

დავის ალტერნატიული
გადაწყვეტა



ALTERNATIVE DISPUTE
RESOLUTION

წელიწადეული
Yearbook

2014

წ ე ლ ი წ ღ ე უ 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 ნაციონალური ცენტრი

დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა

წიგნი

2014

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)

ნელინდელის გამოცემა ამერიკელი ხალხის გულისხმიერების შედეგად და ამერიკის შეერთებული შტატების საერთაშორისო განვითარების სააგენტოს (USAID) მხარდაჭერით გახდა შესაძლებელი. ჟურნალში 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.



მართლმსაჯულების დამოუკიდებლობისა და სამართლებრივი გაძლიერების პროექტი



სარჩევნო
CONTENTS

ბურანდა ბურსულაია

სასკოლო მედიაცია: რისკი თუ ეპრიკა?..... 9

GURANDA BURSULAIA

SCHOOL MEDIATION RISK OR HEUREKA? 25

თეო კვირიკაშვილი

მედ-არბი/არბ-მედი და მისი განვითარების პერსპექტივები
საქართველოში 36

TEO KVIRIKASHVILI

MED-ARB/ARB – MED AND PROSPECTS OF THEIR
DEVELOPMENT IN GEORGIA..... 51

ლევან ჟორჯიანი

ბოდიში და პატიება მედიაციის პროცესში..... 62

LEVAN JORJOLIANI

APOLOGY AND FORGIVENESS IN MEDIATION PROCESS 73

სიმონ ტაკაშვილი

მედიაციის, როგორც დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის
ფორმის მნიშვნელობა კოლექტიური შრომითი დავის
განხილვისა და გადაწყვეტის პროცესში 81

SIMON TAKASHVILI

IMPORTANCE OF MEDIATION, AS ALTERNATIVE DISPUTE
RESOLUTION (ADR) IN THE PROCESS OF COLLECTIVE LABOR
DISPUTE DISCUSSIONS AND ITS SETTLEMENT 96

გიორგი ნარმანია

PARTY-APPOINTED ARBITRATORS: PAST, PRESENT
AND FUTURE 106

ბიორბი ნარმანია

მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრი: წარსული, აწმყო, მომავალი 123

JAMES ALFINI

MEDIATION AS A CALLING: ADDRESSING THE DISCONNECT BETWEEN MEDIATION ETHICS AND THE PRACTICES OF LAWYER MEDIATORS 146

ჯეიმს ალფინი

მედიაცია, როგორც გამოწვევა: მედიაციის ეთიკასა და ადვოკატ მედიატორების პრაქტიკას შორის კავშირის წყვეტის საკასუსოდ..... 157

ALEX AZAROV

MEDIATION FOR LAWYERS..... 173

ალექს აზაროვი

მედიაცია ადვოკატებისათვის..... 185

ALEX AZAROV

SPEEDIATION: THE CHALLENGES OF RESOLVING A DISPUTE IN AN HOUR 203

ალექს აზაროვი

პროცესების დაჩქარება: გამოწვევები დავის მოკლე დროში გადასაწყვეტად..... 219

DEBRA BERMAN

JAMES ALFINI

LAWYER COLONIZATION OF FAMILY MEDIATION: CONSEQUENCES AND IMPLICATIONS 241

დებრა ბერმანი

ჯეიმს ალფინი

ოჯახური დავის მოგვარებაში ადვოკატის ჩართულობა: მისი მნიშვნელობა და შედეგები 281

CATHERINE GREENE BURNETT

ADVISING CLIENTS ABOUT ADR: A PRACTICAL GUIDE TO
HAVING DIFFICULT CONVERSATIONS ABOUT SELECTING
OPTIONS..... 340

ქეთრინ ბარნეტი

კლიენტის კონსულტირება დავების მოგავრების
ალტერნატიული მეთოდების შესახებ: პრაქტიკული
სახელმძღვანელო ვარიანტების შერჩევის შესახებ რთული
ღიალობის წარმოების დროს..... 361

