. v. Brotherhood of Locomotive Eng'rs*, 307 F.2d 21, 40-41 (2d Cir. 1962).

²²⁵ იხ. *Chicago and N. W. Ry. Co. v. United Transp. Union*, 336 F. Supp. 1149, 1166 (N.D. Ill. 1971), rev'd on other grounds, 417 F.2d 366 (1972).

²²⁶ იხ. *Cox*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 74, 1418-25.

²²⁷ იხ. *American Airlines v. Air Line Pilots Ass'n, Int'l*, 169 F. Supp. 777, 794 (S.D.N.Y. 1958); ასევე იხ. *NLRB v. Reed & Prince Mfg. Co.*, 205 F.2d 131, 134 (1st Cir. 1953) (ნებისმიერი აზრიანი დათმობებისგან თავის შეკავება შეიძლება იყოს არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობის ნიშანი).

²²⁸ იხ. *Sherman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13, 2091 (ამტკიცებს, თუ რატომ არ არის კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ძლიერი თხოვნა ისევე იმპერატიული ხასიათისა, როგორც ეს კოლექტიურ მორიგებებს ახასიათებს).

²²⁹ იხ. *Gergen M.*, A Cautionary Tale About Contractual Good Faith in Texas, *Tex. L. Rev.*, Vol. 72, 1994, 1235, 1236-44; *Thomas J. E.*, A Case Study of Bad Faith Refusal to Settle: A Doctrinal, Normative, and Practical Analysis of Missouri Law, *UMKC L. Rev.*, Vol. 64, 1996, 695, 697-99. ზოგადი ინფორმაციისთვის იხ. *Richmond D. R.*, An Overview of Insurance Bad Faith Law and Litigation, *Seton Hall L. Rev.*, Vol. 25, 1994, 74, 74-80. (განიხილავს არაკეთილსინდისიერ მონაწილეობას სადაზღვევო სასამართლო საქმის წარმოებაში).

²³⁰ იხ. *Arnold v. National County Mut. Fire Ins. Co.*, 725 S.W.2d 165, 167 (Tex. 1987).

მიზანი იყო უარის თქმის დასაბუთება და არა სარჩელის საფუძვლიანობის განსაზღვრა.²³¹ უფრო მეტიც, სადაზღვევო კომპანიის უუნარობა კომუნიკაცია ანარმოს დაზღვეულთან ასევე შეიძლება განხილულ იქნეს, როგორც დამზღვევლის მხრიდან გამოვლენილი არაკეთილსინდისიერი ქმედების დადგენის საფუძველი.²³² ამ შემთხვევაშიც, როგორც მრავალ სხვა სიტუაციაში, საფუძველს წარმოადგენს ინფორმაციის არ/ვერ მიწოდება.

რადგან მედიაცია მოლაპარაკებების პროცესის ხელშეწყობაა, კონტრაქტებზე მოლაპარაკებები და ბიზნეს ურთიერთობები ასევე გვაძლევს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის სხვა კუთხით დანახვის საშუალებას. კონტრაქტების შემთხვევაში ადგილი აქვს დიდი რაოდენობით ინსტრუქციული ხასიათის დისკუსიებს, როგორცაა კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ვალდებულება და შესრულებისას სამართლიანი ურთიერთქმედება,²³³ ასევე, წინასაკონტრაქტო მოლაპარაკებებში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის აუცილებლობა.²³⁴ ასევე, სასარგებლო შეიძლება აღმოჩნდეს საკონტრაქტო ურთიერთობებში გამოყენებული ენა და ცნებები. ეს გასაგებია, რადგან ბევრი თუ არა ყველა მედიაციის შეთანხმება არის კონტრაქტი.²³⁵ უფრო მეტიც, ტრანზაქციული ტიპის მოლაპარაკებების დაწყებისას, კონტრაქტს წინ უძღვის მხარეებს შორის ურთიერთობის ჩამოყალიბება.²³⁶ მედიაციაში ეს კიდევ უფრო მნიშვნელოვანია, რადგან შეთანხმების მიღწევის შემთხვევაში მხარეები არა თუ ქმნიან საკონტრაქტო ტიპის ურთიერთობას, არამედ ასეთი ურთიერთობა შეიძლება უკვე არსებობს კიდევ .სამწუხაროდ, დავა იქმნება იმის გამო, რომ მხარეები ვერ თანხმდებიან ერთმანეთთან.

მრავალ შემთხვევაში მხარეებს შორის წინა ურთიერთობა კონტრაქტული ხასიათისაა; შესაბამისად, არ უნდა მოვიტხოვოთ ის, რაც თავიდანვე მოთხოვნას წარმოადგენდა? თუ დავუშვებთ გარკვეულ კავშირს საკონტრაქტო თეორიასთან, ჩვენ შეგვიძლია მივმართოთ ექტრაპოლაციას და მოვიტხოვოთ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის დაკონკრეტება. მაგალითად, უნიფორმული კომერციული კოდექსის (Uniform Commercial Code), შესაბამისად, „კეთილსინდისიერი მონაწილეობა“ შემდეგი ელემენტებისგან შედგება: „ფაქტობრივი პატიოსნება და ვაჭრობაში სამართლიანი გარიგების გონივრული კომერციული სტანდარტების შესრულება“.²³⁷ თუმცა ეს განსაზღვრება ბიზნესის რეალობაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის განმარტებისას სპეკულაციის საშუალებას იძლევა და ზოგიერთი კომენტატორი მიიჩნევს, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობა ნიშნავს, რომ მხარეები არ მოქმედებდნენ არაკეთილსინდისიერად,²³⁸ სხვა კომენტატორები მიუთითებენ, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობა ტრანზაქციებში მხოლოდ ყველა შემთხვევისთვის ცალკე შეიძლება განისაზღვროს.²³⁹ უნ-

²³¹ იხ. *Chester R.*, First Party Bad Faith: How to Spot It and What to Do With It, in Seminar for Nationwide Insurance Company, 1994, 3-5 (ინახება ავტორის მასალებში).

²³² იხ. *Fidelity & Cas. Co. v. Underwood*, 791 S.W.2d 635, 647 (Tex. App. _ Dallas 1990, no writ).

²³³ იხ. Restatement (Second) of Contracts § 205, 1992; *Speidel R.*, The “Duty” of Good Faith in Contract Performance and Enforcement, J. Legal Ed., Vol. 46, 1996, 537 (ასახელებს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის იმ ათ მთავარ ელემენტს, რომლის შესახებაც ცოდნა უნდა გაგვაჩნდეს კონტრაქტებში).

²³⁴ იხ. *Shell G. R.*, Opportunism and Trust in the Negotiation of Commercial Contracts: Toward A New Cause of Action, Vand. L. Rev., Vol. 44, 1991, 221, 222-25; *Palmieri*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 131, 72.

²³⁵ მრავალი შტატის საკანონმდებლო აქტით განსაზღვრულია, რომ მედიაციური შეთანხმება არ განსხვავდება სხვა კონტრაქტისგან მისი აღსრულების თვალსაზრისით. იხ. *Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154.071 (Vernon 1995)*; *Rogers & McEwen*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 11.01.

²³⁶ იხ. Center for the Study of Foreign Affairs, National Negotiating Styles, Hans Binnendijk ed., 1987, 56-58 (discussing the negotiating styles in China, the Soviet Union, Japan, France, Egypt, and Mexico); *Shell*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 234, 225-26, 252-55; ასევე, იხ. *Macneil I. R.*, Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law, Nw. U. L. Rev., Vol. 72, 1977, 854 (განხილავს ურთიერთობას კლასიკურ და ნეო-კლასიკურ საკონტრაქტო სამართალს შორის). ეს განსაკუთრებით მართებულია სხვა კულტურებში, სადაც თუკი თავდაპირველად არ არსებობს ურთიერთობა, არ იარსებებს არანაირი კონტრაქტი ან ბიზნეს გარიგება.

²³⁷ იხ. U.C.C. § 2-103(a)(2) (1996).

²³⁸ იხ. *Palmieri*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 131, 79.

²³⁹ იხ. იქვე.

და მოხდეს თუ არა ამგვარი ქცევის შეფასება გონივრული, სამართლიანი ან კარგად ჩამოყალიბებული სტანდარტების გამოყენებით თუ საზოგადოებრივი სტანდარტებით, ეს კითხვა სხვა განხილვის საგანია.²⁴⁰ შესაძლოა ყველაზე სწორხაზოვან პასუხს გვაძლევს ლორდი მანსფილდი თავისი განცხადებით: „კეთილსინდისიერი მონაწილეობა უკრძალავს მხარეებს დამალონ ინფორმაცია, რომელსაც პირადად ფლობენ, რამაც შეიძლება განაპირობოს მეორე მხარის ჩათრევა მორიგებაში და კრძალავს მხარის მიერ ამ ფაქტის იგნორირებას“.²⁴¹ ცნება, რომ მოლაპარაკება არ უნდა იყოს დაბინძურებული მონაწილეთა არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობით მედიაციასაც ეხება.

დ. ახალი განსაზღვრებები და პერსპექტივები

კეთილსინდისიერი მონაწილეობა შეიძლება მრავალ ზემოთ მოცემულს აღნიშნავდეს. მაგრამ, უფრო კონკრეტული განსაზღვრება დაეხმარება მედიაციის მონაწილეებს იმის გააზრებაში, თუ როგორ უნდა იმოქმედონ; დაეხმარება მედიატორს, თუკი ან როცა საჭიროა, გადაწყვეტილების მიღებაში; და დაეხმარება სასამართლოს აღსრულების აუცილებლობის დადგომისას. ინდივიდთა დიდი ნაწილისთვის ცნობილია ტერმინების კეთილსინდისიერება და არაკეთილსინდისიერება ზოგადი მნიშვნელობა. ზოგადი მნიშვნელობა მოიცავს პატიოსნებას, სიმართლეს და, ასევე, არაკეთილსინდისიერების არ არსებობას. მაგრამ ეს ელემენტები ძირითადად გამოიყენება იმ ქმედებისას, რომელიც თავს იჩენს მოლაპარაკებების ურთიერთგაცვლის ნაწილში,²⁴² მაგრამ მედიაციის პროცესი უფრო ადრე იწყება.²⁴³ მომზადება და მედიაციაზე გამოცხადება ის საფეხურებია, რომლებიც ასევე უნდა გაითვალისწინოს კარგმა მედიატორმა.²⁴⁴ ამასთან, სასამართლოებს შეუძლიათ და შესაბამისად გასცემენ განკარგულებას დასწრებასა და ინფორმაციის გაცვლაზე.

ეს მნიშვნელოვანია იმ წესის შესაქმნელად, რომელიც უშუალოდ მედიაციას ეხება. კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ადრე განხილული კრიტიკა განპირობებულია ობიექტური სტანდარტების ნაკლებობით;²⁴⁵ და იმით, რომ კეთილსინდისიერი ან არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობის დემონსტრირება დამოკიდებულია ადამიანის სულიერ მდგომარეობაზე.²⁴⁶ ამდენად აუცილებელია ობიექტური სტანდარტები, რომლებიც არ ემყარება წინადადებების შინაარსს.

ქვემოთ წარმოდგენილია ის ფაქტორები, რომლებიც გათვალისწინებული უნდა იქნას კეთილსინდისიერი მონაწილეობის უზრუნველმყოფელ წესში ან საკანონმდებლო აქტში:²⁴⁷ მედიაციის პროცესზე მომზადებული და საქმის გაცნობის შემდეგ გამოცხადება, რაც მოიცავს როგორც საქმესთან დაკავშირებულ ფაქტებს, ისე შესაძლო გადაწყვეტის გზებს; მეორე მხარის ინტერესების გათვალისწინება; მედიაციაზე ყველა საჭირო გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილების მქონე პირის ფიზიკური და არა ტელეფონის საშუალებით დასწრება; საქმესთან/პრობლემასთან დაკავშირებულ ღია და გულწრფელ დისკუსიებში ჩართვა იმგვარად, რომ მოხდეს მხარის პოზიციის დემონსტრირება და მეორე მხარის მიერ ამ პოზიციის უკეთ გაგება და გააზრება; კონკრეტულ და პირდაპირ კითხვებზე ტყუილით არ პასუხი; სხვა მხარის შეცდომაში არ შეყვანა; სხვა მხარის მოსმენის სურვილის დემონსტრირება და იმის დემონსტრირე-

²⁴⁰ იხ. იქვე.

²⁴¹ იხ. იქვე. 83.

²⁴² მოლაპარაკების სხვადასხვა ეტაპებისათვის, იხ. *Gifford D. G., Legal Negotiation: Theory and Applications, 1989, 8.*

²⁴³ იხ. *Kovach*, შენიშვნა 117, 24.

²⁴⁴ იხ. იქვე, 70-77.

²⁴⁵ იხ. *Sherman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13, 2093.

²⁴⁶ იხ. *Swerdlow*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 222, 30-36.

²⁴⁷ ამ სტატიის ბოლოს წარმოდგენილია საკანონმდებლო აქტის მაგალითის მონახაზი და წესები, რომლებიც შეიძლება გამოყენებული იქნას მოთხოვნის დასაწესებლად.

ბა, რომ მხარე ცდილობს გაიგოს მეორე მხარის პოზიცია და ინტერესები; არა მხოლოდ საკუთარი კლიენტის პრობლემებზე და ინტერესებზე დისკუსიების წარმართვის მზაობა, არამედ ყველა სხვა მონაწილის პრობლემებისა და ინტერესების შესახებ განცხადებების მოსმენისთვის მზადყოფნა; საკუთარი პოზიციის დეტალური განხილვის სურვილი და იმის დასაბუთებული ახსნა, თუ რატომ არის კონკრეტული წინადადება მაქსიმალური შეთავაზება ან რატომ აცხადებს პირი უარს კონკრეტულ წინადადებაზე.

ხშირად „კარგმა“ მომლაპარაკებელმა არც კი იცის, თუ რა დგას მისი საუბრის უკან ან რა უდევს საფუძვლად მის მიერ მყარად დაჭერილ პოზიციას. ჯიუტობა – ეს, უბრალოდ, კარგად ათვისებული ტექნიკაა.²⁴⁸ კეთილსინდისიერი მონაწილეობა გულისხმობს მედიაციაზე გახსნილი გონებითა და არა აუცილებლად პოზიციის შეცვლის პირობით გამოცხადებას; რაც ნიშნავს სულ რვილს სხვების მიმართ იყო გახსნილი. შესაძლოა ძალიან ვიწრო ზღვარი არსებობს პოზიციის შეცვლის არმოთხოვნასა და სხვათა თხოვნების გათვალისწინებას შორის, ფოკუსი აქ ინფორმაციაზე კეთდება. არ არის აუცილებელი, რომ ერთი მხარე დაეთანხმოს მეორეს, აუცილებელია ერთი მხარე, სულ ცოტა, ეცადოს გაუგოს მეორე მხარეს და მაშინვე არ უარყოს მეორე მხარის ნათქვამი მისი გათვალისწინების, გააზრების გარეშე.

ადვოკატის პეპრსპექტივიდან, შესაძლოა გამოყენებული იქნას დამატებითი სახელმძღვანელო მითითებები, მაგალითად, კლიენტისთვის იმის საშუალების მიცემა, რომ პირდაპირ მეორე მხარესთან და მედიატორთან განიხილოს საკითხი. კიდევ ერთხელ უნდა ავლენონოთ, რომ პროცესის ამოცანაა მოდავე მხარეებს შორის ინფორმაციის თავისუფალი გაცვლის ხელშეწყობა, რაც მედიაციის პროცესისთვის აუცილებელი კომუნიკაციისა და მონაწილეობის დამახასიათებელი ნიშანია.

ე. მედიაციის პროცესში კეთილსინდისიერი მონაწილეობა

1. ყოვლისმომცველი მოთხოვნის მნიშვნელობა

ყოვლისმომცველი გულისხმობს, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობა უნდა არსებობდეს თითოეულ და ყველა მედიაციაში, ყველა კონტექსტში. თუმცა ზოგიერთი აცხადებს, რომ მედიაცია ძალიან ბევრ სხვადასხვა კონტექსტში გამოიყენება და, შესაბამისად, აუცილებელია, რომ ისეთი საკითხები, როგორცაა კვალიფიკაცია შინაარსის შესაბამისად იყოს განსაზღვრული,²⁴⁹ მედიაციის პროცესს ასევე ახასიათებს მრავალი მსგავსი ელემენტი სხვადასხვა კონტექსტის მიუხედავად. მონაწილეთა კეთილსინდისიერი მონაწილეობა ერთ-ერთ ამგვარ ელემენტად უნდა იქცეს.

კეთილსინდისიერი მონაწილეობა ხშირად აღქმულია, როგორც მედიაციის ნაწილი, თუ მედიაცია სავალდებულო ხასიათისაა და შეთანხმებას ან საკონტრაქტო დებულებებს ეხება. ამჟამად მრავალი მედიაცია სასამართლოს მიერ არის დადგენილი, ამ შემთხვევაში მედიაციას ადვოკატები ესწრებიან. მაგრამ რადგან უფრო და უფრო ხშირია მისი გამოყენება შეთანხმებებისა და ADR-ის დებულებების შემცველი კონტრაქტების შემთხვევაში, უფრო მეტი საქმე გადავა მედიაციაში სასამართლო საქმის წამოწყებამდე.²⁵⁰ გარკვეული მიზეზების გამო, მედიაცია ერთი და იგივე პროცესს უნდა წარმოადგენდეს;²⁵¹ სხვა შემთხვევაში არ გვეცოდინება რა-

²⁴⁸ იხ. *Craver*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 77, 109-10.

²⁴⁹ იხ. *Rogers & McEwen*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 11.02; SPIDR Report, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 24, 9.

²⁵⁰ სავარაუდოდ მედიაცია უზრუნველყოფს დამატებითი დროისა და თანხების დაზოგვას. იხ. მაგ., *Ready J. A.*, National Pre-Suit Mediation Program, ABA Sect. on Litig. & Conflict Management, 1997, 7 (განიხილავს ბუნებრივ პროგრამას, რომელიც ხელს უწყობს სადაზღვევო სარჩელების სასამართლოს წინა გადაწყვეტებს).

²⁵¹ იხ. *Kovach & Love*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 44, 31-32; ასევე, იხ. *Love L. P.*, The Top Ten Reasons That Mediators Should Not Evaluate, Fla. St. U. L. Rev., Vol. 24, 1997, 937 (მიუთითებს, რომ როდესაც

ზე ვსაუბრობთ, როდესაც ვიყენებთ სიტყვას მედიაცია, და მედიატორებს არ ეცოდინებათ, რას აკეთებენ.²⁵² ამიტომ, მნიშვნელოვანია, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა პროცესის ნაწილის სახით იყოს განხორციელებული მიუხედავად იმისა, მხარეები მედიაციას სასამართლოს დადგენილებით, კონტრაქტის პირობის შესაბამისად თუ თავიანთი გადაწყვეტილებით იწყებენ. სხვა შემთხვევაში, შედეგად მივიღებთ ორმაგ სტანდარტებს, სადაც მედიაცია ერთი ტიპის იქნება ერთ შემთხვევაში და აბსოლუტურად განსხვავებული პროცესი სხვა შემთხვევაში. და თვით იმ პირობისათვის, რომელთაც მედიაციასთან დაკავშირებით პლურალისტული შეხედულება გააჩნიათ,²⁵³ პროცესის სარგებლიანობისათვის, თვითშეფასების ფორმის გამოყენებისას,²⁵⁴ მაინც უნდა არსებობდეს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის გარკვეული ელემენტები; სულ მცირე, ადგილი არ უნდა ჰქონდეს არაკეთილსინდისიერ მონაწილეობას. მედიაციის მიზნების განხორციელებაში წარმატების მისაღწევად, მონაწილეები „პროცესში კეთილსინდისიერად და გონივრული სახით უნდა ჩაერთონ“.²⁵⁵

იმის განცხადების მიუხედავად, რომ ყველა მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არსებობა ძალზედ მნიშვნელოვანია, უფრო სავარაუდოა, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა, პირველ რიგში, სასამართლოს მიერ დადგენილ მედიაციებში ამოქმედდება. ამ შემთხვევაში, მხარეებსა და პროცესზე უფრო მეტი კონტროლი არსებობს. ამ ელემენტის შემოტანის შემდეგ, კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა ყველა მონაწილეზე უნდა ვრცელდებოდეს, და არა მხოლოდ ადვოკატებზე. რეალობიდან გამომდინარე, უნდა ვალია-როთ, რომ ადვოკატის ქცევის შეცვლის ალბათობა უფრო მაღალია მონაწილეთა ქცევის შეცვლის ალბათობასთან შედარებით.

2. პროცედურული საკითხები

დღევანდელი პრაქტიკით, იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც არ არსებობს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა, ზოგადად, მიღებულია, რომ მედიატორი თავის მისასაღწევად, შესავალ სიტყვაში²⁵⁶ არკვევს მონაწილეთა პასუხისმგებლობით მიდგომას კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მიმართ. მედიატორები, ზოგადად, ასეთი თხოვნით მიმართავენ ყველა მონაწილეს, დავის მხარეებისა და მათი წარმომადგენლების ან მოლაპარაკებებში მონაწილე აგენტების ჩათვლით, რომლებიც, ჩვეულებრივ, იურისტები არიან.²⁵⁷ ზოგადად, მიღებულია მედიაციის განხორციელებაზე ხელშეკრულების ხელმოწერა, რომელიც შეიცავს დებულებას კეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე.

იურისტები განუმარტავენ კლიენტებს მედიაციის უპირატესობებს, და როდესაც სასამართლოები ქმნიან მედიაციის პროგრამებს, მომხმარებლებმა უნდა იცოდნენ თუ რას იღებენ ამ პროცესიდან). ზოგადი ინფორმაციისთვის, იხ. *Burr*, Building Reform From the Bottom Up: Formulating Local Rules for Bankruptcy Court-Annexed Mediation, Ohio St. J. on Disp. Resol., Vol. 12, 1997, 311, 348 (მიუთითებს, რომ ეროვნული ბანკროტობის სასამართლოს მიერ დადგენილი მედიაციის წესები ხელს შეუწყობდა ერთგვაროვნებას); *McEwen C. A. et al.*, Bring in the Lawyers: Challenging the Dominant Approaches to Ensuring Fairness in Divorce Mediation, Minn. L. Rev., Vol. 79, 1995, 1317, 1362 (განიხილავს, როგორ განსხვავდება პროგრამები ფართოდ და მნიშვნელოვნად, რაც პრობლემებს უქმნის რეგულაციის მომხრეებს, რომლებიც ერთგვაროვნებას ხედავენ მედიაციაში)

²⁵² იხ. *Love*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 251.

²⁵³ იხ., მაგ., *Lande*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 7, 855.

²⁵⁴ ზოგადი ინფორმაციისთვის იხ. *Riskin*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო, 43.

²⁵⁵ იხ. *Hutchinson C. C.*, The Case for Mandatory Mediation, 42 Loy. L. Rev., Vol. 42, 1996, 85, 93 .

²⁵⁶ იხ. *Kovach*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 117, 82-85 (განიხილავს მედიატორის შესავალი სიტყვის შინაარსს); ასევე, იხ. *Galton*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 30, § 4.1 26-27 (განიხილავს მედიატორების შესავალ სიტყვებს); *Robbins D. E.*, Securities Mediation: An Expeditious Alternative to Arbitration, Practising Law Institute, Securities Arbitration, 1996, § 16.02 (გვანვდის მედიატორის შესავალი სიტყვის მაგალითს).

²⁵⁷ ზოგადი ინფორმაციისთვის იხ. *Rubin J. Z., Sander F. E. A.*, When Should We Use Agents? Direct vs. Representative Negotiation, Negotiation J., Vol. 4, 1988, 395 („განიხილავს რამდენიმე ძირითად განსხვავებას პირდაპირ და წარმომადგენლობით მოლაპარაკებებს შორის“).

პროცედურულად მედიატორს შეიძლება დაეკისროს ვალდებულება, ადასრულოს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა, თუ საქმე არ ეხება დაუსრულებელ სასამართლო პროცესს. ამ უკანასკნელ შემთხვევაში, თითოეული მედიატორის გადასაწყვეტია, თუ როგორ მოახდენს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის შესრულებას. მედიატორმა, სულ მცირე, უნდა შეწყვიტოს მედიაციის სხდომა, თუ იგი დაადგენს, რომ პროცესი ზიანის მომტანია. სხვა, დაუსრულებელი სასამართლო პროცესის შემთხვევებში, სასამართლო დაადგენს შესაბამის ზომებს. სასამართლო იღებს გადაწყვეტილებას იმის შესახებ, არის თუ არა კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა დაცული, მედიატორმა უბრალოდ კონკრეტული ინფორმაცია უნდა მიანდოს სასამართლოს. მედიატორმა შეიძლება სასამართლოს გადაუზღვეოს ინფორმაციის საკონტროლო ჩამონათვალი, რომელიც შეესაბამება კონკრეტულ ობიექტურ კრიტერიუმებს.²⁵⁸

ამოქმედების შემთხვევაში, კეთილსინდისიერი მონაწილეობის წესი, ისევე როგორც ნებისმიერი სხვა სასამართლო ან იურიდიული წესი, აღსრულებას უნდა ექვემდებარებოდეს. კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის დაუცველობის შემთხვევაში დაწესებული სანქციები დამოკიდებული იქნება იმაზე, არიან თუ არა მხარეები სასამართლო პროცესის მონაწილეები, რადგან ამ შემთხვევაში სასამართლო ისურვებს პროცესში ჩართვას. თუ ზემოთ ხსენებული დადასტურდა, სავარაუდოდ, ჩვეულებრივ გამოყენებული იურიდიული სანქციები იქნება დაწესებული.²⁵⁹ არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობის საპასუხოდ მედიატორის ქცევის მაგალითები მოიცავს შემდეგს: მედიაციის შეწყვეტა, ხარჯების გადანაწილება, მედიაციის თავიდან დაწყება ან სასამართლოსთვის შესაბამისი ინფორმაციის მიწოდება. თუმცა არცერთი მედიატორი არ იქნება სანქციების დაწესების ან ამოქმედების მსურველი, თუ საქმე სასამართლოს მიერ არ არის გადაცემული მედიაციაზე, მხარეები სწორედ მედიატორზე იქნებიან დამოკიდებულნი. სხვა ვარიანტს წარმოადგენს ავტომატური სანქციების ამოქმედება, რაც შეიძლება განსაზღვრული იყოს მედიაციის ხელშეკრულებაში ლიკვიდირებული ზარალის დებულებაში.

3. ახალი ეთიკა: შემოთავაზება

მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა კანონმდებლობით, სასამართლო განკარგულებით, ადვოკატთა ქცევის კოდექსით ან მედიაციაში პრაქტიკის წესებით შეიძლება განისაზღვროს.²⁶⁰ მნიშვნელოვანია, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის შესახებ ინფორმაცია მონაწილეებს მედიაციის დაწყებამდე მიეწოდოს. ამიტომ ქცევა, რომელიც ითვალისწინებს კეთილსინდისიერ მონაწილეობას უნდა წარმოადგენდეს მედიაციის პროცესის აღწერისა და განსაზღვრების განუყოფელ ნაწილს. საზოგადოების მიერ დღის წესრიგში დაყენებული ეთიკური დამორალური საკითხების გადახედვის კონტექსტში,²⁶¹ პრობლემის კოლაბორატიული ტიპის გადანაცვება ამ მიზნებს შეესაბამება.

ადვოკატის შემთხვევაში, ავტონომიური და თვითრეგულირებადი პროფესიონალების უმრავლესობის მსგავსად, ქცევას ეთიკის წესები განსაზღვრავს.²⁶² ეთიკის წესები ამოქმედდა

²⁵⁸ კონფიდენციალობის მიზნებისათვის, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 169-80 და თანხმლები ტექსტი.

²⁵⁹ იხ. *National Hockey League v. Metropolitan Hockey Club, Inc.*, 427 U.S. 639, 643 (1976) (მიუთითებს, რომ სანქციები ასევე ასრულებს შეფერხების ფუნქციას).

²⁶⁰ არსებობს ტენდენცია იმისა, რომ სრული შტატის მასშტაბით ინტერდისციპლინურმა სააგენტოებმა ზედამხედველობა გაუწიონ ADR-ის ან მედიაციის პრაქტიკას, როგორც ამას ახორციელებს ოჰაიოს დავების გადაწყვეტისა და კონფლიქტების მართვის კომისია და ახლახანს შექმნილი ჩრდილოეთ კაროლინის დავების გადაწყვეტის კომისია. თუმცა აქამდე ამ ჯგუფებს საგანმანათლებლო ამოცანები გააჩნდათ, რეგულაციაში ჩართვის შემდეგ, მედიაციის ზედამხედველობა გასათვალისწინებელი შესაძლებლობაა.

²⁶¹ ზოგადი ინფორმაციისთვის იხ. *Merida K., Vobejda B., Promoting Return to 'Civil Society'; Diverse Group of Crusaders Looks for New Solutions to Social Problems*, Wash. Post, Dec. 15, 1996, at A01 (განიხილავს ზოგად ტენდენციებს სოციალური პრობლემების ცივილური გადაჭრის მიმართულებით).

²⁶² იხ. *Dzienkowski J. S., Professional Responsibility Standards, Rules and Statutes*, 1995, 961; ასევე, იხ. *Schein E. H., Professional Education: Some New Direction*, 1972, 8-9.

პრაქტიკაში მომუშავე ვეკილებისათვის და მან დროთა განმავლობაში განვითარება განიცადა.²⁶³ მოდელის კოდექსი²⁶⁴ გაკრიტიკებული იქნა, როგორც დოკუმენტი, რომელიც ზედმეტ აქცენტს აკეთებდა სასამართლო საქმის წარმოებაზე და 1983 წელსამერიკის ადვოკატთა ასოციაციამ აამოქმედა პროფესიული ქცევის მოდელის წესები,²⁶⁵ სადაც ყურადღება საზოგადოებაში ადვოკატის როლზე მახვილდება,²⁶⁶ მაგრამ სადავო არ არის, რომ წესები და ქცევის კოდექსები დადგენილია იმ ადვოკატებისთვის, რომლებიც მუშაობენ მოგებულ-ნაგებულის დიქტომიის კონტექსტში. ის, რომ პირი ადვოკატის როლშია, არ ნიშნავს, რომ იგი ვერ იმოქმედებს კეთილსინდისიერად,²⁶⁷ თუმცა ზოგიერთებს განსხვავებული პოზიცია გააჩნიათ.²⁶⁸ პირის ქცევა ადვოკატის როლში განსაზღვრავს მის მიერ ნებისმიერი სტანდარტის დაცვას.²⁶⁹ მაგრამ, სავარაუდოდ, მხოლოდ ეთიკის წესები ვერ მოახდენენ გავლენას ქცევის ცვლილებაზე შეჯიბრებით სისტემაში.²⁷⁰ შესაძლოა მედიაციაში, როგორც დავის გადაწყვეტის ქეშმარიტად განსხვავებულ პარადიგმაში, ქცევის მიმართულების შეცვლამ ხელი შეუწყოს ადვოკატის როლის ხელახალ განსაზღვრას.²⁷¹

4. ძირული ელემენტი: განათლება

მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მისაღწევად განათლებას უაღრესად დიდი მნიშვნელობა აქვს. როდესაც მედიაციის მონაწილეები, მოდავე მხარეები ან მათი წარმომადგენლები არ იცნობენ პროცესს – მის თეორიას, ამოცანებსა და მიზნებს – მათი მოლოდინები ან არ არსებობს საუკეთესო შემთხვევაში ან მოლოდინები ურთიერთსაწინააღმდეგო ან არარეალისტურია. მედიატორმა საწყის ეტაპზე ძალისხმევის დიდი ნაწილი უნდა მიმართოს განათლებაზე. ამას ხშირად ადგილი აქვს მაშინ, როდესაც მონაწილეებისთვის პროცედურა ახალია. ზოგიერთ შემთხვევაში პროცესი უფრო რთულია, რადგან მონაწილეები მედიაციაზე ცხადდებიან არაპრაქტიკული მოლოდინებით მედიტორის როლის ან შესაძლო შედეგების მიმართ. პირის მოლაპარაკებისა და მედიაციისკენ წარმართვა მედიაციის როგორც ხელშეწყობილი მოლაპარაკების განსაზღვრების გამოყენებით, სასამართლოების პრაქტიკის მსგავსად და სხვა დამატებითი შეთავაზების გარეშე ხშირად არაეფექტურია.

ქცევის შეცვლის პირველი საფეხური განათლებაა. ინდივიდების მიერ ახალი ქცევების გაცნობის, შესწავლის გარეშე ძველი პარადიგმები უცვლელი დარჩება. აღიარებულია ის ფაქტი, რომ დავების გადაწყვეტის სისტემებში შეჯიბრებითობის მიდგომის გამოყენების შეწყვეტა, ცვლილება იურიდიული განათლებით უნდა დაიწყოს²⁷² და ძალისხმევა უნდა გასცდეს სამართლის სკოლებს. ანალოგიურად, ADR-ის შესახებ ინფორმაციის მიწოდება დაიწყეს განათლების სხვა სფეროებშიც, როგორიცაა სკოლები და საჯარო ინსტიტუტები. მონაწილეები სრულად უნდა იცნობდნენ მედიაციის პროცესს, მაგრამ საზოგადოებას ვერ ექნება ამ ტიპის ცოდნა სატელევიზიო პროგრამებში ან სხვა მედია საშუალებებში საკითხის გაშუქების გარეშე. იმ მომენტამდე, სანამ მინეაპოლისის მედიაცია (“Minneapolis Mediation”) კონკურენციას უწევს

²⁶³ ზოგადი ინფორმაციისთვის იხ. *Moliterno J. E., Levy J. M., Ethics of the Lawyer's Work*, 1993, 52-61 (ითვალისწინებს იურიდიული ეთიკის წესების განვითარებას).

²⁶⁴ *Model Code of Professional Responsibility*, 1969 (გვანჯდის ადვოკატების ეთიკური ქცევის ჩარჩომონახავს, რომელიც მიღებული უნდა იქნას აშშ-ის იურისდიქციაში).

²⁶⁵ იხ. *Dzienkowski*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 261, 3.

²⁶⁶ იხ. *Moliterno & Levy*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 262, 60.

²⁶⁷ იხ. *Menkel-Meadow C.*, Is Altruism Possible In Lawyering, *Ga. St. U. L. Rev.*, Vol. 8, 1992, 385, 386-88 (განიხილავს ადვოკატის სხვადასხვა როლებს, ზრუნვის ჩათვლით).

²⁶⁸ იხ. *Condlin*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 182, 78-80; *Hyman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 182, 863-64.

²⁶⁹ იხ. *Hyman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 182, 864.

²⁷⁰ იხ. *Menkel-Meadow*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 38, 40.

²⁷¹ იხ. იქვე, 10-12.

²⁷² იხ. *Dzienkowski*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 135, 58-59 (განიხილავს იურიდიული განათლების როლს შეჯიბრებითობის უკუგდების პროცესში).

“L.A. Law“-ს წარსულ ეპიზოდებს, საგანმანათლებლო ღონისძიებები უნდა გაგრძელდეს. ზოგადი საგანმანათლებლო ძალისხმევა უნდა გაიზარდოს, ამასთან თითოეული კონკრეტული მედიაციის წინ უნდა მოხდეს მხარეების კონკრეტული განათლება მედიაციის საკითხებში.

IX. დასკვნა

ფუნოდებთ ამას კეთილსინდისიერ მონაწილეობას, „გააზრებულ/აზრიან მონაწილეობას“, თუ რაიმე სხვა ტერმინს, მედიაციის პროცესში უნდა განისაზღვროს კონკრეტული ტიპის ქცევის მოთხოვნა. ამ ტიპის ვალდებულება უნდა შეიქმნას და ამოქმედდეს დაუყოვნებლივ სასამართლოს წესების, კანონმდებლობის ან ეთიკის ნორმების საშუალებით.

ნაკლები ძალისხმევაა საჭირო ადვოკატთა საზოგადოების დასარეგულირებლად და რადგან ადვოკატთა ქცევა ზეგავლენას ახდენს მედიაციაზე, ცვლილების პროცესი სწორედ ამ სფეროში უნდა დაიწყოს. ადვოკატებმა უკვე მოახდინეს წესებით ან სტანდარტებით მართვის აუცილებლობისა და ჩვევების არსებობის დემონსტრირება. მაგრამ მოქმედი წესები არ შეესაბამება დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის ზოგიერთ ფორმას და განსაკუთრებით მედიაციას.²⁷³ თუ უნდა შევინარჩუნოთ მედიაცია როგორც მნიშვნელოვანი, უნიკალური პროცესი თავისი მახასიათებლებით, რომლებიც განაპირობებენ მხარეთა დაკმაყოფილებას, მაშინ უნდა შეიცვალოს პრაქტიკა და პროცედურები, რომლებიც ეხება ადვოკატთა ქცევას მედიაციის პროცესში. კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა ერთ-ერთი წინადადება და ნაბიჯია სწორი მიმართულებით. გასავლელი გზა არ იქნება მარტივი, მაგრამ გზას, რომელსაც დასაწყისში ცოტა თუ გამოიყენებს, მნიშვნელოვანი ცვლილებები შეუძლია მოიტანოს.²⁷⁴

ქვემოთ წარმოდგენილია უბრალო წინადადებები (შემოთავაზებები), რომელთა განხილვა და მათ შესახებ დებატები ჯერ არ განხორციელებულა. ისინი წარმოდგენილია დისკუსიის პროცესის ინიცირების მიზნით.

მოდელური წესი ადვოკატებისთვის, რომელიც მოითხოვს კეთილსინდისიერ მონაწილეობას მედიაციის პროცესში:

წესი 1.7. კეთილსინდისიერი მონაწილეობა მედიაციაში

ადვოკატმა, რომელიც კლიენტის წარმომადგენელია, კეთილსინდისიერი მონაწილეობა უნდა მიიღოს მედიაციაში.

(ა) მედიაციის წინ, ადვოკატი უნდა მოემზადოს, თავად გაეცნოს საკითხს და განიხილოს საკითხი კლიენტთან.

(ბ) მედიაციის პროცესში, ადვოკატმა უნდა დაიცვას სასამართლოს ან საკანონმდებლო აქტის ყველა წესი, რომელიც არეგულირებს მედიაციის პროცესს, ამასთან ადვოკატმა უნდა ურჩიოს თავის კლიენტს მოიქცეს ანალოგიურად.

(ც) მედიაციის პროცესში, ადვოკატმა მედიატორს ან სხვა მონაწილეს არ უნდა გაუზიაროს ინფორმაცია, რომელიც განზრახ არასწორი მიმართულების მიმცემი ან მცდარია.

კეთილსინდისიერი მონაწილეობის საკანონმდებლო საფუძვლები

მედიაციის კოდექსი 001. ყველა მხარემ და მათმა იურისტმა მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობა უნდა მიიღოს.

„კეთილსინდისიერი მონაწილეობა“ მოიცავს შემდეგს:

a. [საკანონმდებლო აქტის ან სხვა წესის დასახელება, რომელიც მედიაციის შექმნის საფუძველია; მაგალითად, ტეხასის Civil Practice and Remedies Code § 154.001]-ის პირობებისა და დებულებების დაცვა;

b. მედიაციის საკითხთან დაკავშირებით სასამართლოს მიერ გამოცემული კონკრეტული განკარგულების შესრულება;

c. სასამართლოს ყველა განკარგულების პირობებისა და დებულებებისა და სასამართლოს ნებისმიერი ადგილობრივი წესების დაცვა;

²⁷³ იხ. იქვე, 57-58.

²⁷⁴ ბოდიშს ვუხდის Robert Frost-ს.

d. ყველა მხარიდან იმ პირების პერსონალური დასწრება მედიაციის სხდომაზე, ვისაც გააჩნია დავის გადაწყვეტის უფლებამოსილება; ამასთან ეს არ გულისხმობს ტელეფონით დასწრებას;

e. მხარეებისა და მათი წარმომადგენლების მედიაციისთვის მომზადება, რაც გულისხმობს ნებისმიერი დოკუმენტის ურთიერთგაცვლას მოთხოვნის შემთხვევაში ან თუკი ეს განსაზღვრულია წესში, განკარგულებაში, ან მედიატორის თხოვნაში;

f. მედიაციის პროცესში მედიატორთან და ყველა სხვა მონაწილესთან აზრიან დისკუსიებში მონაწილეობა;

g. მედიაციასთან დაკავშირებული ყველა საკონტრაქტო პირობის დაცვა, რაზეც მხარეები შესაძლოა მედიაციის დაწყებამდე შეთანხმდნენ;

h. პროცესის შესავალ ნაწილში მედიატორის მიერ განსაზღვრული წესების დაცვა;

i. მედიაციაზე დარჩენა იმ დრომდე, სანამ მედიატორი განსაზღვრავს, რომ პროცესი დასრულდა და უფლებას მისცემს მხარეებს დატოვონ პროცესი;

j. მხარეებს შორის დავის საკითხთან დაკავშირებით, მედიატორის მიერ ხელშეწყობილ პირდაპირ კომუნიკაციებსა და დისკუსიებში ჩართვა;

k. მედიაციის პროცესში სხვა მხარის ან მედიატორის მიმართ არასწორი განცხადებების არგაკეთება; და

l. დაუსრულებელი სასამართლო პროცესის შემთხვევაში, მედიაციის დასრულებამდე დამატებითი ქმედებების განხორციელებისგან თავის შეკავება;

002. „კეთილსინდისიერი მონაწილეობა“ არ მოითხოვს მხარეების მიერ დავის გადაწყვეტას. მედიაციის პროცესში გაკეთებული ფულადი ან სხვა ტიპის შეთავაზებები არ განსაზღვრავს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არსებობას ან მის არარსებობას.

003. კეთილსინდისიერი მონაწილეობის დადგენა:

a. სასამართლოს დადგენილებით გადაცემულ საქმეებში, სასამართლომ უნდა მიიღოს საბოლოო გადაწყვეტილება იმის შესახებ, ადგილი ჰქონდა თუ არა კეთილსინდისიერ მონაწილეობას მედიაციაში.

b. სასამართლო პროცესის არარსებობის შემთხვევაში, მედიატორის ვალდებულებაა, დაადგინოს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის დარღვევის ფაქტი; მან უნდა გამოიყენოს ამ საკანონმდებლო აქტის ელემენტები და მხარეებს შორის დადებული კონტრაქტების კონტექსტი, როგორც განსაზღვრისა და გადაწყვეტილების მიღების საფუძველი.

004. კეთილსინდისიერი მონაწილეობის გარეშე მედიაციის შედეგები:

თუ დადგენილია, რომ მხარე ან მხარის წარმომადგენელი არ იცავს მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნას, სასამართლოს ან მედიატორის გადაწყვეტილებით, შემდეგი ზომები შეიძლება იქნას განხორციელებული:

a. ინდივიდმა უნდა გადაიხადოს ყველა სახდელი, ხარჯი და სხვა მონაწილეების მიერ გაწეული გონივრული დანახარჯები.

b. ინდივიდი დაფარავს შემდეგი მედიაციის ხარჯს.

c. ინდივიდს დაეკისრება 5000 აშშ დოლარის ოდენობის ჯარიმა.

d. ინდივიდი, თავისი ხარჯით, დაესწრება მედიაციის საკითხებზე გამართულ სემინარს ან სხვა საგანმანათლებლო პროგრამას, ხანგრძლივობით – მინიმუმ რვა (8) საათი.

ADR (Mediation) in Japan and in the United States

1. Introduction

The Japanese society has been characterized by dispute avoidance and amicable settlement of disputes, while the United States has been recognized as a country of confrontation and litigation. It is easy to understand this difference on the basis of their different historical and cultural backgrounds. Japan as an isolated island country kept its independence for centuries on the cultural basis built on Buddhism and Confucianism brought from China and Korea in the 10th century. Japan's isolation lasted until the mid 19th century, when Japan officially joined the world community and started its modernization. Such homogeneity and isolation of the Japanese society fostered a unique dispute resolution culture in which conciliation is a rule and litigation is an exception.

The history of the United States is relatively short, and its people are highly diverse in terms of their ethnic origin and cultural background. Such a society tends to give rise to a lot of disputes and lawsuits which requires many lawyers. Litigation looks like an inevitable means of social control. It was believed inside and outside of the United States that litigation was the standard and conciliation was the exception. It was in the United States, however, that the so-called ADR movement was started in the 1970s and within a couple of decades the ADR practice of varied forms became the standard throughout the country. Its influence is now felt in other parts of the world, in Europe and also in Japan.

Thus, a comparison between the two countries will present us an interesting perspective. In the following article a brief survey of the history and the present situation in Japan will be presented. After having briefly reviewed the development in the United States, some comparative observation will be made.

2. Japanese Tradition

From around the 6th century, Japan received, directly from China and/or through Korean peninsula, Buddhism and Confucianism, both of which profoundly influenced Japanese culture and society throughout the following centuries. Confucianism which emphasized the harmony in society played a central role in the governance of the country ever since until the mid 19th century. It is said, however, that the true basis of today's Japanese society was formed during the 250-year-long Tokugawa Shogunate period (1603-1868) immediately preceding the Meiji Restoration. This was the period when Japan was closed to the outside world except for a limited contact through a small port at the western end of the country, Nagasaki, where a very controlled trade with the Netherlands and China was permitted. This long period of peace and isolation fostered a unique Japanese culture in all the aspects of society. Legal culture was not an exception.