ALEXANDRA CRAMPTON

MICHAEL TSUR

NEGOTIATION STANDS ALONE 392

ალექსანდრა კრემპტონი

მაიკლ ცური

მოლაპარაკება განცალკევებით დგას 408

YOSHIHISA HAYAKAWA

იოშიჰისა ჰაიაკავა..... 433

ინვესტიციებში სადაო საკითხების მოგვარებისას
არბიტრაჟის, როგორც ერთ ერთი მქანის გამოყენება
რისკების შემცირების მიზნით – საინვესტიცია
სახელშეკრულებო არბიტრაჟის უახლესი სტრატეგია 433

KIMBERLEE K. KOVACH

THE LAWYER'S DUTIES AND RESPONSIBILITIES IN DISPUTE
RESOLUTION GOOD FAITH IN MEDIATION--REQUESTED,
RECOMMENDED, OR REQUIRED? A NEW ETHIC 447

კიმბერლი კოვაჩი

ავოკატიან მოვალეობები და პასუხისმგებლობა დავის
გადაწყვეტისას, კეთილსინდისიერება მმდიაციაში თხოვნის,
რეკომენდაციის თუ მოთხოვნის სახით დადგენილი? ახალი
ეტიკა 487

YASUHEI TANIGUCHI

ADR (MEDIATION) IN JAPAN AND IN THE UNITED STATES 546

იასუჰეი თანიგუჩი

ღავის დაბაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდი

(შუამღბომღობა) იაპონიასა და შვერთეჲულ შტატებში 553

MICHAEL TSUR

ADR — APPROPRIATE DISASTER RECOVERY 563

მაიკლ ტური

ღაბ (ღავების არბიტრაჲული გადაჭრა) კატასტროფის

შეღებების სათანადოდ ლიკვიდაცია..... 569

TASHA WILLIS

ONLINE DISPUTE RESOLUTION FOR BUSINESS TO CONSUMER
ECOMMERCE DISPUTES 577

თაშა ვილისი

ღავების ონლაინ გადაწყვეტა ბიზნესსა და მომხმარებელს

შორის ელექტრონული კომერციის სვეროში არსებული

ღავებისათვის..... 594

სასკოლო მედიაცია: რისკი თუ ეფექტი?

*„ როცა ადამიანები ფიქრობენ, რომ შენ კვდები,
ისინი გულისყურით გისმენენ და არა...*

*ა 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 მიჰყვებიან 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 „გამომიებით“, რომლის დროსაც ხდება „დამნაშავის“ გამოვლენა და მისი დასჯა. ამით შემთხვევა ამოწურულია. ანუ არ ხდება არანაირი მუშაობა ფსიქოლოგიასთან, კონფლიქტის ნამდვილი მიზეზების გამორკვევასთან. არ არის მცდელობა აღმოიფხვრას დავის

პირველწყარო. შედეგიც არ აყოვნებს: მოსწავლეების ჩაკეტილობა, სწავლაზე გულის აცრუება, უფრო მეტი კონფლიქტის წარმოშობა.

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

ამ 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 მოწყობილი. ძალიან ბევრი აზრი არის გამოთქმული იმასთან დაკავშირებით თუ როგორი უნდა იყოს იდეალური მიკრო გარემო (ანუ უშუალოდ ოთახი, სადაც მიმდინარეობს მედიაცია), როგორი ავეჯი უნდა იდგას, რა ფრად უნდა იყოს შეღებილი კედლები, უნდა იდოს თუ არა ტკბილეული მაგიდაზე, რა განლაგება უნდა ჰქონდეთ საგნებს, რა

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

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 მედიაცია? სასკოლო მედიაცია 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 არის საჭირო 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

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

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

უდავოა, რომ ავტორიტეტის, 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, ლაწირაკო!
- ჯემალ, ქამო!
- იანგული, წუწკო ბერძენო!
- 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“ = „შურისკა“, 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, მოსწავლის ცუდი ყოფაქცევით, 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 არავინ 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 თავდასხმაა“ მათი დევიზი ხდება).