John Henry Wigmore, an eminent American legal scholar who lived in Tokyo for 3 years in the last decade of the 19th century, seriously studied the pre-1868 Japanese legal system. He characterized Japan's judicial system of that period by three prominent features, namely, the principle of conciliation, the principle of clandestinity and the principle of *stare decisis*.¹ We are concerned here only with the principle of conciliation.² A judge's principal role was to reconcile the parties in favor of settlement rather than to

* Prof. Emeritus of Kyoto University, Japan.

¹ *Wigmore J. W.*, A Panorama of the World's Legal Systems, in VII Japanese Legal System (III) Third Period, 1936 488 et seq. Clandestinity means that the judicial process was secret and no practicing legal profession was recognized. According to Wigmore there were only two countries in the world as of 1800 where the principle of *stare decisis* was strictly observed, England and Japan.

² See for more details of this aspect, *Henderson D. F.*, Conciliation and Japanese Law, pre-1868 law and practice, Vol. I, post-1868 developments, Vol. II, 1964.

decide the cases. This was nothing but a reflection of the prevalent social norm of the time. Everybody lived in a large family and every household was organized by the so-called five-men group. Any dispute arising within the group was supposed to be settled by a consultation of five house heads. Each group was controlled by layers of larger social groups. Every dispute was frowned upon and suppressed without asking which side was right or wrong. There was a well-accepted principle, "Quarreling parties shall both be punished."

Under such a principle prevailing in society for more than 200 years, each member of a community learned how to behave vis-à-vis others and to live comfortably. It is easy to understand that the total amount of disputes in such a society was relatively small. People naturally acquired the way of life which would avoid any dispute at all. If one ever arose, the community made all kinds of efforts to settle the dispute before it reached the available official channel. When it finally reached the court with the approval of the community, the judge again made a great effort to settle the case because the judge capable to settle was considered a better judge.

When the *Shogunate* government was replaced in 1968 by the imperial government which strongly pushed forward the modernization (Westernization) of the country, the society could not change quickly. Neither the social nor political elites of the new regime wanted to change the Japanese society fundamentally. Their declared policy was: "Western technique with Japanese spirit." European style judiciary was established and the European substantive laws (French and later German civil code, etc.) were gradually introduced. Judges' attitude toward a dispute was basically as before. Japanese leaders who wanted to adopt the French Civil Code must be glad to find that the French Code of Civil Procedure of 1804 had a provision for the preliminary conciliation procedure which was required in all civil actions. Although the system was already obsolete in the French practice at that time³, it was quickly adopted in the newly created French style judiciary under the Japanese name of "*Kankai*", which was the Japanese translation of the French "*tentative de conciliation*". The settlement of dispute through *Kankai* became the standard and only those cases not thus settled went further to the process of decision making. In France, the system was merely in the book but in Japan the same system was enthusiastically welcome by the local culture and prospered.

When later in 1890 the formal civil procedure modeled after the German Code of Civil Procedure (ZPO of 1875) was adopted, "*Kankai*" was abolished.⁴ However, the German type of civil procedure code did allow the judge to take initiative to settle the case in appropriate cases by acting as a mediator. It belongs to our common knowledge that Japanese judges have been using this power actively until today. The Code of Civil Procedure provided, as it does today, that when a settlement is achieved in the court, it has the same effect as a judgment. Even without *Kankai* judges actively used this possibility. But this was a possibility only after a lawsuit had been brought to the court.

When after World War I the urban population expanded because of economic growth, the shortage of housing in urban areas created a serious social problem. The government tried to cope with it by establishing a court-annexed conciliation service throughout the country. A special statute (Landlord Tenant Dispute Conciliation Law) was enacted in 1922. This was the beginning of the *Chotei* system which still plays an important role in the Japanese dispute resolution. This was in a sense a revival of *Kankai*. Thereafter, a separate *Chotei* system was successively created every time when a new social problem arose. In 1924 the Agricultural Tenancy Conciliation Law was enacted to cope with the disputes caused by a lowering prices of agricultural products. The Commercial Disputes Conciliation Law was enacted in 1926 to settle commercial disputes which were increasing as commercial activities developed. The 1930s was the time of a serious economic downfall in Japan. In order to save the debtors, the Temporary Conciliation Law for Money Debts was enacted in 1932 to be enforced only for three years. Because the system was popular,

³ *Cuche & Vincent*, Procédure Civile et Commerciale, 12th ed., 1960, 325.

⁴ It is well known that one of the then influential legal scholars, Chu Egi, much lamented the demise of *Kankai* as abandoning the honorable method of dispute resolution based on the Japanese tradition.

it was made permanent in 1934. The Japanese war in China brought about many disputes among the family members of dead soldiers concerning pension, support, etc. In 1937, the Domestic Relations Conciliation Law was enacted. The activated war-time mining industry caused serious mining pollution problems. A 1939 amendment to the pre-existing Mining Law created a new Mining Pollution Disputes Conciliation system. During World War II, Wartime Special Law of 1942 introduced the so-called “compulsory conciliation” by which all civil actions had to be converted into conciliation cases.⁵

After the War and during the occupation of Japan by the Allied Forces (virtually American), the Japanese legal system underwent a thorough change under the new Constitution of 1946 enforced from 1947; but the above mentioned conciliation systems continued without change and in 1951 still under the occupation most of these conciliation systems were integrated into two systems: the family conciliation to be conducted by the newly created Family Courts and the general civil conciliation at the newly created Summary Courts. Since then, the conciliation or *Chotei* in these courts have not only enjoyed popularity but expanded its scope. As the industrial pollution and traffic accidents became serious problems the sections for pollution disputes and traffic accidents disputes were added to the Civil Conciliation Law in 1974. When the consumer credit business caused thousands of consumer bankruptcies, a special law was enacted in 1999 to settle disputes between money lenders and borrowers. Most recently, in order to cope with massive claims arising from the nuclear disaster caused by a big earthquake and a tsunami that followed, a special legislation established a conciliation system for settling the claims of the victims against the power company.

This brief review makes it clear that every time a new social problem arose the Japanese government tried to cope with it by the conciliation of disputes resulting from such social problem. And apparently such solution has been well received by the Japanese population. Today, *Chotei*, a conciliation system in court, is still a very popular method of dispute resolution. *Chotei* application is processed as follows: each of some 450 summary courts and 50 family courts register a certain number of “conciliators” selected from the citizenry by various standards. The pool comprises retired businesspersons, professionals such as accountants, surveyors, appraisers, lawyers, housewives (especially for family courts), etc. When an application is filed, the court appoints two conciliators from the pool and forms a conciliation committee chaired by a judge. In family courts two conciliators are always a man and a woman. The committee will hold several sessions with the parties with or without a judge. When a successful settlement is achieved, it is officially recorded and becomes enforceable through the execution procedure like judgment. In addition to summary courts and family courts, district courts also handle the *Chotei* cases and hold a pool of conciliators. The district court *Chotei* takes place when a pending lawsuit is referred to the *chotei* on an agreement of the parties or a fresh application for *Chotei* can be filed with a district court by an agreement of the parties. *Chotei* at district courts used to be negligible but not only its number has been increasing recently but also large commercial disputes tend to go there.

The number of filings of conciliation and the success rate as well as the number of filed lawsuits in 2011 are as follows:

Court	Conciliation Applied	Success Rate	Lawsuits Filed
Dist. Ct.	11,882	N/A	198,954
Summary Ct.	63,009	over 60%	522,741
Family Ct.	136,292	51.9%	20,759+679,434

In Japan the number of lawsuits per capita is certainly less than that of other industrialized countries. The rapid Economic development in the post-War period did not bring about any significant increase in the number of lawsuits. This is an interesting legal-sociological topic for a comparative study. In my view,

⁵ Incidentally, this system survived till after the War and the newly created Supreme Court held it unconstitutional under the new post-War Constitution of 1946.

there must be the centuries-old Japanese legal culture behind this. People believe that a solution reached by the disputing parties themselves must be better than a solution imposed by somebody else, such as the judge. Judges are bound by the law. The rules of law, whether written law or judge-made law, are frozen as soon as they are formulated, while the society in which they are applied constantly changes. How to fill the gap is an eternal problem for everyone who engages in legal activities, such as judges, attorneys and legal scholars. The Japanese solution has been the amicable settlement of disputes by the parties themselves or with the help of a third party including the *Chotei* system, because the parties believe that a better solution can be reached that way. The same approach is maintained by the judge and the parties even when the dispute has entered the stage of litigation in the court.

After a lawsuit is brought, the judge looks for a chance to try a settlement and the parties and attorneys tend to accept the judge's intervention to achieve a settlement. When such effort has failed and a judgment must be given, the judge still tries to reach the best outcome within the framework of the facts of the case and the applicable rules of substantive law. They make a full use of the available techniques of legal interpretation and try to find the facts which, combined with appropriate legal rules, could lead to the most desirable solution.

Thus, it can be said that the Japanese have traditionally found justice in the compromised settlement of disputes rather than in the solution given by a straightforward application of the rules of law.⁶ The ADR movement which started in the 1970s in the United States now spreads all over the world. What is the justification of this development? Is there anything comparable to the justification given in Japan as seen above? This has been my question for long time.⁷

3. Developments in the USA and their Influence

ADR movement in the United States started in the early 1970s in response to the "litigation explosion" in the 1960s. When I stayed for one year as a research associate at Harvard Law School in 1970-71, Prof. Frank Sander and others organized a study group on ADR. I was invited to talk about the Japanese experience because they knew the Japanese preference of mediation to litigation. I talked about the practice of *Chotei* in the courts. The reaction of American participants was very cold. They simply dismissed the idea by saying that such a solution would be possible only within the Japanese culture.

- Surprisingly or not, ADR, or more correctly the mediation of various types, became a popular method of dispute resolution in and outside the court dealing with a wide range of disputes from a small neighborhood dispute to a large business dispute. There have been established thousands of ADR institutions throughout the country and every law school has a course in ADR taught by specialized professors. There have been active academic activities in this area of law and numerous articles have been published in various forms. A remarkable amount of theory and practice of ADR has been developed and accumulated. Its influence is now felt worldwide, including Japan. For the Japanese, a mediatory or conciliatory dispute resolution has been so basic and ordinary that it was not an object of serious academic study and analysis. Now American theories and practices of mediation are studied and they influence to some extent the Japanese practice of mediation.

- As mentioned before, the Japanese practice of institutionalized mediation service called *Chotei* had been virtually monopolized by the judiciary, by the Summary Courts for general civil disputes and by

⁶ A Canadian professor of legal philosophy once wrote that the Western Justice being blindfolded cuts down with her sword strictly according to the law without paying attention to the outcome while the Japanese Statute of Justice standing without blindfold in the grand hall of the Supreme Court must look at the possible outcome before wielding her sword down. *Smith J. C.*, *Ajase and Oedipus: Idea of the Self in Japan and Western Legal Consciousness*, U.B.C. L. Rev., Vol. 20, 1986, 341.

⁷ The expression of ADR originally included arbitration as well as mediation and conciliation. But today it means more often only the latter because arbitration, especially international commercial arbitration, has become for a good reason a process just as litigious as litigation in court. Therefore, arbitration is excluded from the discussion here.

the Family Courts for all kinds of family disputes (also District Court to a certain extent). Toward the end of the last century, the Japanese government projected a large-scale civil justice system reform for the coming 21st century. In 2001, the final report of the Justice System Reform Council was submitted to the Prime Minister. One of its recommendations was the creation of mediation services in the private sector in addition to the pre-existing court annexed *Chotei* in court. Following the recommendation, the so-called ADR Basic Law was enacted in 2004, under which some 100 mediation service organizations have been established in the private sector.⁸

- There was much optimism about the future of *Chotei* in the private sector. But, contrary to the legislative intent and general expectation, these newly created mediation service institutions are yet far from prosperity. The number of cases brought to these institutions is relatively small compared to that of the court annexed *Chotei* cases.⁹ The fact is that the newly created private ADR institutions cannot compete with the historically well established and publicly funded *Chotei*. There is also an important difference between them. A settlement reached in *Chotei* is enforceable through the court mechanism like the final judgment of the court. An agreement reached under the auspices of a private ADR institution is not given the same force. If the parties want to give a similar potency to their agreement, they have to resort to *Chotei* or other court proceeding.¹⁰ The ADR Law gives the proceeding with a private ADR institution only the tolling effect of the statute of limitation.

- It can be well asked how the Justice System Reform Council and the drafter of the ADR Law assessed the relationship between the pre-existing *Chotei* system and the private ADR institutions to be newly established under the ADR Law. There is no sign that this important issue was seriously considered. It seems there was an optimism inspired by the American developments that the Japanese private ADR institutions if established must be working just as well as in America. American developments were achieved against the background without anything like *Chotei*. In Japan, *Chotei* system was firmly established and enjoyed considerable popularity. In the hindsight, it was inevitable that the newly created ADR institutions with fragile public and private support could not attract a sufficient number of cases. In my view, there was a failure in the design. The ADR Law is under reconsideration right now as foreseen by the law itself. But, to my disappointment, there is no sign that its relationship with *Chotei* is being examined seriously.

4. Some Comparative Observations

The American ADR emerged from the “litigation explosion” when only arbitration was an alternative to litigation. While arbitration was becoming another litigious method, ADR became synonymous to mediation and conciliation. In Japan, from a long time ago in history, mediation and conciliation were the standard and litigation was an exception. Ever since the system of litigation was established in the late 19th century after the European model, there has been no such thing as “litigation explosion” in Japan. After the creation of *Chotei* system as a part of public service provided by the judiciary, a large number of disputes in the society have been absorbed and processed by it. Even when a dispute went to the court for litigating, the judges were eager to settle the case by actively participating in the settlement process. When a decision must was to/had to be made, the judges were eager to reach the

⁸ ADR Basic Law requires certain participation of the members of the bar in the organization and operation of such private ADR institutions in addition to the certification by the Ministry of Justice. Some pre-existing institutions, such as JCAA (Japan Commercial Arbitration Association), have obtained a governmental certification and started a mediation service of commercial disputes.

⁹ Exceptionally successful is the financial service dispute resolution provided by the financial industry groups.

¹⁰ Code of Civil Procedure makes it possible for the parties who successfully settled a dispute privately to resort to the court for having their agreement dressed up in the official court record (CCP art. 275). Such a court record has the same effect as a judgment and is enforceable through the execution proceedings (Civil Execution Law art. 22vii).

best solution available within the limits of law by using possible interpretative techniques and by seeking desirable facts to be found.

The Japanese emphasis on mediatory solution seems to be based on the belief that the best solution can be obtained through a mutual negotiation rather than a straightforward application of the legal rules which were laid down by the legislator only with a typical situation at the time of legislation in mind. Social reality is beyond the imagination of a/the legislator. Therefore, the best solution must be devised on the case by case basis. This is made possible by a particularistic approach to an individual case rather than a universalistic approach of applying the pre-existing general rules of (substantive) law. The intrinsic value of the ADR method is found in its particularistic approach, which enables the disputants and the community to obtain a better solution which the formal litigation would not provide.

Prospering ADR in the United States made me think if Americans also value such an aspect of ADR. I have asked many American experts in the ADR theories including Prof. Frank Sander of Harvard Law School, one of the initiators and founders of American ADR movement. Their answers were uniform in that they valued the ADR only because the money and time were to be saved by using ADR. They were not concerned with any possible substantive advantage other than time and money. Probably, the benefit of saving time and money has been so substantial that Americans are not interested in anything else. It is true that ADR means the method alternative to litigation. By definition, litigation is the principal and mediation or conciliation is merely an alternative to it. Under this terminology itself, litigation is place higher. Under such value system, there is no wonder that ADR is valued only for its speed and low costs.

The Japanese approach is fundamentally different. Japan's traditional standard was mediation and conciliation. The modern litigation system was introduced in the 19th century. People used litigation only as the last resort when their effort to settle their dispute privately even with the help of a mediator finally failed. In this sense, litigation can be said to be an alternative to negotiation and mediation.

Interestingly, however, there have been a couple of articles which seem to be concerned with the substantive value of the ADR methods. These articles see the revival of the "equity" in the rise of ADR in the United States. They trace the history of English law. When the "common law" developed by the King's Court under the principle of *stare decisis* could not properly deal with the issues arising from the changing society, the Chancellor intervened to correct the situation by creating the new set of rules which later came to be known as the "Equity". The parallel development of the law and the equity characterizes the English law which has been transplanted into the former English colonies including the United States. Although the law and the equity have been officially "merged" from the late 19th century on, the distinction is still talked about and remains important even today.¹¹

Some American theorists see a revival of equity in the ADR. One author writes in a 2004 article¹² as follows:

"Mediation, like equity, was conceived of as justice without law. Mediation also offers the possibility of individualized justice, which may be in tension with strict legal justice. Just as equity moderated the rigidity of the common law by integrating fairness and moral values into the judicial process, mediation offers fair alternatives to legal values and judicial decision-making.(J)ust as equity offered relief from harsh pleading and procedural rules that operated to deny disputants justice in the common law courts, mediation offers relief from the rigidity of a rules-bound justice system. It provides opportunities for individualized justice through the exercise of party self-determination and the expression of dignitary values."

Another author writes in a 2005 article¹³ as follows:

"(W)hen the forms and modes of formal adjudication became insufferable, ADR emerged to provide a sensible method of dispute resolution that was discretionary and flexible. ADR offered a check upon the

¹¹ For example, the right to the jury trial is guaranteed by the US Constitution only in the cases arising from traditional common law. There is no right to the jury in the traditional cases of equity.

¹² *Nolan-Haley J. M.*, The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound, *Cardozo J. Conflict Resol.*, Vol. 6, Fall, 2004, 57, at 5, 6.

¹³ *Main Th. O.*, ADR: The New Equity, *U. Cin. L. Rev.*, Vol. 74, Winter, 2005, 329, at 398, 400.

“strict law” by generating experimental methods of dispute resolution with fresh perspectives on procedural and social justice. ... This aspiration may be consistent with those commentators who have suggested that “the best use for ADR may be to resolve the types of cases that are extremely difficult or exceedingly costly to resolve in court. This suggestion resonates with the law-equity model because the jurisdiction of Equity consisted entirely of cases where the legal remedies were inadequate.”

These remarks singularly resonate with the Japanese experience. In the United States and elsewhere in the Common Law world where the Law and the Equity are merged and solidified in a highly complicated legal system, one may need another “equity” in order to adapt it to the contemporary social reality. The juxtaposition of a formal legal system and the complementary informal system is similar to that in Japan. But it seems that a fundamental difference exists: In Japan the base is the traditional “informalism” of dispute resolution. In the United States the base is the dispute resolution by a formal adjudication by application of a rigid set of rules of substantive law. Therefore, ADR is simulated with the emerging Equity. In Japan, the basis was already the amorphous equity and the formal lawsuits was brought in rather recently and considered as eroding the traditional basis. The current phenomenon looks similar in appearance but the nature of the phenomenon may be very different.

5. Conclusion

What is happening in the United States and in Japan looks alike from outside. In both countries ADR, that is, mediation or conciliation, prospers. Although the historical background in each country may be different, what is being done is essentially the same. In the early time of ADR development, Prof. Lon Fuller, an eminent legal philosopher and a member of the Harvard Law School’s ADR Study Group wrote an interesting article.¹⁴ He classified the disputes in society into two groups: the multi-centric disputes and the mono-centric dispute. According to him, the typical example of the former is a family dispute in which numerous issues in the family come up at once and a simple legal rule cannot properly handle it. A dispute arising from a commercial contract is a typical example of the mono-centric dispute. According to Prof. Fuller, the former type of dispute is aptly amenable to the mediatory method while the latter can be settled properly by applying the law in litigation.

When I read the article, I thought that even a seemingly simple contractual dispute could be multi-centric in Japan. But the above quoted analysis by American law professors arguing for the revival of the equity makes me think that the American contract dispute may have become multi-centric. Dispute in society is not a simple matter. It is seriously studied by sociologists and anthropologists. Whatever the nature of a dispute can be, the technique for dealing with it and settling it by mediation may prove universally useful. American theorists of ADR have developed a great number of theories and the practitioners developed new methodologies. These achievements can be universally useful. For example, the American theory and practice of the so-called “caucusing,” that is, a mediator meeting the disputing parties separately, and the so-called “facilitative” versus “evaluative” method of mediation have been studied and applied when appropriate in the Japanese practice of *Chotei* in the court and in the newly created ADR institutions.

In conclusion, I generally praise the American progress in the ADR theory and practice. Each country can learn a lot from it. But its application must be considered carefully so that it suits the specific conditions of each country.

¹⁴ Fuller L., Mediation: Its Form and its Functions, S. Cal. L. Rev., Vol. 44, 1971, 305.

ღამის ბალანსების ალტერნატიული მეთოდი (შუამდგომლობა) იაპონიასა და შვედეთის შტატებში

1. შესავალი

იაპონური საზოგადოება, ზოგადად, ხასიათდება დავების მაქსიმალურად თავის არიდებით ან მათი მშვიდობიანი გზით გადაწყვეტით, თუმცა შეერთებული შტატები მათ ანტიპოდურად გვევლინება და მას მოიხსენიებენ, როგორც კონფრონტაციებისა და დავების ქვეყანა. თუ გავიხსენებთ მათ განსხვავებულ ისტორიულ და კულტურულ წარსულს, ამგვარი განსხვავება ადვილად გასაგები ხდება. იაპონიამ, როგორც იზოლირებულმა კუნძულმა, საუკუნეების მანძილზე შეინარჩუნა საკუთარი დამოუკიდებლობა, რაც მათ კულტურულ სანყისებზე, ბუდიზმისა და კონფუციანელობაზე იყო დაფუძნებული, ეს კი მათ ჩინეთიდან და კორეიდან მე-10 საუკუნიდან შემოიტანეს. იაპონიის იზოლაცია მე-19 საუკუნის შუამდე გაგრძელდა, სანამ იაპონია ოფიციალურად შეუერთდებოდა მსოფლიო საზოგადოებას და დაიწყებდა მოდერნიზაციის პროცესს. იაპონური საზოგადოების ამგვარმა ჰომოგენურობამ და იზოლაციამ ჩამოაყალიბა დავების მოგვარების (გადაწყვეტის) სრულიად უნიკალური კულტურა, რომელშიც მორიგება არის უმთავრესი წესი/კანონი და დავა კი გამონაკლისი. შეერთებული შტატების ისტორია შედარებით მოკლეა და ამ ქვეყნის მცხოვრებნი არიან მეტად მრავალფეროვანი ეთნიკური თუ კულტურული წარსულის მქონენი. ამგვარი საზოგადოება განაპირობებს მრავალი დავისა თუ სასამართლო პროცესის წარმოშობას, რაც მოითხოვს ბევრი ადვოკატის ჩართვას. დავა, გარდაუვალი საშუალებაა სოციალური კონტროლისათვის. შეერთებულ შტატებში ღრმად სწამდათ, რომ სწორედ დავა იყო სტანდარტი და მორიგება, გამონაკლისი. ასე იყო შეერთებულ შტატებში, თუმცა ე.წ მოძრაობა დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდის (ADR) დასამკვიდრებლად აქტიურ ფაზაში შევიდა გასული საუკუნის 70-იან წლებში და ორიოდე ათეული წლის შემდეგ სწორედ აღნიშნულმა მეთოდმა ჩაანაცვლა ზემოხსენებული დავის პრაქტიკა და ADR ქვეყანაში სტანდარტად დამკვიდრდა. მისი გავლენა მსოფლიოს სხვა ნაწილშიც გავრცელდა და დღემდე იგრძნობა ევროპასა და იაპონიაშიც კი.

ამრიგად, ამ ორი ქვეყნის შედარება საკმაოდ საინტერესო პერსპექტივებს წარმოგვიდგენს.

ქვემოთ საუბარი იქნება იაპონიის მოკლე ისტორიასა და იქ არსებულ ამჟამინდელ სიტუაციაზე. ასევე, შეერთებულ შტატებზე განხორციელებული დაკვირვების შემდეგ, საკმაოდ საინტერესო შედარებითი დაკვირვება იქნება წარმოდგენილი.

2. იაპონური ტრადიცია

მე-6 საუკუნეში იაპონიამ, პირდაპირ ჩინეთიდან და/ან კორეიდან მიიღო ბუდიზმი და კონფუციანელობა, რომლებმაც დიდი გავლენა იქონიეს იაპონურ კულტურასა და საზოგადოებაზე მომდევნო საუკუნეების მანძილზე. კონფუციანელობამ, რომელმაც საზოგადოებაში ჰარმონიულობის ჩამოყალიბებას შეუნყო ხელი, ასევე, მთავარი როლი ითამაშა ქვეყნის მმართველობის კუთხით მე-19 საუკუნის შუა წლებიდან მოყოლებული დღემდე. ნათქვამია, რომ ამჟამინდელი იაპონური საზოგადოება ყალიბდებოდა 250 წლის მანძილზე ტოკუგავა შოგუნთას პერიოდში (1603-1868), რაც ცნობილია, როგორც მეიძის რესტავრაციის ხანა. ეს გახლდათ

* ემერიტუს პროფესორი, კიოტოს უნივერსიტეტი, იაპონია.

პერიოდი, როდესაც იაპონია სრულიად დახურული სივრცე იყო დანარჩენი მსოფლიოსათვის და მინიმალური კონტაქტი ჰქონდა სხვა ქვეყნებთან. მხოლოდ ქვეყნის დასავლეთით, ნაგასაკის პატარა პორტში შემოდინდა საქონელი ნიდერლანდებიდან და ჩინეთიდან, რაზეც უმკაცრესი კონტროლი იყო დაწესებული. აღნიშნული იზოლაციის და სიმშვიდის პერიოდმა დიდი ზეგავლენა მოახდინა იაპონურ კულტურაზე ყველა ასპექტში და გახადა იგი უნიკალური. არც სამართლებრივი კულტურა წარმოადგენდა გამონაკლისს.

გამოჩენილმა ამერიკელმა სამართალმცოდნემ, ჯონ ჰენრი ვიგმორმა, რომელმაც მე-19 საუკუნის მიწურულს, ტოკიოში 3 წლის მანძილზე იცხოვრა, ძირფესვიანად შეისწავლა 1868 წლის წინა პერიოდის იაპონური სასამართლო სისტემა. მან, იმ პერიოდის იაპონიის სასამართლო სისტემა შემდეგნაირად დაახასიათა: მორიგების პრინციპი, გასაიდუმლოების პრინციპი და პრინციპი – *stare decisis*.¹ (რაც იმას ნიშნავდა, რომ წინა პრეცედენტებზე დაყრდნობით მომხდარიყო განაჩენის გამოტანა). ჩვენ აქ შეკრებილნი ვართ იმისათვის, რომ მოვირგოთ.² ოსამართლის უმთავრესი ფუნქცია თავად საქმის ვითარების განსაზღვრა კი არა, მხარეების მორიგება იყო. ეს იყო სხვა არაფერი, გარდა ფართოდ გავრცელებული სოციალური ნორმების გამობატულებისა. ყველა ცხოვრობდა ერთ დიდ ოჯახში და ყველა ოჯახი შემდგარი იყო ე.წ. 5-კაციანი ჯგუფისაგან. ასე რომ, ყველა დავა, რაც კი წარმოიშობოდა ამ 5-კაციანი ჯგუფის მიერ უნდა ყოფილიყო გადაწყვეტილ-მოგვარებული. თითოეული ჯგუფი კონტროლდებოდა სხვა უფრო მაღალი ფენის სოციალური ჯგუფის მიერ. ნებისმიერი დავა იყო უმაღვე აღკვეთილი მტყუან-მართლის გარჩევის გარეშე. არსებობდა ერთი უმთავრესი პრინციპი, „ორივე მომჩივანი მხარე უნდა დაისაჯოს!“

იმის გათვალისწინებით, რომ ამგვარი პრინციპი 200 წელზე მეტს არსებობდა, საზოგადოების თითოეულმა წევრმა კარგად გაითავისა ის წესი, თუ როგორ უნდა მოქცეულიყო, რომ ეცხოვრა კომფორტულად. ასე რომ, ადვილად მისახვედრია ისიც, რომ ამგვარ საზოგადოებაში დავების რაოდენობა შედარებით ნაკლები იყო. ადამიანებმა ბუნებრივად გამოიმუშავეს ცხოვრების ისეთი წესი, რომელშიც დავების ადგილი სრულებით არ იყო. თუკი მაინც ვინმე შეეცდებოდა სიტუაციის დაძაბვას, საზოგადოება აკეთებდა ყველაფერს იმისათვის, რომ იგი მანამ ჩაეხშო, სანამ დასაშვებ ზღვარს გადააჭარბებდა. თუ საქმე მაინც სასამართლომდე მივიდოდა, მოსამართლე მის უმტკივნეულოდ მოგვარებისათვის ძალისხმევას არ იშურებდა, რადგან ის მოსამართლე, რომელიც დავას მშვიდად გადაწყვეტდა, უკეთეს პროფესიონალად ითვლებოდა.

როდესაც 1868 წელს *შოგუნთას* მმართველობა (მთავრობა) შეიცვალა და სათავეში მოდერნიზაციაზე (დასავლეთზე) ორიენტირებული მთავრობა მოვიდა, საზოგადოებამ მალევე შეცვლა ვერ შეძლო. ახალი რეჟიმის პირობებში, სოციალურ და პოლიტიკურ ელიტას სულაც არ სურდა იპონური საზოგადოების ფუნდამენტური ცვლილება. მათი საჯარო პოლიტიკა ასე ჟღერდა: „დასავლური მეთოდები იაპონური სულისკვეთებით.“ ევროპული სტილის სასამართლო წყობილება ჩამოყალიბდა და ევროპული სამართალი (ფრანგული და მოგვიანებით გერმანული სამოქალაქო კოდექსი, ა.შ.) გავრცელდა. მოსამართლეთა დამოკიდებულება დავების მიმართ კვლავ უწინდებური რჩებოდა (უმრავლეს შემთხვევაში). იაპონელ ლიდერებს, რომელთაც სურდათ ფრანგული სამოქალაქო კოდექსის მიღება გაუმართლათ, როდესაც აღმოაჩინეს, რომ საფრანგეთის 1804 წლის სამოქალაქო საპროცედურო კოდექსი ასევე მოიცავდა დავების მოგვარების პროცედურულ დოკუმენტს, რომელიც აუცილებელი იყო ყველა სამოქალაქო ქმედებისათვის. მიუხედავად იმისა, რომ იმ დროისათვის ეს უკვე მოძველებული სისტემა გახლდათ ფრანგული სამართლებრივი პრაქტიკისათვის³, ის სასწრაფო წესით მიიღეს

¹ *Wigmore J. W., A Panorama of the World's Legal Systems, in VII Japanese Legal System (III) Third Period, 1936 488 et seq. Clandestinity* ნიშნავს, რომ სასამართლო პროცესი იყო გასაიდუმლოებული და ნაკლებად პროფესიონალური. ვიგმორის მიხედვით, 1800 წლისათვის მხოლოდ 2 ქვეყანა იყო მსოფლიოში სადაც პრინციპი – *stare decisis*, იყო მკაცრი დაკვირვების ქვეშ და ეს ქვეყნები გახლდათ – ინგლისი და იაპონია.

² ამ ასპექტთან დაკავშირებით მეტი ინფორმაციისათვის იხ., *Henderson D. F., Conciliation and Japanese Law, pre-1868 law and practice, Vol. I, post-1868 developments, Vol. II, 1964.*

³ *Cuche & Vincent, Procédure Civile et Commerciale, 12th ed., 1960, 325.*

ფრანგულ პრაქტიკაზე დაფუძნებული სასამართლო სისტემის დოკუმენტის შექმნისას იაპონიაში და მას იაპონური სახელი “*Kankai*” უწოდეს. დავების მოსაგვარებლად სწორედ “*Kankai*”-ს იყენებდნენ და მხოლოდ უკიდურეს შემთხვევებში, როდესაც საქმე ვერ გვარდებოდა ექვემდებარებოდა დამატებით განხილვას. საფრანგეთში, ზემოხსენებული სისტემა მხოლოდ ქალაქებში არსებობდა, იაპონიაში კი იგივე სისტემა ენთუზიაზმით მიიღეს და განავრცეს.

მოგვიანებით, 1890 წელს, სამოქალაქო პროცედურული კანონი მოარგეს გერმანულ კოდექსს (ZPO of 1875) და “*Kankai*” გაუქმებულად გამოცხადდა.⁴ ასე რომ, გერმანული სამოქალაქო პროცედურული კოდექსის შემოღებამ, მოსამართლეებს საშუალება მისცა კვლავ ჩარეულიყვნენ დავების გადაწყვეტაში და, უფრო მეტიც, ეთამაშათ მედიატორის როლი. ისიც ცნობილი ფაქტია, რომ იაპონელი მოსამართლეები ამ ფუნქციას დღემდე აქტიურად იყენებენ. სამოქალაქო პროცედურული კოდექსის გათვალისწინებით, როდესაც დავის გადაწყვეტა ხდება სასამართლო პროცესისას, მას იურიდიული ძალა აქვს. მოსამართლეები “*Kankai*”-ს გარეშეც კი აქტიურად იყენებდნენ ამ შესაძლებლობას. მაგრამ ეს ხდებოდა შესაძლებელი მხოლოდ მაშინ, როდესაც სარჩელი სასამართლოზე იყო გადაცემული.

პირველი მსოფლიო ომის შემდეგ, ეკონომიკური კრიზისის გამო, ქალაქში გადმოსული მოსახლეობის რაოდენობამ იმატა, თუმცა ქალაქში სახლების სიმცირემ და ამდენი ხალხის ერთბაშად გადმოსახლებამ სერიოზული სოციალური პრობლემები წარმოშვა. მთავრობა შეეცადა ამას გამკლავებოდა. სპეციალური წესდება (Landlord Tenant Dispute Conciliation Law) შევიდა ძალაში 1922 წლიდან. ეს იყო ე.წ. “*Chotei*” სისტემის (ერთგვარი სასამართლო) დასაწყისი, რომელიც იაპონიაში დავების გადაწყვეტის კუთხით დღემდე დიდ როლს თამაშობს. აღნიშნული იყო რაღაცა დროით “*Kankai*”-ს აღდგენის მცდელობა. მას შემდეგ “*Chotei*” სისტემა წარმატებით იქმნებოდა ყოველი სოციალური პრობლემის წარმოშობისას. 1924 წელს სასოფლო-სამეურნეო დავების შესახებ კანონი შევიდა ძალაში, რომელიც იხილავდა სასოფლო-სამეურნეო პროდუქტებზე ფასების კლების შედეგად გამოწვეულ დავებს. 1936 წელს ამოქმედდა კანონი კომერციული დავების მორიგების შესახებ, რომელიც აღნიშნულ სფეროში არსებულ დავებს არეგულირებდა. 1930 წელი იაპონიაში სერიოზული ეკონომიკური ვარდნით ხასიათდება. 1932 წელს დებიტორების გადასარჩენად შეიქმნა დროებითი კანონი ვალეების დავების მოგვარებისათვის, რომლის არსებობაც 3 წლით იყო განსაზღვრული. იქიდან გამომდინარე, რომ სისტემა საკმაო პოპულარობით სარგებლობდა იგი 1934 წლიდან მუდმივად აქციეს. იაპონია-ჩინეთის ომმა წარმოშვა მრავალი სასამართლო დავა თანხებთან დაკავშირებით, აღნიშნულ დავებში ჩართულები იყვნენ დალუპული სამხედრო მოსამსახურეების ოჯახის წევრები კომპენსაციებთან თუ პენსიებთან დაკავშირებით და ა.შ. 1937 წელს საშინაო ურთიერთობების მარეგულირებელი კანონი შევიდა ძალაში. ომიანობის პერიოდის სამთო სამუშაოების (მალაროში) აქტიურად წარმოებამ ჰაერის დაბინძურების კუთხით სერიოზული პრობლემები წარმოშვა.

1939 წელს შესწორება შევიდა წარსულში არსებულ სამთო კანონში და მის საფუძველზე შეიქმნა ჰაერის დაბინძურების შესახებ არსებული დავების მორიგების კანონი. II მსოფლიო ომის პერიოდში, 1942 წელს, ე.წ. „სავალდებულო მორიგების“ კანონის შესახებ გახდა ცნობილი, რომლის მიხედვითაც ნებისმიერი სამოქალაქო დავა უნდა ყოფილიყო გამოცხადებული შეთანხმებულად/მოგვარებულად.⁵ ომის შემდგომ და იაპონიის მოკავშირე ძალების (ფაქტობრივად ამერიკელების) მიერ ოკუპირების შემდეგ, ქვეყნის სამართლებრივმა სისტემამ, 1946 წელს ახალი კონსტიტუციის პირობებში ცვლილებები განიცადა. ახალი კონსტიტუცია 1947 წელს მიიღეს და მიუხედავად ცვლილებებისა, ზემოხსენებული მორიგების სისტემა არსებობას მაინც აგრძელებდა.

⁴ ცხადი იყო, რომ იმ დროისათვის ერთ-ერთი ყველაზე ცნობილი და გავლენიანი სამართალმცოდნე *Cu egi Kankai*-ს შემოღებას ადანაშაულებდა, დავის მოგვარების ძველი იაპონური ტრადიციის დაკარგვასა და გადაგვარებაში.

⁵ ამ სისტემამ არსებობა მეორე მსოფლიო ომის შემდეგაც გააგრძელა და ახლად შექმნილმა უზენაესმა სასამართლომ, 1946 წელს, ახალი კონსტიტუციის მიღების შემდეგ, ის არაკონსტიტუციურად ცნო.

1951 წელს, კვლავ ოკუპირებულის პოზიციაში ყოფნისას მორიგების სისტემები 2 სისტემაში გაერთიანდა: ოჯახური მომრიგებლობა შეუერთდა ახლად შექმნილ ე.წ. ოჯახურ სასამართლოებს და ზოგადად, სამოქალაქო მომრიგებლობა – ასევე, ახლად შექმნილ შემაჯამებელ სასამართლოებს. მას შემდეგ მომრიგებლობამ იგივე “Choeti”-მ არათუ აქტუალობა დაკარგა, არამედ არეალიც კი გაიფართოვა. 1974 წელს, როდესაც ჰაერის სამრეწველო მიზეზით დაბინძურებამ და ავტო-სატრანსპორტო შემთხვევებმა მასშტაბური ხასიათი მიიღო და სერიოზული პრობლემები შექმნა, ჰაერის დაბინძურებისა და ავტო-სატრანსპორტი შემთხვევების შესახებ დავები დაემატა სამოქალაქო მომრიგებლურ კანონს. 1999 წელს კი, როდესაც კრედიტების აღების შედეგად უამრავი ადამიანი გაკოტრებამდე მივიდა, სპეციალური კანონი შევიდა ძალაში, რომელიც გამსესხებელსა და მსესხებელს შორის დავებს დაარეგულირებდა.

ახლახანს, ბირთვული კატასტოფის წინააღმდეგ მომჩივანებთან გასამკლავებლად, რაც გამოწვეულ იქნა დიდი მინისძვრებითა და ცუნამით, სპეციალური კანმდებლობა შემუშავდა – იმ მომჩივანთა საჩივრების მოსაგვარებლად, რომლებიც აღნიშნული კატასტროფების მსხვერპლად გვევლინებიან.

ზემოხსენებული მოკლე მიმოხილვა ცხადყოფს, რომ ყოველთვის, როდესაც ახალი სოციალური პრობლემა წამოყოფდა თავს იაპონიის მთავრობა ცდილობდა მას მოგვარების გზების მოძიებით გამკლავებოდა. ცხადია, რომ ამგვარი მიდგომა სრულებით მისაღები იყო იაპონელი მოსახლეობისათვის. დღესდღეობით სასამართლო მომრიგებლური სისტემა (ე.წ. “Choeti”) კვლავ რჩება პრობლემის მოგვარებისათვის ერთ-ერთ ყველაზე პოპულარულ მეთოდად.

“Choeti” შუამდგომლობის პროცესი შემდეგი ნაბიჯებისაგან შედგება: 450 შემაჯამებელი და 50 ოჯახური სასამართლო არეგისტრირებს „მომრიგებელ შუამავალს“. კრება შედგება გადამდგარი ბიზნესმენებისაგან, პროფესიონალებისაგან, როგორებიც არიან: ბულალტრები, მკვლევარები, შემფასებლები, ადვოკატები, დიასახლისები (გასაკუთრებით საოჯახო დავებისას) და ა.შ. როდესაც შემოდის სასამართლო განაცხადი, საქმის შინაარსიდან გამომდინარე, აღნიშნული კრებიდან ხდება 2 მომრიგებლის შერჩევა, დგება კომისია, რომლის სათავეშიც არის მოსამართლე. საოჯახო სასამართლოს შემთხვევაში 2 მომრიგებლიდან 1 ყოველთვის კაცია და 1 ყოველთვის ქალი. კომისია გამართავს რამდენიმე სესიას მომჩივან მხარეებთან სადაც მოსამართლე არ ესწრება. როდესაც დავა წარმატებულად გადაწყდება, ხდება პროცესის ვიდუო ფირზე აღბეჭდვა და მისი მომზადება სასამართლო განაჩენის გამოტანისათვის. გარდა საოჯახო და შემაჯამებელი სასამართლოებისა, საუბნო სასამართლოები ასევე განიხილავენ სხვა “Choeti” ქეისებს და ადგენენ მომრიგებელთა კრებას.

საუბნო სასამართლო “Choeti” – იკრიბება მაშინ, როდესაც ხდება სარჩელის შეტანა და მხარეთა შეთანხმების საფუძველზე უფლება ეძლევა საუბნო სასამართლოს ის განიხილოს.

“Choeti” საუბნო სასამართლოებში სარჩელების რაოდენობა უმნიშვნელო იყო, თუმცა ბოლო პერიოდში ციფრები გაიზარდა და საგულისხმოა ისიც, რომ მსხვილი კომერციული დავების განხილვაც უკვე აქ ხდება.

სასამართლო დავების 2011 წლის სტატისტიკა:

სასამართლო	მომრიგებლობის განაცხადი	მიღწეული წარმატების მაჩვენებელი	წაგებული სარჩელი
საუბნო სას.	11,882	N/A	198,954
შემაჯამებელი სას.	63,009	60%-ზე მეტი	522,741
საოჯახო სას.	136,292	51.9%	20,759+679,434

იაპონიაში 1 სულ მოსახლეზე სასამართლო დავების რაოდენობა სხვა განვითარებულ ქვეყნებთან შედარებით ნაკლებია. ომის შემდგომი პერიოდის სწრაფმა ეკონომიკურმა ზრდამ

და განვითარებამ საჩივრების რაოდენობის ზრდა არ წარმოშვა. შედარებისათვის ეს ნამდვილად საინტერესო შემთხვევაა სამართლებრივ-სოციოლოგიური კუთხით. ჩემი შეხედულებით, ამ ყველაფრის უკან იაპონური სამართლებრივი კულტურის საუკუნოვანი ისტორია დგას. ხალხი ღრმად და დარწმუნებული, რომ მომჩივან მხარეებს შორის მიღწეული შეთანხმება გაცილებით უკეთესია, ვიდრე ვინმე მესამე მხარის მიერ (ამ შემთხვევაში მოსამართლე იგულისხმება) გამოტანილი განაჩენი. მოსამართლეები კანონის ჩარჩოებში სხედან. კანონის უზენაესობა, მნიშვნელობა არ აქვს წერილობით იქნება ეს თუ მოსამართლის მიერ შექმნილი, ფორმულირების მოხდენისთანავე იყინება მაშინ, როდესაც საზოგადოება ასე მუდმივად ცვალებადია. საუბარი და ფიქრი იმის შესახებ, თუ როგორ მოხდეს ამ სიცარიელის შევსება მუდმივ პრობლემას წარმოადგენს მათთვის, ვინც სამართლებრივ პროცესებშია ჩართული: მოსამართლეები, ადვოკატები და სამართალმცოდნეები. დავების მოგვარების იაპონური მეთოდი კვლავ იმას ქადაგებს, რომ მხოლოდ მშვიდობიანი მორიგების შემთხვევაში არის შესაძლებელი საჩივრის ობიექტურად გადაწყვეტა ისე, რომ ორივე მხარე კმაყოფილი დარჩეს. მოსამართლეებიც და მხარეებიც იგივე მოსაზრებას იზიარებენ მაშინაც კი, როდესაც დავა სასამართლო პროცესამდე მიდის.

მაშინაც კი, როდესაც სარჩელი შეტანილია სასამართლოში, მოსამართლე ცდილობს საქმეში ჩაერიოს და მედიატორის ფუნქცია იკისროს, რათა მხარეებს შორის შეთანხმებას მიაღწიოს. როდესაც ამგვარი მეთოდი არ ამართლებს და სასამართლოში საქმის გარჩევა უნდა დაიწყოს, მოსამართლე კვლავ ცდილობს საუკეთესო გამოსავალი იპოვოს მოცემული კანონმდებლობის ფარგლებში.

ამრიგად, შეიძლება ითქვას, რომ იაპონელები ტრადიციულად ცდილობენ სარჩელიდან გამოსავალი კვლავ კომპრომისულ გადაწყვეტაში იპოვონ, ვიდრე უზენაესი კანონის მთელი სიმკაცრე გამოიყენონ.⁶

1970 წელს, შეერთებულ შტატებში დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდისათვის (მედიატორობისათვის) მოძრაობა დაიწყო, რომელიც მთელ მსოფლიოში გავრცელდა.

რითი მართლდება ეს განვითარება? შეედრება რამე იაპონურ სამართალს, ისეთს როგორც ზევით ვიხილეთ? ეს კითხვები დიდი ხანია მანუხებს.⁷

3. მოვლენათა განვითარება შეერთებულ შტატებში და მათი ზეგავლენა

მოძრაობა დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდის (ADR) შემოღებისა და დაკვირვებისათვის შეერთებულ შტატებში 1970-იან წლებში დაიწყო, 1960-იანი წლების ე. წ. „დავების აფეთქების“ საპასუხოდ. 1970-1971 წლებში, როდესაც მე ჰარვარდის სამართლის სკოლაში ასოცირებული მკვლევარი ვიყავი, პროფესორმა ფრანკ სანდერმა და სხვებმა აღნიშნული მოძრაობის შემსწავლელი სპეციალური ჯგუფი შექმნეს. ამ ჯგუფში მეც მიმინვიეს, რათა იაპონურ გამოცდილებაზე მესაუბრა, მათ ჰქონდათ ინფორმაცია, რაოდენ უპირატესი გახლდათ მედიატორია დავასთან შედარებით ამ ქვეყანაში. მე ვისაუბრე ე.წ. „*Choeti*“-ს პრაქტიკაზე სასამართლოებში. ჯგუფის მონაწილე ამერიკელ მკვლევართა საკითხისადმი დამოკიდებულება საკმაოდ ზერელე იყო. მათ ჩანასახშივე უარყვეს იდეა, განმარტეს რა, რომ მსგავსი პრეცედენტის არსებობა მხოლოდ იაპონური კულტურის ქონის პირობებში იყო დასაშვები.

მოულოდნელად, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიულმა მეთოდმა (ADR) უფრო კონკრეტულად კი, სხვადასხვა ტიპის მედიაციამ საკმაო პოპულარობა მოიპოვა სასამართლო დავების

⁶ სამართლებრივი სწავლების კანადელმა პროფესორმა ერთხელ დაწერა, რომ დასავლური სამართალი თვალახვეული დგას და ხელში ბასრი ხმლით სერავს ყველაფერს ისე, რომ არ უყურებს რა შედეგი შეიძლება მოჰყვეს მას მაშინ, როდესაც იაპონური სამართალი, თვალხილული დგას უზენაესი სასამართლოს დარბაზში და სანამ ხმალს დაუშვებს ყველაზე საუკეთესო გამოსავლის ძიებაში. *Smith J. C., Ajase and Oedipus: Idea of the Self in Japan and Western Legal Consciousness, U.B.C. L. Rev., Vol. 20, 1986, 341.*

⁷ თავდაპირველად, ADR, ასევე, მოიცავდა არბიტრაჟს, მედიაციას და მომრიგებლობას. მაგრამ ის ამჟამად უფრო მეტს ნიშნავს, რადგან თავად საარბიტრაჟომ მოიცვა მრავალი გარემოება. საყურადღებოა, რომ აღნიშნულ განხილვებში საარბიტრაჟოზე საუბარი საერთოდ არ არის.

მოგვარების კუთხით, დაწყებული წვრილმანი დავიდან, დამთავრებული ბიზნეს დისპუტებით. დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდის (ADR) პოპულარობამ ქვეყანაში მრავალი მსგავსი ტიპის დაწესებულებების შექმნას შეუწყო ხელი, ყველა სამართლის სკოლაში კი ამ მეთოდის შესასწავლი სპეციალური კურსი იკითხება. ამ კუთხით აკადემიური აქტივობა საკმაოდ მაღალია და მრავალი სტატია თუ პუბლიკაცია ეძღვნება ამ მეთოდს. ADR-ს პრაქტიკულ გამოყენებასთან დაკავშირებით საგულისხმო თეორიები ჩამოყალიბდა და გავრცელდა. ამჟამად, მისი გავლენა მთელს მსოფლიოში და, რა თქმა უნდა, იაპონიაში მძაფრად იგრძნობა. იაპონელებისათვის მედიაციის, იგივე დავების მოგვარების მომრიგებლობითი თეორია, იმდენად გათავისებული და ორგანულია, რომ ამ მეთოდის, ამერიკისაგან განსხვავებით, სპეციალური შესწავლისათვის არანაირი კურსი არ შექმნილა. დღესდღეობით მედიაციის შესწავლისათვის ამერიკული თეორიები საკმაოდ პოპულარობით სარგებლობს და რალაცა დოზით ზეგავლენას იაპონურ მეთოდზეც კი ახდენს.

როგორც თხრობის დასაწყისში რამდენიმეჯერ აღინიშნა, იაპონური მედიაციისათვის დადგენილი წესი ე.წ. “Choeti”-ს, ფაქტობრივად, მონოპოლიზირებული იყო სასამართლო სისტემების, როგორებიცაა: შემაჯამებელი სასამართლო (საერთო სამოქალაქო დავებისათვის) და საოჯახო სასამართლო (ყველა სახის ოჯახური დავებისათვის) მიერ. გასული საუკუნის მიწურულს, იაპონიის მთავრობამ შეიმუშავა სამოქალაქო სასამართლო სისტემის ფართო რეფორმა მომავალი 21-ე საუკუნისათვის. 2001 წელს, სასამართლო სისტემის რეფორმის საბოლოო ვარიანტი პრემიერ მინისტრს წარედგინა. აღნიშნულ დოკუმენტში ერთ-ერთი რეკომენდაცია კერძო სექტორში მედიაციის სამსახურის შექმნას ეხებოდა, რაც “Choeti”-ზე ერთგვარი დანამატი იქნებოდა. რეკომენდაციების გათვალისწინებით, 2004 წელს ე.წ. დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდის (ADR) შესახებ კანონი ძალაში შევიდა და მასზე დაყრდნობით კერძო სექტორში 100-მდე მედიაციის სამსახური ჩამოყალიბდა.⁸

კერძო სექტორში მედიაციის სამსახურის შექმნას ოპტიმისტურად აფასებდნენ. თუმცა ისიც უნდა ითქვას, რომ აღნიშნული პრეცედენტის შექმნამ ჯერჯერობით დიდი პოპულარობა ვერ მოიხვეჭა. ამ სამსახურებში წარმოდგენილი ქეისები, სასამართლოში განსახილველ დავებთან შედარებით, უმნიშვნელოა.⁹ საქმე იმაშია, რომ ახლად შექმნილი მედიაციის სამსახურები ე.წ. “Choeti”-ს კონკურენციას მაინც ვერ უწევს. ასევე, მათ შორის არის დიდი სხვაობაც. “Choeti”-ში მიღებული გადაწყვეტილება გასაჩივრებას ექვემდებარება სასამართლოს შემდეგ ინსტანციაში მაშინ, როდესაც მედიაციის სამსახურის მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებას იგივე ძალა არ აქვს მინიჭებული. თუკი მხარეებს სურთ საქმეს გასაჩივრების საშუალება მიეცეს, მაშინ იგი “Choeti”-ში უნდა შეიტანონ.¹⁰ საინტერესოა, რამდენად მჭიდრო კავშირი იყო სასამართლო სისტემის რეფორმის შემუშავებელ საბჭოსა და მედიაციის კანონპროექტის შემდგენლებს შორის, თუმცა, აღსანიშნავია, რომ ეს საკითხი სათანადოდ სერიოზულად განხილვის საგანი არ იყო. იაპონიაში ოპტიმისტურად იყვნენ განწყობილები, რომ თუკი ქვეყანაში კერძო სექტორისათვის მედიაციის სამსახური ჩამოყალიბდებოდა, იგი ისევე კარგად იმუშავებდა, როგორც ამერიკაში. ამერიკაში ამ სფეროში მოვლენები ამ მიმართულებით თავისთავად განვითარდა და “Choeti”-თან კავშირი ამ ყველაფერს ნაკლებად ჰქონდა. ხოლო იაპონიის შემთხვევაში საქმე სხვაგვარად იყო, რადგან “Choeti”-ი იქ დიდი პოპულარობით სარგებლობდა. აქედან გამომ-

⁸ ADR-ის ძირითადი კანონის მიხედვით, დავების მოგვარების კერძო დაწესებულებების შექმნა, გარდა იუსტიციის სამინისტროს დასტურისა, საჭიროებს მთლიანი სასამართლო შემადგენლობის პროცესში ჩართვას. ადრე არსებულმა ზოგიერთმა დაწესებულებამ, როგორიცაა იაპონიის სავაჭრო საარბიტრაჟო ასოციაცია, მთავრობის დასტურის საფუძველზე შეძლო მედიაციის სამსახურის შექმნა, რომელიც კომერციული დავების მოგვარებისაკენ იყო მიმართული.

⁹ გამონაკლისის სახით შეიძლება ითქვას, რომ ფინანსურ საკითხებთან დაკავშირებული დავების გადაწყვეტა ამ სამსახურის მიერ წარმატებული იყო.

¹⁰ Code of Civil Procedure makes it possible for the parties who successfully settled privately a dispute to resort to the court for having their agreement dressed up in the official court record (CCP art. 275). Such court record has the same effect as a judgment and is enforceable through the execution proceedings (Civil Execution Law art. 22vii).

დინარე, ფიქრი იმაზე, რომ საქმეების რაოდენობის მიხედვით ახლად ჩამოყალიბებული კერძო სექტორის მედიაციის სამსახურები, "Choeti"-ის პოპულარობას კონკურენციას გაუწევდა დაგვიანებული იყო. ჩემი დაკვირვებით, აღნიშნული ინიციატივის მარცხი თავად მის ჩანაფიქრში მდგომარეობდა. ამჟამად მედიაციის კანონი გადახედვის პროცესშია. თუმცა, სამწუხაროდ, მედიაციის კანონსა და "Choeti"-ის შორის კავშირი სერიოზულად გამოკვლეული არ არის.

4. შედარებითი დაკვირვებები

ამერიკაში დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდის (ADR) დასამკვიდრებლად მოძრაობა ე.წ. „დავების აფეთქების“ საპასუხოდ დაიწყო, იმ პერიოდში, როდესაც დავების ალტერნატივად მხოლოდ არბიტრაჟი ითვლებოდა. მანამ სანამ, არბიტრაჟი მორიგ სადავო მეთოდად ჩამოყალიბდებოდა, დავების გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდი (ADR) მედიაციისა და მომრიგებლობის სინონიმად იქცა. იაპონიაში, ისტორიულად, მედიაცია და მომრიგებლობა იყო სტანდარტი, ხოლო დავა – გამონაკლისი. მას შემდეგ რაც მე-19 საუკუნეში, ევროპული მოდელის მიხედვით, იაპონიაში სასამართლო სისტემა (დავის) ჩამოყალიბდა, ე.წ. „დავის აფეთქებას“ ადგილი არ ჰქონია. "Choeti"-ის სისტემის, როგორც სასამართლო ხელისუფლების ნაწილის, შექმნის შემდეგ დიდი რაოდენობის დავების განხილვა სწორედ ამ სისტემის მიხედვით ხდებოდა. მაშინაც კი, როდესაც დავა შედიოდა სამართლოში განსახილველად, მოსამართლეები მის მოგვარებაში პირადად აქტიურად იყვნენ ჩართულები. როდესაც განაჩენის გამოტანამდე მიდიოდა საქმე, მოსამართლეები მის გადასაწყვეტად საუკეთესო ვარიანტის ძიებით იყვნენ დაკავებულნი (რასაკვირველია, კანონის ჩარჩოების შესაბამისად).

იაპონიაში, მედიაციისა და მომრიგებლობის მიმართ ამგვარი დამოკიდებულება იმით იყო განპირობებული, რომ ქვეყანაში ღრმად სწამდათ, დავის მოგვარებისათვის საუკეთესო გამოსავალი თავად მხარეებს შორის შეთანხმების მიღწევა იყო, მესამე მხარის ჩარევის გარეშე. შოციალური რეალობა კანონმდებლის წარმოსახვის მიღმა იყო. მაშასადამე, საუკეთესო გამოსავლის მოძიება სწორედ სხვადასხვა საქმეების მაგალითზე დაყრდნობით ხდებოდა შესაძლებელი. თითოეული საქმისადმი ინდივიდუალური მიდგომა გაცილებით ამართლებდა, ვიდრე სტერეოტიპული. არსებითად, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდის (ADR) ხიბლი, დისპუტებისადმი ინდივიდუალურ მიდგომაში მდგომარეობს, როდესაც დავის მოგვარება მხარეებს შორის გაცილებით მარტივია, ფორმალურ მომრიგებლობასთან შედარებით.

დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდის (ADR) პოპულარობამ ამერიკაში დამაფიქრა თუ რამდენად ფასეული იყო ამ მეთოდის ასპექტები. ამის შესახებ გამოვიკითხე ამ სფეროს ამერიკელი ექსპერტები, მათ შორის, ჰარვარდის სამართლის სკოლის პროფესორი – ფრანკ სანდერი, რომელიც დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდის (ADR) მოძრაობის ერთ-ერთი ინიციატორი იყო ამერიკაში. მათი პასუხები თითქმის ერთფეროვანი იყო: მათთვის დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდი (ADR) ფასეული იყო იმდენად, რამდენადაც ამ მეთოდის გამოყენებით დროისა და თანხის დაზოგვა უნდა მომხდარიყო. ამ მეთოდის უპირატესობას სხვაში ვერაფერში ხედავდნენ, გარდა დრო და ფულისა. როგორც ჩანს, ამერიკელებისათვის დროისა და ფულის დაზოგვის ფაქტორი იმდენად მნიშვნელოვანი იყო, რომ ისინი მეთოდის სხვა პრივილეგიებით არც კი ინტერესდებოდნენ. მართალია, რომ დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდი (ADR) დავის სასამართლო პროცესის ალტერნატივა იყო. ასე რომ, მედიაცია და მომრიგებლობა გახდა დავის სასამართლო პროცესის ალტერნატიული მეთოდი. დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდი (ADR) ფასეულია მხოლოდ დროის ფაქტორისა და დაბალი დანახარჯების გამო (სასამართლო პროცესთან შედარებით).

საკითხისადმი იაპონური მიდგომა კი სრულიად განსხვავებულია. ტრადიციულად, მედიაცია და მომრიგებლობა იაპონიისათვის სტანდარტად ითვლებოდა. თანამედროვე დავების სისტემა ქვეყანაში მე-19 საუკუნიდან შემოვიდა. ხალხი დავების მოსაგვარებლად სასამართლოს მხოლოდ უკიდურეს შემთხვევაში მიმართავდა, მაშინ თუ მედიაცია უძლური იყო. იაპონიის

მაგალითზე, შეიძლება ითქვას, რომ სასამართლო მედიაციის და მომრიგებლობის ალტერნატივა იყო. ინტერესს ინვესტს ის ფაქტიც, რომ რამდენიმე სტატია გავრცელდა იმასთან დაკავშირებით, თუ რაოდენ ღირებულია მედიაციის მეთოდის არსებობა (ADR). მეთოდის გავრცელებამ შეერთებულ შტატებში ე.წ. „მიუკერძოებლობის“ აღდგენის ელფერი მიიღო. როდესაც მეფის სასამართლოს მიერ ე.წ. „*stare decisis*“-ს პრინციპებზე დაყრდნობით „საჯარო კანონმდებლობა“ გავრცელდა, ის საკმაოდ ცვალებადი საზოგადოებისაგან წამოჭრილი საჩივრების განხილვას ვერ უმკლავდებოდა, სწორედ ამ დროს საქმეში სამართლიანობის სასამართლოს კანცლერი ჩაება და კანონების ახალი ნაკრები სახელწოდებით „მოუკერძოებლობის სამართალი“ შექმნა. აღნიშნული კანონი ინგლისსა და მის კოლონიებშიც გავრცელდა, მათ შორის, შეერთებულ შტატებში. მიუხედავად იმისა, რომ დროთა განმავლობაში, მე-19 საუკუნიდან დღემდე კანონმა სახეცვლილება განიცადა მისი გავლენა მაინც იგრძნობა ყოველდღიურებაში.¹¹

ზოგიერთი ამერიკელი თეორიტიკოსი დავის გადაწყვეტის ალტერნატიულ მეთოდში (ADR) სწორედ „სამართლიანობის სამართლის“ ჩანასახებს ხედავს. 2004 წელს გამოქვეყნებულ სტატიაში ერთ-ერთი ავტორი წერს:¹²

„მოუკერძოებლობის მსგავსად, მედიაცია გაგებულ იქნა, როგორც სამართლიანობა კანონის გარეშე. მედიაცია სამართლის ინდივიდუალიზაციის საშუალებას იძლევა, რომელიც შესაძლოა მკაცრ შეუსაბამობაში მოვიდეს კანონიერებასთან. როგორც მიუკერძოებლობის კანონმა, სასამართლო პროცესში შემწყნარებლობისა და ფასეულობების შერწყმით, მთლიანად საჯარო კანონმდებლობის სიმკაცრე შეასუსტა, ისე მედიაცია სასამართლო გადაწყვეტილების ალტერნატიულ, მომრიგებლურ გზებს გვთავაზობს. ის დავების მოგვარების პროცესს მთლიანად მხარეთა შეთანხმებასა და საკუთარ ფასეულობათა შეფასებაზე აგებს.“

2005 წელს, სხვა ავტორის მიერ გამოქვეყნებულ სტატიაში ვკითხულობთ:¹³

„როდესაც ოფიციალური სასამართლო განაჩენი აუტანელი ხდებოდა, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდის (ADR) შემოღებამ დავების გადაწყვეტის უფრო მოქნილი მექანიზმი შესთავაზა საზოგადოებას. დავებიდან გამოსავლის ძიება კი ამ მეთოდით გაცილებით დაბალ-ბიუჯეტისანიც იყო და უფრო შემწყნარებლურიც.“

ოფიციალური სამართლებრივი სისტემისა და თანამედროვე არაოფიციალური სისტემის შედარება იგივე პრინციპით ხდებოდა იაპონიაშიც. თუცა ფუნდამენტური განსხვავება მაინც არსებობს: იაპონიაში დავების გადაწყვეტის საფუძველი, ტრადიციულად, „ძალდაუტანებლობაში“ მდგომარეობს. შეერთებულ შტატებში კი ამგვარი საფუძველი მაინც კანონის უზენაესობაა. საბოლოოდ, იმ დასკვნამდე მივდივართ, რომ დავების მოგვარების ალტერნატიული მეთოდის ამოსავალი წერტილი მიუკერძოებლობაა. იაპონიაში ამ მეთოდის საფუძველი მაინც ქაოტური იყო და ოფიციალური სარჩელების დიდი ნაწილი თანდათანობით მაინც ტრადიციული მეთოდებით წყდებოდა. ამჟამინდელი მოდელი თითქოს უწინდელს ჰგავს, თუმცა განსხვავებები მაინც შეიმჩნევა.

5. დასკვნა

რა ხდება შეერთებულ შტატებსა და იაპონიაში საკითხთან მიმართებაში. ორივე ქვეყანაში დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდი (ADR), იგივე მედიაცია და მომრიგებლობა პოპულარობით სარგებლობს. მიუხედავად იმისა, რომ ორივე მათგანში ისტორიული წარსული სხვადასხვა შინაარსისაა ის, რაც მედიაციის მიმართულებით გაკეთდა მაინც ერთმანეთის მსგავსია. მეთოდის განვითარების პირველ ეტაპზე, ჰარვარდის სამართლის სკოლის პრო-

¹¹ მაგალითად, ნაფიც მსაჯულთა მცირე ჟიურის უფლებამოსილებას შეერთებული შტატების კონსტიტუცია იმ შემთხვევაში ანიჭებს თუ საქმე ტრადიციული საჯარო კანონმდებლობის განხილვის საგანია. ხოლო სხვა შემთხვევაში – არა.

¹² Nolan-Haley J. M., *The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound*, Cardozo J. Conflict Resol., Vol. 6, Fall, 2004, 57, at 5, 6.

¹³ Main Th. O., *ADR: The New Equity*, U. Cin. L. Rev., Vol. 74, Winter, 2005, 329, at 398, 400.

ფესორმა – ლონ ფულერმა, რომელიც ასევე დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდის (ADR) მოძრაობის შემსწავლელი სპეციალური ჯგუფის წევრიც იყო საინტერესო სტატია გამოაქვეყნა:¹⁴ მან დისპუტები ორ ჯგუფად დაყო: მულტიცენტრული და მონოცენტრული დავები. პირველის შემთხვევაში, ეს არის ოჯახური დავები, როდესაც მარტივი სამართლებრივი კანონები უძლურია, ხოლო მეორე შემთხვევაში – ბიზნეს/კომერციული კონტრაქტების შედეგად წარმოშობილი დისპუტები.

როდესაც სტატია წავიკითხე, ვიფიქრე, რომ როგორც ჩანს სახელშეკრულებო დისპუტიცი კი ვერ იქნება მულტიცენტრული იაპონიაში. თუმცა ზემოხსენებული ამერიკელი პროფესორების დასკვნების მიხედვით, შემოძლია ვთქვა, რომ ამერიკაში სახელშეკრულებო დისპუტები შეიძლება მულტიცენტრულად ჩაითვალოს. საზოგადოებრივი დავა კი ადვილი საქმე არ არის, ის სოციოლოგებისა და ანთროპოლოგებისათვის შესწავლის სერიოზულ საგანს წარმოადგენს. რა შინაარსისაა არ უნდა იყოს დავა, მის მოსაგვარებლად მედიაციის მეთოდის გამოყენება საკმაოდ სასარგებლოა. მედიაციის თეორიის ამერიკელმა სპეციალისტებმა მრავალი თეორია შეიმუშავეს მეთოდთან დაკავშირებით, პრაქტიკოსებმა კი ახალი მეთოდოლოგიები დანერგეს. მგვარი მიღწევები კი საყოველთაოდ სასარგებლო შეიძლება აღმოჩნდეს. მაგალითად: მედიაციის ამერიკული თეორიები – ე.წ. „დახურული შეხვედრები“, რაც მოდავე მხარეებთან ცალ-ცალკე შეხვედრას გულისხმობს და „შემამსუბუქებელი შეხვედრები“ „შემფასებლური შეხვედრების“ პირისპირ იქნა შესწავლილი და პრაქტიკაში გამოყენებული როდესაც დავების მოგვარების ალტერნატიული მეთოდი ინერგებოდა.

დასკვნის სახით მინდა ვთქვა, რომ ამერიკაში დავების გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდის (ADR) პროგრესულობა და პრაქტიკაში გამოყენება შექების ღირსია. ნებისმიერ ქვეყანას შეუძლია ეს მაგალითი გადმოიღოს და თავის ქვეყანაში დანერგოს, თუმცა საყურადღებოა ისიც, რომ ყველა ქვეყანამ თეორია საკუთარ წესებს უნდა მოარგოს.

¹⁴ Fuller L., Mediation: Its Form and its Functions, S. Cal. L. Rev., Vol. 44, 1971, 305.

ADR – Appropriate Disaster Recovery *

The legal system may be as old as society itself. Since the dawn of civilization, man has incorporated law and judgment as primary tools to help regulate both civil and criminal aspects of social life. Both ancient and modern societies are often historically evaluated by the structure and quality of their legislative and judicial systems. People seem to have been caught in dispute ever since they began living together and effective dispute resolution was necessary for fundamental social structure and order.

Throughout history, and up until very recently, dispute resolution was primarily handled by the sovereign legal system, be it local, municipal, regional, national, federal or international; or by non-sovereign third parties, private agents that were either turned to by the parties in dispute or appointed by groups of interest to which the parties were subordinate or otherwise affiliated. Inherent in these various dispute resolution mechanisms is the externalization of decision by the parties. The parties waive their power to agree and mutually decide on the subject of dispute and subordinate themselves to the select tribunal, which in turn acquires authority and responsibility over the parties and the situation in which they have placed themselves. Indeed, when before a tribunal, parties are exempt from the need to directly communicate and spend the necessary intellectual and emotional resources on the personal interaction required for an internalized decision process, but it is their subordination that ultimately weakens them towards themselves and each other. This weakening of the parties can be tolerated so long as the tribunal supplies an outcome that is acceptable, leading to the preference of externalized decision for dispute resolution over that of internalized decision. In layman's terms, this could be considered "trusting the system."

When resolving a dispute, it is only natural and expected that the ruled-against party/parties are unhappy with the outcome and this should not, in itself, hinder the status of externalized decision as a preferred dispute resolution mechanism. But what if the tribunal's outcome leaves the party in whose favor the ruling was made unhappy as well? This would constitute a breach of trust between the tribunal and all parties, undermining their justification for externalized decision. Should this occur repeatedly on a large scale, the social basis for externalized decision would be jeopardized, giving rise to alternative mechanisms for dispute resolution. Apparently, such a large scale breach of trust between modern western societies and their legal systems has indeed occurred during the past few decades, inevitably leading to the birth of various forms of Alternative Dispute Resolution (ADR).

The impetus behind the rising of ADR is the failure of the legal system to fulfill its function as an efficient and effective dispute resolution mechanism in the growing and ever-developing modern world. Primarily, the legal system became much more accessible, causing a great increase in the number of disputes and volume of proceedings. However, the system itself grew at too slow a rate to keep up with this increase and thus lost its ability to adequately handle and resolve these disputes in a timely and reasonable manner. The resulting lengthy proceedings and lateness in the resolution of disputes led parties to search for a more efficient mechanism. As for the proceedings themselves, many people became alienated by them since they allowed people no opportunity to express themselves, let alone facilitate the emotional aspect of

* Michael Tsur, Founder and director of the Mediation and Conflict Resolution Institute, Jerusalem. Adjunct Professor of Mediation and Negotiation, Business school and Law faculty at the Hebrew University of Jerusalem. Director in Consensus: Negotiation Conflict Resolution N.Y. Conflict Procesesing and Crisis Negotiation Specialist. This article was written with the assistance of Mr. Shai Melcer, advocate and mediator. This article is written in connection with the Cardozo Journal of Conflict Resolution's 2007 Symposium, ADR in the Aftermath: Post-Disaster Strategies.

their dispute, which is in many cases the main aspect. By focusing on cold hard facts alone and excluding emotions, regardless of how meaningful they may have been to the parties, the legal proceeding ends up lacking emotional closure and leaves the parties with an inability to move on, let alone reconcile. This is true for almost all parties, regardless of their subjective views on the practical outcome.

This personal/emotional limitation of legal proceedings was further characterized by their general tendency to be retrospective without properly considering future implications of a resolved dispute. This kept the parties “stuck” in the past, dwelling over negative aspects of a dispute, unable to look into positive future prospects and plan ahead. It might be said that the legal proceeding posed a pathological approach to dispute resolution while parties were yearning for a constructive approach, a healing rather than a dissection. This problem became acute enough that the legal system itself began over-developing the pretrial stage of the civil claim, allowing the tribunal itself to attempt an informal constructive approach to resolve the dispute before entering the rigid frame of civil procedure. Still, ironically, it is common enough for a judge to send the parties out of the room so that they may “talk it out” and settle the dispute by direct interaction, which is deemed inappropriate for a court of law. Such dynamics deepened the breach of trust with the legal system.

Understanding this background, it is naturally perceived how current ADR principles, mainly implemented in the mediation process, took shape. Consider the classic seven-stage mediation model: (i) opening statements; (ii) dispute presentation; (iii) intermediate summary; (iv) identification of subjects and interests; (v) creation of options; (vi) option evaluation; and (vii) drafting of agreement. This is a distinctively prospective process, which focuses mostly on how the parties themselves perceive their part in the dispute at hand and how they envision the future in light of its desired resolution. Rather than focusing on the precise, seemingly objective, retrospective ruling on facts as a base for external decision on fault and its consequences, this model gives priority to subjective perception, thought, belief and emotion as a base for prospective creativity of the parties themselves towards a desired productive internal decision, taking into consideration each one of the involved parties’ interests and goals.

ADR, by being attentive to parties’ subjective positions and validating their emotions, both elements considered integral to the factual basis of the dispute, offers the parties an empowering experience. It should be reiterated that emotions are indeed factual in a process where trust is substantial. Also, as simple as it may seem, the importance of attention, as an empowering agent, cannot be over-emphasized. This empowerment allows the parties to critically grasp the dispute from a balanced point of view and thus places each of them in a position from which they can take responsibility for the situation they are in and returns control over the outcome of the dispute into their hands, should they choose to take it.

A crucial element of ADR is the lack of authority of the process director, i.e. the mediator, over the parties. One of the first things clarified during the opening statements is that the parties’ volition, and that alone, keeps them in the process and can bring them to finalize an agreement and commit to its execution. Not only is there no chance to force a decision upon a party, but also parties are not even obliged to remain in the process any longer than they wish to, and so the parties are not intimidated by the mediator or the process. This extreme level of freedom induces a much needed peace of mind for the parties, ultimately leading them to trust the mediator and the process and hopefully be in a position to eventually trust each other. This comfort zone also helps the parties step out of their offensive/defensive positions and ease into a lucid and reflective mode that is necessary for the recognition of their own responsibility over the situation and the ultimate understanding that it is not only in their interest but also in their hands to resolve it.

In the context of gaining the parties’ trust and maintaining it throughout the process, it should be stressed that ADR, when properly conducted, should not be suggestive, i.e. the mediator should refrain from presenting the parties with possible resolutions to their dispute. It is very important that the parties place themselves in a position of responsibility and create their own solutions, thus maximizing the probability of their long-term success, since no one can really comprehend what is best for the parties better than the parties themselves. Furthermore, the slightest insensitivity or carelessness on the mediator’s part in presenting an optional resolution could result in a breach of trust with some or all of the parties.

Considering all the above, one might mistake the mediator for a therapist or a social worker, or just a “good-listener”. It should be stressed that ADR is first and foremost an efficient and effective dispute resolution mechanism, not a therapeutic process. Based on the phrase “it’s not what you say, it’s how you say it,” ADR supplies a very practical method for the parties to find the best solutions for them under their given specific circumstances, all within a controlled and reasonable timeframe.

It may be said that ADR does not actually resolve the dispute for the parties but rather hosts a nurturing process in which the parties themselves are given tools, first and foremost the regaining of balance, to achieve resolution on their own and enjoy a wide variety of positive side effects that will heighten the probability of long-term success of the resolution. ADR simply supplies the proper conditions in which the parties can supply the best resolution for their disputes.

ADR – Appropriate Disaster Recovery

The human dynamics common to most disputes, their emergence and resolution, are brought to extremes in times of disaster and require special consideration.

Humans are struck by disasters of various natures: natural and man-made; personal, local, national and international; foreseen and surprising; damaging to property and life-threatening; economical, medical, political and humane, etc. To a certain extent, all disasters are distinct in that they rob the inflicted persons of their control over basic aspects in their life. Disaster related loss of control has a profound effect on human behavior, throwing people off balance and into severe mental states such as “shock” or “survival mode” where all they can manage, if anything, is to deal with their basic needs, as directed and motivated by their primary instincts. When inflicted by disaster, a people show a strong tendency to deal with immediate concerns that are “here and now” and commit little, if any, resources towards future prospects. Furthermore, some disasters are so colossal and detrimental to human life or property, that the inflicted persons lose the ability to grasp the disaster itself or comprehend its scale. This is sometimes known as the “survivor effect.”

Being in this acute state, the survivor has low levels of emotional resources required to deal with aspects of his life that are not essential for survival and so, for instance, has little or no capacity for constructive dispute resolution, the need for which tends to arise following a true disaster. Such disputes might take form between the survivors and their state or a foreign state, an airline or maritime company, an industrial or construction firm, or an insurance company of any of the above, and more. These disputes will often revolve around the various kinds of damage caused to the survivor, the liability of others for this damage and subsequently what would constitute adequate compensation, should the survivor be entitled to it.

The extremity of dispute resolution in disastrous situations has at least two inherent aspects. First, the sheer number of disputes requiring resolution poses a practical challenge to the system that hinders the quality of the process and might even render it virtually impractical. Second, being one of many in a similar situation, each survivor rightfully feels he is a part of a group and relates to his “disaster peers” and considers their specific resolutions as a reference point for his own, commonly doing so regardless of the special circumstances of his own personal case and thus obstructing the ability to properly create and assess his own resolution options.

Considering the limitations that the legal system, with its current tools and resources, suffers from when dealing with its current case log, it seems obvious that any attempt to settle disaster-related disputes would be far from adequate, if not totally futile. Apart from the fact that the legal system could never complete the incredible volume of proceedings within a reasonable time span required for the rehabilitation of survivors, it lacks the basic tools required to deal with the plaintiffs’ debilitating state, let alone to contain the large-scale emotional trauma caused to the group of survivors. Ultimately, litigation does not have the prospective ability to help the survivors regain balance and recreate their future.

ADR can be the mechanism needed to deal with this situation, first and foremost because it has the tools required to deal with the survivors in their special situation. As described above, giving the survivors attention and expressing empathy towards their situation can increase their emotional resources and help

rebalance them so that they may function despite the disaster and regain their prospective abilities, necessary to plan ahead and ultimately recuperate. This is a crucial point, since when in “survival mode,” survivors tend to lose capacity to take the required responsibility over the future course of their lives and make the proper decisions arising from the synthesis between logic and emotion, between heart and mind, the basis for consent as opposed to fear or confusion.

In order to appropriately recover from disaster, ADR requires several adjustments, both in principle and in practice. The fundamental element in ADR of having the parties take responsibility over the situation they are in, including how they reached that situation, must be carefully considered in light of an inevitable, true disaster, and the bona fide feelings of survivors that the sky simply “fell on them.” Such feelings, apart from requiring large amounts of empathy, call for a shift from the aspiration to assume responsibility over the situation to an attempt to simply face the new reality upon which the future should be considered. Such a personal reality check of the present allows the survivors to eventually retake responsibility over their future, “get back in the driver’s seat” and rebalance their lives.

Once he acknowledges reality and is able to come to terms with it, the survivor can state to relate to the ADR agent who must be presented and perceived as a neutral element, and who, although sent by “the system,” is not its representative but rather an independent agent who bears essentials required for the survivor to make a fresh start.

This independent identity of the mediator is especially important in light of the great difficulty the survivors have to identify, locate and confront who is liable for their disaster. In such a case, the survivors are required to deal with “the system,” represented by the state, social security elements, insurance companies, et cetera, and the mediator must position himself between these two very distinct entities and attempt to understand the survivors’ needs and requirements for rehabilitation.

Having defined the survivors’ needs, it is now the mediator’s job to bring them to abandon deliberations of past events such as damage assessment and turn their attention and focus towards the future and the required measures to be taken in their best interest, all in a realistic timeframe.

On the practical level, it is important that ADR agents perform strict reality checks for the proposed resolutions and lay out detailed plans for an efficient follow up on the execution thereof. This is due to the dangers of over-empathizing with the survivors, what might lead to careless and unrealistic resolutions that harbor the risk of not being upheld; ultimately causing a breach of trust with the worst possible implications, considering the delicate state of survivors.

The Gaza Eviction Disaster Recovery

Having decided to physically and politically disengage from the Gaza strip, the Israeli government issued a general eviction notice to all 8700 Israeli citizens settled in several points throughout the designated area of disengagement, doing so approximately one year in advance. For the Gaza residents, this eviction notice was a disaster on a personal level, people were about to be forced to leave the home of many years; politically, idealists felt deeply betrayed by the government (that most of them voted for) of the country that sent them to this area many years ago with a mission to guard the homeland; economically, successful businesses were destined for liquidation.

While the eviction notice resounded throughout the country, causing a fierce political stir, it was the Gaza strip residents that were faced with its immediate consequences.

For them, it was a disaster about to happen, literally. Appointed to face the settlers was an ad hoc panel lead by Yonatan Basi, which succeeded in convincing seventy percent of the residents to leave the Gaza strip in return for monetary compensation and various statements of obligation to relocate and resettle whole families and even whole settlements. The strategy utilized by Basi and his team was to focus on “the day after” the eviction and the future to come, trying to get the settlers past the emotional resistance and into practical cooperation and consent.

The Gaza disengagement failed as an ADR attempt for two main reasons.

First, Yonatan Basi, the ADR agent in this case was never deemed trustworthy by the settlers and was constantly perceived as a messenger of the traitorous government. Basi failed to form an independent identity for himself as a true mediator and thus hindered his ability to shift the attention and focus of the survivors-to-be from dealing with the disaster itself to considering future prospects. This ruled out any chance for a trust-based process and there is evidence that interaction with the settlers was largely based on fear and suspicion.

Second, seemingly in an attempt to “smooth the process,” promises were made and obligations were obtained that were obviously not realistic and were greatly not upheld, inevitably leading to a severe breach of trust and acute suspicion and disbelief. A much more strict evaluation of options could have prevented this but it seems that this failure can be viewed as a direct result of the ADR agent himself.

Added to this was a very fluid, almost non-existent follow up mechanism which ultimately left many people unattended, causing yet more suspicion and mistrust. The negative effects of this quasi-ADR failure are far from diminishing and it seems that this breach of trust might have gone beyond repair for many of the disputing settlers.

Prospects and Suggestions

Beginning to understand the challenges of dealing with disaster recovery and the requirements from the mediators involved, we now can modify the ADR processes accordingly. Considering that, when properly implemented, ADR in general and mediation in particular is a practical, efficient and effective process, the method and its tools should be compatible to large-scale post-traumatic situations. For instance, who are we dealing with? What is the smallest surviving organic unit in need? Is it a person, family, building, neighborhood, community, et cetera? How do we decide which ADR process, if any, is appropriate for this given surviving unit? How do we identify the appropriate representative to deal with? Locating the person who has the mandate required to reach the best possible solution for the largest amount of survivors can help maximize the efficiency of the process as well as its effectiveness. During the process, how do we check whether the representative has the ongoing ability to maintain the required responsibility or whether there is a need to involve additional persons? How do we create interim agreements as trust-building steps in the process and identify opportunities for shifting to positive, future-oriented thinking?

In order to minimize possible disappointments and breach of trust – how do we accommodate the survivors’ needs within the given Zone Of Possible Agreement (ZOPA), maintaining the mediator’s neutrality while keeping in touch with the relevant authority?

Deliberating these questions, and probably many more, will promote, construct and hopefully provide the best suited Appropriate Disaster Recovery method. Seeing the world today, what it has become and where it is going, should clearly urge us to confront and deal with the challenge of developing those tools and methods.

Author's Note

This article is based on the author’s personal knowledge and experience as a mediator and crisis negotiator, dealing with various disaster-management situations. Some of the terms in this article are taken from the field of therapy and should be perceived literally and not in their original professional context.

ღავის ალტერნატიული გაღაწყვეტა – კატასტროფის შედეგების სათანადო ლიკვიდაცია

სამართლებრივი სისტემა, ალბათ, ისეთივე ხანდაზმულია, როგორც თავად საზოგადოება. ცივილიზაციის დასაბამიდანვე ადამიანმა კანონი და განაჩენი (მსჯავრი) საზოგადოებრივი ცხოვრების ორივე, სამოქალაქო თუ სისხლისსამართლებრივი ასპექტის რეგულირების ხელშემწყობ უპირველეს ინსტრუმენტად მიიღო. როგორც ძველი, ასევე თანამედროვე საზოგადოებები ისტორიულად ხშირად მათი საკანონმდებლო და სასამართლო სისტემების სტრუქტურის და ხარისხის მიხედვით ფასდება. როგორც ჩანს, ადამიანები დავაში ჩაბმულები მას შემდეგ იყვნენ, რაც მათ ერთად ცხოვრება დაიწყეს და ფუნდამენტური სოციალური სტრუქტურისა და წესრიგისთვის ღავის ეფექტური გაღაწყვეტა აუცილებელი იყო.

ისტორიულ და ახლო წარსულშიც ღავის გაღაწყვეტა უმთავრესად ადგილობრივი, მუნიციპალური, რეგიონალური, ეროვნული, ფედერალური თუ საერთაშორისო სუვერენული სამართლებრივი სისტემებით წარიმართებოდა; ან არა-სუვერენული მესამე მხარეების, კერძო აგენტების მიერ, რომლებსაც ან დავაში მონაწილე მხარეების მიმართავდნენ, ან ის ინტერესთა ჯგუფები ნიშნავდნენ (ავალებდნენ), რომელთა მიმართაც მხარეები დაქვემდებარებულ დამოკიდებულებაში ან სხვაგვარ კავშირში იმყოფებოდნენ. ღავის გაღაწყვეტის ამ სხვადასხვა მექანიზმში ნიშანდობლივია მხარეების მიერ გაღაწყვეტილებების ექსტერნალიზაცია. მხარეები უარს ამბობენ შეთანხმების მიღწევის საკუთარ შესაძლებლობაზე, ერთობლივად ირჩევენ ღავის საგანს და გადადიან შერჩეული ტრიბუნალის დაქვემდებარებაში, რომელიც, თავის მხრივ, იძენს უფლებამოსილებას და პასუხისმგებლობას მხარეებსა და იმ ვითარებაზე, რომელშიც მათ თავი ჩაიყენეს. რა თქმა უნდა, უკვე ტრიბუნალის წინაშე წარმდგარი მხარეები თავისუფლები არიან საჭიროებისგან, რომ უშუალო კომუნიკაცია იქონიონ და ინტერნალიზებული გაღაწყვეტის პროცესისთვის აუცილებელი პირადი ურთიერთმოქმედებისთვის საჭირო ინტელექტუალური და ემოციური რესურსები დახარჯონ, მაგრამ ის, რაც საბოლოოდ მათ აქტივობას საკუთარი თავის და ერთმანეთის მიმართ ასუსტებს, არის მათი დაქვემდებარებული მდგომარეობა. მხარეების ეს დასუსტება შესაძლებელია დაიშვას იმ დრომდე, ვიდრე ტრიბუნალი უზრუნველყოფს შედეგს, რომელიც მისაღებია, მიჰყავს რა პროცესი ღავის ინტერნალიზებული გაღაწყვეტის მიმართ ექსტერნალიზებული გაღაწყვეტის უპირატესობისკენ. არაპროფესიონალის ენაზე, ეს შეიძლება „სისტემისადმი მინდობად“ იქნეს მიჩნეული.

ღავის გაღაწყვეტისას სავსებით ბუნებრივი და მოსალოდნელია, რომ საწინააღმდეგო გაღაწყვეტის შემთხვევაში მხარე/მხარეები შედეგით უკმაყოფილონი იყვნენ, და ამან, თავის მხრივ, არ უნდა შეასუსტოს ექსტერნალური გაღაწყვეტის, როგორც ღავის გაღაწყვეტის უპირატესი მექანიზმის სტატუსი. მაგრამ რა, თუკი ტრიბუნალის შედეგი უკმაყოფილოს ამასთანავე იმ მხარესაც ტოვებს, რომლის სასარგებლო გაღაწყვეტაც იქნა მიღებული? სავარაუდოდ, ეს ტრიბუნალსა და ყველა მხარეს შორის ნდობის რღვევას უდებს საფუძველს, რაც, თავის მხრივ, ექსტერნალური გაღაწყვეტის მათეულ დასაბუთებას ამსხვრევს. თუ ეს არაერთგზის

* მაიკლ ცური, მედიაციის და კონფლიქტების მოგვარების ინსტიტუტის დამფუძნებელი და დირექტორი, იერუსალიმი. მედიაციის და მოლაპარაკების წარმოების ადიუნქტ-პროფესორი, ბიზნესის სკოლა და იერუსალიმის ჰებრეუს უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტი. წარმმართველი კონსენსუსის მიმდევარი: მოლაპარაკება კონფლიქტების მოგვარება. ნიუ-იორკში კონფლიქტების მართვის და კრიზისულ ვითარებებში მოლაპარაკების წარმოების სპეციალისტი. წინამდებარე სტატია დაინერა ბ-ნი შაი მელკერის, ადვოკატი და მედიატორი, დახმარებით. წინამდებარე სტატია დაინერა ქარდოზო(ს) კონფლიქტების მოგვარების ჟურნალის 2007 წლის სიმპოზიუმისთვის, ADR-ის შედეგად: კატასტროფის შემდგომი სტრატეგიები.

და ფართო მასშტაბით მოხდება, სოციალური საფუძველი ექსტერნალიზებული გადაწყვეტის-თვის საფრთხის ქვეშ აღმოჩნდება, რაც დასაბამს მისცემს დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმების წარმოშობას. როგორც ჩანს, გასული რამდენიმე ათწლეულის მანძილზე თანამედროვე დასავლურ საზოგადოებებს და მათ სამართლებრივ სისტემებს შორის ნდობის ასეთ ფართომასშტაბიან დარღვევას ნამდვილად ჰქონდა ადგილი, რამაც დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის (ADR) სხვადასხვა ფორმის წარმოშობა გარდაუვლად განაპირობა.

ADR-ის გაჩენის ბიძგს წარმოადგენს სამართლებრივი სისტემის წარუმატებლობა თავისი ფუნქციის – როგორც მზარდ და მუდმივად განვითარებად თანამედროვე მსოფლიოში დავის გადაწყვეტის ეფექტიანი და ეფექტური მექანიზმის – შესრულებაში. თავდაპირველად სამართლებრივი სისტემა ადამიანთა დიდი მასისათვის გახდა ხელმისაწვდომი, რამაც დავების რაოდენობის და სამართალწარმოების მოცულობის მნიშვნელოვანი ზრდა გამოიწვია. თუმცა, თავად სისტემა ძალიან ნელი ტემპით ვითარდებოდა საიმისოდ, რომ აღნიშნული ზრდის შესაბამისი ყოფილიყო და, ამრიგად, მან აღნიშნული დავების დროული და გონივრული წესით მართვის და გადაწყვეტის უნარი დაკარგა. შედეგად მიღებულმა ხანგრძლივმა სასამართლო განხილვებმა და დავების გადაწყვეტაში არსებულმა შეფერხებამ მხარეები უფრო ეფექტიანი მექანიზმების ძიებამდე მიიყვანა. თავად სამართალწარმოების პროცესს რაც შეეხება, მის მიმართ მრავალი ადამიანი გაუცხოვდა, რადგან ის არ აძლევდა ადამიანებს საკუთარი თავის გამოხატვის საშუალებას, რომ აღარაფერი ვთქვათ მათი დავის ემოციური ასპექტის შემსუბუქებაზე, რაც ბევრ შემთხვევაში მთავარ ასპექტს წარმოადგენს. ყურადღების მხოლოდ ცივ, უდავო ფაქტებზე გამახვილებით და ემოციების გამორიცხვით მიუხედავად იმისა, თუ ეს ემოციები მხარეებისთვის რამდენად მნიშვნელოვანი შეიძლება იყოს, სამართალწარმოება ემოციური განმუხტვის დეფიციტით სრულდება და შერიგებაზე რომ აღარაფერი ვთქვათ, მხარეებს წინსვლის შესაძლებლობის გარეშე ტოვებს. ეს მართლაც ასეა თითქმის ყველა მხარისთვის პრაქტიკული შედეგისადმი მათი სუბიექტური შეხედულებების მიუხედავად.