სკოლაში მომუშავე პერსონალი, სამწუხაროდ, უგულებელხყოფს 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 ჭკუის 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 დაჩაგვრისკენ. სოფო ტაბალუა, 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

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

5. კონფლიქტის მოგვარება

5.1. კონფლიქტის მოგვარება ტანატოლებს შორის

სკოლის ასაკის ბიჭების უმეტესობა სკეპტიკურად უყურებს სიტყვის სიძლიერის საკითხს. მათი აზრით მუშტები, აი რა არის „უებარი წამალი“ 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 სითბოს, 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 კარგია და ან მისაღები, არამედ იმ გაგებით, გავრცელებული და ტიპურია).

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

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, ურთიერთათვალწუნებაში, 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 პინპონგი 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, გადაწყვეტილებას 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 არის მზად ასაკით უმცროსის

ავტორიტეტულობა მიიღოს. თუმცა, ახლო მომავლში მარტივი შესაძლებელია სასკოლო მედიაციისთვის სახარბიელო გარემო შეიქმნას უფროსი-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

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

განიხილავდნენ ბულინგის⁶ იდენტიფიკაციისა და მსხვერპლთან მუშაობის ტექნიკას.⁷

ბუნებრივია, ისმის 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 მოუწოდებს ბავშვებს იყვნენ კეთილები, მეგობრულები, დამთმობები. შედეგად, მაინც დავის ზედაპირულ 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 სავადალოა 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%

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

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

აღმოიფხვრა ფულის გამოძალვის ფაქტები. 80% შემცირდა მოსწავლეებს შორის დაპირისპირების ფაქტები. 90% შემცირდა საჯარო ვანდალიზმის (სასკოლო ქონების დაზიანების) ფაქტები⁸, 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 მოჰკლან 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 მხვრივ საქართველოში მძიმე ფონია. ამ პროექტის რისკებზე ქვემოთ ვისაუბრებ, აქ კი მინდა ხაზი გავუსვა იმას, რომ თაობათა შორის ომი მითი არ არის და თანატოლები

⁸ იხ. საგანმანათლებლო დაწესებულების მანდატურს სამსახურის ოფიციალური ვებ-გვერდი, <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-kceulidzaladoba/25154835.html>>, [18.01.2014].

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 იზადებიან, 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. დავუბრუნდეთ 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, შევიყვანოთ 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 როლის აფეთქდება. ისმის კითხვა, რატომ? პასუხის მისაღებად მოვიშველიოთ პარალელები: საუკეთესო ქირურგი ვერ უმკურნალებს ბავშვს ისე კარგად, როგორც ამას პედიატრი გააკეთებს; ექვი მეპარება მ. ჯავახიშვილს, დოსტოევსკის,

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

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

უშუალობა, 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 რაღაც 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 ტრენერებს ჰკითხოთ 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 მაღალ დაინტერესებას ამ სფეროთი. კიდევ ერთხელ ხაზგასასმელია სასკოლო ასაკის მგრძნობელობა და აუცილებლობა პროექტისადმი მაღალი 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 მეჩვენება 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 ენერჯიასთან 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 დამოუკიდებელნი, 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, როცა ამბობს, რომ კონფლიქტების მოგვარების ტექნიკების სწავლება ისეთივე მნიშვნელოვანია, როგორც მათემატიკა, წერა და

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

კითხვა.¹² როგორი უკონფლიქტოც არ უნდა იყოს პიროვნება, ცხოვრებაში მანაც უამრავ უთანხმოებას აწყდება, შესაბამისად მათი გადაწყვეტის ცოდნა მისთვის გამოსადეგი იქნება.

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

არც ერთი რეფორმა არ არის მარტივი განსახორციელებლად. თუმცა, ამ პროექტის სიძნელეების გადალახვა აუცილებელია! ეს ემსახურება მოქალაქეთა მშვიდ თანაცხოვრებას, ქვეყანაში სტაბილურობის დამყარებას, ძალადობისა და აგრესიის, ფსიქოლოგიური პრობლემების შემცირებას.