სამართალწარმოების პროცესების ეს პიროვნულ/ემოციური შეზღუდულობა შემდგომში გამოიხატებოდა მათი ზოგად ტენდენციაში – ყოფილიყვნენ რეტროსპექტულნი გადაწყვეტილი დავის შემდგომი შედეგების სათანადოდ გათვალისწინების გარეშე. ეს მხარეებს წარსულში „ჩაფლობილებს“ ტოვებდა, აჩერებდა რა მათ დავის ნეგატიურ ასპექტებზე, არ შეეძლო სამომავლო დადებითი პერსპექტივების განჭვრეტა და წინასწარ დაგეგმვა. შესაძლებელია ითქვას, რომ სამართალწარმოების პროცესი დავის გადაწყვეტისადმი პათოლოგიურ მიდგომას წარმოადგენდა მაშინ, როდესაც მხარეები მიისწრაფოდნენ კონსტრუქციული მიდგომისკენ, ურთიერთობების აღდგენისკენ, განკურნებისკენ და არა გაკვეთისკენ. ეს პრობლემა იმდენად გამწვავდა, რომ თავად სამართლებრივმა სისტემამ დაიწყო სამოქალაქო სარჩელის წინასასამართლო ეტაპის მეტად განვითარება, აძლევდა რა ტრიბუნალს საშუალებას, რომ სამოქალაქო პროცესის ხისტ ჩარჩოში მოქცევამდე, დავის გადასაწყვეტად არაფორმალური კონსტრუქციული მიდგომის გამოყენება ეცადა. ახლაც (ჯერაც), ბედის ირონიით, საკმაოდ გავრცელებულია მოსამართლის მიერ მხარეების დარბაზიდან გაშვება იმისათვის, რომ მათ „გარჩევა“ და დავის მოგვარება უშუალო ურთიერთობის გზით შეძლონ, რაც სასამართლოსთვის შეუფერებლად მიიჩნევა. ასეთი დინამიკა სასამართლო სისტემისადმი დარღვეულ ნდობას კიდევ უფრო აღრმავებს.

ამ წინაპირობების გათვალისწინებით, ადვილად გასაგებია, თუ როგორ იკვეთება თანამედროვე, ძირითადად, მედიაციის პროცესში გამოყენებული ADR-ის პრინციპები. განვიხილოთ კლასიკური შვიდსაფეხურიანი მედიაციის მოდელი: (i) შესავალი განცხადებები; (ii) დავის წარმოდგენა (პრეზენტაცია); (iii) შუალედური შეჯამება; (iv) თემების და ინტერესების განსაზღვრა; (v) ვარიანტების შექმნა; (vi) ვარიანტების შეფასება; და (vii) შეთანხმების შედგენა. ეს არის გამორჩეულად პერსპექტიული პროცესი, რომელიც უმთავრესად იმაზე ამახვილებს ყურადღებას, თუ როგორ აღიქვამენ არსებულ დავაში საკუთარ როლს თავად მხარეები და დავის სასურველი გადაწყვეტის ფონზე როგორ წარმოუდგენიათ მომავალი. არასწორი ექსტერნალური გადაწყვეტის და მისი შედეგების საფუძველად ზუსტ, გარეგნულად ობიექტურ,

ფაქტებზე დამყარებულ სასამართლო გადაწყვეტილებებზე ფოკუსირების ნაცვლად, ეს მოდელი ითვალისწინებს რა თითოეული მონაწილე მხარის ინტერესებსა და მიზნებს, სასურველი ნაყოფიერი ინტერნალური დარეგულირების მიმართულებით თავად მხარეების მომავალი კრეატიულობისთვის უპირატესობას სუბიექტურ აღქმას, აზრს, რწმენას და ემოციას ანიჭებს.

აქვს რა მხარეების სუბიექტური პოზიციებისადმი გულისხმიერი დამოკიდებულება და ცნობს რა მათ ემოციებს, ეს ორივე ელემენტი დავის ფაქტობრივი საფუძვლისგან განუყოფლად განიხილება, ADR მხარეებს უფლებამოსილების მინიჭების გამოცდილებას სთავაზობს. გამეორებული უნდა იქნეს, რომ პროცესში, რომელშიც ნდობას დიდი მნიშვნელობა აქვს, ემოციები, რა თქმა უნდა, ნამდვილია. ასევე, გულისხმიერების, როგორც უფლებამოსილების აღების მინიჭების ფაქტორის მნიშვნელობა, არ შეიძლება იქნეს ზედმეტად ხაზგასმული. ეს უფლებამოსილების მინიჭება მხარეებს საშუალებას აძლევს განონასწორებული თვალთახედვიდან კრიტიკულად გაერკვნენ დავაში და, შესაბამისად, ყოველ მათგანს იმ პოზიციაში აყენებს, რომლიდანაც მათ შეუძლიათ არსებულ ვითარებაზე პასუხისმგებლობის აღება და თუ კი ისინი ამას ისურვებენ, დავის შედეგზე კონტროლს მათ ხელში აბრუნებს.

ADR-ის უმნიშვნელოვანეს ელემენტს მხარეებზე რეჟიოსორის, ე.ი. შუამავლის ძალაუფლების ნაკლებობა (არარსებობა) წარმოადგენს. ერთ-ერთი პირველი, რაც შესავალ განცხადებებშია განმარტებული არის ის, რომ მხარეების ნება, და მხოლოდ ის არის, რაც მათ პროცესში აჩერებს და რასაც შეუძლია მათი შეთანხმების დადებამდე და მისი შესრულების ვალდებულების აღებამდე მიყვანა. არა მხოლოდ არ არსებობს მხარისთვის გადაწყვეტილების თავს მოხვევის (იძულების) შანსი, არამედ მხარეები არც კი არიან ვალდებული რომ დარჩნენ პროცესში უფრო დიდხანს, ვიდრე ეს მათ სურთ, ასე რომ, მხარეები შუამავლის მიერ ან პროცესით დაშინებულები არ არიან. ეს უკიდურესი თავისუფლების ხარისხი მხარეებისთვის ასე საჭირო სულის სიმშვიდეს იწვევს, რაც, საბოლოო ჯამში, შუამავლის და პროცესისადმი მათ ნდობას განაპირობებს, და იმედი ვიქონიოთ, რომ იქნებიან პოზიციაში, რათა საბოლოოდ ერთმანეთს ენდონ. ეს კომფორტის ზონა, ასევე, ეხმარება მხარეებს, რომ გამოვიდნენ მათი თავდასხმა/თავდაცვის პოზიციებიდან და გაცნობიერებულ და გონივრულ რეჟიმში გადავიდნენ, რაც აუცილებელია არსებულ ვითარებაზე მათი საკუთარი პასუხისმგებლობის აღიარებისთვის და საბოლოოდ იმის გაგებისთვის, რომ გადაწყვეტილების მიღება არა მხოლოდ მათ ინტერესში, არამედ, მათ ხელშია.

მხარეების ნდობის მოპოვების და მთელი პროცესის განმავლობაში მისი შენარჩუნების კონტექსტში უნდა აღინიშნოს, რომ ADR-ის სათანადოდ გაძლოლის შემთხვევაში, არ უნდა იყოს დამაფიქრებელი, ანუ, შუამავალმა თავი უნდა შეიკავოს მხარეებისთვის მათი დავის შესაძლო გადაწყვეტების წარდგენისგან. ძალიან მნიშვნელოვანია, რომ მხარეებმა თავი პასუხისმგებლობის აღების პოზიციაში ჩაიყენონ და თავიანთი საკუთარი გადაწყვეტილებები შექმნან, რომ ამით საკუთარი გრძელვადიანი წარმატების ალბათობა მაქსიმალურად გაზარდონ, ვინაიდან არავის შეუძლია რეალურად გააცნობიეროს, თუ რა არის მხარეებისთვის უკეთესი, ვიდრე ეს თავად მათ ხელენიფებათ. გარდა ამისა, პირობითი გადაწყვეტის წარმოდგენისას შუამავლის მხრიდან გამოვლენილმა სულ უმნიშვნელო უგრძობლობამ (უტაქტობამ) ან გაუფრთხილებლობამ შესაძლებელია, რომ შედეგად რამოდენიმე ან ყველა მხარესთან ნდობის დარღვევა გამოიწვიოს.

ყოველივე ზემოთქმულის გათვალისწინებით, ვინმეს შესაძლოა შუამავალი შეცდომით თერაპევტი (მკურნალი) ან სოციალური მუშაკი, ან უბრალოდ „კარგი მსემენელი“ ეგონოს. უნდა აღინიშნოს, რომ ADR, უპირველეს ყოვლისა, არის დავის გადაწყვეტის ეფექტიანი და ეფექტური მექანიზმი, და არა თერაპიული პროცესი. „ეს არა არის რასაც თქვენ ამბობთ, ეს არის თუ როგორ ამბობთ“ – ამ ფრაზაზე დაყრდნობით, ADR მხარეებისთვის მეტად პრაქტიკულ მეთოდს იძლევა, რომ კონტროლირებად და გონივრულ ვადებში მიაგნონ მათთვის საუკეთესო გადაწყვეტილებებს იმ სპეციფიკურ გარემოებებში, რომელშიც იმყოფებიან.

შეიძლება ითქვას, რომ მხარეებისთვის ADR ფაქტობრივად არ ნყვეტს დავას, არამედ უფრო უძღვება სწავლების პროცესს, რომელშიც მხარეები თავად არიან მოცემული ინსტრუმენტები, უპირველეს ყოვლისა, წონასწორობის აღმდგენი, გადაწყვეტის დამოუკიდებლად მისაღწევად და დადებითი გვერდითი ეფექტების დიდი არჩევნის გამოსაყენებლად, რომელიც

გადაწყვეტის გრძელვადიანი წარმატების ალბათობას გააძლიერებს. ADR უბრალოდ სათანადოდ პირობებს უზრუნველყოფს, რომელშიც მხარეებს მათი დავებისთვის საუკეთესო გადაწყვეტის მიწოდება შეუძლიათ.

1. ADR – კატასტროფის შედეგების სათანადოდ ლიკვიდაცია

ადამიანის დინამიკა (მამოძრავებელი ძალები), რომელიც საერთოა დავათა უმეტესობისთვის, მისი აღძვრა და გადანყვეტა კატასტროფების დროს უკიდურესობამდეა მიყვანილი და განსაკუთრებულ ყურადღებას მოითხოვს.

ადამიანები დარტყმას იღებენ სახვადასხვა ხასიათის კატასტროფებისგან: ბუნებრივი და ხელოვნური; პირადი, ადგილობრივი, ეროვნული და საერთაშორისო; მოსალოდნელი (პროგნოზირებადი) და მოულოდნელი; ქონების დამაზიანებელი და სიცოცხლისთვის საშიში; ეკონომიკური, სამედიცინო, პოლიტიკური და ადამიანური (ჰუმანური) და ა.შ. გარკვეულწილად ყველა კატასტროფა განსაზღვრულია იმით, რომ ის დარტყმის ქვეშ მყოფ ადამიანებს საკუთარი ცხოვრების ძირითად ასპექტებზე კონტროლის გარეშე ტოვებს. კონტროლის დაკარგვასთან დაკავშირებული კატასტროფა ადამიანის ქცევაზე ღრმა ზემოქმედებას ახდენს, აკარგვინებს რა ადამიანებს წონასწორობას აგდებს მათ მიმე ფსიქიკურ მდგომარეობებში – „შოკში“ ან „გადარჩენის რეჟიმში“, რომლებშიც თუ კი საერთოდ რამის მართვა შეუძლიათ, ეს მათი პირველადი ინსტინქტების მიერ მართული და მოტივირებული ძირითადი საჭიროებების გამკლავებაა. კატასტროფით გამონვეული დარტყმის შედეგად ადამიანი „აქ და ახლა“ არსებული მომენტალური საზრუნავების გამკლავების ძლიერ ტენდენციას ავლენს, ხოლო სამომავლო პერსპექტივების მიმართულებით მცირე, თუ კი საერთოდ რაიმე, რესურსებს გამოყოფს. უფრო მეტიც, ზოგიერთი კარასტროფა იმდენად კოლოსალურია და ადამიანის სიცოცხლისთვის ან ქონებისთვის იმდენად საზიანო, რომ დარტყმის ქვეშ მყოფი პირები თავად კატასტროფის წვდომის და მისი მაშტაბების აღქმის უნარს კარგავენ. აღნიშნული ზოგჯერ „გადარჩენილის ეფექტის“ სახელწოდებით არის ცნობილი.

ამ მწვავე მდგომარეობაში გადარჩენილს საკუთარი ცხოვრების იმ ასპექტების გადასაჭრელად, რომლებიც გადარჩენისთვის აუცილებელი არ არის, დაბალი დონის ემოციური რესურსები გააჩნია, და აქედან გამომდინარე, მაგალითად, დავის კონსტრუქციული გადაწყვეტის შესაძლებლობა მცირედ გამოხატული ან საერთოდ არა აქვს, რისი საჭიროებაც ჩვეულებრივ ნამდვილი კატასტროფის შემდეგ ჩნდება. ასეთმა დავებმა შესაძლებელია, რომ გადარჩენილებს და მათ სახელმწიფოს ან უცხო სახელმწიფოს, ავია ან საზღვაო კომპანიას, სამრეწველო ან სამშენებლო ფირმას, ან ზემოთ ჩამოთვლილთაგან ნებისმიერის სადაზღვევო კომპანიას შორის, და კიდევ სხვა დავების ფორმა მიიღონ. ეს დავები ხშირად გადარჩენილებისთვის მიყენებული სხვადასხვა სახის ზარალის, ამ ზარალის მიყენებისთვის სხვათა ვალდებულების და შემდგომში, გადარჩენილისთვის მისაკუთრებული ზარალის ადეკვატური კომპენსაციის განსაზღვრის ირგვლივ იტრიალებს.

კატასტროფულ ვითარებებში დავების გადაწყვეტის უკიდურეს საჭიროებას ორი განუყოფელი (ნიშანდობლივი) ასპექტი გააჩნია. ირველი – გადაწყვეტის საჭიროების მქონე არსებული დავების რაოდენობა სისტემისთვის პრაქტიკულ გამონვევას წარმოადგენს, რაც უარყოფითად მოქმედებს პროცესის ხარისხზე და შესაძლებელია ის ფაქტობრივად განუხორციელებადიც კი გახადოს. მეორე – როგორც მსგავს ვითარებაში მყოფ მრავალთა შორის ერთ-ერთი, თითოეული გადარჩენილი სამართლიანად გრძნობს, რომ ის არის ნაწილი ჯგუფის და განეკუთვნება თავის „კატასტროფის თანამომხმეებს“ და მათ ინდივიდუალურ გადაწყვეტებს თავისი საკუთარისთვის ათვლის წერტილად მიიჩნევს, თავისი პირადი შემთხვევის განსაკუთრებული გარემოებების მიუხედავად, როგორც წესი, ასე მოქმედებს და ამით მისი საკუთარი გადაწყვეტის ვარიანტების შექმნის და შეფასების შესაძლებლობას ხელს უშლის.

იმ შეზღუდვების გათვალისწინებით, რომელსაც მიმდინარე საქმის გადაწყვეტისას საკანონმდებლო სისტემა თავისი თანამედროვე (გავრცელებული) ინსტრუმენტებით და რესურსებით განიცდის, ნათლად ჩანს, რომ კატასტროფასთან დაკავშირებული დავის მოგვარების ნებისმიერი მცდელობა ადეკვატურისგან საერთოდ ფუჭი თუ არა, შორს მდგომი იქნება. გარდა იმისა, რომ სამართლებრივ სისტემას წარმოუდგენელი მოცულობის სამართალწარმოების

პროცესების დასრულება გადარჩენილთა რეაბილიტაციისთვის საჭირო გონივრულ ვადაში არასდროს შეუძლია; გადარჩენილების ჯგუფისთვის მიყენებული დიდი ემოციური ტრავმის დატევაზე რომ აღარაფერი ვთქვათ, მას მოსარჩელების დამქანცველ მდგომარეობასთან გამკლავებისთვის საჭირო ძირითადი ინსტრუმენტებიც არ გააჩნია. საბოლოოდ, სასამართლო პროცესს არა აქვს პოტენციური შესაძლებლობა, რომ დაეხმაროს გადარჩენილებს აღიდგინონ წონასწორობა და ხელახლა შექმნან საკუთარი მომავალი.

ADR შესაძლებელია იყოს ამ ვითარებასთან გამკლავების აუცილებელი მექანიზმი, პირველ რიგში იმის გამო, რომ მას აქვს საჭირო ინსტრუმენტები იმისთვის, რომ გადარჩენილებს მათ განსაკუთრებულ მდგომარეობაში სირთულეების გადალახვაში დაეხმაროს. როგორც ზემოთ იყო აღწერილი, გადარჩენილებისთვის ყურადღების დათმობას და მათი მდგომარეობის მიმართ თანაგრძნობის გამოხატვას შეუძლია მათი ემოციური რესურსების გაზრდა და წონასწორობის აღდგენაში დახმარება, ისე, რომ მათ შეძლონ კატასტროფის მიუხედავად ფუნქციონირება და პოტენციური უნარების აღდგენა, რომლებიც წინასწარ დაგეგმვისთვის და საბოლოოდ ფეხზე დადგომისთვის არის საჭირო. ეს არის გადამწყვეტი მომენტი, მას შემდეგ რაც „გადარჩენილის მდგომარეობაში“ იმყოფებიან, გადარჩენილები მიდრეკილნი არიან, რომ ხელიდან გაუშვან (დაკარგონ) საკუთარი ცხოვრების მომავალი კურსის (გეზის) ირგვლივ პასუხისმგებლობა და ლოგიკასა და ემოციას შორის, გულსა და გონებას შორის სინთეზის საფუძველზე გაჩენილი სწორი გადაწყვეტილებების მიღების უნარი, რომელიც შიშის და გაურკვეველობის საპირისპიროდ თანხმობის საფუძველს წარმოადგენს.

კატასტროფის შემდეგ სათანადოდ აღსადგენად (ფეხზე დასადგომად) ADR ორივეში, როგორც პრინციპებში, ასევე პრაქტიკაში რამდენიმე კორექტირებას მოითხოვს. ADR-ის ფუძემდებლური ელემენტი, რომ მხარეებმა აიღონ პასუხისმგებლობა იმ ვითარებაზე, რომელშიც არიან, თავის თავში მოიცავს შემდეგს: გარდაუვალი, ნამდვილი კატასტროფის და გადარჩენილების გულწრფელი გრძნობების – რომ უბრალოდ ცა „ჩამოექცათ თავზე“ ფონზე ყურადღებით უნდა იქნეს განხილული, თუ როგორ მივიდნენ არსებულ ვითარებამდე. ასეთი გრძნობები ძალიან დიდი თანაგრძნობის საჭიროების გარდა, ვითარებაზე პასუხისმგებლობის საკუთარ თავზე აღების დიდი სურვილიდან, უბრალოდ, ახალი რეალობისთვის, რომელზე დაყრდნობითაც მომავალი უნდა მოიაზრობოდა, თვალის გასწორების მცდელობაზე გადასვლას მოითხოვს. აწმყოს ამგვარი ინდივიდუალური რეალობის პრიზმაში შესწავლა საშუალებას აძლევს გადარჩენილებს საბოლოოდ კვლავ ხელში აიღონ პასუხისმგებლობა საკუთარ მომავალზე, დაუბრუნდნენ „მემანქანის ადგილს“ და საკუთარი ცხოვრება თავიდან მოიყვანონ წონასწორობაში.

რაკი აცნობიერებს რეალობას და აქვს მასთან თანხმობაში მოსვლის (შეგუების) უნარი, გადარჩენილს შეუძლია ADR-ს აგენტთან ურთიერთობის სურვილი გამოთქვას, რომელიც უნდა იქნეს აღქმული, როგორც ნეიტრალური ელემენტი, და, მიუხედავად იმისა, რომ „სისტემის“ მიერ გამოგზავნილია, არ არის მისი წარმომადგენელი, არამედ უფრო დამოუკიდებელი აგენტი, რომელიც ფლობს ძირითადს, რაც გადარჩენილისთვის ცხოვრების ნულიდან დასაწყებად არის საჭირო.

შუამავლის ეს დამოუკიდებელი პიროვნება განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია იმ დიდი სირთულის ფონზე, რომელშიც გადარჩენილმა უნდა განსაზღვროს, მიაგნოს და დაუპირისპირდეს მას, ვინც მათ კატასტროფაზე პასუხისმგებელი. ასეთ შემთხვევაში გადარჩენილებს სჭირდებათ ურთიერთობა (გამკლავება) „სისტემასთან“, რომელიც წარმოდგენილია სახელმწიფოს, სოციალური უზრუნველყოფის განყოფილებების, სადაზღვევო კომპანიების, და ა.შ. სახით, ხოლო შუამავალმა უნდა ამ ორ ძალიან განსაკუთრებულ ობიექტს შორის ჩაიყენოს თავი და გადარჩენილების საჭიროებებსა და რეაბილიტაციისთვის საჭირო მოთხოვნებში გარკვევას შეეცადოს.

როცა გადარჩენილების საჭიროებები განსაზღვრულია, უკვე შუამავლის საქმეა, რომ მათ წარსულ მოვლენებზე, მაგალითად, ზარალის შეფასებაზე ფიქრი დაასრულებინოს და მათი ყუ-

რადღება მიმართოს და მიაპყროს მომავლისაკენ და მათი საუკეთესო ინტერესისთვის საჭირო გასატარებელი ღონისძიებებისკენ, და ეს ყოველივე რეალისტურ ვადებში შეასრულოს.

პრაქტიკულ დონეზე მნიშვნელოვანია, რომ ADR-ის აგენტებმა შეთავაზებული გადაწყვეტილებისთვის მკაცრი რეალობის კონტროლი აწარმოონ და მათი შესრულების ეფექტიანი მეთვალყურეობისთვის დეტალური გეგმები წარმოადგინონ. აღნიშნული საჭიროა გადარჩენილებისადმი გადაჭარბებული თანაგრძნობის საფრთხეების გამო, რასაც დაუკვირვებელ და არარეალურ გადაწყვეტებამდე მიყვანა შეუძლია, ეს კი, შეიცავს რისკს, რომ არ იყოს მხარდაჭერილი; რაც საბოლოოდ ნდობის დარღვევას იწვევს და თუ გადარჩენილების მდგომარეობის დელიკატურობას გავითვალისწინებთ, უარესი შესაძლო შედეგებიც არ არის გამორიცხული.

2. ღაზას გასახლების კატასტროფის შედეგების აღმოფხვრა

ჰქონდა რა გადაწყვეტილი ფიზიკურად და პოლიტიკურად ღაზას სექტორიდან გამოყოფა, ისრაელის მთავრობამ დაახლოებით ერთი წლით ადრე გათავისუფლებისთვის განსაზღვრული ტერიტორიის რამოდენიმე წერტილში მოსახლე ისრაელის ყველა 8700 მოქალაქისთვის საყოველთაო გასახლების გაფრთხილება გამოსცა. ეს გასახლების გაფრთხილება ღაზას მაცხოვრებლებისთვის იყო კატასტროფა – პიროვნულ დონეზე, ადამიანები იძულებულნი იყვნენ მრავალი წლით დაეტოვებინათ საცხოვრებელი (კერა); პოლიტიკურად, იდეალისტებმა ქვეყნის მთავრობისგან (ვისაც მათმა უმრავლესობამ მისცა ხმა), რომელმაც მრავალი წლის წინ ისინი ამ ტერიტორიაზე სამშობლოს დაცვის მისიით გაგზავნა, თავი ღრმად მოტყუებულებად იგრძნეს; ეკონომიკურად, წარმატებული ბიზნესები ლიკვიდაციისთვის იქნა განწირული.

მიუხედავად იმისა, რომ როდესაც გასახლების გაფრთხილება მთელ ქვეყანას მოეფინა, მძვინვარე პოლიტიკური აჟიოტაჟი გამოიწვია, ღაზას სექტორის მაცხოვრებლები იყვნენ ისინი, ვინც მისი უშუალო შედეგების პირისპირ აღმოჩნდნენ.

მათთვის ეს, ფაქტობრივად, პირდაპირი გაგებით, თითქმის მომხდარი კატასტროფა იყო. გადასახლებულებთან შეხვედრები (ურთიერთობა) დაევალა სპეციალური კომისიას იონათან ბასის ხელმძღვანელობით, რომელმაც ფულადი კომპენსაციის და მთლიანი ოჯახების და მთლიანი დასახლებების გადაადგილების და განსახლების სხვადასხვა ვალდებულებების გაცხადების სანაცვლოდ მოსახლეთა სამოცდაათი პროცენტის დარწმუნებაში, რომ დაეტოვებინათ ღაზას სექტორი, წარმატებას მიაღწია. ბასის და მისი გუნდის მიერ გამოყენებული სტრატეგია იყო გასახლების „შემდეგ დღეზე“ და მომავალზე ფოკუსირება, ცდილობდნენ რა, რომ გასახლებულებს ემოციონალური წინააღმდეგობისთვის გვერდი აეგლოთ და პრაქტიკულ თანამშრომლობასა და თანხმობაში ყოფილიყვნენ.

ღაზას გათავისუფლებამ, როგორც ADR-ის მცდელობამ, მარცხი განიცადა ორი ძირითადი მიზეზის გამო.

პირველ რიგში, იონათან ბასი, ამ შემთხვევაში ADR-ის აგენტი, გადასახლებულებში ნდობას არასდროს იმსახურებდა და მუდმივად მოღალატე მთავრობის მაცნედ აღიქმებოდა. ბასიმ ვერ მოახერხა დამოუკიდებელი იდენტობის (პიროვნების, ინდივიდის), ნამდვილი შუამავლის სახით წარდგომა და ამით დააბრკოლა თავისი შესაძლებლობა, რომ გადარჩენილების ყურადღება და კონცენტრირება თავად კატასტროფიდან მომავლ პერსპექტივაზე ფიქრზე გადაეტანა. აღნიშნულმა ნდობაზე დამყარებული პროცესისთვის შესაძლებლობა (შანსი) აღარ დატოვა და არსებობს მტკიცებულება, რომ გადასახლებულებთან უთიერთობა დიდწილად შიშზე და ეჭვზე იყო დამყარებული.

მეორეც, როგორც ჩანს, „პროცესის შერბილების“ მცდელობისას გაცემული იყო დაპირებები და აღებული იყო ვალდებულებები, აშკარად არარეალისტური და, შესაბამისად, მხარდაჭერის არმქონე, რამაც პროცესი მალევე ნდობის სერიოზულ დარღვევასთან, ძლიერ ეჭვთან და უნდობლობასთან მიიყვანა. ვარიანტების გაცილებით მკაცრ შეფასებას შეეძლო ეს თავიდან აეცილებინა, მაგრამ, როგორც ჩანს, ეს მარცხი თავად ADR-ის აგენტის პირდაპირ შედეგად შეიძლება შეფასდეს.

ამასთანავე, იყო ძალიან არასტაბილური თითქმის არარსებული თვალყურისდევნების მექანიზმი, რამაც, საბოლოო ჯამში, მრავალი ადამიანი ყურადღების გარეშე დატოვა და კიდევ უფრო მეტი ეჭვი და უნდობლობა გამოიწვია. ამ კვაზი-ADR-ის მარცხის უარყოფითი შედეგები შემცირებისგან შორსაა და, როგორც ჩანს, მოდავე გადასახლებულთაგან მრავალთათვის აღნიშნული ნდობის დარღვევა შესაძლოა, აღდგენას აღარ დაეკემდებაროს.

3. პერსპექტივები და წინადადებები

დავინწყეთ რა კატასტროფის შედეგების გამკლავებასთან დაკავშირებული გამოწვევებისა და ჩართული შუამავლების მოთხოვნების გააზრება, უკვე შეგვიძლია, რომ ADR-ის პროცესები სათანადოდ შევცვალოთ. თუ გავითვალისწინებთ, რომ სათანადოდ შესრულებული (დანერგილი), ADR ზოგადად, და შუამავლობა, კონკრეტულად, არის პრაქტიკული, ეფექტიანი და ეფექტური პროცესი, მეთოდი და მისი ინსტრუმენტები ფართო სპექტრის პოსტ-ტრავმული ვითარებებისთვის შესაბამისი უნდა იყოს. მაგალითად, ვისთან გვაქვს საქმე? რომელია რთულ მდგომარეობაში მყოფი ყველაზე პატარა გადარჩენილი ორგანული ერთეული? არის ეს ადამიანი, ოჯახი, შენობა, სამეზობლო, თემი და ა.შ.? როგორ ვირჩევთ, თუ რომელი, თუ კი საერთოდ რომელიმე, ADR-ის პროცესი არის მოცემული გადარჩენილი ერთეულისთვის შესაბამისი? როგორ განვსაზღვრავთ საქმის მწარმოებელ სათანადო წარმომადგენელს? იმ პირის დადგენა, რომელსაც გადარჩენილების დიდი რიცხვისთვის საუკეთესო შესაძლო გადაწყვეტის მიღწევისთვის საჭირო მანდატი გააჩნია, პროცესის ეფექტიანობის, და ასევე, ეფექტურობის მაქსიმალურად გაზრდის ხელშეწყობა შეუძლია. პროცესის მიმდინარეობისას როგორ ვაკონტროლებთ, აქვს თუ არა წარმომადგენელს აუცილებელი პასუხისმგებლობის შენარჩუნების უწყვეტი უნარი ან თუ არის დამატებითი ადამიანების ჩართვის აუცილებლობა? როგორ შევიშუშავებთ შუალედურ შეთანხმებებს, როგორც პროცესში ნდობის ატმოსფეროს შექმნის ნაბიჯებს და როგორ ვსაზღვრავთ პოზიტიურ, მომავალზე ორიენტირებულ აზროვნებაზე გადასვლის შესაძლებლობებს? იმისათვის, რომ შესაძლო იმედგაცრუება და ნდობის დარღვევა მინიმუმამდე იქნეს დაყვანილი – როგორ უზრუნველყოფთ გადარჩენილების მოთხოვნილებებს მოცემული შესაძლო შეთანხმების ზონის (შშზ) ფარგლებში, შუამავლის ნეიტრალობის და კომპეტენტურ ორგანოებთან კავშირის შენარჩუნებით?

ამ კითხვების, და, ალბათ, გაცილებით მეტის განხილვა ხელს შეუწყობს, შეადგენს და იმედი ვიქონიოთ, უზრუნველყოფს საუკეთესოდ მორგებულ ADR-ის მეთოდს. დღევანდელ მსოფლიოზე დაკვირვება, თუ როგორი გახდა ის და საით მიდის, აშკარად გვიბიძგებს, რომ ამ ინსტრუმენტების და მეთოდების განვითარების გამომწვევებს წინააღმდეგობა გავუწიოთ და გავუმკლავდეთ.

4. ავტორის შენიშვნა

წინამდებარე სტატია ავტორის, როგორც სხვადასხვა კატასტროფის მართვის ვითარებებთან საქმის წარმმართველი შუამავლის და კრიზისის მომლაპარაკებლის პირად ცოდნას და გამოცდილებას ეფუძნება. სტატიაში ზოგიერთი ტერმინი თერაპიის სფეროდან არის აღებული და მათი ნამდვილი, პროფესიონალური კონტექსტის ნაცვლად სიტყვასიტყვით უნდა იქნეს აღქმული.

Online Dispute Resolution for Business to Consumer E-commerce Disputes

Electronic commerce is undoubtedly changing the way consumers and businesses function. Developed nations have gone from being countries in which face-to-face transactions were the norm to becoming increasingly reliant on the Internet for the sale and purchase of products and services. Around the world iTunes dominates the sale of music, Amazon the sale of e-books and almost every type of consumer product, EBay the sale of thousands of products worldwide and Netflix the ability to download movies and television shows. The ability for consumers to meet all of their purchasing needs over the internet without ever leaving home increases daily. States Department of Commerce reports that since 2000, in the United States (U.S.) alone, the percentage of total retail sales comprising e-commerce transactions has increased from 0.6% to 3.4%.¹ These figures do not include business-to-business (B2B) transactions, which account for even more e-commerce growth within this sector. In 2005, for example, e-commerce transactions accounted for 22% of the total amount of B2B transactions.² Today e-commerce is a trillion-dollar industry, with global e-commerce sales passing the trillion dollar mark for the first time in 2012.³

In a world where, with the simple click of a mouse, consumers from one country are capable of purchasing goods and services from a business located halfway around the world, the need for innovative forms of dispute resolution become apparent. Unfortunately, many countries and international organizations, including the U.S. and the European Union (EU), have not successfully adapted their laws to the new and emerging electronic marketplace. This has created a growing need for new jurisdictional rules and more effective means of cross-border dispute resolution has been widely recognized by both the U.S. and the European Union.⁴

Online Dispute Resolution and How It Is Conducted:

ODR involves the use of dispute resolution techniques over the Internet.⁵ Although ODR most commonly resolves e-commerce or other Internet-related disputes,⁶ it also resolves traditional off-line

* ADR Director and Mediation Clinic Professor, University of Houston, Texas.

¹ U.S. Census Bureau News, Quarterly Retail E-Commerce Sales: 3rd Quarter 2007, <http://www.census.gov/mrts/www/data/pdf/07Q3.pdf>. (last visited Oct. 24, 2008).

² U.S. Census Bureau, E-Stats (May 25, 2007), <http://www.census.gov/eos/www/2005/2005reportfinal.pdf>. (last visited Oct. 16, 2008).

³ <http://mashable.com/2013/02/05/ecommerce-sale-top-1-trillion-worldwide> (2013).

⁴ See, e.g., ABA Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution, Addressing Disputes in Electronic Commerce, Aug., 2002, <<http://www.abanet.org/dispute/documents/FinalReport102802.pdf>>, (ABA Task Force); Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 2001 O.J. L12/1 [hereinafter Brussels Regulation].

⁵ See *Ponte L. M., Cavenagh Th. D.*, Cyberjustice: Online Dispute Resolution (ODR) for E-Commerce, 2005, 18; *Katsh E., Rifkin J.*, Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace, 2001, 10; *Katsh E., Rifkin J.*, Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace, 2001, 10 (noting that the Internet “extends what we can do, where we can do it, and when we can do it”); A.B.A. Task Force on Elec. Commerce & Alternative Dispute Resolution, Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final Recommendations and Report, Bus. Law., Vol. 58, 2002, 415, 434 [hereinafter A.B.A. Task Force] (defining ODR as “includ[ing] the use of the Internet and other Web and computer-based technologies for facilitating ADR”); *Teitz L. E.*, Providing Legal Services for the Middle Class in Cyberspace: The Promise and Challenge of On-line Dispute Resolution, *Fordham L. Rev.*, vol. 70, 2001, 985, 986 (“The Internet merely accelerated the acceptance of alternative dispute resolution while making it available to the masses ...”).

⁶ See *Ambrogi R. J.*, Virtual Justice: Resolving Disputes Online, *Bench & B. of Minn.*, Feb. 2005, 13 (noting the range of online disputes is as great as in the tangible world). See generally Colin Rule, Online Dispute Resolution for Business: B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts, 2002. “E-

disputes.⁷ ODR includes formal judicial proceedings as well as arbitration, mediation, and negotiation, provided they occur over the Internet.⁸ Online mediation, in particular, involves the use of traditional

commerce” or “electronic commerce” has been defined as the “sale or purchase of goods or services, whether between businesses, households, individuals, governments, and other public or private organizations, conducted over computer-mediated networks.” A.B.A. Task Force, *supra* note 10, at 425.

⁷ *Lodder A. R., Zeleznikow J.*, Developing an Online Dispute Resolution Environment: Dialogue Tools and Negotiation Support Systems in a Three-Step Model, *Harv. Negot.L. Rev.*, Vol. 10, 2005, 287, 300 (“There is no reason why offline disputes could not be resolved online.”); A.B.A. Task Force, *supra* note 10, at 434; *Teitz*, *supra* note 10, at 991; *Shah A.*, Using ADR to Resolve Online Disputes, *Rich. J.L. & Tech.*, Vol. 10, 2004, 25, 32-33 (arguing that online mediation is best suited for basic contract disputes, e-commerce disputes, domain name disputes, and intellectual property disputes); *Goodman J. W.*, The Pros and Cons of Online Dispute Resolution: An Assessment of Cyber-Mediation Websites, *Duke L. & Tech. Rev.*, 2003, 4, 1 (“Online dispute resolution can take place either entirely or partly online and concerns two types of disputes: those that arise in cyberspace and those that arise offline.”). But see *Martin M. Sh.*, Note, Keep It Online: The Hague Convention and the Need for Online Alternative Dispute Resolution in International Business-to-Consumer E-Commerce, *B.U. Int'l L.J.*, Vol. 20, 2002, 125, 150, 153 (arguing ODR is most effective when used to resolve online e-commerce disputes).

⁸ See generally *Ponte & Cavenagh*, *supra* note 10. See also *Magnus R.*, The Confluence of Law and Policy in Leveraging Technology: Singapore's Judiciary's Experience, *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, Vol. 12, 2004, 661 (discussing the use of technology in Singapore's judicial processes, including the creation of a virtual court); *Chauhan J.*, Online Dispute Resolution Systems: Exploring E-Commerce and E-Securities, *Windsor R. Legal & Soc. Issues*, Vol. 15, 2003, 99, 103-08 (comparing the use of blind-bidding, mediation, and med-arb programs in resolving securities disputes); *Ponte L. M.*, The Michigan Cyber Court: A Bold Experiment in the Development of the First Public Virtual Courthouse, *N.C. J.L. & Tech.*, Vol. 4, 2002, 51 (discussing Michigan's plan to create a virtual courthouse); *Teitz*, *supra* note 10, at 998-1009 (discussing arbitration, mediation, and fully-automated systems where a computer program compares settlement offers); *Witt N.*, Online International Arbitration: Nine Issues Crucial to Its Success, *Am. Rev. Int'l Arb.*, Vol. 12, 2001, 441.

One of the most well-known ODR systems is the Internet Corporation of Assigned Names and Numbers' [ICANN] Uniform Dispute Resolution Process, which established an online system to resolve domain name disputes. *Krause W.*, Do You Want to Step Outside? An Overview of Online Alternative Dispute Resolution, *J. Marshall J. Computer & Info. L.*, Vol. 19, 2001, 457, 465. The process is similar to non-binding arbitration because the decisions do not become binding unless a lawsuit is filed in federal courts. Yet even if a suit is filed, the courts are not bound to the previous decision. See *Meyers K.*, Domain Name Dispute Resolution in U.S. Courts: Should ICANN Be Given Deference?, *B.C. L. Rev.*, Vol. 43, 2002, 1177, 1193. While the ICANN has successfully resolved a large number of disputes, it has been heavily criticized. See *Lodder & Zeleznikow*, *supra* note 12, at 299 (noting it has handed over 6000 disputes in five years); *Efroni Z.*, The Anticybersquatting Consumer Protection Act and the Uniform Dispute Resolution Policy: New Opportunities for International Forum Shopping?, *Colum.J.L. & Arts*, Vol. 26, 2003, 335, 351 (noting ICANN has been successful if measured by the number of resolved cases); *Froomkin A. M.*, ICAAN's “Uniform Dispute Resolution Policy” — Causes and (Partial) Cures, *Brook.L. Rev.*, Vol. 67, 2002, 605, 670-711 (describing the criticisms of the UDRP policy and proposing substantial reforms).

Currently, there has only been one case in the United States in which ODR was raised as an issue, excluding cases involving domain name disputes. *Stenzel v. Dell, Inc.*, No. Civ.A. CV-03-323, 2004 WL 1433657 (Me. Super. Mar. 11, 2004). In *Stenzel*, the plaintiff claimed that the defendant's arbitration clause was substantively unconscionable, in part, because it did not meet the BBBOnline Dispute Resolution Standards. *Id.* at *5. The arbitration clause provided: Any claim, dispute, or controversy (whether in contract, tort, or otherwise, whether preexisting, present or future, and including statutory, common law, international tort and equitable claims) between customer and dell its agents, employees, principals, successors, assigns, affiliates (collectively for purposes of this paragraph, ‘Dell’) arising from or relating to this Agreement, its interpretation, or the breach, termination or validity thereof, the relationships which result from this Agreement (including, to the full extent permitted by applicable law, relationships with third parties who are not signatories to this Agreement), Dell's advertising, or any related purchase shall be resolved exclusively and finally by binding arbitration administered by the national arbitration forum (NAF) under its Code of Procedure then in effect (available via the Internet at <<http://www.arb-forum.com>> or via telephone at 1-800-474-2371). The arbitration will be limited solely to the dispute or controversy between customer and Dell. Neither customer nor dell shall be entitled to join or consolidate claims by or against other customer, or arbitrate any claim as a representative or class action or in a private attorney general capacity. This transaction involves interstate commerce, and this provision shall be governed by the Federal Arbitration Act 9 U.S.C. sec. 1-16 (FAA). Any award of the arbitrator(s) shall be final and binding on each of the parties, and may be entered as a judgment in any court of competent jurisdiction. Dell will be responsible for paying any arbitration filing fees and fees required to obtain a hearing to the extent such fees exceed the amount of the filing fee for initiating a claim in the court of general jurisdiction in the state in

mediation techniques in an online environment.⁹ Like traditional mediation, online mediation may be conducted using facilitative, evaluative, or transformative techniques.¹⁰ Unlike traditional mediation, however, the technology used to conduct the mediation may have a tremendous impact on its success at settling the dispute.¹¹ In many instances, access to technology to conduct an online mediation may be the difference between attempting to resolve the dispute and simply allowing the perceived wrong to go uncorrected.¹² Before 1995, ODR was largely unnecessary because military and academic institutions were the primary users of the Internet.¹³ As the Internet gained popularity and became commercialized, online disputes began to occur. As a result, the demand for an efficient dispute resolution forum emerged.¹⁴ In response, governments, universities, and private organizations encouraged and supported ODR's development.¹⁵

which you reside. Each party shall pay for its own costs and attorneys' fees, if any. However, if any party prevails on a statutory claim that affords the prevailing party attorneys' fees, or if there is a written agreement providing for fees, the Arbitrator may award reasonable fees to the prevailing party, under the standards for fee shifting provided by law.

Dell, Inc., Dell's Online Policies, <<http://www.dell.com/termsandconditions>>, [18.06.2006]. Plaintiff claimed that Dell was required to meet the Standards because it had posted the BBBOnline Reliability Seal on its website. Stenzel, 2004 WL 1433657, at *5. However, the court rejected this argument finding the Standards were aspirational, rather than binding. Id.

A few other cases have indirectly involved online dispute resolution. For instance, in *Carmel v. Fleischman*, No. B168437, 2005 WL 2143542, at *7 (Cal. Ct. App. Sept. 7, 2005), the parties to a real estate transaction agreed that a prevailing party in an adversarial proceeding (either arbitration or litigation) could recover attorney's fees from the non-prevailing party. This clause, however, would not be triggered unless the parties first "agree to mediate any dispute or claim arising between them out of this Agreement, or any resulting transaction, before resorting to arbitration or court." Id. To satisfy the mediation requirement, one of the parties instituted proceedings on SquareTrade, an online mediation provider. Id. The other party, however, never responded to the e-mail sent by SquareTrade notifying the other party of the proceedings. The parties never did mediate online, although the parties did agree to mediate in person at a later date. Id. at *8. Because no mediation proceedings occurred, the non-prevailing party resisted the motion for attorney's fees. Id. The district court awarded attorney's fees on the basis that the non-prevailing party never refused to mediate, but only procrastinated sufficiently long to institute and complete legal proceedings. See id. at *9. On appeal, the California Court of Appeals determined the district court did not abuse its discretion in so holding. Id.

In *Alexander v. U.S. Credit Mgmt. Management, Inc.*, 384 F. Supp. 2d 1003 (N.D. Tex. 2005), the court was required to determine whether an agreement to arbitrate was valid under state and federal law. Id. at 1006. If enforced, the agreement would have required the parties to participate in online mediation followed by binding arbitration. Id. at 1004-05. However, because the court determined the contract was unenforceable, the plaintiffs were permitted to file their claim in court rather than undergoing the mediation-arbitration procedure. Id. at 1016.

⁹ *Ponte & Cavenagh*, supra note 10, at 63; *Ponte L. M.*, Throwing Bad Money After Bad: Can Online Dispute Resolution (ODR) Really Deliver the Goods for the Unhappy Internet Shopper?, Tul. J. Tech. & Intell. Prop., Vol. 3, 2001, 55, 75-79 [hereinafter *Ponte*, Throwing Bad Money].