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 the school mediation is based on the following fact: the school age is particularly important for an individual's formation process. During this period the child is open for absorbing information and earning the skills, which become habit for them for the rest of their lives. One of the most significant skills appears to be the dispute management (settlement).

Based on my personal experience I can say that currently in Georgian schools, the bulk of the disputes' are settled by using a wrong methodology: without detailed investigation of the dispute so called 'guilty person' is unveiled. This means that the psychological approach of the topic is totally rejected for revealing the real reason of the dispute. There is no attempt the origin of the dispute to be unveiled and stamped out. Thus all these lead to following: the pupils become much locked in themselves, they do not care about the lessons any more and more conflicts become problem as well.

It is important to underline that the age between 6-18 is the transitional and the most sensitive period that is in need of a good mediator, who will be oriented on future relationships and will be 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 so called horizontal relationships (when the mediator is equal of the conflict sides) will provide a friendly environment creation.

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

2. School Mediation Description

School mediation is a process, when the students, mediators assist other students in dispute settlement, when there is a dispute between the students or the students and the teachers. The mediators are impartial, so called third persons and they work with the sides to settle the existing dispute.¹³

Where the school mediation should take place? The best place for the school mediation is in school itself, specially allotted classroom that will be accommodated considering the mediation goals. There exist variety of ideas 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/candy be on the table or not, how the objects should be disposed, what size should the room be etc. I think that it is vital to have a Golden Middle and to furnish room with maximally neutral, non-irritation items or colors. Maximal comfort should be created for the sides as they should feel comfortable to start talking about their problems openly.

When should the school mediation take place? It is better the school mediation to take place after lessons. It won't be beneficial the sides having dispute, the teacher and the mediator to quit the education process because of the mediation. Though the exception can be made, when the conflict is escalated and it needs to be settled immediately. The abovementioned institution should be created to provide the peaceful environment in schools and high academic report as well. Thus if an instant action is needed to achieve all these, it is better to take appropriate measures. Generally it is better the problems to be settled after the lessons.

¹³ Student Mediators' Step in when Trouble Brews, American News Service, November, 2000, <<http://www.mediate.com/articles/studentmed.cfm>>, [18.01.2014].

3. Who is the Mediator?

Mediator is an unbiased, confidant, third person that 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 possess etc. *Constantin-AdiGavrila* (mediator in Craiova mediation center) listed 212 characteristics that mediator should possess.¹⁴

Selecting a mediator for school mediation is not easy. In school the students are in process of forming and they cannot make firm decisions. Choosing a right person as a mediator is like stepping on a cutting edge. Famous Georgian writer's *Iliia Chavchavadze*'s words saying "Illiteracy is devastating though only education cannot cure" becomes much active in this particular case. Fortunately in early 90-s of the previous century, widely spread negative approach towards the education changed, though it still exists (in certain circumstances, when the hard-working students are cynically treated).

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

4. Conflict Takeoff

In school the 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!

¹⁴ *Gavrila C.A.*, 212 Qualities of a Good Mediator, 2012, <<http://kluwermediationblog.com/2012/02/19/212-qualities-of-a-good-mediator/>>, [18.01.2014].

- You cock of the school!
- Bastard!
- Donkey shepherd!
- Coward!
- Hooligan!
- Coward from Tbilisi!
- F*** you Ianguli!
- (the same words in Greek) Jemal!

The abovementioned dialogue written by famous Georgian novelist *Nodar Dumbadze* is much realistic. Insulting a student by negatively indicating on his/her appearance is one of the widely spread case 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 the Student and Teacher

The reason of the dispute escalation between the student and the teacher can differ: bad academic report of the student, his/her bad behavior, 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 misbehavior. Because of this the student gets humiliated by others. Of course, this demotivates him/her to be better and be a decent student in future (only in very rare case there exist certain exceptions. Normally children get locked in themselves and are very aggressive. “Attacking is the best way for self-defense” is their motto).

Unfortunately the school staff disagrees with *Maslow* pyramid. This can be caused by low salary, because of which the teachers do not want to share the best of their experience with the children, their personal problems etc. Thou this is a very lame excuse and is not discussed in this article as well. *Abraham Maslow* in his work “Hierarchy of Needs” that is a theory of psychological health predicated on fulfilling 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, is lack of care and attention, is not respected – thus he/she is not fully self-recognized and respected. As a result of this, considering 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 the philologists agree that if the 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 Union “Sapara” said: “In frequent cases, the children who are aggressive towards others are the victims of the domestic violence; probably they witnessed the case of violence by themselves or someone oppressed them. Thus now they have opportunity to persecute others. It is noteworthy to stress that those who are weak compared with others always are victims etc.”¹⁵

5. Conflict Settlement

5.1. Conflict Settlement between Coevals

The majority of the school boys are skeptical regarding the power of speech (power of words). According to them fighting (fists) is 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.¹⁶

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

It is also fact that all of the disputes can be settled and not all of the 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, are not baseless.

¹⁵ *Kevanishvili E.*, Bulling –School Tricks or ‘Normal’ Violence? Radio Liberty, 2013, <<http://www.radiotavisupleba.ge/content/normad-kceuli-dzaladoba/25154835.html>>, [18.01.2014].

¹⁶ *Смирнова А.*, Почему Дерутся Дети? <<http://deti.psychnavigator.ru/articles.php?code=129>>, [18.01.2014].

5.2. Conflict Resolution Between Student and Teacher

The conflict between students and teachers is pretty much complicated to resolve. Similar kind of dispute seems to be permanent as disrespect between the sides' rises and finally parents and the 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 on the tensed situation. Thus this becomes the reason of 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 result nor will be an effective instrument for getting rid of similar kinds of cases in future. It should be highlighted that round-table negotiations would have assisted a dispute resolution and neutralize tensed situation. This is a classic sample of the conflict escalation between generations, though is shown in different way: despite the fact that so called student-mediator is neither judge nor decision-maker, he/she is only conducting a process, still he/she is not authoritative for adults. The mediator's even a 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 an education field it is pretty much complicated to be "obedient", as they expect the kids must be obedient and not the teachers.

Considering all these the school mediation should not be spread on the 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 parents and teachers 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 in Georgia. The key function of the Resource Officer is to provide calm and secure surrounding in schools.

Personally for me the word “Resource Officer” caused pretty much negative associations and I was very happy and lucky that was not a school student any more (I have finished school 2 years before the Resource Officer Institute introduction). For me the Resource Officer was equal of the police officer, jailer etc; everyone but not “students elder friend” in school.¹⁷

It is also obvious that according to 48th Article of Georgian Law about Education, that defines Resource Officer’s job description, one of his/her function include: to mediate in the conflict between students/teachers, unveil the dispute and settle it. Because of this amendment in the abovementioned law, it is discussed the name ‘Resource Officer’ to be replaced/changed. The alternative name is – Children’s Security Officer. Because of the amendment mentioned above, US experts trained 40 Resource Officers and discussed following issues: bullying¹⁸, identification and working with the victim technique.¹⁹

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

Though as a result of this, the dispute origin still is 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 and trick 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 guideless. This can be easily proved by numerous cases of violence between youngsters shown on TV.

¹⁷ See the official webpage of the Resource Officers in Georgia, <http://mandaturi.gov.ge/index.php?inside_page=3&lang=geo>, [18.01.2014].

¹⁸ See the dictionary, <<http://www.wordreference.com/definition/bullying>>, *bull* – very aggressive person.

¹⁹ *Kevanishvili E.*, *Bullying –School Tricks or ‘Normal’ Violence?* Radio Liberty, 2013, <<http://www.radiotavisupleba.ge/content/normad-kceuli-dzaladoba/25154835.html>>, [18.01.2014].