¹⁰ See *Gibbons et al.*, supra note 6, at 32-35 (describing how each form of mediation may be conducted online and their limitations); *Ponte*, Throwing Bad Money, supra note 14, at 75-78 (discussing the use of facilitative mediation).

¹¹ See *Katsh & Rifkin*, supra note 10, at 93-116 (describing technology as the "fourth party" in online mediation); *Gibbons et al.*, supra note 6, at 35 (noting technology can be used to "distance parties psychologically, to bring the parties together, to speed the process up, or slow the process down"); *Katsh*, supra note 8, at 285 ("While the goal of the 'fourth party' is to make information processing and information management resources available, this does not minimize the importance of any improvements that may occur in the future as to how efficiently data moves online from one party to another.").

¹² This may be especially true if the parties live a great distance apart. See *Goodman*, supra note 12, ¶ 14 ("In fact, cyber-mediation may be the only feasible option for individuals who are unable to afford traveling long distances, or for those involved in e-commerce disputes for low dollar amounts.").

¹³ This may be especially true if the parties live a great distance apart. See *Goodman*, supra note 12, ¶ 14 ("In fact, cyber-mediation may be the only feasible option for individuals who are unable to afford traveling long distances, or for those involved in e-commerce disputes for low dollar amounts.").

¹⁴ See id. at 54-57; *Katsh*, supra note 8, at 276-77 (explaining that once commercial activities began to take place on the Internet, disputes began to arise and an efficient way to resolve those disputes was needed).

¹⁵ See A.B.A. Task Force, supra note 10, at 434-35 (noting the European Union and United States issued statements committing themselves to the use of fair and effective ODR and the Federal Trade Commission's development of an online forum for consumers to file complaints about e-commerce transactions); *Katsh & Rifkin*, supra note 10,

Online dispute resolution (ODR) has emerged as the theoretical frontrunner in settling low-value, cross-border e-commerce disputes between consumers and businesses from separate countries.¹⁶ In the e-commerce context, online dispute resolution is a means of settling disputes between consumers and businesses by utilizing the very medium that brought them together in the first place - the Internet. The available methods of resolving disputes range from the formal - arbitration - to the informal - mediation, direct negotiation between the parties, and automated negotiation ("blind-bidding" - Ex. Cyber Settle).¹⁷ To date, one of the strongest thriving examples of online dispute resolution is the program designed by EBay.

The EBay Example

Returning to the idea for online dispute resolution emerged out of a recognition that disputes would grow as the range of online activities grew.¹⁸ The origins of ODR, therefore, are traceable to a very simple insight, namely that the more transactions and interactions there are online, the more disputes there will be.¹⁹ In addition, it was understood that the Internet, since it was an information resource, should be able to support information-dependent activities such as dispute resolution.²⁰ In other words, the Internet was part of the problem, in that it generated disputes, but it was also part of the solution in that resources might be found online to respond to disputes.²¹

EBay is an online auction site with over 125 million registered users and where over 24 million items are offered for sale each day.²² EBay makes it possible for sellers to sell to buyers who may be located anywhere.²³ EBay itself is not a party to any transaction and, in general, assumes no responsibility for problems that arise between buyers and sellers.²⁴ In 1999, EBay decided that having a dispute resolution process might further enhance trust between buyers and sellers. It therefore authorized the Center for Information Technology and Dispute Resolution²⁵ at the University of Massachusetts to conduct a pilot project to test the viability and value of a dispute resolution process that would allow parties who could not resolve some problem by themselves to receive expert assistance from a mediator. In what was the first large scale use of ODR, the Center handled over two hundred disputes during a two week period.²⁶

Several months after the completion of the University of Massachusetts pilot project, EBay selected SquareTrade.com to be its dispute resolution provider.²⁷ SquareTrade's approach to ODR differed from the University of Massachusetts approach in two ways, each of which represented an important advance in ODR.²⁸ First, before providing a human mediator, SquareTrade added a technology-supported negotiation

at 58-61; *Katsh*, supra note 8, at 277 ("[T]he Internet was part of the problem, in that it generated disputes, but it was also part of the solution in that resources might be found online to respond to disputes.").

¹⁶ *Wahab M.*, Globalisation and ODR: Dynamics of Change in E-Commerce Dispute Settlement, *INT'l J. L. & INFO. TECH.*, Vol. 12, 2004, 123, 152.

¹⁷ *Tyler M. C., Bretherton D.*, Online Alternative Dispute Resolution, *Vindobona J. Int'l Com. L. Arb.*, Vol. 7, 2003, 199, 203.

¹⁸ 49 NYLSLR 271; *New York Law School Law Review: Bringing Online dispute Resolution to virtual worlds: creating Processes Through Code, 2004-2005.*

¹⁹ See Id.

²⁰ See Id.

²¹ See Id.

²² See Id.

²³ See Id.

²⁴ 49 NYLSLR 271; *New York Law School Law Review: Bringing Online dispute Resolution to virtual worlds: creating Processes Through Code, 2004-2005.*

²⁵ The Center for Information Technology and Dispute Resolution, at <<http://www.umass.edu/dispute>>, [29.08.2004].

²⁶ *Katsh et al. E.*, E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of eBay Law, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 15, 2000, 705, 710.

²⁷ 49 NYLSLR 271; *New York Law School Law Review: Bringing Online dispute Resolution to virtual worlds: creating Processes Through Code, 2004-2005.*

²⁸ See Id.

process in which parties could try to resolve the dispute themselves before requesting a mediator.²⁹ Second, SquareTrade employed the Web rather than email as the means for communicating with and working with the disputants.³⁰

The manner in which SquareTrade employs the Web illustrates how even relatively small changes in how communication occurs can have large consequences.³¹ Most of the people who file complaints with SquareTrade have already tried to negotiate via email and have reached impasse.³² Not only do parties seem more willing to negotiate via the Web than via email but the negotiations are more frequently successful.³³ The Web site designed by SquareTrade provides a more structured set of exchanges between the parties than occurs with email. SquareTrade knows that almost all EBay disputes fall into about ten categories.³⁴ This allows it to create forms which the parties fill out and these forms clarify and highlight both what is dividing the parties and what solutions are desired.³⁵ While parties do have an opportunity to describe concerns in their own words, the forms and the form summaries that parties receive inevitably reduce the amount of free text complaining and demanding that is done, a result that appears to have the effect of lowering the amount of anger and hostility between the parties.³⁶

Negotiation is, by definition, between the disputants with no third party present. Using the Web in the SquareTrade manner adds a novel element to traditional negotiation, a kind of “virtual presence.”³⁷ The Web site, particularly the forms that are employed, frames the back and forth communication and provides some of the value that might otherwise be provided by a mediator.³⁸ There are no algorithms at work that analyze responses and thus this is only a first step toward a more sophisticated online negotiation process.³⁹ The more that technology works with the parties in negotiation, however, the less clear the classic distinction between negotiation and mediation will be, which means every ODR protocol should reference the benefits of a third party neutral (mediator).⁴⁰

When Web-based negotiation fails, SquareTrade provides a human mediator for a fee of twenty dollars.⁴¹ The Web interface is still employed but the conversation is facilitated by a human third party neutral. Use of the Web provides a structure and format that allows parties to participate whenever they wish and with a mediator who may be located anywhere.⁴² The EBay model allows for efficient dispute resolution, which by its own definition allows for consumer empowerment.⁴³

E-commerce

Electronic commerce, commonly known as e-commerce, is a type of industry where buying and selling of product or service is conducted over electronic systems such as the Internet and other computer networks.⁴⁴ Electronic commerce draws on technologies such as mobile commerce, electronic funds transfer, supply chain management, Internet marketing, online transaction processing, electronic data

²⁹ See Id.

³⁰ See Id.

³¹ See Id.

³² See Id.

³³ See Id.

³⁴ 49 NYLSLR 271; New York Law School Law Review: Bringing Online dispute Resolution to virtual worlds: creating Processes Through Code, 2004-2005.

³⁵ See Id.

³⁶ See Id.

³⁷ See Id.

³⁸ See Id.

³⁹ See Id.

⁴⁰ 49 NYLSLR 271; New York Law School Law Review: Bringing Online dispute Resolution to virtual worlds: creating Processes Through Code, 2004-2005.

⁴¹ See Id.

⁴² See Id.

⁴³ See Id.

⁴⁴ <http://en.wikipedia.org/wiki/Electronic_commerce>.

interchange (EDI), inventory management systems, and automated data collection systems.⁴⁵ Modern electronic commerce typically uses the World Wide Web at least at one point in the transaction's life-cycle, although it may encompass a wider range of technologies such as e-mail, mobile devices social media, and telephones as well.⁴⁶ Electronic commerce is generally considered to be the sales aspect of e-business.⁴⁷ It also consists of the exchange of data to facilitate the financing and payment aspects of business transactions. E-commerce can be divided into: 1) E-tailing or "virtual storefronts" on websites with online catalogs, sometimes gathered into a "virtual mall;" 2) The gathering and use of demographic data through Web contacts and social media Electronic Data Interchange (EDI), the business-to-business exchange of data E-mail and fax and their use as media for reaching prospective and established customers (for example, with newsletters).⁴⁸ The course of the rest of this paper will focus on business to Consumer (B2C).

When addressing issues regarding Ecommerce, there are certain public policy issues that any government would need to focus on in drafting regulations to resolve disputes.⁴⁹ These policy issues include, but are not limited to, the following: 1) bridging the "digital divide" or promoting access to inexpensive and easy access to information networks; 2) legal recognition of ecommerce transactions; 3) consumer protection from fraud; 4) protection of consumers' right to privacy; 5) legal protection against "cracking" or unauthorized access to computer systems; and 6) protection of intellectual property.⁵⁰ Any measures to regulate these policy concerns must be included within the country's legal framework directing ecommerce.⁵¹ Governments must adopt policies, laws and incentives that focus on promoting trust and confidence among e-commerce participants and developing a national framework that is compatible in an international arena.⁵² These considerations should include the following: 1) contract enforcement; 2) consumer protection; 3) liability assignment; 4) privacy protection; 5) intellectual property rights; and 6) cross-border trade.⁵³

American and European Union Comparison Ecommerce Dispute Resolution

Unfortunately, many countries and international organizations, including the U.S. and the European Union (EU), have not successfully adapted their laws to the new and emerging electronic marketplace. This has created a growing need for new jurisdictional rules and more effective means of cross-border dispute resolution has been widely recognized by both the U.S. and the European Union.⁵⁴

"To date there are no legally binding international principles setting out procedural safeguards governing the accessibility, independence, transparency, and cost, among other issues for ADR services in business to consumer cases (B2C)?"⁵⁵ Yet, establishing and maintaining a well-regulated system of online dispute resolution has been recognized by all western countries as the most crucial step in increasing

⁴⁵ See Id.

⁴⁶ See Id.

⁴⁷ See Id.

⁴⁸ See Id.

⁴⁹ <[https://blu172.mail.live.com/default.aspx?id=64855\(2013\)](https://blu172.mail.live.com/default.aspx?id=64855(2013))>.

⁵⁰ See Id.

⁵¹ See Id.

⁵² See Id.

⁵³ See Id.

⁵⁴ See, e.g., ABA Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution, Addressing Disputes in Electronic Commerce, Aug. 2002, <<http://www.abanet.org/dispute/documents/FinalReport102802.pdf>>, [hereinafter ABA Task Force]; Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 2001 O.J. L12/1, [hereinafter Brussels Regulation].

⁵⁵ OECD Workshop on Consumer Dispute Resolution and Redress in the Global Marketplace, Background Report, 16 (2005), <<http://www.oecd.org/dataoecd/59/21/34699496.pdf>>, [14.10.2008], [hereinafter OECD Background Report].

consumer confidence in the electronic marketplace and thereby increasing the overall level of electronic commerce. There have been numerous attempts to develop voluntary or “soft-law” principles.⁵⁶

At the international level, the Organization for Economic Co-Operation and Development (OECD) E-Commerce Guidelines, as well as the International Standards Organization (ISO), advise that “online dispute resolution mechanisms should provide ‘effective resolution of the dispute in a fair and timely manner and without undue cost or burden to the consumer.’”⁵⁷ The OECD is an international group which includes members from thirty democracies, including most EU Member States and the U.S.⁵⁸

At the regional level, the European Commission has issued two reports, one covering the use of arbitrators in cross-border consumer disputes⁵⁹ and the other discussing the facilitation of resolving disputes by mutual consent of the parties⁶⁰ (i.e., through mediation, automated negotiation, etc.).⁶¹ The report governing the use of arbitrators includes seven principles, including principles of “independence; transparency; adversarial proceedings; effectiveness; legality; liberty and representation.”⁶² The second report, which governs out-of-court procedures for facilitating a mutual agreement between the parties “includes four principles relating to the impartiality; transparency; effectiveness; and fairness of the procedure.”⁶³

As early as seven years ago, the U.S. Federal Trade Commission (FTC) issued recommendations and highlighted the need for procedural safeguards in various alternative dispute resolution mechanisms, including ODR.⁶⁴ The FTC Report, though non-binding and not implemented by the U.S. federal government, suggests a general recognition by the U.S. of the overriding importance of procedural safeguards in ODR systems.⁶⁵

Along with the OECD and other international organizations, the European Union has a strong policy of promoting alternative dispute resolution programs in e-commerce and cross-border disputes.⁶⁶ In October 2001, the European Commission launched an impressive system aimed at encouraging the use and development of alternative dispute resolution in cross-border e-commerce transactions - the European Extra-Judicial Network (EEJ-Net).⁶⁷ EEJ-Net required participating Member States to provide centralized “clearing houses” where consumers could gain information and assistance on the alternative dispute resolution process.⁶⁸ In January 2005, this network of participating states merged with the European Consumer Centers “Euroguichet” to form the “European Consumer Centers Network” (EEC-Net), “with the aim of providing European consumers a full range of services from information through to dispute resolution.”⁶⁹ In order to be a part of EEC-Net, EU Member States must have adopted the procedural safeguards outlined in the two aforementioned European Commission recommendations for dispute resolution.⁷⁰

⁵⁶ Id.

⁵⁷ See Id.

⁵⁸ OECD Recommendation on Consumer Dispute Resolution and Redress, 2007, 2, <<http://www.oecd.org/dataoecd/43/50/38960101.pdf>>, [13.10.2008]; <<http://www.oecd.org/dataoecd/43/50/38960101.pdf>>, [13.10.2008].

⁵⁹ Commission Recommendation of 30 March 1998 (EC) on the Principles Applicable to the Bodies Responsible for Out-of-Court Settlement of Consumer Disputes O.J., L 115, 1998, 32, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:115:0031:0034:EN:PDF>>, [10.10.2008].

⁶⁰ Commission Recommendation of 4 April 2001 (EC) on the Principles for Out-of-Court Bodies Involved in the Consensual Resolution of Consumer Disputes, <http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/adr/acce_just12_en.pdf>, [10.10.2008], [hereinafter EC Recommendation Principles].

⁶¹ See *Tyler M. C., Bretherton D., Seventy-Six and Counting: An Analysis of ODR Sites*, 2003, 6-7, <<http://www.odr.info/unece2003/pdf/Tyler.pdf>>, [10.10.2008] (listing the different methods of dispute resolution used by various ODR websites in the United States and the European Union).

⁶² OECD Background Report, supra note 13, at 16.

⁶³ Id.

⁶⁴ Federal Trade Commission, Consumer Protection in the Global Electronic Marketplace, <<http://www.ftc.gov/bcp/icpw/lookingahead/lookingahead.shtm>>, [16.10.2008] [hereinafter FTC Report]. [hereinafter FTC Report].

⁶⁵ See *Savage C. A., Culture and Mediation: A Red Herring*, Am. U. J. Gender & L. 269, Vol. 5, 1996, 291.

⁶⁶ OECD Background Report, supra note 13, at 19-20.

⁶⁷ Id.

⁶⁸ Id. at 20.

⁶⁹ See Id.

⁷⁰ See Id. at 16.

The U.S. has not adopted a similar campaign, despite the FTC's recommendation to "encourage initiatives to better inform consumers."⁷¹ The American Bar Association (ABA) has probably been the most outspoken private organization to recognize the need for education and protection of consumers engaging in electronic commerce. In 2002, the ABA issued a set of "Recommended Best Practices by Online Dispute Resolution Service Providers," in which it referred to the absence of many informational structures for consumers and businesses to make informed choices about e-commerce and ODR as one of the "largest problems" in e-commerce dispute resolution.⁷²

The benefits and drawbacks to a system of online dispute resolution have been discussed in scholarly journal articles, reports from international organizations like the OECD, and findings of various consumer protection groups, just to name a few. The advantages of ODR include cost savings and convenience, better communication and avoidance of complex jurisdictional issues.⁷³ Of the advantages, cost savings and convenience are the most obvious.⁷⁴ The cost saving benefit stems from the lack of a need to rent rooms, require people to travel, pay for a scheduling coordinator or pay any other administrative fees for a face to face mediation or other ADR service.⁷⁵ The convenience speaks for itself. Parties with computers do not even need to leave their own home and, if not, find access to a computer without having to travel.⁷⁶ ODR also potentially provides for better communication.⁷⁷ It provides parties the ability to edit their communication over impulsive responses in face to face mediation.⁷⁸ Finally, there is no need to worry about what court will have jurisdiction over a dispute.⁷⁹ Since disputants bind themselves via agreement, jurisdictional issues can be avoided.⁸⁰ Conversely, ODR also has some arguable disadvantages.⁸¹ ODR is best suited to a limited range of disputes.⁸² These issues need to basically be limited to issues to monetary compensation or replacement of goods.⁸³ Also, the parties never get to develop a personal connection with the mediator and as such may not trust the mediator as much.⁸⁴ Some pundits also believe that unless the services are free they will still remain cost prohibitive.⁸⁵ Additionally, it may be harder to ensure participants of the security of confidential information.⁸⁶

Despite the vast amount of knowledge and literature, it is worth outlining some of the most prominent and convincing arguments on both sides of the debate. This objective dissemination of ideas will prove beneficial when crafting a reasonable solution to a seemingly unsolvable dilemma - namely, how can a system of online dispute resolution be created so that the benefits are emphasized and the drawbacks are mitigated, while simultaneously being so universal that both the U.S. and the European Union will agree on its validity and application?⁸⁷

Since ODR has emerged as the theoretical frontrunner in dealing with cross-border e-commerce disputes, there is certainly an abundance of scholarly research praising this new form of dispute resolution.

⁷¹ FTC Report, *supra* note 25.

⁷² ABA Task Force, *supra* note 4, at 26-27.

⁷³ 5 APPALJL 275, *Appalachian Journal of Law: FUSSES THAT FIT ONLINE: ONLINE MEDIATION IN NON-COMMERCIAL CONTEXTS*, Spring 2006 (292).

⁷⁴ See *Id.*

⁷⁵ See *Id.*

⁷⁶ See *Id.*

⁷⁷ See *Id.*

⁷⁸ 5 APPALJL 275, *Appalachian Journal of Law: FUSSES THAT FIT ONLINE: ONLINE MEDIATION IN NON-COMMERCIAL CONTEXTS*, Spring 2006 (292).

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ 27 JMARJCIL 81, *John Marshall Journal of Computer & Information Law: Virtual Venues: Improving Online Dispute Resolution as an Alternative to Cost Intensive*, Fall, 2009, 82.

⁸² *Id.*

⁸³ See *Id.*

⁸⁴ See *Id.*

⁸⁵ See *Id.*

⁸⁶ See *Id.*

⁸⁷ See *Id.* at 31.

ODR is generally extolled for its efficiency, cost-effectiveness and its ability to increase access to the justice system by disadvantaged groups.⁸⁸ The benefits of online dispute resolution are most easily illuminated when ODR is compared with traditional litigation. ODR removes some of the burdensome jurisdictional rules, the glacially slow nature of the traditional court process and, at least with respect to voluntary forms of mediation and negotiation, and the problematic conflict of law issues.⁸⁹ In the U.S., the inherent ambiguities in such personal jurisdiction issues as “minimum contacts” and “purposeful availment” are eliminated by resort to online dispute resolution.⁹⁰ Likewise, the European Union's concern for transparency and fairness in contractual bargaining between businesses and consumers is extended to the dispute resolution process when parties meet on an even playing field.⁹¹

While greater use of videoconferencing will add further depth to online ADR, invariably there will be some loss of cues from face-to-face methods. Reduced communication cues create an atmosphere of heightened ambiguity. This increased ambiguity leads to increased error - where one party misconstrues the other and may assume that they have sinister motives. On the other hand, lack of face-to-face communication has its advantages, too. Reduced visual communication cues permits parties to focus more on substantive issues, thereby avoiding negative emotion from visual or audio contact and lessening the overall level of emotional stress inherent in conflict resolution. Given the wide range of dispute resolution methods, though, it is not easy to determine precisely which methods have a tendency to accentuate or mitigate the drawbacks emanating from a lack of face-to-face communication. In any event, awareness of the three benefits of ODR - efficiency, cost-effectiveness, and increased access to justice - and the two drawbacks - compromised procedural and substantive due process and reduced communication cues - will prove invaluable when crafting the specific details of a reasonable agreement between the United States and the European Union. However, the benefits and drawbacks of ODR itself pale in comparison to the importance of a thorough discussion and analysis of the divergent rules, practices, and general theories of consumer protection between the U.S. and EU.

Not only does ODR provide some time-saving procedural benefits, it also has the much-heralded advantage of increasing access to the legal system by sharply reducing costs. The cost of paying for online dispute resolution services, whether to send the dispute to an arbitrator or to provide a forum for the parties to come to a mutual agreement through mediation, is a mere trifle compared with the expensive proposition of litigation, especially in an international forum.⁹² However, this does not leave ODR without its challenges, which include due process, funding and attracting disputants to ODR.

Due Process

In ODR consumers are one-time or sporadic purchasers while businesses are repeat players, dealing with dozens of cases at any given time.⁹³ This increases the imbalance where businesses are likely to make more informed choices than consumers. For this reason, it may be preferable if outside bodies set standards ensuring procedural fairness in B2C processes.⁹⁴ Due process rights need to be respected, but that is not

⁸⁸ See, e.g., *Gibbons L. J.*, Creating a Market for Justice: A Market Incentive Solution to Regulating the Playing Field: Judicial Deference, Judicial Review, Due Process, and Fair Play in Online Consumer Arbitration, 23 Nw. J. Int'l L. & Bus., Vol. 23, N.: 1, 2002, 4-5; *Alboukrek*, supra note 3, at 425.

⁸⁹ *Gibbons*, supra note 37, at 4.

⁹⁰ See, e.g., *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S. 186, 216 (1977); *Int'l Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, 320 (1945).

⁹¹ See *Ponte L. M.*, Boosting Consumer Confidence in E-Business: Recommendations for Establishing Fair and Effective Dispute Resolution Programs for B2C Online Transactions, Alb. L.J. Sci. & Tech., Vol. 12, 441, 456 (discussing the difference between U.S. and EU approaches to consumer protection).

⁹² *Gibbons*, supra note 37, at 4-5.

⁹³ Rule (2002) *ibid* 237. Regarding the importance of perception in the resolution of a dispute see *Fisher R., Ury W., Patton B.*, Getting to YES: Negotiating Agreement Without Giving In, 2nd ed., London, Random House Business Books, 1999, 22-30. Downloaded from <ijlit.oxfordjournals.org> at University of Leicester on October 13, 2010.

⁹⁴ See *Id.*

sufficient, consumers need to perceive that their rights are being respected too.⁹⁵ Hence, due process requirements and counterpoise are paramount when there is power imbalance between the disputants.⁹⁶ In this regard, key procedural issues should be taken into account: the need for impartiality, the selection of third neutral parties, representation in inquisitive procedures and the supervision of ODR providers.⁹⁷ Judicial enforcement or self-enforcement mechanisms are also required for the success of ODR services.⁹⁸

The most consistent and convincing criticisms of ODR consistently stems from due process concerns. In both the United States and the European Union, due process arguments are inevitably of paramount importance in assessing the pros and cons of any suggested modifications or alternatives to a traditional system of justice. Ideas of “due process,” including the confrontation of parties and witnesses, the right to a trial by jury, and the ability to present evidence, are all features of the U.S. legal system which can be blunted by ODR systems that often employ a single decision-maker and deny recourse to appeals or judicial review except in very limited circumstances.⁹⁹ It may be tempting to write off such ideas in the face of all the time and money-saving benefits listed above; but, an outright dismissal of a principle so firmly embedded in the fabric of both the United States and the European Union would miss the point of trying to find a solution that both can agree upon. Given the European Union's practice of automatically nullifying contracts that contain mandatory arbitration clauses, there is a need to create an online dispute resolution system that is as consumer friendly and as close to providing all the procedural safeguards of traditional court systems as possible. In fact, the European Commission has made it clear that it will not support an ADR system requiring all ADR avenues to be exhausted before the right to seek redress in court is granted.¹⁰⁰ Aside from concerns over mandatory dispute resolution provisions and substantive fairness in ODR programs, another insightful and convincing criticism of online dispute resolution deals with fundamental issues of human nature and potential miscommunication.¹⁰¹

Funding

The first identified challenge faced by the ODR industry in the B2C field is the provision of funding for creating and maintaining ODR service providers whilst ensuring their impartiality. Private funding may secure sufficient income but it may also jeopardize the independence of an ODR service provider, especially in B2C transactions where a unilateral fees model from the business seems to be the most common way to encourage consumer's participation.¹⁰² In order to avoid a perception of bias Katsh and Rifkin suggest that the ODR provider should clearly admit if there is any funding given by the business.¹⁰³ Transparency should be complemented with additional mechanisms to ensure impartiality, such as systems to handle complaints when procedures were not followed.¹⁰⁴

Most ethical rules for dispute resolution practice state that the fee for dispute resolution process cannot be contingent on the outcome of the case. For instance, actions of the mediator can be easily affected by such conditional compensation, allowing an inequitable settlement or lowering the expectations of one party to force an early settlement.¹⁰⁵ Although, in some circumstances economic incentives may

⁹⁵ See Id.

⁹⁶ See Id.

⁹⁷ Id.

⁹⁸ See Id.

⁹⁹ *Martin M. Sh.*, Keep it Online: The Hague Convention and the Need for Online Alternative Dispute Resolution in International Business-to-Consumer E-Commerce, B.U. Int'l L.J., Vol. 20, 2002, 125, 157.

¹⁰⁰ *Thornburg E. G.*, Going Private: Technology, Due Process, and Internet Dispute Resolution, U.C. Davis L. Rev., Vol. 34, 2000, 151, 153.

¹⁰¹ *Tyler & Bretherton*, supra note 6, at 208.

¹⁰² Consumers International 2001 *ibid*.

¹⁰³ *Katsh and Rifkin* 2001 *op. cit.* 41.

¹⁰⁴ Consumers International 2001 *op. cit.*

¹⁰⁵ *Rule C.*, Online Dispute Resolution for Businesses, B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts, San Francisco, Jossey Bass, 2002, 58.

create problems in the neutrality of human managed ADR process, the same bias concerns may not rise in an ODR process where automated processes are used, e.g. CyberSettle.com.¹⁰⁶

If an online business considers that the use of ODR is necessary for its development it will subsidize it. This is the case as regards EBay, which funded SquareTrade in order to promote trust in its online auctions. Consumers International argues that ODR services should be provided for free or for a moderate cost. Rule suggests the charge of a low fee to discourage frivolous claims, but he warns that if fees are too high, parties may not use ODR.¹⁰⁷ Frivolous claims can also be avoided by charging an administration fee that could be returnable if the consumer succeeds wholly or partly in the claim.

Some successful ODR providers, such as the Austrian Internet Ombudsman, benefit from public funding.¹⁰⁸ This removes bias concerns of private financial support; yet this may result in a heavy burden for taxpayers.¹⁰⁹ In some jurisdictions dispute resolution is seen as a necessary public service. An example of this would be Spain, where the law does not allow the operation of dispute resolution services for-profit.¹¹⁰ This approach however discourages the development of the private ODR industry. It can be argued that for-profit ODR services, as a form of e-commerce, could be allowed as long as they provide transparent services that are monitored by public authorities. This is particularly necessary when ODR services are used for resolving disputes between parties with unequal bargaining power (B2C disputes) and when the costs of dispute resolution (and due process) are reduced in order to deliver a cost-effective ODR process.

Attracting Users

Another major identifiable challenge to ODR is convincing parties to trust and use an ODR service.¹¹¹ When an individual has submitted a complaint to an ODR service that is not linked to the other party the real challenge is to convince the party to participate.¹¹² This is particularly difficult when there is an imbalance of power between the parties. Participation may also vary depending on the chosen ODR procedure.¹¹³ In case of arbitration it would be easier to engage when parties have agreed before the dispute arises.

This however may present legal problems within the EU, unless it is a non-binding arbitration, or binding only for the business and not for consumers.¹¹⁴ In the case of mediation it would be less problematic to obtain parties' participation, especially when there is no significant imbalance of power between the parties, where there is an interest in maintaining the relationship and when the dispute is not highly confrontational. Additional incentives can be created in order to encourage parties' participation. In EBay for example, buyers' feedback encourages a seller's participation since the seller wants to avoid negative reviews. Also intermediaries, such as lawyers, consumer organizations and chambers of commerce, may influence the type of dispute resolution mechanisms sought by the parties.¹¹⁵

Katsh and Rifkin observe that businesses may be reluctant to offer ODR in case their customers would interpret that disputes arise often.¹¹⁶ They suggest that ODR may enhance trust in a transaction if

¹⁰⁶ Ibid. <<http://www.cybersettle.com>>.

¹⁰⁷ *Rule*, 2002, ციტირებული 119 და 294. United Nations Conference on Trade and Development, 'Online Dispute Resolution: E-Commerce and Beyond' in E-Commerce and Development Report, 2003, 190.

¹⁰⁸ For more information see *Hörnle*, 2009, op. cit. 76.

¹⁰⁹ *Hill*, 2008, op. cit. p. 318 and 391.

¹¹⁰ See article 4 of Ley 44/2006 of 29 December of Consumer Protection; Ley 7/1998 of 13 April of General Conditions and Clauses for Consumer Contracts, Ley 60/2003 of 23 December of Arbitration, Real Decreto (Royal Decree, RD) 636/1993 of 3 May 1993 of the Consumer Arbitration System, RD 231/2008 of 15 February of the Consumer Arbitration System.

¹¹¹ See Recommendation, 1998, op. cit. VI principle of liberty. See also Annex [q] Directive 1993/13/EC.

¹¹² See Id.

¹¹³ See Recommendation, 1998, op. cit. VI principle of liberty. See also Annex [q] Directive 1993/13/EC.

¹¹⁴ See Id.

¹¹⁵ *Ramsay I.*, 'Consumer Redress and Access to Justice' in *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*, Cambridge University Press, New York, 2006, 34.

¹¹⁶ *Katsh and Rifkin*, 2001, op. cit. 87.

consumers are well informed, not just about their rights, but assuring them that they have also the tools to enforce them.¹¹⁷ For ODR to be trust building, it needs to be advertised appropriately. ODR is frequently offered in the context of affiliation programs –i.e. Trustmark. Traders generally affiliate to these schemes on a voluntary basis to enhance consumer confidence. In this context, the goal of ODR is not just to settle disputes but also to increase consumer confidence in e-commerce.¹¹⁸

Generally, the differences between the United States and the European Union in the e-commerce context are characterized by the latter being far more consumer protectionist than the former.¹¹⁹ While the U.S. tends to focus more on issues like fraud and cyber-crime,¹²⁰ the EU has geared many of its policy initiatives toward the ultimate goal of increasing the overall level of e-commerce by building consumer confidence in the electronic marketplace.¹²¹ In other words, the U.S. seeks to bring cyber-criminals to justice, whereas the EU seeks to build consumer confidence with policies explicitly geared toward that purpose. At first glance, it would appear that the U.S. and EU are reaching the same destination, just on through different paths; both are protecting consumers, but one chooses to do so by catching predators that lurk in the Internet's back alleys, while the other accomplishes it by direct policy initiatives. However, a simple comparison of the two systems reveals deeply embedded cultural differences with respect to internet regulation, principles of contract formation and validity, and, of course, e-commerce policies.

America's policy toward e-commerce and consumer protection in general, can best be described as pro-business, self-regulatory, and minimalist.¹²² Unlike the EU, the United States fosters a program of providing incentives for e-businesses to offer dispute resolution procedures, rather than promulgating highly protective consumer rights. Even in the face of consumer complaints, calls from the American Bar Association,¹²³ and the Federal Trade Commission's international discourse on the need for greater consumer protections,¹²⁴ the United States still refrains from formally regulating e-commerce dispute resolution methods. By deferring to state statutes and state court decisions, as well as documents like the Uniform Commercial Code, the federal government can easily minimize domestic pressure to adopt a more consumer-protectionist regime.

Intuitively, the average consumer, who purchases low-value products online and has severely limited bargaining power against e-businesses, will not consider the possibility that the federal government can provide him with much greater consumer protections, or that highly protectionist regimes like those in the EU - the world's second-largest e-commerce player¹²⁵ - even exist. Likewise, the average consumer probably has no idea that consumer protection groups are fighting for change in this area of law on a daily basis. Thus, given the large disparities in bargaining power and the average consumer's relative lack of knowledge about international practice, the American government ostensibly has very little incentive to adopt a more consumer protectionist regime.

Unlike the EU, the American system of e-commerce regulation places the burden of finding additional terms and conditions located in the fine print of standard-form contracts on the consumers.¹²⁶ Thus far, the U.S. does not require transparency and complete disclosure on the part of e-businesses before a contract for the sale of goods will be considered finalized.¹²⁷ This pro-business stance on commercial

¹¹⁷ Ibid. See also *Katsh E.*, 'Online Dispute Resolution: Designing New Legal Processes for Cyberspace' Proceedings of the WebSci' 09: Society On-Line, 18-20 March 2009, Athens, Greece, 3.

¹¹⁸ *Nadler J.*, 'Electronic Mediated Dispute Resolution and E-Commerce', *Negotiation Journal*, Vol. 17, 2001, 333.

¹¹⁹ See, e.g., *Aguilar J. R.*, Over the Rainbow: European and American Consumer Protection Policy and Remedy Conflicts on the Internet and a Possible Solution, *Int'l J. Comm. L. & Pol'y*, Vol. 4, N.: 1, Winter 1999/2000, 1, <http://www.ijclp.net/ijclp_web-doc_4-4-2000.html>, [24.10.2008]; see also *Ponte*, supra note 40.

¹²⁰ *Aguilar*, supra note 49, at 37-38.

¹²¹ *Id.* at 20-21.

¹²² *Id.* at 33-34.

¹²³ See ABA Task Force, supra note 4.

¹²⁴ See FTC Report, supra note 25.

¹²⁵ *Ponte*, supra note 40.

¹²⁶ *Ponte*, supra note 40.

¹²⁷ *Id.* at 456-57.

transactions is not surprising; it is merely an extension of America's contract law principles in traditional face-to-face retail transactions.¹²⁸ Several interesting federal and state court opinions show just how far American courts are willing to go in order to affirm and propagate a system of pro-business legal rules.

The European Union is, without question, far more protective of its consumers than the United States. While the U.S. system emphasizes efficiency and costs and places the burdens on consumers to discover any additional terms, the EU seeks to encourage commercial activity by balancing the playing field between consumers and businesses through extensive consumer protection laws and policies. Unlike the U.S., the EU requires complete transparency as to terms and conditions of a consumer contract throughout the entire contracting process. The EU approach requires e-businesses to fully disclose all terms and conditions before any agreement is finalized, such as any hidden terms in the fine print or in materials subsequently delivered with the goods.¹²⁹

Perhaps it is this goal of leveling the playing field that has resulted in the European Union taking the lead in producing policy initiatives to regulate e-commerce and online dispute resolution in particular. While the U.S. government is hesitant to regulate the Internet, the European Union has not allowed this new medium to slow down its level of regulatory activity. The EU has adopted a policy of simply extending its consumer protection laws in traditional face-to-face transactions to those occurring on the Internet.¹³⁰

Thus, one of the most important contributions made by the E-Commerce Directive to the system of e-commerce in the European Union was its opening of the door for all Member States to increase the level of e-commerce in the EU. The EU E-commerce Directive requires member states to establish alternative dispute resolution procedures for e-commerce contracts and to provide ODR provisions.¹³¹ The aim is to provide businesses and consumers with some assurance of legal certainty.¹³² The “Internal Market Clause,” which states services is subject to the law of the member state where the service is provider is established.¹³³ The directive is aimed at increasing cooperation between member states and enhancing self-regulation.¹³⁴ Services covered by the directive include: 1) online publications; 2) online selling of products and services; 3) online advertising; 4) professional services; 5) internet and entertainment services; and 6) services provided free of charge (ex. Advertising).¹³⁵

The “Regulation on Online Dispute Resolution” (ODR Regulation) is designed to create a single EU ODR system.¹³⁶ This would allow ecommerce users from all member states to resolve all disputes online without having to go to court.¹³⁷ The ODR system is linked to the national member state ADR entities adhering to the commission’s rules.¹³⁸ The goal is to create an ADR system based on a common set of rules.¹³⁹ This would call for ODR facilitators with similar training and skills in each member state.¹⁴⁰ Any resulting settlements would be required to be delivered within thirty days.¹⁴¹ The problem is that the ADR procedures for resolving consumer disputes based on ecommerce transactions is incomplete and confusing.¹⁴²

¹²⁸ *Alboukrek*, supra note 3, at 425 (arguing that countries are failing to adapt to the new and emerging electronic marketplace by continuing to subscribe to “old world” notions of more traditional legal rules and attempting to apply them to a completely new marketplace).

¹²⁹ *Ponte*, supra note 40, at 456-57.

¹³⁰ *Aguilar*, supra note 49, at 22.

¹³¹ <http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/directive/index_en.htm>, 2013.

¹³² See *Id.*

¹³³ See *Id.*

¹³⁴ See *Id.*

¹³⁵ See *Id.*

¹³⁶ <http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court>, 2013.

¹³⁷ See *Id.*

¹³⁸ See *Id.*

¹³⁹ See *Id.*

¹⁴⁰ See *Id.*

¹⁴¹ See *Id.*

¹⁴² *Id.*

Historically, half of the existing ADR schemes offer the ability to submit complaints online, but the ability to utilize ODR is missing.¹⁴³ Until resolved, this takes away the saving of time and expedited facilitated communication designed by the online process.¹⁴⁴

With these electronic contracting provisions in place, it was only a matter of time before the European Union began regulating the jurisdictional issues arising from cross-border e-commerce disputes. This action took the form of what is popularly known as the Brussels Regulation.¹⁴⁵

The European Union has implemented several programs and initiatives to ensure substantive and procedural fairness in the dispute resolution process, as well as encouraging the use of dispute resolution mechanisms among consumers. The European Commission has made several recommendations on procedural safeguards in the dispute resolution process, among them, principles of “independence; transparency; adversarial proceedings; effectiveness; legality; liberty and representation” in proceedings before arbitrators.¹⁴⁶

The EU has also issued recommendations for ensuring procedural safeguards in the use of mediators for resolving disputes, including “four principles relating to the impartiality; transparency; effectiveness; and fairness of the procedure.”¹⁴⁷ Likewise, the European Union has established a program called EEC-Net, which serves to encourage the dissemination of information pertaining to dispute resolution mechanisms available to consumers, as well as actually providing dispute resolution services through a number of “clearing houses” located in each Member State.¹⁴⁸

Based on the foregoing information, the divergent policy goals and theories of consumer protection between the United States and the European Union become readily apparent. The U.S. system of e-commerce regulation can best be described as pro-business, self-regulatory, and minimalist.¹⁴⁹ Its primary concerns are with efficiency and reducing costs.

Returning to the idea for online dispute resolution emerged out of a recognition that disputes would grow as the range of online activities grew.¹⁵⁰ The origins of ODR, therefore, are traceable to a very simple insight, namely that the more transactions and interactions there are online, the more disputes there will be.¹⁵¹ In addition, it was understood that the Internet, since it was an information resource, should be able to support information-dependent activities such as dispute resolution.¹⁵² In other words, the Internet was part of the problem, in that it generated disputes, but it was also part of the solution in that resources might be found online to respond to disputes.¹⁵³

As stated above, the European Union's policies can best be characterized as pro-consumer and its primary concerns are leveling the playing field between consumers and businesses and fostering a regime of transparency and full disclosure of all relevant contractual terms in the e-commerce setting.¹⁵⁴ Furthermore, the United States allows mandatory arbitration agreements between consumers and business at the contract formation stage,¹⁵⁵ whereas the European Union only permits arbitration agreements to be entered into after the dispute arises.¹⁵⁶

¹⁴³ Id.

¹⁴⁴ See Id.

¹⁴⁵ See Brussels Regulation, *supra* note 4.

¹⁴⁶ OECD Background Report, *supra* note 13, at 16.

¹⁴⁷ Id.

¹⁴⁸ Id. at 20.

¹⁴⁹ *Aguilar*, *supra* note 49, at 33-34.

¹⁵⁰ 49 NYLSLR 271, *New York Law School Law Review: Bringing Online dispute Resolution to virtual worlds: creating Processes Through Code, 2004-2005*, 277.

¹⁵¹ Id.

¹⁵² Id.

¹⁵³ Id.

¹⁵⁴ *Ponte*, *supra* note 40.

¹⁵⁵ Id. at 456, n. 53.

¹⁵⁶ Brussels Regulation, *supra* note 4, art. 17(1).

Getting the differences in regulating e-commerce between the U.S. and EU out in the open permits a more clear and objective analysis of how the two can come to an agreement on dispute resolution mechanisms in B2C cross-border e-commerce disputes. An argument can be made that one of the most effective vehicle for creating a consensus between the U.S. and EU is through the use of a treaty.

Bilateral Treaty

The benefits of using a treaty are two-fold. First, a treaty is legally binding, which means it has the potential to produce far greater results than any voluntary or “soft-law” principles currently in operation.¹⁵⁷ Second, a treaty between the U.S. and EU – two of the largest e-commerce players, respectively¹⁵⁸ - is likely to encourage other countries to follow suit. Perhaps the treaty could begin as a bilateral one, but will end as a multinational convention on e-commerce dispute resolution. Obviously, this begs the question, how can a treaty possibly resolve the extremely divergent theories of consumer protection and e-commerce regulation between the U.S. and EU? The most simplistic answer is that the industry to a very large extent will be self-regulatory. The E-businesses depend upon customer satisfaction for continued success. With the largest E-businesses, such as EBay and Amazon, seller rankings are actually posted next to the goods for sale. Since there is invariably more than one seller for any given product, there is a built in incentive for the individual seller to keep their consumer ranking as high as possible. While the overriding E-business has an incentive to provide a forum for online dispute resolution to resolve disputes between consumers and sellers utilizing the host site. For smaller E-businesses, they are subject to consumer blogs and rating websites that dominate the internet. In either case, if the customer is dissatisfied they will take to the same medium (i.e. the internet) they used to buy the product to make their complaint known to all other online consumers.

Benefits of a Treaty

The benefits of having a legally binding agreement between the U.S. and EU with respect to dispute resolution in cross-border e-commerce disputes are numerous indeed. A treaty will accomplish the American goal of efficiency and progress in this area, while simultaneously accomplishing the EU's goal of effective consumer protection. It will give global e-businesses a sense of uniformity, as they will have a legally binding treaty to refer to on questions of general e-commerce business practices. A treaty will also give consumers a sense of confidence in the global marketplace since knowledge of a legally binding agreement between the U.S. and EU – two of the largest e-commerce players in the world - would foster confidence in a stable and organized dispute resolution regime; thereby increasing the overall level of e-commerce in both the U.S. and EU, and possibly around the world.

Disadvantages of a Treaty

To be fair, there are some drawbacks to implementing a reform of this nature through the use of a treaty; but when one compares a treaty's benefits with some of the attempts at creating “soft law” by the OECD and the ABA, to name a couple, the drawbacks do not seem as bad. One major drawback to using a treaty stems from its subsequent interpretation by domestic and international tribunals. Any legally binding document, especially one which purports to bind sovereign states, must be drafted with an inherent vagueness. Inherent vagueness, in any regulation of an industry as large as E-business, is extremely dangerous. As ambiguities lead to conflict, the parties will be back in the position where they first began with a low cost dispute looking for a quick and inexpensive way to resolve their conflict. As such, any such

¹⁵⁷ See, e.g., OECD Background Report, *supra* note 13; EC Recommendation, *supra* note 21; FTC Report, *supra* note 25; ABA Task Force, *supra* note 4.

¹⁵⁸ *Ponte*, *supra* note 40, at 456.

treaty would need to address this issue directly by outlining protocols with clear and concise language designed to avoid interpretational ambiguities.

Alternatives to a Treaty

Some alternatives to a treaty are voluntary or “soft law” principles, which, as the name implies, are not legally binding, and customary international law, which is akin to U.S. common law, but takes even longer to change.¹⁵⁹ In the end, a treaty between the U.S. and EU with respect to cross-border dispute resolution in e-commerce cases is the best vehicle for creating a legally binding document that will hopefully take into account the many divergent theories of consumer protection and Internet regulation between the U.S. and EU. In other words, the benefits of using a treaty outweigh the drawbacks.

Finally, online dispute resolution resolves jurisdictional issues by eliminating complicated questions about which court and country a consumer should file suit, and which country's laws will ultimately govern the dispute. Furthermore, the cost associated with litigation in an international forum can be reduced by providing dispute resolution services on the Internet, where contesting parties will never leave their own homes, except in circumstances when they need to go to one or another of the “clearing houses” discussed below. While the benefits of a treaty between the U.S. and EU are clear, practical implementation of the treaty's terms remains an issue; however, it is not an impossible one.