As a result of Resource Officer Institute introduction in schools a violence minimization statistics is introduced, including: reduction of money clean-up cases with 95%, decrease of conflict between the students with 80% etc.²⁰ Thought it must be considered that the abovementioned statistics is 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 Internet, TV, play games where they should virtually kill or attack the rival etc. Besides this there exists a virtual personage who is widely spread in Internet and is the objects of permanent abuse. For example: there is a boy in Internet, who is limless, 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-bulling and according to the psychologists it promotes the violence and oppression (the action is more influential that traditional bulling). So called cyber-bulling is worse than traditional bulling because the fact of anonymity and impunity makes youngster to be crueller. All these are revealed in casual relationships in future.²¹

Of course I do not assure 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 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 the generations is not a myth but reality and the coevals will manage to regulate situation better than anybody else in schools.²²

6. Mediator: Student of 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 is lack of life experience, relationships experience, wisdom or skills to be a mediator – thus he/she is absent of everything that makes a man/woman a good

²⁰ See the official webpage of the Resource Officers in Georgia, <http://mandaturi.gov.ge/index.php?inside_page=3&lang=geo>, [18.01.2014].

²¹ *Kevanishvili E.*, Bulling – School Tricks or ‘Normal’ Violence? Radio Liberty, 2013, <<http://www.radiotavisupleba.ge/content/normad-kceuli-dzaladoba/25154835.html>>, [18.01.2014].

²² *Noll D.*, Restorative Mediation, 2002, <<http://www.mediate.com/articles/noll6.cfm>>, [18.01.2014].

mediator. I think that only training is not enough to become a good mediator but certain experience and practice are much significant for this. Let's get back to a student-mediator that is more private case and it's not vital he/she to possess all the characters that classic mediator should have in general.

Aforementioned document will underline the facts of alienation between the 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 much experienced in 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'd call it a passive conflict which no one knows when escalates. Here is a question: why? To 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 *M. Javakhishvili*, *Dostoevsky* or *Balzac* to be good fairytale writers. The school mediation is based on a similar principle: much experienced and strict mediator will be less effective compared with young, outgoing, coeval. 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, possibility to get rid of all formality including the dialogue in a classroom, specially allotted for mediation, equal status, better knowing of each other – all these can guarantee a successful mediation. When talking about getting rid of formality, I mean the possibility, the dispute to be discussed somewhere else but not at school on Saturday or on Sunday, of course by 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 conflict/dispute with schoolmate. Thus mediation after finishing lesson can be less effective for him/her.

7. School Mediation Implementation Options in Georgia

Iv. Javakhishvili Tbilisi State University MA program offers Practical Justice Clinic as one of the case studies. In the frames of this MA program students are selected and they conduct training-like justice/law

lessons at 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 ongoing cases, answering questions or asking advices.

Generally Practical Justice Clinic covers 1 semester, though considering school mediation viewpoints term can be increased till a year. This can be done on the account of increasing credits. All this is caused by overloaded preparation process that MA students should pass though; 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 students' database, though its creation is pretty much realistic, because BA and MA programs are offering mediation as a subject and so called Mediation Clinic exists. Quick registration on 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.

Next stage is selecting mediators in concrete schools. Obviously everyone cannot become a mediator. I think that anonymous polling is the best way to select a mediator – 2-3 students from each class. Afterwards the selected students will be trained, interviewed by the psychologist and pass through other exams as a result of which totally 10-15-20 (considering number of students in school) mediators will be selected. I also think that the 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. Selected mediators must be trained and periodically discuss certain cases together with other student-mediators. Thus they must be ready to work hard to improve existing mediation skills. Every school has a psychologist in staff and it is very important mediators to be in a close touch with them as even professional mediators find it difficult to cope with negative energy and aura.

8. School Mediation Positive Results

Implementing school mediation can be beneficial for both concrete people as well as 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 on each other. **Teachers** will have opportunity to pay more attention to the educational process and not to disciplinary issues. **Parents** will feel peaceful as the situation in school will be more than healthy.²³

9. Conclusion

An individual's formation process launches from school. This period is particularly important considering the life values. The author is right when underlines the fact that teaching conflict resolution technique is as important as math, writing, reading etc.²⁴It does not matter either an individual is ill-tempered or not, he/she still comes across numerous disputes/conflicts in life, thus knowing the ways how to settle them is vitally important.