Conclusion

In conclusion, an analysis of the American and European Union Ecommerce Dispute Resolution issue, shows there is still much progress to be made in the regulation of e-commerce cross-border dispute resolution. While the U.S. and the EU have markedly divergent theories of e-commerce regulation, contract formation, and consumer protection, the two are fully capable of coming to an agreement on the proper course of alternative dispute resolution. Whether or not the best vehicle for such a course is a treaty, the best avenue of providing dispute resolution services is through online dispute resolution (ODR). A treaty, which assuages some of the fears and concerns of both the U.S. and EU, may someday be possible, and the growth of Ecommerce indicates both entities should attempt to negotiate such terms and implement its provisions. Increased consumer confidence in the electronic marketplace means increased levels of electronic commerce. Both the U.S. and EU, two of the world's largest e-commerce players, have more than enough incentive to come together in an effort to get more consumers into the stream of electronic commerce. E-commerce is the future of business-to-consumer transactions and it needs to be regulated on an international level.

The term "United States of Europe" gained notoriety when it was used by Winston Churchill in his speech delivered on 9 September 1946 at the University of Zürich, Switzerland.¹⁶⁰ In this speech given after the end of the Second World War, Churchill concluded that: “We must build a kind of United States of Europe. In this way only will hundreds of millions of toilers be able to regain the simple joys and hopes which make life worth living.”¹⁶¹ It does not seem possible to define e-commerce as being simple or a device that makes life worth living. However, it makes life easier for business and consumers during the ever growing globalization of the world we live in today. Over a hundred years before Churchill's speech, 'United States of Europe' was used by Victor Hugo, including during a speech at the International Peace Congress held in Paris in 1849.¹⁶² Hugo favored the creation of "a supreme, sovereign senate, which will be to Europe what parliament, is to England" and said "A day will come when all nations on our continent will

¹⁵⁹ *Dunoff, Ratner & Wippman*, supra note 109, at 36.

¹⁶⁰ *Churchill, Winston* (1946). Speech to the Academic Youth (Speech). Zürich, Switzerland.

¹⁶¹ See *Id.*

¹⁶² On the role of E. de Jouy against *V. Hugo*, see *Faul M., Les aventures militaires, littéraires et autres de Etienne de Jouy de l'Académie française*, Editions Segquier, France, 2009.

form a European brotherhood... A day will come when we shall see... the United States of America and the United States of Europe face to face, reaching out for each other across the seas."¹⁶³ While e-commerce would have been an alien concept in 1849, it has become the vessel that reaches across the sea and brings the US and the EU face to face all day every day. Victor Hugo planted a tree in the grounds of his residence on the Island of Guernsey he was noted in saying that when this tree matured the United States of Europe would have come into being. This tree to this day is still growing happily in the gardens of Maison de Hauteville, St. Peter Port, Guernsey, Victor Hugo's residence during his exile from France. E-commerce, as with any other type of commerce, will continue to raise questions, be riddled with conflict and lead to disputes and litigation. Just as Hugo's tree grows as an organic tribute to the development of a United States of Europe, e-commerce serves as an organic mechanism that brings the US and the EU closer together and drives the need for a cohesive mechanism for resolving the resulting disputes. ODR provides a cost effective and timely mechanism for reaching across the seas to resolve e-commerce disputes and is thereby creating a need for consistent regulations and means of enforcement.

ODR is designed to encompass most alternative dispute resolution protocols. As such, it is tailored to settle low-value, cross border ecommerce disputes between consumers and businesses from different countries and/or member states within the EU. Of all available protocols, mediation would serve as the most useful online mechanism for resolving these disputes. Any e-business engaged in consumer activity between the US and EU, or within EU member states, should be required to provide an ODR mediation program designed to resolve any dispute resulting from consumer sales. While this would keep ODR process private, it is still an efficient and cost effective means of resolving these disputes. There is no doubt there will be compromised procedural and substantive due process issues and reduced communication. However, when compared to the efficiency and cost effectiveness of resolving high volume of disputes there is a strong argument for online mediation. As the largest majority of these consumer purchases will have cost less than what it would take to arbitrate or litigate such disputes, the use of online mediation makes even more sense for high volume E-businesses and the consumers who purchase their goods.

¹⁶³ See Id.

ბიზნესსა და მომხმარებელს შორის ელექტრონული ვაჭრობის სფეროში არსებული დავების ონლაინ გადაწყვეტა

შესავალი

ელექტრონული კომერცია უთუოდ ცვლის მომხმარებლებისა და ბიზნესების ფუნქციებს. განვითარებულ ქვეყნებში „პირისპირ“ ტრანზაქციები უკვე აღარ ითვლება ნორმად და პროდუქტებისა და მომსახურებების გაყიდვებსა და შესყიდვებში ბიზნესი სულ უფრო მეტადაა დამოკიდებული ინტერნეტზე. მთელ მსოფლიოში iTunes დომინირებს მუსიკის გაყიდვებში, „ამაზონი“ ელექტრონული წიგნებისა და თითქმის ყველა ტიპის სამომხმარებლო პროდუქტის გაყიდვაში, EBay მსოფლიო მაშტაბით ათასობით პროდუქტის გაყიდვასა და Netflix კინოფილმებისა და სატელევიზიო შოუების ჩამოტვირთვაში. მომხმარებლების უნარი და შესაძლებლობა, დააკმაყოფილონ თავიანთი მსყიდველობითი მოთხოვნები ინტერნეტის საშუალებით, თანაც სახლიდან გაუსვლელად, ყოველდღიურად იზრდება. კომერციის სახელმწიფო დეპარტამენტის განცხადებით 2000 წლიდან მოყოლებული, მხოლოდ ამერიკის შეერთებულ შტატებში (U.S.), მთლიანი საცალო გაყიდვების პროცენტული მაჩვენებელი, ელექტრონული კომერციის ჩათვლით, გაიზარდა 0.6%-დან 3.4%-მდე.¹ ეს ციფრები არ მოიცავს „ბიზნესი ბიზნესისათვის“ (B2B) ტრანზაქციებს, რომელზეც ელექტრონული კომერციის ზრდის უფრო მაღალი მაჩვენებელი მოდის ამ სექტორის ფარგლებში. მაგალითად, 2005 წელს ელექტრონული კომერციის ტრანზაქციები ითვლიდა „ბიზნესი ბიზნესისათვის“ (B2B) ტრანზაქციების მთლიანი მოცულობის 22%-ს.² დღეისათვის, ელექტრონული კომერცია წარმოადგენს ტრილიონი დოლარის მოცულობის სფეროს, თავისი გლობალური ელექტრონული კომერციული გაყიდვებით, რომელმაც ტრილიონი დოლარის ნიშნულს პირველად 2012 წელს მიაღწია.³

იმ გარემოში, სადაც მაუსის მარტივი დანკაპუნებით, ერთ ქვეყანაში მყოფ მომხმარებელს შეუძლია შეისყიდოს საქონელი და მომსახურებები მსოფლიოს მეორე ბოლოში განთავსებული ბიზნესიდან, უკვე აშკარა ხდება დავების გადაწყვეტის ინოვაციური ფორმების საჭიროება. სამწუხაროდ, ბევრმა ქვეყანამ და საერთაშორისო ორგანიზაციამ, ამერიკის შეერთებული შტატებისა და ევროკავშირის (EU) ჩათვლით, ვერ მოახდინა თავიანთი კანონების ახალ და დამწყებ ელექტრონულ ბაზართან წარმატებული მორგება. სწორედ ამან შექმნა ახალი სამართლებრივი წესებისა და საზღვრის გარეთ (უცხოური) დავების გადაწყვეტის უფრო ეფექტური საშუალებების მზარდი საჭიროება, რაც ფართოდ აღიარებულ იქნა ამერიკის შეერთებული შტატებისა და ევროკავშირის მიერ.⁴

* დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ცენტრის დირექტორი და კლინიკური სწავლების პროფესორი, ჰიუსტონის უნივერსიტეტი, ტეხასი.

¹ U.S. Census Bureau News, Quarterly Retail E-Commerce Sales: 3rd Quarter, 2007, <<http://www.census.gov/mrts/www/data/pdf/07Q3.pdf>>, [24.10.2008].

² U.S. Census Bureau, E-Stats, May 25, 2007, <<http://www.census.gov/eos/www/2005/2005reportfinal.pdf>>, [16.10.2008].

³ <<http://mashable.com/2013/02/05/ecommerce-sale-top-1-trillion-worldwide>>, 2013.

⁴ იხ. მაგალითად ABA Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution, Addressing Disputes in Electronic Commerce, Aug., 2002, <<http://www.abanet.org/dispute/documents/FinalReport102802.pdf>>, (შემდგომში ABA Task Force); Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 2001 O.J. L12/1 (შემდგომში Brussels Regulation).

ონლაინ დავების გადაწყვეტა და პროცესის მიმდინარეობა

ონლაინ დავების გადაწყვეტა (ODR) მოიცავს ინტერნეტ სივრცეში დავების გადაწყვეტის ტექნიკების გამოყენებას.⁵ თუმცა, ონლაინ დავების გადაწყვეტა უფრო მეტად აგვარებს ელექტრონული კომერციის საკითხებს ან სხვა, ინტერნეტთან დაკავშირებულ, დავებს,⁶ ის ასევე წყვეტს ე.წ. „ოფ-ლაინ“ დავებსაც.⁷ ონლაინ დავების გადაწყვეტა მოიცავს ფორმალურ სასამართლო პროცესებს, ასევე არბიტრაჟს, მედიაციას და მოლაპარაკებას იმ დავებთან დაკავშირებით, რომლებიც ინტერნეტში წარმოიშვა.⁸ ონლაინ მედიაცია განსაკუთრებით მოიცავს

⁵ იხ. *Ponte L. M., Cavenagh Th. D.*, Cyberjustice: Online Dispute Resolution (ODR) for E-Commerce, 2005, 18; *Katsh E., Rifkin J.*, Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace, 2001, 10; *Katsh E., Rifkin J.*, Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace, 2001, 10 (აღსანიშნავია, რომ ინტერნეტი „გვეხმარება, რა შეგვიძლია გავაკეთოთ, სად შეგვიძლია გავაკეთოთ ეს და როდის შეგვიძლია გავაკეთოთ ეს“); A.B.A. Task Force on Elec. Commerce & Alternative Dispute Resolution, Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final Recommendations and Report, Bus. Law., Vol. 58, 2002, 415, 434 [შემდგომში A.B.A. Task Force] (განსაზღვრა ODR როგორც „ინტერნეტისა და სხვა ვებგვერდების, ასევე, კომპიუტერული ტექნოლოგიების გამოყენების ჩათვლით, ADR“ ხელშეწყობისათვის); *Teitz L. E.*, Providing Legal Services for the Middle Class in Cyberspace: The Promise and Challenge of On-line Dispute Resolution, Fordham L. Rev., vol. 70, 2001, 985, 986 („ინტერნეტმა უბრალოდ დააჩქარა დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის მიღება, გახდა რა ის ხელმისაწვდომი მასებისათვის“).

⁶ იხ. *Ambrogi R. J.*, Virtual Justice: Resolving Disputes Online, Bench & B. of Minn., Feb. 2005, 13 (აღსანიშნავია, რომ ონლაინ დავების მოცულობა დიდია რეალურ სამყაროში). იხ. ზოგადად, *Colin Rule*, Online Dispute Resolution for Business: B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts, 2002. „ელ-კომერცია“ ან „ელექტრონული კომერცია“ განსაზღვრული იქნა, როგორც „მომსახურებების გაყიდვა ან შესყიდვა, ბიზნესებს, ოჯახებს, ინდივიდუალურ პირებს და მთავრობებს, ასევე, სხვა სახელმწიფო ან კერძო ორგანიზაციებს შორის, რომელიც ხორციელდება კომპიუტერული ქსელების შუამავლობით.“ ... თასკ ორცე, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 10, at 425.

⁷ *Lodder A. R., Zeleznikow J.*, Developing an Online Dispute Resolution Environment: Dialogue Tools and Negotiation Support Systems in a Three-Step Model, Harv. Negot. L. Rev., Vol. 10, 2005, 287, 300 („არ არსებობს რაიმე მიზეზი, თუ რატომ არ შეიძლება გადაწყდეს ე.წ. „ოფ-ლაინ“ დავები ონლაინ რეჟიმში.“); A.B.A. Task Force, შენიშვნა 10, 434; *Teitz*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 10, 991; *Shah A.*, Using ADR to Resolve Online Disputes, Rich. J.L. & Tech., Vol. 10, 2004, 25, 32-33 (საბუთდება, რომ მედიაცია ყველაზე უკეთ ერგება ძირითადი შეთანხმების დავებს, ელექტრონული კომერციის დავებს, დომეინის დასახელების დავებს, და ინტელექტუალური საკუთრების დავებს); *Goodman J. W.*, The Pros and Cons of Online Dispute Resolution: An Assessment of Cyber-Mediation Websites, Duke L. & Tech. Rev., 2003, 4, 1 („ონლაინ დავების გადაწყვეტას შესაძლოა ჰქონდეს ადგილი ან მთლიანად, ან ნაწილობრივ, ონლაინ რეჟიმში; საქმე ეხება ორი ტიპის დავას: ისინი, რომლებიც წარმოიქმნებიან კიბერ სივრცეში, და ისინი, რომლებიც წარმოიქმნებიან კავშირს გარეთ, ე.წ. „ოფ-ლაინ“.“). აგრამ იხ. *Martin M. Sh.*, Note, Keep It Online: The Hague Convention and the Need for Online Alternative Dispute Resolution in International Business-to-Consumer E-Commerce, B.U. Int'l L.J., Vol. 20, 2002, 125, 150, 153 (საბუთდება, რომ ონლაინ დავების გადაწყვეტა ყველაზე ეფექტურია, როდესაც ხდება მისი გამოყენება ონლაინ ელექტრონული კომერციის დავების გადაწყვეტისას).

⁸ იხ. ზოგადად, *Ponte & Cavenagh*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 10. იხ., ასევე, *Magnus R.*, The Confluence of Law and Policy in Leveraging Technology: Singapore's Judiciary's Experience, Wm. & Mary Bill Rts. J., Vol. 12, 2004, 661 (სინგაპურის სასამართლო პროცესების ტექნოლოგიის გამოყენების განხილვა, ვირტუალური სასამართლოს შექმნის ჩათვლით); *Chauhan J.*, Online Dispute Resolution Systems: Exploring E-Commerce and E-Securities, Windsor R. Legal & Soc. Issues, Vol. 15, 2003, 99, 103-08 (ბრმად ვაჭრობის, მედიაციის, და შუამავლობით და საარბიტრაჟო პროგრამების შედარება ფასიან ქალაქდებთან დაკავშირებული დავების გადაწყვეტისას); *Ponte L. M.*, The Michigan Cyber Court: A Bold Experiment in the Development of the First Public Virtual Courthouse, N.C. J.L. & Tech., Vol. 4, 2002, 51 (მიჩიგანის გეგმის განხილვა ვირტუალური სასამართლო შენობის შექმნასთან დაკავშირებით); *Teitz*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 10, at 998-1009 (არბიტრაჟის, მედიაციისა და სრულიად ავტომატიზირებული სისტემების განხილვა, სადაც კომპიუტერული პროგრამა ედრება საკითხის მოგვარების წინადადებებს); *Witt N.*, Online International Arbitration: Nine Issues Crucial to Its Success, Am. Rev. Int'l Arb., Vol. 12, 2001, 441.

ერთ-ერთი ყველაზე კარგად ცნობილი ონლაინ დავების გადაწყვეტის სისტემა არის მინიჭებული სახელებისა და ნომრების ინტერნეტ კორპორაციის [ICANN] უნიფიცირებული დავების გადაწყვე-

ტის პროცესი, რომელმაც შექმნა ონლაინ სისტემა დომეინ სახელებთან დაკავშირებული დავების გადაწყვეტის მიზნით. Krause W., Do You Want to Step Outside? An Overview of Online Alternative Dispute Resolution, J. Marshall J. Computer & Info. L., Vol. 19, 2001, 457, 465. პროცესი გავს არავალდებულებით არბიტრაჟს, რადგანაც გადაწყვეტილებები არ ხდება ვალდებულებითი, სანამ სასამართლო პროცესი არ შევა ფედერალური სასამართლოების რეესტრში. და იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც სასამართლო პროცესი შედის რეესტრში, სასამართლოები არ ავალდებულებენ წინა გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებით. იხ. Meyers K., Domain Name Dispute Resolution in U.S. Courts: Should ICANN Be Given Deference?, B.C. L. Rev., Vol. 43, 2002, 1177, 1193. თუმცა, სახელებისა და ნომრების ინტერნეტ კორპორაციამ (ICANN) წარმატებით გადაწყვიტა დავების დიდი ნაწილი, და ეს ძალიან მკაცრადაც გაკრიტიკდა. იხილეთ Lodder & Zeleznikow, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 12, at 299 (უნდა აღინიშნოს, რომ სისრულეში მოყვანილ იქნა 6000 დავა, ხუთი წლის განმავლობაში); Efroni Z., The Anticybersquatting Consumer Protection Act and the Uniform Dispute Resolution Policy: New Opportunities for International Forum Shopping?, Colum.J.L. & Arts, Vol. 26, 2003, 335, 351 (აღსანიშნავია ICANN წარმატებული იყო, თუ მოვახდენთ მის შეფასებას გადაწყვეტილი საქმეების რაოდენობის მიხედვით); Fromkin A. M., ICAAN's "Uniform Dispute Resolution Policy" – Causes and (Partial) Cures, Brook.L. Rev., Vol. 67, 2002, 605, 670-711 (UDRP-ს პოლიტიკის კრიტიკის აღწერა და არსებითი რეფორმების შეთავაზება).

ამჟამად, არსებობს მხოლოდ ერთი საქმე ამერიკის შეერთებულ შტატებში, სადაც ონლაინ დავების გადაწყვეტა წამოიწია, როგორც განსახილველი საკითხი, გარდა იმ საქმეებისა, რომელიც ეხება დომეინ სახელთან დაკავშირებულ დავებს. Stenzel v. Dell, Inc., No.Civ.A.CV-03-323, 2004 WL 1433657 (Me. Super. Mar. 11, 2004). Stenzel-ში, მოსარჩელემ განაცხადა პრეტენზია, რომ მოპასუხის საარბიტრაჟო შეთანხმება არსებითად არაკეთილსინდისიერი იყო, ნაწილობრივ, რადგანაც ის არ პასუხობდა BBBOnline Dispute Resolution Standards.Id. at 5.საარბიტრაჟო შეთანხმება ითვალისწინებდა: ნებისმიერი სარჩელი, დავა, ან უთანხმოება (ან კონტრაქტი, სამოქალაქო კანონდარღვევა, ან სხვაგვარად, მანამდე არსებული, დღევანდელი ან მომავალი, და სანესდებო სამართლის, საზოგადო სამართლის, საერთაშორისო კანონდარღვევის და სამართლიანი სარჩელების ჩათვლით) DELL-სა და მომხმარებელს, მის აგენტებს, თანამშრომლებს, ხელმძღვანელებს, უფლებამონაცვლეებს, მემკვიდრეებს, შვილობის საწარმოებს შორის (ერთობლივად, წინამდებარე პარაგრაფის 'Dell' მიზნით) წარმოშობილი ამ ხელშეკრულებიდან ან ამ ხელშეკრულებასთან, მის ინტერპრეტაციასთან, ან დარღვევასთან, შეწყვეტასთან ან ნამდვილობასთან დაკავშირებით, ასევე, ამ ხელშეკრულებიდან წარმოშობილ ურთიერთობებთან (სრულად დაშვებული გამოყენებადი სამართლებრივი ნორმის მიერ, შესამე მხარეებთან ურთიერთობის გზით, რომლებიც არ არიან ამ ხელშეკრულების ხელმოწერილი), – Dell -ის რეკლამირებასთან ან ნებისმიერ შესამაბის შესყიდვასთან დაკავშირებით, უნდა ექსკლუზიურად და საბოლოოდ გადაწყდეს ეროვნული საარბიტრაჟო ფორუმის (NAF) მიერ წარმოებულ საავალდებულო არბიტრაჟის გზით, მოქმედი პროცედურული კოდექსის თანახმად, <<http://www.arb-forum.com>> or via telephone at 1-800-474-2371). არბიტრაჟი ერთპიროვნულად შეზღუდული იქნება Dell-სა და მომხმარებელს შორის წარმოქმნილ დავასა და დაპირისპირებაში. არც მომხმარებელი და არც DELL არ არიან უფლებამოსილი გააერთიანონ ან გაამყარონ საჩივრები სხვა მომხმარებლების საშუალებით ან მათ წინააღმდეგ, ან განახორციელოს ნებისმიერი სარჩელის საარბიტრაჟო განხილვა, წარმომადგენლობითი ან ჯგუფური სარჩელის სახით ან კიდევ მინდობილობით აღჭურვილი კერძო პირის მთლიანი შესაძლებლობის საშუალებით. ეს საქმის წარმოება მოიცავს სახელმწიფოთა შორის კომერციას და ეს უნდა მართული იყოს ფედერალური საარბიტრაჟო კანონის შესაბამისად 9 U.S.C. ნაწილი 1-16 (FAA). არბიტრ(ებ)ის ნებისმიერი გადაწყვეტილება უნდა იყოს საბოლოო და უნდა ავალდებულებდეს თითოეულ მხარეს, და შეიძლება გატარდეს, როგორც განაჩენი, კომპეტენტური მართლმსაჯულების ნებისმიერ სასამართლოში. Dell პასუხისმგებელი იქნება ნებისმიერი საარბიტრაჟო სარეგისტრაციო გადასახადზე და საქმის მოსმენასთან დაკავშირებულ გადასახადზე, რამდენადაც ესეთი გადასახადები აღემატება სახელმწიფოში, რომელშიც ცხოვრობ, არსებულ საერთო იურიდიულ სასამართლოში საქმის აღძვრისათვის საჭირო სარეგისტრაციო შენატანის თანხას. თითოეულმა მხარემ უნდა თვითონვე დაფაროს თავისი ხარჯები და ადვოკატის მომსახურების ჰონორარი, თუ ასეთი არსებობს. თუმცა თუ რომელიმე მხარე დომინირებს კანონიერ პრეტენზიაში, რომელიც აძლევს საქმის მომგებ მხარეს ადვოკატის მომსახურების ჰონორარის გადახდის საშუალებას ან თუ არსებობს განერილი ხელშეკრულება შენატანებთან დაკავშირებით, არბიტრმა შესაძლოა დაანესოს გონივრული შესატანები საქმის მომგები მხარისათვის, კანონის შესაბამისად შენატანის ცვლილების სტანდარტების ფარგლებში.

Dell, კორპორაცია., Dell-ის ონლაინ პოლიტიკები, <<http://www.dell.com/termsandconditions>>, [18.05.2006]. მოსარჩელემ გაასაჩივრა, რომ Dell-ს მოეთხოვებოდა სტანდარტების დაცვა, რადგანაც მან გამოაქვეყნა BBB ონლაინ საიმედოობის აღქმა თავის ვებ გვერდზე. Stenzel, 2004 WL 1433657, at 5. თუმცა სასამართლომ უარყო ეს არგუმენტი, აღმოაჩინა რა, რომ ეს სტანდარტები იყო უფრო სასურველი, ვიდრე ვალდებულებითი.

ტრადიციული მედიაციის ტექნიკების გამოყენებას ონლაინ გარემოში.⁹ ტრადიციული მედიაციის მსგავსად, ონლაინ მედიაცია შესაძლოა განხორციელდეს ფასილიტატიური, შემფასებლური ან ტრანსფორმაციული ტექნიკების გამოყენების საშუალებით.¹⁰ თუმცა ტრადიციული მედიაციისაგან განსხვავებით, მედიაციის ჩატარების მიზნით გამოყენებულმა ტექნოლოგიამ შესაძლოა უზარმაზარი ზემოქმედება მოახდინოს დავეების წარმატებით გადაწყვეტაზე.¹¹ ბევრი მიმართებით, ონლაინ მედიაციის ჩატარებისათვის საჭირო ტექნოლოგიის ხელმისაწვდომობამ, შესაძლოა, მოგვცეს განსხვავება დავეების გადაწყვეტის მცდელობასა და იმ ფაქტის გაცნობიერებას შორის, რომ პროცესი მიმდინარეობს არაკორექტულად.¹² 1995 წლამდე, ონლაინ დავეების გადაწყვეტა იყო ძალზედ უსარგებლო, რადგანაც სამხედრო და აკადემიური და-

რამდენიმე სხვა საქმე არაპირდაპირ მოიცავდა ონლაინ დავეების გადაწყვეტას. მაგალითად, *Carmel v. Fleischman*, No. B168437, 2005 WL 2143542, at 7 (Cal. Ct. App. Sept. 7, 2005), მხარეები, უძრავი ქონების ტრანზაქციისას, შეთანხმდნენ, რომ შევჯიბრებით სასამართლო პროცესში მოგებულ მხარეს (არბიტრაჟი იქნება ეს თუ სასამართლო საქმის წარმოება) შეუძლია დაფაროს ადვოკატის მომსახურების ჰონორარი ნაგებული მხარის საშუალებით. თუმცა ეს პირობა შეთანხმებული არ იქნება, თუ მხარეები პირველ რიგში „არ დაეთანხმებიან ამ ხელშეკრულების გარეთ მათ შორის წარმოქმნილი ნებისმიერი დავის ან სარჩელის შუამდგომლობას, ან ნებისმიერ საბოლოო ტრანზაქციას, არბიტრაჟისათვის ან სასამართლოსათვის მიმართვამდე.“ მედიაციის მოთხოვნების დაკმაყოფილებისათვის, მხარეთაგან ერთ-ერთმა აღძრა სასამართლო პროცესი ონლაინ მედიაციის პროვაიდერთან, SquareTrade-თან დაკავშირებით. მიუხედავად ამისა, მეორე მხარე არასოდეს გამოეხმაურა პროცესში მონაწილე მეორე მხარის, SquareTrade-ის მიერ გაგზავნილ ელექტრონულ ფოსტას. ხარეები არასოდეს შუამავლობდნენ ონლაინ რეჟიმში, თუმცა მხარეები შეთანხმდნენ, რომ პერსონალურად იშუამდგომლებდნენ მოგვიანებით თარიღზე. იქვე 8-ზე. რადგანაც, არ წარმოიშვა მედიაციის პროცესი, ნაგებულმა მხარემ თავი შეიკავა ადვოკატის მომსახურების ჰონორარის გადახდის შუამდგომლობისაგან. იქვე. რაიონულმა სასამართლომ დაადგინა ადვოკატის მომსახურების ჰონორარი იმის საფუძველზე, რომ ნაგებული მხარე არასოდეს უარყოფდა მედიაციას, არამედ მხოლოდ შეაყოვნებდა საკმაოდ დიდი ხნით, სასამართლო საქმის წარმოების აღძვრისა და დასრულების მიზნით. იხ. იქვე 9. აპელირების თვალსაზრისით, კალიფორნიის სააპელაციო სასამართლომ განსაზღვრა, რომ რაიონულმა სასამართლომ ბოროტად არ უნდა გამოიყენოს ქმედების თავისუფლება. იქვე.

In Alexander v. U.S. Credit Mgmt. Management, Inc., 384 F. Supp. 2d 1003 (N.D. Tex. 2005), სასამართლოს მოეთხოვებოდა განესაზღვრა, იყო თუ არა საარბიტრაჟო ხელშეკრულება მართებული და სახელმწიფო და ფედერალური სამართლის შესატყვისი. იქვე 1006-ში. იძულებით შემთხვევაში, ხელშეკრულება მხარეებისგან მოითხოვს, მიიღონ მონაწილეობა ონლაინ მედიაციაში, სავალდებულო არბიტრაჟის შესაბამისად. იქვე 1004-05-ში. თუმცა, როდესაც სასამართლომ განსაზღვრა, რომ კონტრაქტი არ შესრულდა, მოსარჩელებს მიეცათ საშუალება, შეეტანათ სარჩელი სასამართლოში, და არა მიემართათ მედიაციისა და არბიტრაჟის პროცედურისათვის. იქვე. 1016-ში.

⁹ *Ponte & Cavenagh*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 10, 63; *Ponte L. M., Throwing Bad Money After Bad: Can Online Dispute Resolution (ODR) Really Deliver the Goods for the Unhappy Internet Shopper?*, *Tul. J. Tech. & Intell. Prop.*, Vol. 3, 2001, 55, 75-79 [შემდგომში *Ponte, Throwing Bad Money*].

¹⁰ იხ. *Gibbons et al.*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 6, 32-35 (აღწერა, თუ როგორ შეიძლება მედიაციის თითოეული ფორმა წარმართოს ონლაინ რეჟიმში); *Ponte, Throwing Bad Money*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 14, 75-78 (ფასილიტატიური მედიაციის გამოყენების აღწერა).

¹¹ იხ. *Katsh & Rifkin*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 10, 93-116 (ტექნოლოგიის, როგორც „მეოთხე მხარის“ განხილვა ონლაინ მედიაციაში); *Gibbons et al.*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 6, 35-ში (აღსანიშნავია, რომ ტექნოლოგია შესაძლოა გამოყენებულ იქნას შემდეგნაირად, „დააშორო მხარეები ფსიქოლოგიურად, შეახვედრო მხარეები, დააჩქარო პროცესი, ან შეანელო პროცესი“); *Katsh*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 8, 285-ზე („თუმცა „მეოთხე მხარის“ მიზანს წარმოადგენს, გახადოს ხელმისაწვდომი ინფორმაციის პროცესინგი და ინფორმაციის მენეჯმენტის წყაროები, ეს არ ამცირებს იმ ნებისმიერი განვითარების მნიშვნელობას, რომელიც შეიძლება წარმოიშვას მომავალში, თუ რამდენად ეფექტურად მოძრაობს მონაცემები ონლაინ რეჟიმში ერთი მხარიდან მეორე მხარემდე.“).

¹² შეიძლება განსაკუთრებით რეალობას შეესაბამებოდეს, თუ მხარეები ცხოვრობენ ერთმანეთისაგან დიდი მანძილის დაშორებით. იხ. *Goodman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 12, 14 („ფაქტობრივად, კიბერ მედიაცია შეიძლება იყოს ერთადერთი შესრულებადი ალტერნატივა იმ ინდივიდუალური პირებისათვის, რომელთაც არ შეუძლიათ მისცენ თავის თავს დიდი მანძილზე მოგზაურობის უფლება, ან იმათთვის, რომლებიც ჩართულნი არიან ელექტრონული კომერციის დავეებში, დოლარის ვალუტაში თანხის მცირე მოცულობით.“).

წესებულებები იყვნენ ინტერნეტის ძირითადი მომხმარებლები.¹³ რამდენადაც ინტერნეტმა მოიპოვა პოპულარობა და გახდა კომერციალიზებული, დაიწყო ონლაინ დავების წარმოშობა. შედეგად, დადგა დავების ეფექტურად გადანყვეტის ფორუმის საჭიროება.¹⁴ პასუხად, მთავრობებმა, უნივერსიტეტებმა და კერძო ორგანიზაციებმა სტიმული მისცეს და მხარი დაუჭირეს ონლაინ დავების გადანყვეტის განვითარებას.¹⁵

ონლაინ დავების გადანყვეტა წარმოიშვა, როგორც მომხმარებლებსა და ცალკეული ქვეყნების ბიზნესებს შორის დაბალი ღირებულების და საზღვრებს გარეთა ელექტრონული კომერციის დავების გადანყვეტის თეორიული ლიდერი.¹⁶ ელექტრონული კომერციის კონტექსტში, ონლაინ დავების გადანყვეტა წარმოადგენს მომხმარებლებსა და ბიზნესებს შორის დავების გადანყვეტას რეალური საშუალებების გამოყენებით, რაც მათ ერთად მიიყვანს თავდაპირველ პრიორიტეტამდე – ინტერნეტამდე. დავების გადანყვეტის არსებული მეთოდები ცვალებადობს ფორმალური – არბიტრაჟიდან – არაფორმალურ – მედიაციამდე, მხარეთა შორის პირდაპირ მოლაპარაკებებამდე და ავტომატურ მოლაპარაკებებამდე („ფასის ბრმად შეთავაზება“, ე.წ. “blind-bidding” – Ex. Cyber Settle).¹⁷ დღეისათვის, ონლაინ დავების გადანყვეტის ერთ-ერთი ყველაზე ძლიერი და წარმატებული მაგალითია EBay -ის მიერ შემუშავებული პროგრამა.

EBay-ის მაგალითი

ონლაინ დავების გადანყვეტის იდეა წარმოიშვა იმის გაცნობიერების შედეგად, რომ ონლაინ დავების რაოდენობა გაიზრდებოდა ონლაინ აქტივობების გააქტიურების პარალელურად.¹⁸ შესაბამისად, რაც უფრო მეტ ტრანზაქციას და ინტერაქტივობას აქვს ადგილი ონლაინ რეჟიმში, მით მეტ დავას ექნება ადგილი¹⁹. ამასთან, გასაგები იყო, რომ ინტერნეტს, სანამ ის ინფორმაციის წყაროს წარმოადგენდა, შეეძლო ინფორმაციაზე დამოკიდებული საქმიანობების მხარდაჭერა, როგორცაა დავების გადანყვეტა.²⁰ სხვა სიტყვებით, ინტერნეტი წარმოადგენდა იმ პრობლემის ნაწილს, რომელშიც ხდებოდა დავების წარმოქმნა, მაგრამ

¹³ შეიძლება განსაკუთრებით რეალობას შეესაბამებოდეს, თუ მხარეები ცხოვრობენ ერთმანეთისაგან დიდი მანძილის დაშორებით. იხ. *Goodman*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 12, 14 („ფაქტიურად, კიბერ მედიაცია შეიძლება იყოს ერთადერთი შესრულებადი ალტერნატივა იმ ინდივიდუალური პირებისათვის, რომელთაც არ შეუძლიათ მისცენ თავის თავს დიდ მანძილზე მოგზაურობის უფლება, ან იმათთვის, რომლებიც ჩართულნი არიან ელექტრონული კომერციის დავებში, დოლარის ვალუტაში თანხის მცირე მოცულობით.“).

¹⁴ იხ. იქვე, 54-57; *Katsh*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 8, 276-77 (განმარტებულია, რომ ერთხელ კომერციულმა საქმიანობებმა დაიწყეს ადგილის დაკავება ინტერნეტში, დავები გაიზარდა და ამ დავების გადანყვეტისათვის საჭირო გახდა ეფექტური გზების ძიება).

¹⁵ იხ. A.B.A. Task Force, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 10, 434-35 (აღსანიშნავია, რომ ევრო კავშირმა და ამერიკის შეერთებულმა შტატებმა გამოსცეს ოფიციალური განაცხადები, რომლებიც ავალდებულებდა მათ, გამოეყენებინათ სამართლიანი და ეფექტური ონლაინ დავების გადანყვეტა, ასევე, გამოეყენებინათ ფედერალური სავაჭრო კომისიის ონლაინ ფორუმი, რათა მომხმარებლებს შეეძლებოდათ ელექტრონული კომერციის ტრანზაქციებთან დაკავშირებული საჩივრების შეტანა); *Katsh & Rifkin*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 10, 58-61; *Katsh*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 8, 277 („ინტერნეტი წარმოადგენდა პრობლემის ნაწილს, სადაც ხდებოდა დავების წარმოშობა, მაგრამ ის ასევე წარმოადგენდა გადანყვეტის ნაწილსაც, იმ მოცულობით, რამდენადაც შეიძლებოდა ონლაინ-რეჟიმში დავებზე გამომხაურება.“).

¹⁶ *Wahab M.*, Globalisation and ODR: Dynamics of Change in E-Commerce Dispute Settlement, INT’I J. L. & INFO. TECH., Vol. 12, 2004, 123, 152.

¹⁷ *Tyler M. C., Bretherton D.*, Online Alternative Dispute Resolution, Vindobona J. Int’l Com. L. Arb., Vol. 7, 2003, 199, 203.

¹⁸ 49 NYLSLR 271; New York Law School Law Review: Bringing Online dispute Resolution to virtual worlds: creating Processes Through Code, 2004-2005.

¹⁹ იხ. იქვე.

²⁰ იხ. იქვე.

ასევე ის წარმოადგენდა გადაწყვეტის ნაწილსაც, დავების დაკმაყოფილებისთვის აუცილებელი რესურსების მოპოვების თვალსაზრისით.²¹

Ebay წარმოადგენს ონლაინ აუქციონის ვებგვერდს 125 მილიონზე მეტი რეგისტრირებული მომხმარებლით, სადაც ყოველდღიურად გასაყიდად წარმოდგენილია 24 მილიონზე მეტი ნივთი.²² Ebay გამყიდველებს აძლევს შესაძლებლობას პროდუქტი მიყიდოს მყიდველს, მსოფლიოს ნებისმიერი ნერტილიდან.²³ Ebay თავისთავად არ წარმოადგენს რაიმე გარიგების მხარეს და, ზოგადად, არ იღებს რაიმე პასუხისმგებლობას საქონლის მყიდველებსა და გამყიდველებს შორის წარმოქმნილ პრობლემებზე.²⁴ 1999 წელს, EBay-მ დაადგინა, რომ დავების გადაწყვეტის პროცესი შემდგომში გაზრდიდა ნდობას მყიდველებსა და გამყიდველებს შორის. ამიტომაც, მან დართო ნება მასაჩუსეტსის უნივერსიტეტის ინფორმაციული ტექნოლოგიებისა და დავების გადაწყვეტის ცენტრს,²⁵ განეხორციელებინა საპილოტო პროექტი, რომელიც შეაფასებდა დავების გადაწყვეტის პროცესის სიცოცხლისუნარიანობას და ღირებულებას, და რაც საშუალებას მისცემდა მხარეებს, რომელთაც არ შეეძლოთ თავისით რიგი პრობლემების გადაჭრა, მიეღოთ ექსპერტი მედიატორის დახმარება. პირველ ეტაპზე ონლაინ დავების გადაწყვეტის გამოყენებით ცენტრში ორასზე მეტი დავის განხილვა მოხდა ორკვირიანი პერიოდის განმავლობაში.²⁶

მასაჩუსეტსის უნივერსიტეტის საპილოტო პროექტის დასრულებიდან რამდენიმე თვის შემდეგ, EBay-მ შეარჩია SquareTrade.com, როგორც მისი დავების გადაწყვეტის პროვაიდერი.²⁷ SquareTrade-ის მიდგომა ონლაინ დავების გადაწყვეტის მიმართ განსხვავებულია მასაჩუსეტსის უნივერსიტეტის მიდგომისაგან ორი მიმართებით, რომელთაგან თითოეული წარმოადგენდა მნიშვნელოვან უპირატესობას ონლაინ დავების გადაწყვეტაში.²⁸ პირველი, ადამიანური რესურსის, როგორც მედიატორის წარმოდგენამდე, SquareTrade-მა ჩართო ტექნოლოგიური მხარდაჭერა მოლაპარაკების პროცესში. მხარეებს შეეძლოთ მიემართათ მცდელობისთვის, თავად გადაეწყვიტათ დავები, მედიატორის მოთხოვნამდე.²⁹ მეორე, SquareTrade-ი მოდავე მხარეებთან სამუშაოდ და მათთან საკომუნიკაციო საშუალებად უფრო მეტად იყენებს დავებს, ვიდრე ელექტრონული ფოსტას.³⁰

გზა, რომლითაც SquareTrade იყენებს ვებ-ს, აჩვენებს, თუ კომუნიკაციაში წარმოქმნილ მცირე ცვლილებებს რამდენად შეუძლიათ დიდი შედეგის მოტანა.³¹ იმ პირთა უმრავლესობას, რომლებიც მიმართავენ SquareTrade-ს, უკვე ნაცადი აქვთ საკუთარი ძალებით საკითხის ელექტრონული ფოსტის საშუალებით მოგვარება და დგანან გამოუვალი მდგომარეობის წინაშე.³² ჩანს, რომ მხარეებს არა მხოლოდ ურჩევნიათ მოლაპარაკებების ვებ-ის საშუალებით წარმოება, ელექტრონული ფოსტის გამოყენებასთან ერთად, არამედ ამ ტიპის მოლაპარაკებები ხშირ შემთხვევაში, უფრო წარმატებულია.³³ SquareTrade-ის მიერ შემუშავებული ვებგვერდი უზრუნველყოფს თამასუქის ეგზემპლარის კომპლექტის უფრო სტრუქტურირებული ნაკრების გაც-

²¹ 49 NYLSLR 271; New York Law School Law Review: Bringing Online dispute Resolution to virtual worlds: creating Processes Through Code, 2004-2005.

²² იხ. იქვე.

²³ იხ. იქვე.

²⁴ იხ. იქვე.

²⁵ ინფორმაციული ტექნოლოგიებისა და დავების გადაწყვეტის ცენტრი, <<http://www.umass.edu/dispute>>, [29.08.2004].

²⁶ *Katsh et al. E., E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of eBay Law*, Ohio St. J. on Disp. Resol., Vol. 15, 2000, 705, 710.

²⁷ 49 NYLSLR 271; New York Law School Law Review: Bringing Online Dispute Resolution to Virtual Worlds: Creating Processes Through Code, 2004-2005.

²⁸ იხ. იქვე.

²⁹ იხ. იქვე.

³⁰ იხ. იქვე.

³¹ იხ. იქვე.

³² იხ. იქვე.

³³ იხ. იქვე.

ვლას მხარეთა შორის, ვიდრე ამას შეიძლება ადგილი ჰქონდეს ელექტრონული ფოსტის გამოყენებისას. SquareTrade-ს დადგენილი აქვს, რომ თითქმის ყველა EBay-ს დავა დაახლოებით ათ კატეგორიად შეიძლება დავეყოთ.³⁴ ეს იძლევა იმ ფორმების შექმნის საშუალებას, რომელსაც ავსებენ მხარეები და ეს ფორმები ნათელყოფს და ხაზს უსვამს ორივე საკითხს: რა ყოფს მხარეებს და რომელი გადანყვეტებია ყველაზე სასურველი მათთვის.³⁵ სანამ მხარეებს უჩნდებათ თავიანთი ნუხილების თავისივე სიტყვებით გამოხატვის საშუალება, ეს ფორმები და რეზიუმირებული ფორმები, რომელსაც მხარეები აუცილებელი წესით იღებენ, ამცირებს თავისუფალი ტექსტის მოცულობას, რომელშიც აღწერილია ჩივილები და მოთხოვნები; შედეგად, მცირდება გალიზიანება და მტრობა ორ მხარეს შორის.³⁶

თავისი განსაზღვრებით, მოლაპარაკება წარმოადგენს ორ მოდავე მხარეს შორის ურთიერთობას, მესამე მხარის დასწრების გარეშე. SquareTrade-ის გზით ვებ-ის გამოყენება ახალ ელემენტს ჰმატებს ტრადიციულ მოლაპარაკებას, როგორცაა მაგალითად, „ვირტუალური დასწრება“.³⁷ ვებგვერდი, განსაკუთრებით კი გამოყენებული ფორმები, ქმნის წარსულ და მომავალ კომუნიკაციას და ასევე ქმნის გარკვეულ ღირებულებას, რომელიც შესაძლოა სხვაგვარად უზრუნველყოფილი იქნას მედიატორის მიერ.³⁸ არ არსებობს რაიმე ალგორითმი მუშაობის პროცესში, რომელიც აკეთებს გამომხატვების ანალიზს და, ამგვარად, ეს არის პირველი ნაბიჯი უფრო რაფინირებული ონლაინ მოლაპარაკებების პროცესისაკენ.³⁹ ტექნოლოგია კარგად მუშაობს მხარეებთან მოლაპარაკების პროცესში, თუმცა მოლაპარაკებასა და მედიაციას შორის იქმნება უფრო ნაკლებად ნათელი და კლასიკური სხვაობა, რაც იმას ნიშნავს, რომ თითოეულმა ონლაინ დავების გადანყვეტის პროტოკოლმა უნდა მოუტანოს სარგებელი ნეიტრალურ მესამე მხარეს (მედიატორს).⁴⁰

როდესაც ვებ-ით წარმოებული მოლაპარაკებები განიცდის წარუმატებლობას, SquareTrade უზრუნველყოფს ადამიანურ რესურსს, მედიატორის სახით, მომსახურებისათვის ოცდოლარიანი გასამრჯელოთი.⁴¹ ვებ-ის ინტერფეისი ისევ გამოყენებაშია, მაგრამ საუბრებს ხელს უწყობს ნეიტრალური მესამე მხარე. ვებ-ის გამოყენება უზრუნველყოფს იმგვარ სტრუქტურასა და ფორმატს, რომელიც მხარეებს აძლევს მონაწილეობის საშუალებას, მათი სურვილის შესაბამისად; ასევე, მედიატორის გამოყენების საშუალებას, რომელიც შესაძლოა ხელმისაწვდომი იყოს ნებისმიერ ადგილას.⁴² EBay-ის მოდელი იძლევა დავების ეფექტურად გადანყვეტის საშუალებას, რომელიც, თავისი განსაზღვრებით, იძლევა მომხმარებლისათვის უფლებამოსილებების მინიჭების შესაძლებლობას.⁴³

ელექტრონული ვაჭრობა

ელექტრონული კომერცია, საზოგადოდ ცნობილი, როგორც ელ-კომერცია, წარმოადგენს ეკონომიკის დარგს, სადაც პროდუქტებისა ან მომსახურებების ყიდვა და გაყიდვა ხორციელდება ელექტრონული სისტემების გამოყენებით, როგორცაა ინტერნეტი და სხვა კომპიუტერული ქსელები.⁴⁴ ელექტრონული კომერცია მოიცავს ტექნოლოგიებს, როგორებიცაა მო-

³⁴ 49 NYLSLR 271; New York Law School Law Review: Bringing Online Dispute Resolution to Virtual Worlds: Creating Processes Through Code, 2004-2005.

³⁵ იხ. იქვე.

³⁶ იხ. იქვე.

³⁷ იხ. იქვე.

³⁸ იხ. იქვე.

³⁹ იხ. იქვე.

⁴⁰ 49 NYLSLR 271; New York Law School Law Review: Bringing Online Dispute Resolution to Virtual Worlds: Creating Processes Through Code, 2004-2005.

⁴¹ იხ. იქვე.

⁴² იხ. იქვე.

⁴³ იხ. იქვე.

⁴⁴ <http://en.wikipedia.org/wiki/Electronic_commerce>.

ბილური კომერცია, ფულადი სახსრების ელექტრონული გადარიცხვები, მომარაგების ქსელის მენეჯმენტი, ინტერნეტ მარკეტინგი, ონლაინ ტრანზაქციების პროცესინგი, ელექტრონულ მონაცემთა ურთიერთ გაცვლა (EDI), მარაგების მენეჯმენტის სისტემა და მონაცემთა შეგროვების ავტომატიზირებული სისტემები.⁴⁵ თანამედროვე ელექტრონული კომერცია მსოფლიო მასშტაბით მოქმედებს სულ მცირე ერთ მომენტში მაინც იყენებს ტრანზაქციების სასიცოცხლო ციკლის განმავლობაში, თუმცა მან შესაძლოა მოიცვას ტექნოლოგიების უფრო ფართო სპექტრი, როგორცაა მაგალითად ელექტრონული ფოსტა, მობილური კავშირების სოციალური მედია და ტელეფონები.⁴⁶ ელექტრონული კომერცია ძირითადად განიხილება, როგორც ელექტრონული ბიზნესის გაყიდვის ასპექტი.⁴⁷ ის ასევე მოიცავს მონაცემთა მიმოცვლასაც, ბიზნეს ტრანზაქციების დაფინანსებისა და გადახდის ასპექტების ხელშეწყობის მიზნით. ელექტრონული კომერცია შეიძლება დაიყოს შემდეგნაირად: 1) ინტერნეტით პროდუქტის გაყიდვის ბიზნესი ან „ვირტუალური ფასადი“ ვებგვერდებზე, ონლაინ კატალოგებით, რომელიც ზოგჯერ თავს იყრის „ვირტუალურ საფოსტო ყუთში“; 2) დემოგრაფიულ მონაცემთა შეკრება და გამოყენება ვებ-ის კონტაქტების და სოციალური მედიის, ბელექტრონულ მონაცემთა ურთიერთგაცვლის (EDI), „ბიზნესი ბიზნესისათვის“ მონაცემთა გაცვლით, ელექტრონული ფოსტის და ფაქსის საშუალებით, და მათი, როგორც მედიის გამოყენება, პერსპექტიული და ძველი მომხმარებლების ბაზის შექმნისათვის (მაგალითად, ელექტრონული საინფორმაციო ბიულეტენები).⁴⁸ ამ საინფორმაციო ფურცლის ნაწილი ფოკუსირებული იქნება „ბიზნესი მომხმარებლისათვის“ (B2C) კონცეფციაზე.

ელექტრონულ კომერციასთან დაკავშირებული პრობლემების გადაჭრისას, არსებობს გარკვეული სახელმწიფოებრივი პოლიტიკის საკითხები, რომელზე ფოკუსირებაც აუცილებელია ნებისმიერი მთავრობის მიერ რეგულაციების მომზადების პროცესში, დავების გადაწყვეტის მიზნით.⁴⁹ ეს სახელმწიფოებრივი პოლიტიკის საკითხები მოიცავს, მაგრამ არ იზღუდება შემდეგით: 1) „ციფრული უთანასწორობის“ აღმოფხვრა ან ინფორმაციულ ქსელებთან იაფფასიანი და მარტივი ხელმისაწვდომობის უზრუნველყოფა; 2) ელექტრონული კომერციის ტრანზაქციების სამართლებრივი აღიარება; 3) მომხმარებლების დაცვა თაღლითობისგან; 4) მომხმარებელთა უფლებების დაცვა კონფიდენციალობის თვალსაზრისით; 5) სამართლებრივი დაცვა „უკანონო კომპიუტერული შეღწევისაგან“ ან კომპიუტერულ სისტემებთან არასანქცირებული წვდომისგან; და 6) ინტელექტუალური საკუთრების დაცვა.⁵⁰ წარმოდგენილი პოლიტიკის საკითხების რეგულირების მიზნით გასატარებელი ნებისმიერი ღონისძიება უნდა ჯდებოდეს ქვეყნის სამართლებრივ ჩარჩოებში, რომელიც არეგულირებს ელექტრონულ კომერციას.⁵¹ მთავრობებმა უნდა მიიღონ პოლიტიკა, კანონები და ისეთი მასტიმულირებელი ღონისძიებები, რომელიც ფოკუსირებული იქნება ელექტრონული კომერციის მონაწილეებს შორის რწმენასა და ნდობაზე, ასევე რომელიც განავითარებს საერთაშორისო ბაზრების შესაბამის ქვეყნის სტრუქტურას.⁵² ეს განხილვები უნდა მოიცავდეს შემდეგს: 1) კონტრაქტის პირობების შესრულება; 2) მომხმარებლის დაცვა; 3) ვალდებულებების გადანაწილება; 4) პირადი ინფორმაციის დაცვა; 5) უფლებები ინტელექტუალურ საკუთრებაზე; და 6) საზღვრებს გარეთ ვაჭრობა.⁵³

⁴⁵ იხ. იქვე.

⁴⁶ იხ. იქვე.

⁴⁷ იხ. იქვე.

⁴⁸ იხ. იქვე.

⁴⁹ <[https://blu172.mail.live.com/default.aspx?id=64855\(2013\)](https://blu172.mail.live.com/default.aspx?id=64855(2013))>.

⁵⁰ იხ. იქვე.

⁵¹ იხ. იქვე.

⁵² იხ. იქვე.

⁵³ იხ. იქვე.

ელექტრონული ვაჭრობის სფეროში არსებული დავების გადაწყვეტის შედარება ამერიკასა და ევროკავშირში

სამწუხაროდ, ბევრმა ქვეყანამ და საერთაშორისო ორგანიზაციამ, ამერიკის შეერთებული შტატებისა და ევროკავშირის (EU) ჩათვლით, წარმატებულად ვერ მოარგეს თავიანთი კანონები ახალ და დამწყებ ელექტრონულ ბაზარს. სწორედ ამან შექმნა ახალი სამართლებრივი წესებისა და საზღვრებს გარეთ (უცხოური) დავების გადაწყვეტის უფრო ეფექტური საშუალებების შექმნის მზარდი საჭიროება, რაც ფართოდ იქნა აღიარებულ ამერიკის შეერთებული შტატებისა და ევროკავშირის მიერ.⁵⁴

„დღეისათვის არ არსებობს სამართლებრივად ვალდებულების საერთაშორისო პრინციპები, რომელიც მოიცავს პროცედურული უსაფრთხოების ზომებს და რომელიც, სხვა საკითხებთან ერთად, მართავს ხელმისაწვდომობას, დამოუკიდებლობას, გამჭვირვალობას და ხარჯებს, დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის (ADR) მომსახურების მიზნით „ბიზნესი მომხმარებლისათვის“ (B2C)“⁵⁵ შემთხვევებში. ჯერჯერობით, ონლაინ დავების გადაწყვეტის კარგად კონტროლირებადი სისტემის შექმნა და შენარჩუნება, ისევე აღიარებულია ყველა დასავლური ქვეყნების მიერ, როგორც ყველაზე გადამწყვეტი ნაბიჯი ელექტრონულ ბაზარზე მომხმარებელთა ნდობის გაზრდისა და, ამგვარად, ელექტრონული კომერციის საყოველთაო დონის გაზრდაში. მრავალი მცდელობა იქნა მიმართული ნებაყოფლობითი ან „კვაზი-საკანონმდებლო“ პრინციპების გაუმჯობესებისაკენ.⁵⁶

საერთაშორისო დონეზე, ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაციამ (OECD) /ელექტრონული კომერციის სახელმძღვანელო/, ასევე, საერთაშორისო სტანდარტების ორგანიზაციამ (ISO) წარმოადგინა შემდეგი რეკომენდაცია: „ონლაინ დავების გადაწყვეტის მექანიზმებმა უნდა უზრუნველყონ დავების სამართლიანი, დროული და ეფექტური გადაწყვეტა, მომხმარებელზე ყოველგვარი ნამეტი ან ზედნადები ხარჯების დაკისრების გარეშე“.⁵⁷ ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაცია წარმოადგენს საერთაშორისო ჯგუფს, რომლის წევრები არიან ოცდაათი დემოკრატიული ქვეყანა, უმეტესი ევროკავშირის წევრი ქვეყნებისა და ამერიკის შეერთებული შტატების ჩათვლით.⁵⁸

ევროკომისიამ რეგიონალურ დონეზე გამოსცა ორი ანგარიში, რომელთაგანაც ერთი ეხება საზღვრებს გარეთ მომხმარებელთა დავებში არბიტრაჟის გამოყენებას⁵⁹, ხოლო მეორე განიხილავს მხარეთა ურთიერთშეთანხმების საფუძველზე დავების გადაწყვეტის ხელშეწყობას⁶⁰ (მაგალითად, მედიაციას ავტომატური მოლაპარაკებების გზით, და ა.შ.).⁶¹ ანგარიში, რო-

⁵⁴ იხ. მაგალითად, ABA Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution, Addressing Disputes in Electronic Commerce, Aug. 2002, <<http://www.abanet.org/dispute/documents/FinalReport102802.pdf>>, (შემდგომში ABA Task Force); Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 2001 O.J. L12/1, (შემდგომში: Brussels Regulation).

⁵⁵ OECD Workshop on Consumer Dispute Resolution and Redress in the Global Marketplace, Background Report, 16 (2005), <<http://www.oecd.org/dataoecd/59/21/34699496.pdf>>, [14.10.2008], (შემდგომში OECD Background Report).

⁵⁶ იქვე.

⁵⁷ იხ. იქვე.

⁵⁸ OECD Recommendation on Consumer Dispute Resolution and Redress, 2007, 2, <<http://www.oecd.org/dataoecd/43/50/38960101.pdf>>, [13.10.2008]; <<http://www.oecd.org/dataoecd/43/50/38960101.pdf>>, [13.10.2008].

⁵⁹ Commission Recommendation of 30 March 1998 (EC) on the Principles Applicable to the Bodies Responsible for Out-of-Court Settlement of Consumer Disputes O.J., L 115, 1998, 32, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:115:0031:0034:EN:PDF>>, [10.10.2008].

⁶⁰ Commission Recommendation of 4 April 2001 (EC) on the Principles for Out-of-Court Bodies Involved in the Consensual Resolution of Consumer Disputes, <http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/adr/acce_just_12_en.pdf>, [10.10.2008], (შემდგომში EC Recommendation Principles).

მელიც არეგულირებს არბიტრაჟის გამოყენებას, მოიცავს შვიდ პრინციპს: „დამოუკიდებლობა; გამჭვირვალობა; შეჯიბრებითი სასამართლო საქმის წარმოება; ეფექტიანობა; თავისუფლება და წარმომადგენლობა.“⁶² მეორე ანგარიში, რომელიც არეგულირებს სასამართლოს გარეთ საქმის წარმოებას მხარეთა შორის ურთიერთშეთანხმების ხელშეწყობის მიზნით, „მოიცავს ოთხ პრინციპს: მიუკერძოებლობა; გამჭვირვალობა; ეფექტიანობა და პროცედურის სამართლიანობა.“⁶³

შვიდი წლის წინ, ამერიკის შეერთებული შტატების ფედერალურმა სავაჭრო კომისიამ (FTC) გამოსცა რეკომენდაციები და ყურადღება გაამახვილას სხვადასხვა დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის მექანიზმების პროცესუალური გარანტიების საჭიროებებზე, ონლაინ დავების გადაწყვეტის (ODR) ჩათვლით.⁶⁴ ფედერალური სავაჭრო კომისიის ანგარიში, მიუხედავად იმისა, რომ არ არის ვალდებულებებით დატვირთული და განხორციელებული ამერიკის შეერთებული შტატების ფედერალური მთავრობის მიერ, გთავაზობს ონლაინ დავების გადაწყვეტის სისტემაში პროცესუალური გარანტიების უპირატესი მნიშვნელობის საყოველთაო აღიარებას აშშ-ის მიერ.⁶⁵

ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაციასთან და სხვა საერთაშორისო ორგანიზაციებთან ერთად, ევროკავშირს ელექტრონულ კომერციასა და საზღვრებს გარეთა დავებში გააჩნია დავების გადაწყვეტის ალტერნატიული პროგრამების ხელშეწყობის ძლიერი პოლიტიკა.⁶⁶ 2001 წლის ოქტომბერში, ევრო კომისიამ აამოქმედა მეტად შთამბეჭდავი სისტემა, რომლის მიზანს წარმოადგენდა საზღვრებს გარეთა ელექტრონული კომერციის ტრანზაქციებთან დაკავშირებული დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის გამოყენებისა და განვითარების ხელშეწყობა – ევროპის სასამართლოს გარეთა ქსელი (EEJ-Net).⁶⁷ EEJ-Net-მა მოსთხოვა მონაწილე წევრ ქვეყნებს, უზრუნველყოთ ცენტრალიზებული „საკლირინგო პალატა“, სადაც მომხმარებლები შეძლებდნენ დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის პროცესებთან დაკავშირებით ინფორმაციისა და მხარდაჭერის მიღებას.⁶⁸ 2005 წლის იანვარში, მონაწილე სახელმწიფოების ეს ქსელი შეერწყა „ევროპის მომხმარებელთა ცენტრებს“, სახელად „Euroguichet“, „ევროპის მომხმარებელთა ცენტრების ქსელის“ (EEC-Net) ფორმირების მიზნით, „რომლის ძირითად მიზანს წარმოადგენდა ევროპული მომხმარებლების უზრუნველყოფა მომსახურებების სრული სპექტრით, ინფორმაციული საშუალებებისა და დავების გადაწყვეტის ჩათვლით.“⁶⁹ იმისათვის, რომ იყო „ევროპის მომხმარებელთა ცენტრების ქსელის“ ნაწილი, ევროკავშირის წევრმა სახელმწიფოებმა უნდა მიიღონ პროცესუალური გარანტიები, რომელიც გამოკვეთილად აღნიშნული ორ ზემოხსენებულ ევრო კომისიის რეკომენდაციაში დავების გადაწყვეტის თაობაზე.⁷⁰

ამერიკის შეერთებულმა შტატებმა არ მიიღო მსგავსი კამპანია, მიუხედავად ფედერალური სავაჭრო კომისიის რეკომენდაციისა, „ხელი შეეწყოთ ინიციატივისათვის, მომხმარებლების უკეთ ინფორმირების მიზნით“.⁷¹ ამერიკის ადვოკატთა ასოციაცია (ABA), სავარაუდოდ,

⁶¹ იხ. Tyler M. C., Bretherton D., *Seventy-Six and Counting: An Analysis of ODR Sites*, 2003, 6-7, <<http://www.odr.info/unece2003/pdf/Tyler.pdf>>, [10.10.2008] (ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირში სხვადასხვა ონლაინ დავების გადაწყვეტის ვებგვერდების მიერ გამოყენებული დავების გადაწყვეტის სხვადასხვა მეთოდების ნომენკლატურა).

⁶² OECD Background Report, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13, at 16.

⁶³ იქვე.

⁶⁴ Federal Trade Commission, *Consumer Protection in the Global Electronic Marketplace*, <<http://www.ftc.gov/bcp/icpw/lookingahead/lookingahead.shtm>>, [16.10.2008] [hereinafter FTC Report].

⁶⁵ იხ. Savage C. A., *Culture and Mediation: A Red Herring*, Am. U. J. Gender & L. 269, Vol. 5, 1996, 291.

⁶⁶ OECD Background Report, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13, at 19-20.

⁶⁷ იქვე.

⁶⁸ იქვე, 20.

⁶⁹ იხ. იქვე.

⁷⁰ იხ. იქვე, 16.

⁷¹ FTC Report, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 25.

ყველაზე გულწრფელი კერძო ორგანიზაცია იყო, რომელიც აღიარებდა ელექტრონულ კომერციაში ჩართულ მომხმარებელთა განათლებისა და დაცვის საჭიროებას. 2002 წელს ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციამ გამოსცა რეკომენდაციათა პაკეტი: „ონლაინ დავების გადანყვეტის მომსახურების პროვაიდერების მიერ მომზადებული რეკომენდებული მონინავე პრაქტიკები“, რომელშიც ასოციაცია შეეხო მომხმარებელთათვის და ბიზნესებისათვის მრავალი ინფორმაციული სტრუქტურების ნაკლებობას, რითაც მეტად დასაბუთდა ელექტრონული კომერციისა და ონლაინ დავების გადანყვეტის – როგორც ერთ-ერთი „ყველაზე დიდი პრობლემის“ ელექტრონული კომერციის დავების გადანყვეტაში – ალტერნატივების საჭიროება.⁷²

ონლაინ დავების გადანყვეტის სისტემის სარგებლები და ნაკლოვანებები განხილულ იქნა აკადემიური ჟურნალის სტატიებში, ასევე, საერთაშორისო ორგანიზაციების ანგარიშებში, როგორცაა, მაგალითად, ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაცია (OECD), და სხვადასხვა მომხმარებელთა დაცვის ჯგუფების კვლევებში, რომელთაგანაც მხოლოდ მცირეოდენის დასახლება შეგვიძლია. ონლაინ დავების გადანყვეტის უპირატესობები მოიცავს ხარჯების შემცირებას და ხელსაყრელ პირობებს, უკეთეს კომუნიკაციასა და კომპლექსური საკანონმდებლო საკითხების თავიდან აცილებას.⁷³ უპირატესობათაგან, ხარჯების შემცირება და ხელსაყრელი პირობები ყველაზე მეტად ნათელია.⁷⁴ ხარჯების დაზოგვის სარგებელი წარმოიშობა ისეთი ფაქტორების საჭიროების ნაკლებობიდან, როგორცაა ოთახის ქირაობა, მოგზაურობა, გადასახადი დამგეგმავი კოორდინატორისათვის ან ნებისმიერი სხვა ადმინისტრაციული გადასახადის გადახდა „პირისპირ“ მედიაციისათვის ან სხვა დავების ალტერნატიული გადანყვეტის (ADR) მომსახურებისათვის.⁷⁵ მხარეებს, რომელთაც გააჩნიათ კომპიუტერები, თავიანთი სახლის დატოვებაც კი არ ესაჭიროებათ, ხოლო თუ არ გააჩნიათ კომპიუტერი, მაშინ შესაძლებელია კომპიუტერთან წვდომის მიღწევა მცირე გადაადგილების შემდეგ.⁷⁶ ასევე, ონლაინ დავების გადანყვეტა პოტენციურად უზრუნველყოფს უკეთეს კომუნიკაციას.⁷⁷ ის უზრუნველყოფს მხარეებს თავიანთი კომუნიკაციის რედაქტირების შესაძლებლობით „პირისპირ“ მედიაციაში იმპულსური გამომხაურების საპირისპიროდ.⁷⁸ საბოლოო ჯამში, არ არის საჭირო ვიდარდოთ იმის თაობაზე, თუ რომელ სასამართლოს ექნება დავების წარმოების კომპეტენცია.⁷⁹ მოდავე მხარეები საკუთარ თავზე იღებენ ვალდებულებებს შეთანხმების ფარგლებში, შესაბამისად, სამართლებრივი საკითხები თავიდან შეიძლება იქნას აცილებული.⁸⁰ საპირისპიროდ, ონლაინ დავების გადანყვეტას ასევე გააჩნია რიგი არგუმენტირებული ნაკლოვანებები.⁸¹ ონლაინ დავების გადანყვეტა საუკეთესოდ ერგება დავების ლიმიტირებულ დიაპაზონს.⁸² ეს საკითხები შეზღუდულია ფულად კომპენსაციასთან ან საქონლის ჩანაცვლებასთან დაკავშირებული საკითხების შემთხვევაში.⁸³ ამასთან, მხარეებს არასოდეს არ გააჩნიათ მედიატორთან პირადი კავშირის დამყარების საშუალება და, შესაბამისად, არ უყალიბდებათ ნდობა მედიატორის მიმართ.⁸⁴ ზოგიერთ სწავლულს ასევე სწამს, რომ თუ ეს მომსახურებები

⁷² ABA Task Force, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 4, 26-27-ზე.

⁷³ 5 APPALJL 275, Appalachian Journal of Law: FUSSES THAT FIT ONLINE: ONLINE MEDIATION IN NON-COMMERCIAL CONTEXTS, Spring 2006 (292).

⁷⁴ იხ. იქვე.

⁷⁵ იხ. იქვე.

⁷⁶ იხ. იქვე.

⁷⁷ იხ. იქვე.

⁷⁸ 5 APPALJL 275, Appalachian Journal of Law: Fusses That Fit Online: Online Mediation in Non-commercial Context, Spring, 2006, 292.

⁷⁹ იქვე.

⁸⁰ იქვე.

⁸¹ 27 JMARCIL 81, John Marshall Journal of Computer & Information Law: Virtual Venues: Improving Online Dispute Resolution as an Alternative to Cost Intensive, Fall, 2009, 82.

⁸² იქვე.

⁸³ იხ. იქვე.

⁸⁴ იხ. იქვე.

არ იქნება უფასო, ამგვარი მომსახურებები მიმზიდველი არ იქნება დაკავშირებული ხარჯების გამო.⁸⁵ ამასთან ერთად, შესაძლოა უფრო რთული აღმოჩნდეს მონაწილეთა კონფიდენციალური ინფორმაციის დაცვის უზრუნველყოფა.⁸⁶

მიუხედავად ცოდნისა და ლიტერატურის უზარმაზარი მოცულობისა, ღირს აღინიშნოს დებატების ორივე მხარის რიგი ცნობილი და დამარწმუნებელი არგუმენტი. ობიექტური იდეების განხილვა სასარგებლოა ამ აშკარა დილემური საკითხის გადაწყვეტის ძიებისას – სახელდობრ, როგორ შეიძლება შეიქმნას ონლაინ დავების გადაწყვეტის სისტემა ისე, რომ სარგებლები იყოს აქცენტირებული, ხოლო ნაკლოვანებები დამცირებული, იმავდროულად, იყოს იმდენად უნივერსალური, რომ ორივე – ამერიკის შეერთებული შტატები და ევროკავშირი შეთანხმდნენ მის საიმედოობაზე და გამოყენებაზე?⁸⁷

რამდენადაც ონლაინ დავების გადაწყვეტა წარმოადგენს საზღვრებს გარეთ ელექტრონული კომერციის დავებთან მიმართებაში თეორიულ ლიდერს, ადგილი აქვს აკადემიური კვლევების სიმრავლეს, რომელიც ხოტბას ასხამს დავების გადაწყვეტის ამ ახალ ფორმას.

ონლაინ დავების გადაწყვეტა, ზოგადად, განდიდებულია თავისი ეფექტურობის და რენტაბელობის გამო, ასევე, ღარიბი ჯგუფების მიერ სამართლებრივ სისტემასთან ხელმისაწვდომობის გაზრდის უნარის გამო.⁸⁸ ონლაინ დავების გადაწყვეტის სარგებელი უფრო ადვილად და გასაგებად განმარტებულია ონლაინ დავების გადაწყვეტის შედარებისას ტრადიციულ სასამართლო საქმის წარმოებასთან. ონლაინ დავების გადაწყვეტა უგულვებლყოფს რიგ დამამძიმებელ სამართლებრივ წესებს, ტრადიციული სასამართლო პროცესის სიხისტესა და დროით ფაქტორებს, სულ მცირე, მედიაციისა და მოლაპარაკებების ნებაყოფლობით ფორმების შემთხვევაში, ასევე, სამართლებრივი ნორმების პრობლემური კონფლიქტის საკითხებთან მიმართებაში.⁸⁹ ამერიკის შეერთებულ შტატებში, პერსონალური სამართლებრივი საკითხებისთვის დამახასიათებელი ორაზროვნება, როგორცაა „მინიმალური კონტაქტი“ და „გამიზნული სარგებელი“, აღმოფხვრილია ონლაინ დავების გადაწყვეტის საშუალებით.⁹⁰ ამის მსგავსად, ევროკავშირის შეშფოთება ბიზნესებსა და მომხმარებლებს შორის კონტრაქტული მოლაპარაკებების გამჭვირვალობასა და სამართლიანობასთან დაკავშირებით, ასევე, ვრცელდება დავების გადაწყვეტის პროცესზეც.⁹¹

მიუხედავად იმისა, რომ ვიდეო კონფერენცია დამატებით ძალას შეჰმატებს ალტერნატიული დავების ონლაინ გადაწყვეტას, გამონაკლისის გარეშე, ადგილი ექნება რიგი სიგნალების დაკარგვას „პირისპირ“ მეთოდის გამოყენებისას. შემცირებული საკომუნიკაციო სიგნალები ქმნის გაძლიერებულ გაურკვეველ ატმოსფეროს; ხოლო ამ გაზრდილმა გაურკვეველობამ შესაძლოა შედეგად მოგვცეს შეცდომების გაზრდა – სადაც ერთი მხარე არასწორად განუმარტავს მეორე მხარეს და მეორე მხარეს შესაძლოა გაუჩნდეს ეჭვი, რომ მათ გააჩნიათ ბოროტი ზრახვები. სხვა მხრივ, „პირისპირ“ კომუნიკაციის არარსებობას გააჩნია ასევე თავისი უპირატესობებიც. შემცირებული ვიზუალური კომუნიკაციის სიგნალები საშუალებას აძლევს მხარეებს, ფოკუსირება მოახდინონ უფრო არსებით საკითხებზე, რითიც თავიდან აიცილებენ ვიზუალური ან აუდიო კონტაქტით მიღებულ ნეგატიურ ემოციებს და შეამცირებენ ემოციური

⁸⁵ იხ. იქვე.

⁸⁶ იხ. იქვე.

⁸⁷ იხ. იქვე, 31.

⁸⁸ იხ. მაგალითად, *Gibbons L. J.*, *Creating a Market for Justice: A Market Incentive Solution to Regulating the Playing Field: Judicial Deference, Judicial Review, Due Process, and Fair Play in Online Consumer Arbitration*, 23 *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, Vol. 23, N.: 1, 2002, 4-5; *Alboukrek*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 3, 425.

⁸⁹ *Gibbons*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 37, 4.

⁹⁰ იხ. მაგალითად, *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S. 186, 216, 1977; *Int'l Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, 320, 1945.

⁹¹ იხ. *Ponte L. M.*, *Boosting Consumer Confidence in E-Business: Recommendations for Establishing Fair and Effective Dispute Resolution Programs for B2C Online Transactions*, *Alb. L.J. Sci. & Tech.*, Vol. 12, 441, 456 (მომხმარებლის დაცვის საკითხებში ამერიკის შეერთებული შტატებისა და ევროკავშირის მიდგომების განსხვავებების განხილვა).

სტრესის საერთო დონეს, რაც ასე ნიშანდობლივია კონფლიქტის გადაწყვეტაში. თუმცა, დავე-ბის გადაწყვეტის მეთოდების ფართო სპექტრის ფარგლებში, არ არის ადვილი იმის ზუსტად განსაზღვრა, თუ რომელ მეთოდს გააჩნია „პირისპირ“ კომუნიკაციის ნაკლებობით გამოწვეული ნაკლოვანებების აქცენტუალიზაციის ან შემცირების ტენდენცია. ნებისმიერ შემთხვევაში, ონლაინ დავების გადაწყვეტის სამი სარგებელი – ეფექტურობა, რენტაბელობა და საკანონ-მდებლო სისტემასთან გაზრდილი ხელმისაწვდომობა – და ორი ხელის შემშლელი ფაქტორი – კომპრომენტირებული პროცედურული და არსებითი სავალდებულო სამართლებრივი პროცე-დურები და შემცირებული საკომუნიკაციო სიგნალები – ხელს შეუწყობს ამერიკის შეერთე-ბულ შტატებსა და ევროკავშირს შორის რაციონალურ შეთანხმებას სპეციფიკურ დეტალებ-თან დაკავშირებით. თუმცა, ონლაინ დავების გადაწყვეტის სარგებელი და ნაკლოვანებები თა-ვისთავად სუსტია განსხვავებული წესების, პრაქტიკების და ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირს შორის მომხმარებელთა დაცვის ზოგადი თეორიის საფუძვლიანი განხილვე-ბისა და ანალიზის მნიშვნელოვნებასთან შედარებით.

ონლაინ დავების გადაწყვეტა, ასევე, უზრუნველყოფს დროის დაზოგვის რიგ პროცედუ-რულ სარგებლებს; მას ასევე გააჩნია სამართლებრივ სისტემასთან გაზრდილი ხელმისაწვდო-მობის გაცხადებული უპირატესობა, ხარჯების მკვეთრად შემცირების გზით. ონლაინ დავების გადაწყვეტის მომსახურების ხარჯი, რომელიც დაკავშირებულია მედიაციის საშუალებით ურ-თიერთშეთანხმების მიღწევის მიზნით აბრიტრაჟისათვის დავის გადაცემასთან ან მხარეთათვის ფორუმის უზრუნველყოფასთან, ნამოადგენს ნამდვილად უმნიშვნელო წვრილმანს, ძვირადღი-რებულ სასამართლო საქმის წარმოებასთან შედარებით, განსაკუთრებით საერთაშორისო ფო-რუმში.⁹² თუმცა ზემოხსენებული არ ნიშნავს, რომ ონლაინ დავების გადაწყვეტას არ ახასიათებს პრობლემები, რომელიც მოიცავს შესაბამის სამართლებრივ პროცედურებს, მოდავე მხარეთა დაფინანსებასა და მათ მოზიდვას ონლაინ დავების გადაწყვეტის პროცესზე.

შესაბამისი სამართლებრივი პროცედურა

ონლაინ დავების გადაწყვეტის მომხმარებლები არიან წარსული ან არარეგულარული მყიდველები, მაშინ, როდესაც ბიზნესები წარმოადგენენ განმეორებით მოთამაშეებს, ურთი-ერთობენ რა მრავალ საქმესთან დაკავშირებით ნებისმიერ მოცემულ დროს.⁹³ ეს ზრდის დისბა-ლანსს, სადაც ბიზნესები აკეთებენ უფრო საფუძვლიან არჩევანს, ვიდრე მომხმარებლები. ამ მიზეზით, უმჯობესი იქნებოდა, თუ გარეშე ორგანოები დაანესებდნენ სტანდარტებს, რომე-ლიც უზრუნველყოფდა პროცედურულ სამართლიანობას „ბიზნესი მომხმარებლისათვის“ (B2C) პროცესებში.⁹⁴ უნდა აღიარებულ იქნას შესაბამისი სამართლებრივი პროცედურის უფ-ლებები, მაგრამ ეს არ არის საკმარისი, მომხმარებლებს ესაჭიროებათ იმის შეგრძნება, რომ მათი უფლებებიც აღიარებული და დაფასებულია.⁹⁵ აქედან გამომდინარე, შესაბამისი სამარ-თლებრივი პროცედურების მოთხოვნები და ურთიერთბალანსი უზენაესია მაშინ, როდესაც არსებობს ძალათა დისბალანსი მოდავე მხარეებს შორის.⁹⁶ ამ მიმართებით, მხედველობაში უნ-და იქნეს მიღებული მთავარი პროცედურული საკითხები: მიუკერძოებლობის საჭიროება, მე-სამე ნეიტრალური მხარის შერჩევა, წარმომადგენლობა ინკვიზიტორ პროცედურებში და ონ-ლაინ დავების გადაწყვეტის პროვაიდერების ზედამხედველობა.⁹⁷ სასამართლო მორიგების ან

⁹² Gibbons, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 37, 4-5-ზე.

⁹³ Rule (2002) იგივე წყაროდან 237. დავების გადაწყვეტის პროცესებში აღქმის მნიშვნელობის შესახებ, იხილეთ Fisher R., Ury W., Patton B., Getting to YES: Negotiating Agreement Without Giving In, 2nd ed., London, Random House Business Books, 1999, 22-30. ჩამოტვირთულია შემდეგი ბმულიდან: <ijlit.ox-fordjournals.org>, ლეიჩესტერის უნივერსიტეტში, ოქტომბერი 13, 2010.

⁹⁴ იხ. იქვე.

⁹⁵ იხ. იქვე.

⁹⁶ იხ. იქვე.

⁹⁷ იქვე.

თვით-ზეგავლენის მექანიზმები ასევე აუცილებელია ონლაინ დავეების გადანყვეტის მომსახურების წარმატებისათვის.⁹⁸

ონლაინ დავეების გადანყვეტის ყველაზე თანმიმდევრული და დამარწმუნებელი კრიტიკა, შესაბამისად, წარმოიშობა შესაბამისი სამართლებრივი პროცედურებიდან. ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირში, შესაბამისი სამართლებრივი პროცედურების არგუმენტები ამკარად ძალზედ მნიშვნელოვანია ტრადიციული სამართლებრივი სისტემის ნებისმიერი შეთავაზებული მოდიფიკაციებისა ან ალტერნატივების ღირებულებებისა და ნაკლოვანებების შეფასებისას. მოსაზრებები „შესაბამის სამართლებრივ პროცედურებთან“ დაკავშირებით, მხარეთა კონფრონტაციისა და მოწმეების, ასევე, ნაფიც მსაჯულთა მიერ გასამართლების უფლების და მტკიცებულების წარმოდგენის შესაძლებლობის ჩათვლით, ყველა ეს წარმოდგენს ამერიკის შეერთებული შტატების სამართლებრივი სისტემის მახასიათებლებს, რომელიც შესაძლოა შეიღებოს ონლაინ დავეების გადანყვეტის სისტემის მიერ, რომელიც, ხშირ შემთხვევაში, იყენებს ცალკეულ გადანყვეტილების მიმღებებს და უარყოფს დახმარებისათვის მიმართვას ან სამართლებრივ ზედამხედველობას, გარდა გამონაკლისი შემთხვევებისა.⁹⁹ შესაძლოა მიმზიდველი იყოს ამ ტიპის გამონწვევების ჩამონერა, მიუხედავად ყველა ზემოთ ჩამოთვლილი დროისა და ფულადი სახსრების დაზოგვის სარგებლებისა; მაგრამ, ამ პრინციპის სრულყოფილად უარყოფამ – რომელიც ასე მყარადაა გამჯდარი ამერიკის შეერთებული შტატებისა და ევროკავშირის წყობილებაში – შესაძლოა ბუნდოვანი გახადოს გადანყვეტის ძიების ძირითადი არსი, რომელსაც, შესაძლოა, ორივე დაეთანხმოს. ევროკავშირში სავალდებულო საარბიტრაჟო დებულების შემცველი კონტრაქტების ავტომატური ანულირების პრაქტიკის პირობებში, არსებობს ონლაინ დავეების გადანყვეტის სისტემის შექმნის საჭიროება, რომელიც არის როგორც კლიენტებისადმი კეთილგანწყობილი, ისე შესაძლებლობის ფარგლებში უზრუნველყოფს ტრადიციული სასამართლო სისტემის პროცესუალურ გარანტიებს. ფაქტობრივად, ევრო კომისიამ ნათელი გახადა, რომ ის არ დაუჭერს მხარსდავეების ალტერნატიული გადანყვეტის სისტემას, რომელიც მოითხოვს, რომ ყველა დავეების ალტერნატიული გადანყვეტის საშუალებები იყოს გამოყენებული, საქმის სასამართლოსთვის გადაცემამდე.¹⁰⁰ გარდა სავალდებულო დავეების გადანყვეტის საკითხებისა და არსებითი სამართლიანობისა ონლაინ დავეების გადანყვეტის პროგრამებში, ონლაინ დავეების გადანყვეტის სხვა შორსმჭვრეტელი და დამაჯერებელი კრიტიკა უკავშირდება ადამიანური ხასიათისა და პოტენციური უთანხმოების ფუნდამენტალურ საკითხებს.¹⁰¹

დაფინანსება

პირველი იდენტიფიცირებული გამონწვევა, რომლის წინაშეც აღმოჩნდა ონლაინ დავეების გადანყვეტა „ბიზნესი მომხმარებლისათვის“ (B2C) სფეროში, არის ონლაინ დავეების გადანყვეტის მომსახურების პროვაიდერების შექმნისა და შენარჩუნების დაფინანსების უზრუნველყოფა, მათი მიუკერძოებლობის უზრუნველყოფის ჩათვლით. კერძო დაფინანსებამ შესაძლოა უზრუნველყოს საკმარისი შემოსავალი, მაგრამ მას შეუძლია, ასევე, რისკის ქვეშ დააყენოს ონლაინ დავეების გადანყვეტის მომსახურების პროვაიდერების დამოუკიდებლობა, განსაკუთრებით კი “ბიზნესი მომხმარებლისათვის” ტრანზაქციებში, სადაც ცალმხრივი გადასახადების მოდელი, ზოგადად, მიღებული გზაა მომხმარებელთა მონაწილეობის ხელშეწყობისათვის.¹⁰² იმისათვის, რომ თავიდან იქნას აცილებული მიკერძოებულობის განცდა, Katsh და Rifkin შემო-

⁹⁸ იხ. იქვე.

⁹⁹ *Martin M. Sh.*, Keep it Online: The Hague Convention and the Need for Online Alternative Dispute Resolution in International Business-to-Consumer E-Commerce, B.U. Int'l L.J., Vol. 20, 2002, 125, 157.

¹⁰⁰ *Thornburg E. G.*, Going Private: Technology, Due Process, and Internet Dispute Resolution, U.C. Davis L. Rev., Vol. 34, 2000, 151, 153.

¹⁰¹ *Tyler & Bretherton*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 6, 208.

¹⁰² Consumers International (2001) იმავე წყაროდან.

თავაზებით, ონლაინ დავეების გადანყვეტის პროვაიდერმა ნათლად უნდა განაცხადოს ბიზნესიდან რაიმე დაფინანსების შესახებ.¹⁰³ გამჭვირვალობა უნდა გაიზარდოს სხვა მექანიზმების გამოყენებითაც, მიუკერძოებლობის უზრუნველყოფისათვის, ასეთი მექანიზმებია – საჩივრების მართვის სისტემები პროცედურების დარღვევის შემთხვევებისთვის.¹⁰⁴

დავეების გადანყვეტის პრაქტიკის ყველაზე მეტად ეთიკური ნესების მიხედვით დავეების გადანყვეტის პროცესთან დაკავშირებული გადასახადი არ უნდა იყოს დამოკიდებული საქმის შედეგზე. მაგალითად, მედიატორის ქმედებებმა შესაძლოა ადვილად განიცადოს ზეგავლენა ასეთი პირობითი კომპენსაციის არსებობისას, რასაც შედეგად მოაქვს უსამართლო გარიგება ან ერთი მხარის მოლოდინების შემცირება სწრაფ დარეგულირებასთან დაკავშირებით.¹⁰⁵ თუმცა ზოგიერთ შემთხვევაში, მატერიალურმა მასტიმულირებელმა ფაქტორებმა შესაძლოა შექმნას პრობლემა ადამიანის მიერ მართული ონლაინ დავეების გადანყვეტის პროცესის ნეიტრალიტეტისას; იგივე არაობიექტური ფაქტორები ვერ იჩენს თავს ისეთ ონლაინ დავეების გადანყვეტის პროცესში, სადაც ხდება ავტომატური პროცესების გამოყენება, მაგალითად, როგორცაა Cyber Settle.com.¹⁰⁶

თუ ონლაინ ბიზნესისათვის მიჩნეულია, რომ ონლაინ დავეების გადანყვეტის გამოყენება აუცილებელია პროცესის განვითარებისათვის, შესაბამისად ბიზნესი მოახდენს მის სუბსიდირებას. სწორედ ამ მოვლენასთან გვაქვს საქმე EBay-ს შემთხვევაში, რომელმაც დააფინანსა შქუარე თრადე თავისი ონლაინ აუქციონებისადმი ნდობის გაზრდის მიზნით. “Consumers International” ამტკიცებს, რომ ონლაინ დავეების გადანყვეტის მომსახურება უნდა მოწოდებული იყოს უფასოდ ან ზომიერი საფასურის სანაცვლოდ. წესი გვთავაზობს დაბალი გადასახადის დაწესებას, უსაფუძვლო და არასერიოზული საჩივრების თავიდან აცილების მიზნით, მაგრამ ის გვაფრთხილებს, რომ თუ გადასახადი იქნება ძალიან მაღალი, მხარეებმა შესაძლოა არ გამოიყენონ ონლაინ დავეების გადანყვეტა.¹⁰⁷ უსაფუძვლო საჩივრები ასევე შეიძლება იქნეს თავიდან აცილებული ადმინისტრაციული გადასახადის დაწესებით, რომელიც შეიძლება იყოს დაბრუნებადი, თუ მომხმარებელი მთლიანად ან ნაწილობრივ წარმატებას მიაღწევს.

ზოგიერთი წარმატებული ონლაინ დავეების გადანყვეტის პროვაიდერები, როგორცაა ავსტრიული „ინტერნეტ ომბუდსმენი“, სარგებელს იღებს სახელმწიფო დაფინანსებიდან.¹⁰⁸ ამ გზით თავიდან აცილებულია კერძო ფინანსური მხარდაჭერის უარყოფითი გავლენა; ამასთან, შედეგად შეიძლება მივიღოთ მძიმე ტვირთი გადასახადის გადამხდელთათვის.¹⁰⁹ ზოგიერთი სამართლებრივი დავეების გადანყვეტა აღქმულია, როგორც აუცილებელი სახელმწიფო მომსახურება. ამის კარგი მაგალითი არის ესპანეთი, სადაც კანონი კრძალავს დავეების გადანყვეტის მომსახურების ოპერაციების განხორციელებას მოგების მიღების მიზნით.¹¹⁰ თუმცა, ეს მიდგომა აფერხებს კერძო ონლაინ დავეების გადანყვეტის ინსუსტრიის განვითარებას. შესაძლოა არგუმენტირებულად დავადასტუროთ, რომ მოგების მიღების მიზნით განხორციელებული ონლაინ დავეების გადანყვეტის მომსახურება, როგორც ელექტრონული კომერციის ფორმა, შესაძლოა დაშვებულ იქნას გამჭვირვალე მომსახურების მოწოდების მთელი პერიოდის განმავ-

¹⁰³ *Katsh and Rifkin*, 2001, op. cit. 41.

¹⁰⁴ Consumers International, 2001, ციტირებული.

¹⁰⁵ *Rule C.*, Online Dispute Resolution for Businesses, B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts, San Francisco, Jossey Bass, 2002, 58.

¹⁰⁶ იგივე წყაროდან, <<http://www.cybersettle.com>>.

¹⁰⁷ *Rule*, 2002, ციტირებული 119 და 294. United Nations Conference on Trade and Development, ‘Online Dispute Resolution: E-Commerce and Beyond’ in E-Commerce and Development Report, 2003, 190.

¹⁰⁸ დამატებით ინფორმაციისთვის იხ. *Hörnle*, 2009, ციტირებული 76.

¹⁰⁹ *Hill*, 2008, ციტირებული, 318 და 391.

¹¹⁰ იხ. Ley 44/2006 of 29 December of Consumer Protection; Ley 7/1998 of 13 April of General Conditions and Clauses for Consumer Contracts, Ley 60/2003 of 23 December of Arbitration, Real Decreto (Royal Decree, RD) 636/1993 of 3 May 1993 of the Consumer Arbitration System, RD 231/2008 of 15 February of the Consumer Arbitration System.

ლობაში, რასაც მეთვალყურეობას გაუნეცს სახელმწიფო ორგანოები. ეს განსაკუთრებით აუცილებელია, როდესაც ონლაინ დავების გადაწყვეტის მომსახურება გამოიყენება მხარეთა შორის დავების გადაწყვეტისათვის, მოლაპარაკების წარმოების არათანაბარი ძალების პირობებში („ბიზნესი მომხმარებლისათვის“ დავები) და იმ შემთხვევაში, თუ დავების გადაწყვეტის ხარჯი (და შესაბამისი სამართლებრივი პროცედურა) შემცირებულია რენტაბელური ონლაინ დავების გადაწყვეტის პროცესის მიღების მიზნით.

მომხმარებელთა მოზიდვა

სხვა ონლაინ დავების გადაწყვეტის ძირითადი იდენტიფიცირებადი გამონვევა არის მხარეთა დარწმუნება, ენდონ და გამოიყენონ ონლაინ დავების გადაწყვეტის მომსახურება.¹¹¹ მიუხედავად იმისა, რომ ინდივიდუალური პირი წარადგენს საჩივარს ონლაინ დავების გადაწყვეტის მომსახურებაზე, რომელიც არ არის კავშირში მეორე მხარესთან, რეალური გამონვევა არის მხარის დარწმუნება, მიიღონ მონაწილეობა პროცესში.¹¹² ეს განსაკუთრებით რთულია, როდესაც არსებობს ძალთა დისბალანსი მხარეთა შორის. მონაწილეობა ასევე შესაძლოა ცვალებადობდეს, რაც დამოკიდებულია შერჩეულ ონლაინ დავების გადაწყვეტის პროცედურაზე.¹¹³ არბიტრაჟის შემთხვევაში უფრო ადვილი იქნებოდა ჩართულობის მიღწევა, რადგან მხარეები თანხმდებიან დავის წარმოქმნამდე.

თუმცა, ამან შესაძლოა გამოიწვიოს სამართლებრივი პრობლემები ევროკავშირის ფარგლებში იმ შემთხვევაში, თუ არ იქნება აუცილებელი არბიტრაჟი, ან თუ იქნება სავალდებულო მხოლოდ ბიზნესისათვის და არა მომხმარებლისათვის.¹¹⁴ მედიაციის შემთხვევაში, ნაკლებად პრობლემატური იქნებოდა მხარეთა მონაწილეობის მიღწევა, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც არ არსებობს რაიმე მნიშვნელოვანი დისბალანსი მხარეთა შორის, ასევე, სადაც არსებობს ურთიერთობის შენარჩუნების ინტერესი და როდესაც დავა არ არის გადაჭარბებულად კონფრონტაციული. დამატებითი მასტიმულირებელი ფაქტორები შესაძლოა შეიქმნას მხარეთა მონაწილეობის ნახალისების მიზნით. EBay-ში, მაგალითად, მყიდველთა უკუკავშირი სტიმულს აძლევს გამყიდველს, მიიღოს მონაწილეობა, მაშინ, როდესაც გამყიდველს სურს თავიდან აიცილოს ნეგატიური მიმოხილვები. ასევე, შუამავლებს, როგორებიც არიან ადვოკატები, მომხმარებელთა ორგანიზაციებს და სავაჭრო პალატებს შეუძლიათ გავლენა იქონიონ მხარეთა მიერ შერჩეული დავების გადაწყვეტის მექანიზმების ტიპზე.¹¹⁵

Katsh და Rifkin-ის თვალსაზრისით ბიზნესებს შესაძლოა ჰქონდეთ არასასურველი განწყობა ონლაინ დავების გადაწყვეტის შეთავაზებისადმი იმ შემთხვევაში, თუ მათი მომხმარებლები განმარტავენ, რომ დავების წარმოშობას ხშირად აქვს ადგილი.¹¹⁶ ისინი გვთავაზობენ, რომ ონლაინ დავების გადაწყვეტამ შესაძლოა გაზარდოს ნდობა საქმის წარმოებისას, თუ მომხმარებლები იქნებიან კარგად ინფორმირებულები არა მხოლოდ თავიანთ უფლებებზე, არამედ დარწმუნდებიან, რომ მათ ასევე გააჩნიათ ამ უფლებების გაძლიერების მექანიზმები.¹¹⁷ ნდობის ფაქტორის უზრუნველყოფის მიზნით, ონლაინ დავების გადაწყვეტის პროცესს ესაჭიროება შესაბამისი რეკლამირება. ონლაინ დავების გადაწყვეტა, ხშირ შემთხვევაში, შეთავაზებულია ნევრი პროგრამების კონტექსტში – ასე მაგალითად, Trustmark. მოვაჭრეები, ძირითადად,

¹¹¹ იხ. Recommendation (1998) ციტირებული, VI principle of liberty. იხ., ასევე, Annex [q] Directive 1993/13/EC.

¹¹² იხ. იქვე.

¹¹³ იხ. Recommendation (1998) ციტირებული, VI principle of liberty, იხ., ასევე, Annex [q] Directive 1993/13/EC.

¹¹⁴ იხ. იქვე.

¹¹⁵ Ramsay I., ‘Consumer Redress and Access to Justice’ in International Perspectives on Consumers’ Access to Justice, Cambridge University Press, New York, 2006, 34.

¹¹⁶ Katsh და Rifkin, 2001, ციტირებული 87.

¹¹⁷ იმავე წყაროდ ან იხ. ასევე, Katsh E., ‘Online Dispute Resolution: Designing New Legal Processes for Cyberspace’ Proceedings of the WebSci’ 09: Society On-Line, 18-20 March 2009, Athens, Greece, 3.

ნებაყოფლობით წევრიანდებიან ამ სქემებში, მომხმარებელთა ნდობის გაზრდის მიზნით. ამ თვალსაზრისით, ონლაინ დავების გადაწყვეტის მიზანი არ არის მხოლოდ დავების გადაწყვეტა, არამედ ასევე ელექტრონულ კომერციაში მომხმარებელთა ნდობის გაზრდა.¹¹⁸

ზოგადად, ამერიკის შეერთებული შტატებისა და ევროკავშირის ელექტრონულ კომერციას შორის სხვაობა ევროკავშირის მიერ ხასიათდება, როგორც უფრო მომხმარებლის დაცვაზე ორიენტირებული, აშშ-თან შედარებით.¹¹⁹ მაშინ, როდესაც აშშ განიზრახავს ისეთ საკითხებზე კონცენტრირებას, როგორცაა თაღლითობა და კიბერ დანაშაული,¹²⁰ ევროკავშირმა აამოქმედა ბევრი თავისი პოლიტიკის ინიციატივები, ელექტრონულ ბაზარზე მომხმარებელთა ნდობის შექმნის გზით ელექტრონული კომერციის საერთო დონის გაზრდის საბოლოო მიზნის მისაღწევად.¹²¹ სხვა სიტყვებით, აშშ ცდილობს მიიყვანოს კიბერ კრიმინალები სასამართლომდე, მიუხედავად იმისა, რომ ევროკავშირი ცდილობს მოიპოვოს მომხმარებელთა ნდობა, ამ მიზნისკენ ნათლად მიმართული პოლიტიკის საშუალებით. ერთი შეხედვით, ვლინდება, რომ აშშ და ევროკავშირი აღწევენ ერთსა და იმავე დანიშნულების ადგილს, მხოლოდ სხვადასხვა გასასვლელების საშუალებით; ორივე იცავს მომხმარებლებს, მაგრამ ერთი ირჩევს ამის გასაკეთებლად შემდეგ გზას, იჭერს „მტაცებელს“, რომელიც თაღლითობს ინტერნეტში არალეგალურად; ხოლო მეორე ასრულებს პროცესს პირდაპირი პოლიტიკის ინიციატივებით. თუმცა, ორი სისტემის მარტივმა შედარებამ გამოავლინა ღრმად გამჯდარი კულტურული სხვაობები-ინტერნეტის რეგულაციებთან, კონტრაქტის ფორმირებისა და საიმედოობის პრინციპებთან და, რა თქმა უნდა, ელექტრონული კომერციის პოლიტიკებთან მიმართებაში.

ამერიკის პოლიტიკა, ზოგადად, ელექტრონულ კომერციასთან და მომხმარებელთა დაცვასთან მიმართებაში, საუკეთესოდ შეიძლება განმარტებულ იქნას, როგორც პრო-ბიზნესი, თვით რეგულირებული და მინიმალისტური.¹²² ევროკავშირისაგან განსხვავებით, ამერიკის შეერთებული შტატები ხელს უწყობს უფრო მეტად ელექტრონული ბიზნესისათვის მასტიმულირებელი ფაქტორების უზრუნველყოფის პროგრამას, დავების გადაწყვეტის პროცედურების შეთავაზების გზით, და არ ახდენს მომხმარებელთა მკაცრად დაცული უფლებების შესახებ საჯარო განცხადებებს. ეს მიდგომა ნარჩუნდება მომხმარებელთა საჩივრების, მომხმარებელთა უფრო მეტი დაცვის საჭიროების შესახებ ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის¹²³ და ფედერალური ვაჭრობის კომისიის საერთაშორისო განცხადებების მიუხედავად.¹²⁴ ამერიკის შეერთებული შტატები ისევ თავს იკავებს ელექტრონული კომერციის დავების გადაწყვეტის მეთოდების ფორმალური რეგულირებისაგან. შტატის კანონზე და შტატის სასამართლოს გადაწყვეტილებაზე, ასევე, ერთიანი კომერციული კოდექსის მსგავს დოკუმენტებზე დაყრდნობით, ფედერალურ მთავრობას მარტივად შეუძლია მინიმუმამდე დაიყვანოს ადგილობრივი წნეხი, შედარებით უფრო მომხმარებლის დამცველი რეჟიმის მიღების მიზნით.

ინტუიციურად, საშულო მომხმარებელი, რომელიც ახორციელებს დაბალი ღირებულების პროდუქტების შესყიდვას ონლაინ რეჟიმში და რომელსაც გააჩნია მკაცრად შეზღუდული-საბაზრო ძალაუფლება ელექტრონული ბიზნესების შემთხვევაში, არ გაითვალისწინებს შესაძლებლობას, რომლითაც ფედერალურ მთავრობას შეუძლია მომხმარებელთა უფრო მკაცრად დაცვის უზრუნველყოფა, ან მკაცრ პროტექციონისტულ რეჟიმს, ევროკავშირში – მსოფლიოში

¹¹⁸ *Nadler J.*, Electronic Mediated Dispute Resolution and E-Commerce, *Negotiation Journal*, Vol. 17, 2001, 333.

¹¹⁹ იხ. მაგალითად, *Aguilar J. R.*, Over the Rainbow: European and American Consumer Protection Policy and Remedy Conflicts on the Internet and a Possible Solution, *Int'l J. Comm. L. & Pol'y*, Vol. 4, N.: 1, Winter 1999/2000, 1, <http://www.ijclp.net/ijclp_web-doc_4-4-2000.html>, [24.10.2008]; იხ., ასევე, *Ponte*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 40.

¹²⁰ *Aguilar*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 49, 37-38.

¹²¹ იქვე, 20-21.

¹²² იქვე, 33-34.

¹²³ იხ. ABA Task Force, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 4.

¹²⁴ იხ. FTC Report, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 25.

მეორე უდიდესი ელექტრონული კომერციის მოთამაშე¹²⁵ – არსებული რეჟიმის მსგავსად. მსგავსად ამისა, საშუალო მომხმარებელი შესაძლოა არც ფიქრობდეს, რომ მომხმარებელთა დაცვის ჯგუფებიყოველდღიურ რეჟიმში იბრძვიან კანონის ამ ნაწილში ცვლილების შეტანისათვის. ამგვარად, საბაზრო ძალაუფლებაში უთანასწორობის დიდი მოცულობის, ასევე, საერთაშორისო პრაქტიკის შესახებ საშუალო მომხმარებელთა ცოდნის შესაბამისი სიმცირის პირობებში, ამერიკის მთავრობას აშკარად მცირეოდენი მასტიმულირებელი ფაქტორი გააჩნია უფრო მეტად მომხმარებელთა დაცვის რეჟიმის მისაღებად.

ევროკავშირისაგან განსხვავებით, ამერიკის ელექტრონული კომერციის რეგულაციის სისტემა მომხმარებელს აკისრებს ვალდებულებას, კარგად შეისწავლოს დამატებითი ვადები და პირობები, რომელიც მოცემულია წვრილი შრიფტით, მომხმარებელთან დადებული სტანდარტული ფორმის კონტრაქტში.¹²⁶ დღემდე აშშ არ ითხოვს ელექტრონული ბიზნესების გამჭვირვალობას და სრულად გამოვლენას იმ მომენტამდე, სანამ საქონლის გაყიდვასთან დაკავშირებული კონტრაქტი არ ჩაითვლება დასრულებულად.¹²⁷ ამ პრო-ბიზნესის პოზიცია, კომერციულ ტრანზაქციებთან დაკავშირებით, მოულოდნელი არ არის; უბრალოდ, ეს არის ამერიკის კონტრაქტის კანონის გავრცობა ტრადიციულ პირისპირ საცალო ტრანზაქციებში.¹²⁸ რამდენიმე საინტერესო ფედერალური და სახელმწიფო სასამართლოს მოსაზრებები აჩვენებს, თუ რამდენად სურს ამერიკის სასამართლოებს ამ მიმართულებით წასვლა, პრო-ბიზნესის სამართლებრივი წესების სისტემის დადასტურების და გავრცელების მიზნით.

ცხადია, რომ ევროკავშირი უფრო იცავს თავის მომხმარებლებს, ვიდრე ამერიკის შეერთებული შტატები. მაშინ, როდესაც აშშ სისტემა ყურადღებას ამახვილებს ეფექტურობასა და ხარჯებზე და აკისრებს პასუხისმგებლობას მომხმარებლებს, ცხადი გახადონ ნებისმიერი დამატებითი პირობები, ევროკავშირი ცდილობს ხელი შეუწყოს კომერციულ საქმიანობას, მომხმარებლებსა და ბიზნესებს შორის არსებული სათამაშო მოედნის ბალანსირების საშუალებით, მომხმარებლის მყარად დაცვის კანონებისა და პოლიტიკების გზით.

აშშ-ისაგან განსხვავებით, ევროკავშირი მოითხოვს სრულ გამჭვირვალობას მომხმარებლის კონტრაქტის ვადებთან და პირობებთან დაკავშირებით, მთელი საკონტრაქტო პერიოდისა და პროცესის განმავლობაში. ევროკავშირის მიდგომა მოითხოვს ელექტრონული ბიზნესების ვადებისა და პირობების სრულად გამოვლენას, ნებისმიერი ხელშეკრულების მომზადების დასრულებამდე, როგორცაა მაგალითად, წვრილ ფონტში ან საქონელთან ერთად მოწოდებულ მასალებში დაფარული ნებისმიერი პირობები.¹²⁹

შესაძლოა ზემოთ აღნიშნული ემსახურებოდეს სათამაშო მოედნის გაუმჯობესებას, რაც აისახა ევროკავშირში, ელექტრონული კომერციისა და, განსაკუთრებით, ონლაინ დავების გადამწყვეტის დარეგულირების მიზნით, მწარმოებლური პოლიტიკის ინიციატივების მართვის აღების პროცესში. მაშინ, როდესაც აშშ-ის მთავრობა ორჭოფობს ინტერნეტის დარეგულირების საკითხთან დაკავშირებით, ევროკავშირმა არ მისცა ნება ამ ახალ საშუალებას, შეესუსტებინა მისი მარეგულირებელი საქმიანობის დონე. ევროკავშირმა მიიღო პოლიტიკა, რომლითაც ფართოდება მომხმარებლის დაცვის კანონი ტრადიციულ პირისპირ ტრანზაქციებთან მიმართებაში, და მოიცავს ინტერნეტში წარმოშობილ ტრანზაქციებსაც.¹³⁰

ამგვარად, ელექტრონული კომერციის დირექტივით ევროკავშირის ელექტრონული კომერციის სისტემაში შეტანილი ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი წვლილი იყო ყველა წევრი

¹²⁵ *Ponte*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 40.

¹²⁶ იქვე.

¹²⁷ იქვე, 456-57.

¹²⁸ *Alboukrek*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 3, 425-ზე (საბუთდება, რომ ქვეყნებს მუდმივად არ შეუძლიათ ახალ და დამწყებ ელექტრონულ ბაზარზე ადაპტაცია უფრო ტრადიციული სამართლებრივი წესების „ძველი სამყაროს“ ცნების მიღებით და მცდელობით, მიმართონ ისინი სრულიად ახალ ბაზარზე).

¹²⁹ *Ponte*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 40, 456-457.

¹³⁰ *Aguilar*, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 49, 22.

ქვეყნისათვის კარის გაღება, ევროკავშირის ელექტრონული კომერციის დონის გაზრდის მიზნით. ევროკავშირის ელექტრონული კომერციის დირექტივა მოითხოვს წევრი ქვეყნებისაგან, შექმნან დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის პროცედურები ელექტრონული კომერციის კონტრაქტებისათვის და ონლაინ დავების გადაწყვეტის რეგულაციის უზრუნველყოფისათვის.¹³¹ მიზანს წარმოადგენს ბიზნესების და მომხმარებლების უზრუნველყოფა სამართლებრივი სიცხადის რაიმე სახის გარანტიით.¹³² „შიდა ბაზრის მუხლი“ – მომსახურებები ექვემდებარება იმ წევრი ქვეყნის კანონს, რომელშიც არის შექმნილი მომსახურების მომწოდებელი.¹³³ დირექტივა მიმართულია წევრ ქვეყნებს შორის ურთიერთ თანამშრომლობის გაზრდისა და თვით რეგულირების გაფართოებისკენ.¹³⁴ დირექტივის მიერ დაფარული მომსახურებები მოიცავს: 1) ონლაინ პუბლიკაციებს; 2) პროდუქტებისა და სერვისების ონლაინ გაყიდვებს; 3) ონლაინ რეკლამირებას; 4) პროფესიონალურ სერვისებს; 5) ინტერნეტ და გასართობ სერვისებს; და 6) უფასო სერვისებს (გარდა რეკლამისა).¹³⁵

„ონლაინ დავების გადაწყვეტის რეგულაცია“ (ODR რეგულაცია) შემუშავდა ცალკეული ევროკავშირის „ონლაინ დავების გადაწყვეტის სისტემის შექმნისათვის.¹³⁶ ეს საშუალებას მისცემს ყველა წევრი ქვეყნის ელექტრონული კომერციის მომხმარებლებს, გადაჭრან ყველა დავა ონლაინ რეჟიმში, სასამართლოში წასვლის საჭიროების გარეშე.¹³⁷ ონლაინ დავების გადაწყვეტის სისტემა დაკავშირებულია წევრი ქვეყნების დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის (ADR) ორგანიზაციებთან, რომლებიც იცავენ კომისიის წესებს.¹³⁸ მიზანი არის დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის სისტემის შექმნა, რომელიც დაფუძნებული იქნება ინსტრუქციათა ერთიან პაკეტზე.¹³⁹ ეს ხდის აუცილებელს, რომ თითოეული წევრი ქვეყნის ონლაინ დავების გადაწყვეტის ფასილიტატორებს ჰქონდეთ გავლილი მსგავსი ტრენინგები და გააჩნდეთ შესაბამისი უნარები.¹⁴⁰ მოთხოვნილია, რომ ნებისმიერი საბოლოო გადაწყვეტილება მიღებულ იქნას ოცდაათი დღის განმავლობაში.¹⁴¹ პრობლემა არის ის, რომ დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის ელექტრონული კომერციის ტრანზაქციებზე დაფუძნებული მომხმარებელთა დავების გადაწყვეტის პროცედურები არის არასრული და ბუნდოვანი.¹⁴²

ისტორიულად, არსებული დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის სქემების ნაწილი იძლევა საჩივრების ონლაინ რეჟიმში წარმოდგენის შესაძლებლობას, მაგრამ ონლაინ დავების გადაწყვეტის გამოყენების შესაძლებლობა არ არსებობს.¹⁴³ საკითხის გადაწყვეტამდე დროის მოგების სარგებელი იკარგება და ფერხდება ონლაინ პროცესებში ფასიტილირებული კომუნიკაცია.¹⁴⁴

ელექტრონული საკონტრაქტო დებულების არსებობის პირობებში, ეს იყო მხოლოდ დროის ფაქტორი, სანამ ევრო კომისია დაიწყებდა საზღვრებს გარეთა ელექტრონული კომერციის დავებიდან წარმოშობილი სამართლებრივი საკითხების დარეგულირებას. ამ ქმედებამ მიიღო ბრიუსელის რეგულაციის სახელით საქვეყნოდ ცნობილი ფორმა.¹⁴⁵

¹³¹ <http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/directive/index_en.htm.

¹³² იხ. იქვე.

¹³³ იხ. იქვე.

¹³⁴ იხ. იქვე.

¹³⁵ იხ. იქვე.

¹³⁶ <http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court>.

¹³⁷ იხ. იქვე.

¹³⁸ იხ. იქვე.

¹³⁹ იხ. იქვე.

¹⁴⁰ იხ. იქვე.

¹⁴¹ იხ. იქვე.

¹⁴² იქვე.

¹⁴³ იქვე.

¹⁴⁴ იხ. იქვე.

¹⁴⁵ იხ. Brussels Regulation, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 4.

ევროკავშირმა განახორციელა რამოდენიმე პროგრამა და ინიციატივა, დავების გადაწყვეტის პროცესში არსებითი და პროცედურული სამართლიანობის უზრუნველყოფის მიზნით, ასევე, ხელი შეუწყო მომხმარებელთა შორის დავების გადაწყვეტის მექანიზმების გამოყენებას. ევრო კომისიამ წარმოადგინა რამდენიმე რეკომენდაცია დავების გადაწყვეტის პროცესში პროცესუალურ გარანტიებზე, მათ შორის, „დამოუკიდებლობის; გამჭვირვალობის; შეჯიბრებითი ხასიათის სასამართლო საქმის წარმოების; ეფექტურობის; კანონიერების; თავისუფლებისა და წარმომადგენლობის“ პრინციპებზე, პროცესუალურ ქმედებებში არბიტრაჟამდე.¹⁴⁶

ევროკავშირმა, ასევე, წარმოადგინა რეკომენდაციები პროცესუალური გარანტიების უზრუნველყოფის მიზნით, რომელსაც მედიატორები იყენებენ დავების გადაწყვეტისას და რომელიც მოიცავს „ოთხ პრინციპს: მიუკერძოებლობა; გამჭვირვალობა; ეფექტურობა; და პროცედურის სამართლიანობა“.¹⁴⁷ ამის მსგავსად, ევროკავშირმა შექმნა პროგრამა, სახელად EEC-Net, რომელიც ემსახურება მომხმარებლებისათვის დავების გადაწყვეტის ხელმისაწვდომი მექანიზმების შესახებ ინფორმაციის გავრცელების ხელშეწყობას, ასევე, რეალურად უზრუნველყოფს დავების გადაწყვეტის მომსახურებას, თითოეულ წევრ ქვეყანაში განთავსებული რიგი „საკლირინგო პალატის“ საშუალებით.¹⁴⁸

ზემოხსენებულ ინფორმაციაზე დაყრდნობით, ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირს შორის მომხმარებლის დაცვის განსხვავებული პოლიტიკის მიზნები და თეორიები აშკარად ცხადი გახდა. ამერიკის შეერთებული შტატების ელექტრონული კომერციის რეგულირების სისტემა შესაძლოა აღვწეროთ, როგორც პრო-ბიზნესი, თვით რეგულირებული და მინიმალისტური.¹⁴⁹ მისი უპირატესი განხილვის საგანი უკავშირდება ეფექტურობას და ხარჯების შემცირებას.

ონლაინ დავების გადაწყვეტა წარმოიშვა იმის აღიარებიდან, რომ დავების რაოდენობა გაიზარდა რიგი ონლაინ აქტივობების რაოდენობის გაზრდის პარალელურად.¹⁵⁰ ამიტომაც, ონლაინ დავების გადაწყვეტის წყარო აშკარად მარტივად გასაგებია, სახელდობრ, რაც უფრო მეტი ტრანზაქცია და ინტერაქცია განხორციელდება ონლაინ რეჟიმში, მით მეტი დავის წარმოშობას ექნება ადგილი.¹⁵¹ ამასთან, გასაგები იყო, რომ ინტერნეტს, სანამ ის წარმოადგენდა ინფორმაციის წყაროს, უნდა შეძლებოდა ინფორმაციაზე დამოკიდებული საქმიანობების მხარდაჭერა, როგორცაა, მაგალითად, დავის გადაწყვეტა.¹⁵² სხვა სიტყვებით, ინტერნეტი წარმოადგენდა პრობლემის ნაწილს, რომელშიც ის ქმნიდა დავებს, მაგრამ ის ასევე იყო გადაწყვეტის ნაწილი, თავისი რესურსით, ონლაინ რეჟიმში გამომხაურებოდა დავებს.¹⁵³

როგორც ზემოთ იქნა აღნიშნული, ევროკავშირის პოლიტიკა შესაძლოა დახასიათდეს, როგორც პრო-მომხმარებლური. მისი უპირატესი განხილვის საგანს წარმოადგენს მომხმარებლებსა და ბიზნესებს შორის არსებული სათამაშო მოედნის განონასწორება და გამჭვირვალობის რეჟიმის ხელშეწყობა, ასევე, ელექტრონული კომერციის არეალში ყველა შესაბამისი საკონტრაქტო პირობის გამოვლენა.¹⁵⁴ უფრო მეტიც, ამერიკის შეერთებული შტატები უშვებს სავალდებულო საარბიტრაჟო შეთანხმებებს მომხმარებლებსა და ბიზნესებს შორის, კონტრაქტის ფორმირების პროცესში,¹⁵⁵ მაშინ, როდესაც ევროკავშირი უშვებს მხოლოდ საარბიტრაჟო შეთანხმებებს, რომელიც ძალაში შედის დავის წარმოშობის შემდეგ.¹⁵⁶

¹⁴⁶ OECD Background Report, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13, 16.

¹⁴⁷ იქვე.

¹⁴⁸ იქვე 20.

¹⁴⁹ Aguilar, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 49, 33-34.

¹⁵⁰ 49 NYLSLR 271, New York Law School Law Review: Bringing Online dispute Resolution to Virtual Worlds: Creating Processes Through Code, 2004-2005, 277.

¹⁵¹ იქვე.

¹⁵² იქვე.

¹⁵³ იქვე.

¹⁵⁴ Ponte, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 40.

¹⁵⁵ იქვე at 456, n. 53.

¹⁵⁶ Brussels Regulation, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 4, art. 17(1).

ამერიკის შეერთებული შტატებისა და ევროკავშირის ელექტრონული კომერციის რეგულაციებს შორის არსებული სხვაობის სააშკარაოზე გამოტანა, იძლევა იმის უფრო ნათელი და ობიექტური ანალიზის საშუალებას, თუ როგორ შეიძლება ორი მხარე მივიდეს შეთანხმებამდე დავების გადაწყვეტის მექანიზმებთან დაკავშირებით, „ბიზნესი მომხმარებლისათვის“ საზღვრის გარეთა ელექტრონული კომერციის დავებში. შეიძლება იმის არგუმენტირება, რომ ერთ-ერთი ყველაზე ეფექტური მექანიზმი ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირს შორის კონსესუსის შექმნისათვის არის ხელშეკრულების გამოყენება.

ორმხრივი შეთანხმება

შეთანხმების გამოყენების სარგებელი ორ ნაწილად იყოფა. პირველი, შეთანხმება დატვირთულია სამართლებრივი ვალდებულებებით, რაც ნიშნავს, რომ მას აქვს გაცილებით მეტი შედეგის მიღების პოტენციალი, ვიდრე ნებისმიერ მოქმედ ნებაყოფლობით ან „რბილი-კანონის“ პრინციპებს.¹⁵⁷ მეორე, შეთანხმებამ ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირს შორის – ორი უდიდესი მოთამაშე ელექტრონულ კომერციაში, შესაბამისად¹⁵⁸ – შესაძლოა სტიმული მისცეს სხვა ქვეყნებს მიბაძონ ამ მოთამაშეებს. შესაძლოა, შეთანხმება დაინყოს ორმხრივი ფორმით, მაგრამ დასრულდეს, როგორც ელექტრონული კომერციის დავების გადაწყვეტის მულტინაციონალური კონვენცია. ცხადია, ეს ხელს შეუწყობს საკითხის გადაწყვეტას, თუ როგორ შეიძლება შეთანხმებამ შეძლებისდაგვარად გადაწყვიტოს ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირს შორის არსებული მომხმარებელთა დაცვისა და ელექტრონული კომერციის რეგულაციის უკიდურესად განსხვავებული თეორიები? ყველაზე გამარტივებული პასუხი – მრენველობა, რამდენადაც შესაძლებელია, იქნება თვით-რეგულირებული. ელექტრონული ბიზნესების წარმატება დამოკიდებულია მომხმარებლის კმაყოფილებაზე. უდიდესი ელექტრონული ბიზნესების საშუალებით, როგორებიცაა მაგალითად EBay და Amazon, გამყიდველის რეიტინგი, ფაქტობრივად, განთავსებულია გასაყიდი საქონლის შემდეგ. სანამ უცვლელად არსებობს ერთზე მეტი გამყიდველი ნებისმიერ მოცემულ პროდუქტზე, უკვე არსებობს მყარი მასტიმულირებელი ფაქტორი ინდივიდუალური გამყიდველისათვის, მიაღწიოს და შეინარჩუნოს მაღალი რეიტინგი მისი პროდუქციის მომხმარებლებს შორის.

დომინირებად ელექტრონულ ბიზნესებს გააჩნია მასტიმულირებელი ფაქტორი, უზრუნველყოს ონლაინ დავების გადაწყვეტის ფორუმი, მომხმარებლებსა და გამყიდველებს შორის დავების გადაწყვეტის მიზნით, მთავარი ვებგვერდის გამოყენების საშუალებით. შედარებით უფრო მცირე ელექტრონულ ბიზნესები კი იყენებენ სამომხმარებლო ბლოგებს და რეიტინგულ ვებგვერდებს, რომლებიც დომინირებენ ინტერნეტში. ასეა თუ ისე, თუ მომხმარებელი არ არის კმაყოფილი, ისინი მიმართავენ იგივე საშუალებას (მაგალითად, ინტერნეტს), რომელსაც იყენებდნენ პროდუქტის ყიდვისას, რათა გახადონ თავიანთი ჩივილი ცნობილი ყველა სხვა ონლაინ მომხმარებლისათვის.

შეთანხმების სარგებლები

ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირს შორის არსებული საზღვრებს გარეთ ელექტრონული კომერციის დავებში დავების გადაწყვეტასთან დაკავშირებული სამართლებრივი ვალდებულებებით დატვირთული ხელშეკრულების სარგებელი ნამდვილად მრავალია. შეთანხმება მიაღწევს ამ სფეროში ეფექტურობისა და პროგრესის ამერიკულ მიზანს, მაშინ, როდესაც პარალელურად, მიღწეული იქნება ევროკავშირის მომხმარებლის ეფექტური დაც-

¹⁵⁷ იხ. მაგალითად, OECD Background Report, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13; EC Recommendation, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 21; FTC Report, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 25; ABA Task Force, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 4.

¹⁵⁸ Ponte, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 40, 456.

ვის მიზანი. ეს მისცემს გლობალურ ელექტრონულ ბიზნესებს ერთგვაროვნების შეგრძნებას, რამდენადაც ისინი იმოქმედებენ სამართლებრივი ვალდებულებებით დატვირთული საზოგადო ელექტრონული კომერციის ბიზნესის პრაქტიკების საკითხებთან დაკავშირებული შეთანხმების შესაბამისად. შეთანხმება ასევე მომხმარებლებს შეუქმნის გლობალურ ბაზარზე ნდობის შეგრძნებას, რამდენადაც, ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირს შორის არსებული სამართლებრივი ვალდებულებებით დატვირთული ხელშეკრულების ცოდნა – მსოფლიოში ორი ყველაზე დიდი ელექტრონული კომერციის მოთამაშეები – ხელს შეუწყობს ნდობას დავების გადანყვეტის სტაბილური და ორგანიზებული რეჟიმის პირობებში; ამგვარად, შედეგად მივიღებთ ელექტრონული კომერციის საყოველთაო დონის გაზრდას ორივე, ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირში, და, შესაძლოა, მთელს მსოფლიოში.

შეთანხმების ნაკლოვანებები

სიმაღლედ რომ ვთქვათ, არსებობს რიგი ნაკლოვანებები შეთანხმების გამოყენების გზით ამ ხასიათის რეფორმის განხორციელებისათვის; მაგრამ როდესაც ვადარებთ შეთანხმების სარგებლებს რიგ მცდელობებთან, ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაციის (OECD) და ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის (ABA) მიერ „რბილი კანონი“-ს შექმნასთან დაკავშირებით, არსებული ნაკლოვანებები კარგავს თავის ნეგატიურობას. შეთანხმების გამოყენების ერთი ყველაზე მთავარი ნაკლოვანება წარმოიშობა ადგილობრივი და საერთაშორისო სასამართლოების მიერ მისი შემდგომი ინტერპრეტაციიდან. ნებისმიერი სამართლებრივი ვალდებულებებით დატვირთული დოკუმენტი, განსაკუთრებით კი დოკუმენტი, რომელიც განსაზღვრავს სუვერენული ქვეყნების ვალდებულებას, ჩვეულებრივ ხასიათდება ბუნდოვანებით. დამახასიათებელი ბუნდოვანება რეალური ელექტრონული ბიზნესის მრეწველობის ნებისმიერ რეგულაციაში, მეტად ნეგატიურია. რამდენადაც ბუნდოვანებას და ორაზროვნებას მივყავართ კონფლიქტამდე, იმდენად მხარეები უბრუნდებიან იმ პოზიციას, სადაც მათ პირველად დაინყეს დაბალი ღირებულების დავით, იყვნენ რა თავისი კონფლიქტის გადაჭრის მიზნით სწრაფი და იაფფასიანი გზის ძიებაში. ამ მიმართებით, ნებისმიერი ასეთი ტიპის შეთანხმებისათვის საჭირო იქნება ამ საკითხის პირდაპირი გზით გადაჭრა, გასარკვევ და ლაკონურ ენაზე ოქმების შედგენით, ინტერპრეტაციული ბუნდოვანების თავიდან აცილების მიზნით.

შეთანხმების ალტერნატივები

შეთანხმების ალტერნატივები ნებაყოფლობითია ან „რბილი კანონის“ პრინციპების მატარებელია, რომელიც, როგორც სახელშია ნაგულისხმევი, არ არის დატვირთული სამართლებრივი ვალდებულებებით; ასევე, ალტერნატივად შეიძლება იქნას განხილული, მომხმარებლის საერთაშორისო სამართალი, რომელიც ენათესავება ამერიკის შეერთებული შტატების საერთო სამართალს, მაგრამ საჭიროებს უფრო მეტ დროს ცვლილებისათვის.¹⁵⁹ საბოლოო ჯამში, ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირს შორის არსებული ელექტრონული კომერციის საქმეებში საზღვრებს გარეთ დავების გადანყვეტასთან დაკავშირებული შეთანხმება, საუკეთესო მექანიზმია იურიდიული ძალის მქონე დოკუმენტის შექმნისათვის, რომელშიც, იმედია, გათვალისწინებული იქნება მომხმარებელთა დაცვისა და აშშ-სა და ევროკავშირს შორის არსებული ინტერნეტის რეგულაციის ბევრი განსხვავებული თეორიები. სხვა სიტყვებით, შეთანხმების გამოყენების სარგებლებს უფრო მეტი წონა აქვს მის ნაკლოვანებებთან შედარებით.

საბოლოო ჯამში, ონლაინ დავების გადანყვეტა აგვარებს სამართლებრივ საკითხებს, გართულებული კითხვების აღმოფხვრის გზით, მაგალითად, რომელ სასამართლოს და ქვეყან-

¹⁵⁹ Dunoff, Ratner & Wipman, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 109, 36.

ნას მიმართოს მომხმარებელმა შუამდგომლობისათვის და, საბოლოოდ, რომელი ქვეყნის კანონები მართავს დავას. უფრო მეტიც, საერთაშორისო ფორუმში სასამართლო საქმის წარმოებასთან დაკავშირებული ხარჯი შესაძლოა შემცირდეს ინტერნეტით დავების გადანყვეტის მომსახურების უზრუნველყოფის გზით, სადაც მოდავე მხარეები არასოდეს დატოვებენ საკუთარ სახლებს, გარდა იმ ვითარებისა, როდესაც მათ ესაჭიროებათ „საკლირინგო პალატებიდან“ ერთ ან რომელიმე სხვა პალატაში წასვლა, როგორც ეს მიმოხილულია ქვემოთ. მაშინ, როდესაც ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირს შორის არსებული შეთანხმების სარგებლები ნათელია, შეთანხმების პირობების პრაქტიკული განხორციელება ისევ საკითხად რჩება; თუმცა, ეს არ არის შეუძლებელი.

დასკვნა

ამერიკული და ევროკავშირის ელექტრონული კომერციული დავების გადანყვეტის საკითხის ანალიზი აჩვენებს, რომ პროგრესი ჯერ კიდევ მისაღწევია ელექტრონული კომერციის საზღვრებს გარეთა დავების გადანყვეტის რეგულაციაში. თუმცა, აშშ-სა და ევროკავშირის გააჩნიათ აშკარად განსხვავებული თეორიები ელექტრონული კომერციის რეგულაციასთან, კონტრაქტის ფორმირებასთან და მომხმარებლის დაცვასთან დაკავშირებით, ორივე მათგანი სრულიად უნარიანია, მივიდნენ შეთანხმებამდე დავების ალტერნატიული გადანყვეტის შესაბამის კურსთან დაკავშირებით. ნებისმიერ შემთხვევაში, ამგვარი კურსისათვის საუკეთესო მექანიზმი არის შეთანხმება, საუკეთესო გზა დავების გადანყვეტის მომსახურების უზრუნველყოფისათვის არის ონლაინ დავების გადანყვეტა (ODR). შეთანხმება, რომელიც ამარტივებს რიგ შიშსა და საკითხებს აშშ-სა და ევროკავშირის შემთხვევაში, ოდესმე შეიძლება შესაძლებელიც კი გახდეს; ელექტრონული კომერციის ზრდა აჩვენებს, რომ ორივე მხარემ უნდა მიმართოს მცდელობას, წარმართოს მოლაპარაკებები ამგვარ პირობებზე და განახორციელოს მისი დებულებები. ელექტრონულ ბაზარზე მომხმარებელთა გაზრდილი ნდობა ნიშნავს ელექტრონული კომერციის გაზრდილ დონეს. აშშ-სა და ევროკავშირს, ელექტრონულ კომერციაში მსოფლიოში ამ ორ უდიდეს მოთამაშეს, საკმარისზე მეტი მასტიმულირებელი ფაქტორი გააჩნია, რომ ერთად მოიპოვონ მეტი მომხმარებელი ელექტრონული კომერციის სფეროში. ელექტრონული კომერცია არის „ბიზნესი მომხმარებლისათვის“ ტრანზაქციების მომავალი და მას ესაჭიროება დარეგულირება საერთაშორისო დონეზე.

ტერმინმა „ევროპის გაერთიანებულმა შტატებმა“ ცუდი სახელი გაითქვა, როდესაც ის გამოიყენა ვინსტონ ჩერჩილმა თავის სიტყვაში 1946 წლის 9 სექტემბერს, ციურიხის უნივერსიტეტში, შვეიცარიაში.¹⁶⁰ ამ სიტყვაში, რომელიც მან წარმოსთქვა მეორე მსოფლიო ომის დასრულების შემდეგ, ჩერჩილმა დაასკვნა: „ჩვენ უნდა შევექმნათ რაღაც ევროპის გაერთიანებული შტატების მსგავსი. მხოლოდ ამ გზით ასობით მილიონ მუშაკს შეეძლება მარტივი სიხარულისა და იმედების ხელახლა შექმნა, რომელიც ხდის სიცოცხლეს იმდენად ღირებულს ხდის, რომ ადამიანს უჩინდება ცხოვრების სურვილი.“¹⁶¹ სავარაუდოდ, არ არის შესაძლებელი ელექტრონული კომერციის, როგორც მარტივი კონცეფციის ან მექანიზმის განსაზღვრა, რომელიც ხდის სიცოცხლეს იმდენად ღირებულს, რომ იცხოვრო. თუმცა, ბიზნესისა და მომხმარებლებისათვის ის ხდის ცხოვრებას უფრო მარტივს, მსოფლიოს მუდმივად მზარდი გლობალიზაციის პირობებში. ასი წლის შემდეგ ჩერჩილის მიერ წარმოთქმული სიტყვები „ევროპის გაერთიანებული შტატები“ მანამდე რამდენჯერმე გამოიყენა ვიქტორ ჰიუგომ, იმ გამოსვლის ჩათვლით, რომელსაც ადგილი ჰქონდა 1849 წელს პარიზში გამართულ საერთაშორისო მშვიდობის კონგრესზე.¹⁶² ჰიუგო მხარს უჭერდა „უზენაესი, სუვერენული სენატის შექმნას, რაც ევროპის-

¹⁶⁰ უინსტონ ჩერჩილი (1946), აკადემიური ახალგაზრდობის (გამოსვლა) შეკრებაზე წარმოთქმული სიტყვა, ციურიხი, შვეიცარია.

¹⁶¹ იხ. იქვე.

¹⁶² როლში *E. de Jouy ვ. ჰიუგოს* წინააღმდეგ, იხ. *Faul M., Les aventures militaires, littéraires et autres de Etienne de Jouy de l'Académie française*, Editions Segquier, France, 2009.

თვის იქნებოდა იგივე, რაც ინგლისისთვის პარლამენტი“; მან თქვა, „დადგება დღე, როდესაც ჩვენი კონტინენტის ყველა ერი შექმნის ევროპის საძმოს... დადგება დღე, როდესაც ჩვენ უნდა დავინახოთ... ამერიკის შეერთებული შტატები და ევროპის გაერთიანებული შტატები პირისპირ, რომელთაც კავშირი ექნებათ ერთმანეთთან ზღვების გადაღმა.“¹⁶³ 1849 წელს ელექტრონული კომერცია იყო უცხო კონცეფცია; ახლა კი ის გახდა გამტარი, რომელიც აღწევს საზღვრებს გარეთ და პირისპირ ახვედრებს აშშ-სა და ევროკავშირს მთელი დღის განმავლობაში, ყოველ დღე. ვიქტორ ჰიუგომ დარგო ხე მისი რეზიდენციის მიწაზე, გუერნსეის კუნძულზე; გამონათქვამში აღნიშნული იყო, რომ როდესაც ეს ხე მიაღწევს ზრდასრულობას, უნდა წარმოიშვას ევროპის გაერთიანებული შტატები. ეს ხე დღემდე იზრდება ბედნიერად მეისონ დე ჰოტვილის ბაღებში, წმ. პიტერ პორტში, გუენსეიში – ვიქტორ ჰიუგოს რეზიდენცია მისი საფრანგეთიდან გაძევების პერიოდში. ელექტრონული კომერცია, როგორც ნებისმიერი სხვა ტიპის კომერცია, აგრძელებს კონფლიქტებთან დაკავშირებული იმ საკითხების წამოწევას, რომელთაც მივყავართ დავებამდე და სასამართლო საქმის წარმოებამდე. უბრალოდ, როგორც ჰიუგოს ხე იზრდება, როგორც ორგანული ჯილდო ევროპის გაერთიანებული შტატების განვითარებისათვის, ასევე ელექტრონული კომერცია ემსახურება კაცობრიობას, როგორც ორგანული მექანიზმი, რომელიც აახლოვებს ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირს, ასევე, ბიძგს აძლევს შემაკავშირებელ მექანიზმს რეზულტატიური დავების გადანყვეტისათვის. ონლაინ დავების გადანყვეტა უზრუნველყოფს ეკონომიკურ ეფექტურობასა და დროის დაზოგვის მექანიზმებს, რაც ხელს უწყობს ამ მექანიზმის საზღვრებს გარეთ გასვლას ელექტრონული კომერციის დავების გადანყვეტის მიზნით და, ამგვარად, ქმნის თანმიმდევრული რეგულაციებისა და მისი აღსრულების საშუალებების შექმნის საჭიროებას.

ონლაინ დავების გადანყვეტა მოიცავს დავების ალტერნატიული გადანყვეტის პროტოკოლის უმრავლეს სახეობას. არსებითად, ეს მექანიზმი შექმნილია სხვადასხვა ქვეყნებიდან და/ან ევროკავშირის წევრი ქვეყნებიდან მომხმარებლებსა და ბიზნესებს შორის წარმოქმნილი დაბალი ღირებულების და უცხოური ელექტრონული კომერციის დავების მოგვარებისათვის. ყველა არსებული პროტოკოლიდან, მედიაცია შეასრულებდა ამ დავების გადანყვეტის ყველაზე გამოსადეგი ონლაინ მექანიზმის როლს. ყველა ელექტრონულ ბიზნესს, რომელიც მოიცავს მომხმარებლის საქმიანობას აშშ-სა და ევროკავშირს შორის, ან ევროკავშირის წევრი ქვეყნების ფარგლებში, მოეთხოვებათ ონლაინ დავების გადანყვეტის მედიაციის პროგრამის უზრუნველყოფა, რომელიც გამოიყენება სამომხმარებლო საქონლის გაყიდვის შედეგად გამოწვეული ნებისმიერი დავის გადანყვეტისათვის. ონლაინ დავების გადანყვეტის პროცესის კერძოდ შენარჩუნების პირობებში, ის ისევე რჩება ეფექტური და ეკონომიკური თვალსაზრისით ეფექტურ საშუალებად ამ დავების გადანყვეტისათვის. ყოველგვარ ეჭვს გარეშეა, რომ ადგილი ექნება შემთანხმებულ პროცედურულ და არსებითი სამართლებრივი პროცედურის საკითხებს და შემცირებულ კომუნიკაციას. თუმცა, დავების დიდი მოცულობის გადანყვეტის ეფექტიანობასთან და ეკონომიკურ ეფექტურობასთან შედარებით, არსებობს მყარი არგუმენტი ონლაინ მედიაციისათვის. რამდენადაც ამ სამომხმარებლო შესყიდვების დიდ უმრავლესობას ექნება ნაკლები ხარჯი, ამგვარი დავების არბიტრაჟის ან სასამართლოს გზით გადანყვეტასთან შედარებით, ონლაინ მედიაციის გამოყენებას უფრო არსებითი მნიშვნელობა ენიჭება ელექტრონული ბიზნესების და მომხმარებლების დიდი უმრავლესობისთვის, რომლებიც ყიდულობენ მათ საქონელს.

¹⁶³ იხ. იქვე.

გამომცემლობის რედაქტორი

გარეკანის დიზაინერი

კორექტორი

დამკაზადონებელი

მაია ეჯიბია

მარიამ ებრალიძე

ლელა ნიკლაური

ნათია დვალი

0179 თბილისი, ი. ჭავჭავაძის გამზირი 14
14 Ilia Tshavtchavadze Avenue, Tbilisi 0179
Tel 995 (32) 225 14 32
www.press.tsu.edu.ge