The biggest advantage of this project is in its commonness – time by time 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 the mediation is the best way for conflict resolution.

Finally as a result of all abovementioned, balanced, peaceful, respectful and cooperation oriented society is guaranteed. This will increase the number of professionals and grow the culture level in the country either.

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

²³ See, <<http://www.fairfieldcenter.org/peer-mediation-in-schools/>>, [18.01.2014].

²⁴ Jamestown Area Labor-Management Committee, Peer Mediation in Chautauqua County, N.Y. Schools, 2013, <<http://www.mediate.com/articles/jalmc.cfm>>, [18.01.2014].

თეო კვირიკაშვილი

მედ-არბი/არბ-მედი და მისი განვითარების 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.²⁵

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

²⁵ Med-Arb, <<http://www.mediation-1st.co.uk/?p=medarb>>.

ეფექტურად წარმართვისათვის. მედიაციის პროცესისას მხარეები წარადგენენ დავის შინაარსს იმ იმედით, რომ ისინი მიაღწევენ შეთანხმებას. მედიატორის დახმარებით, მოდავე მხარეები მიისწრაფიან, რომ გაიგონ ერთმანეთის პოზიციები და დამოკიდებულება საქმის საბოლოო გადაწყვეტასთან, რომელიც უნდა იყოს სამართლიანი და თანაბარზომიერი ორივე მხარისთვის. მედიატორი და მხარეები, როდესაც მიიხნევენ, 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 პროცესისას ან მხარეთა მიერ ნებისმიერი სხვა ინფორმაციის ერთმანეთისთვის წარდგენის მიზნით, რათა დამტკიცდეს მხარეთა დავა ღარჩენილ 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.²⁶

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 დასასაბუთებლად არსებობს ორი ძირითადი მიზეზი: პირველი, მხარემ, შესაძლებელია, მედიატორს კონფიდენციალური ან მაპრივილეგირებული ინფორმაცია მედიაციის ფაზაში არ გაამხილოს. მედიატორი ვალდებულია არ გაუმჟღავნოს

²⁶ Mediation Arbitration, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATION-ARBITRATION.htm>>.

ამგვარი ინფორმაცია სხვა მხარეს იმ პირის ნებართვის გარეშე, რომელმაც ასეთი ინფორმაცია გამოააშკარავა. 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.²⁷

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 მაპრივილეგირებელ 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, არბიტრადიგივე პირი დაინიშნონ, 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 დაინიშვნა არბიტრად მხარეებს შესაძლებლობას ანიჭებს

³ What is Med-Arb?

<<http://www.mediation.com.sg/index.php?option=comcontent&view=article&id=50&Itemid=22>>.

დაზოგონ დრო და ძალისხმევა, განსაკუთრებით მაშინ, როცა ვიწრო საკითხთა წრე არის გადასაჭრელი. თუ მხარეები გადაწყვეტენ, 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 აისხნება 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 გადაწყდა 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.²⁸

²⁸ Mediation Arbitration, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATIONARBITRATION.htm>>.

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.²⁹

2.5. მედ-არბის უპირატესობანი

მედიაციისა და არბიტრაჟის დაკავშირებას აქვს შემდეგი ძირითადი უპირატესობები: არბიტრისთვის ცნობილია საქმის ვითარება, მხარეები და მათი წარმომადგენლები, და ამგვარად უფრო მოხერხებულია 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 აღსრულდება.

²⁹ *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 ბიზნეს ურთიერთობა, 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, სარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანისას განხორციელდა.

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

მნიშვნელოვანია, ამოწმებს თუ არა არბიტრი (გამოსაყენებელი საარბიტრაჟო წესების ან საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის კანონმდებლობის მიხედვით) თავის უფლებამოსილებას, რომ საარბიტრაჟო პროცესისას მეორე მხარეს ის კონფიდენციალური ინფორმაციაგაუმხილოს, 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 სისუტეებს 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 დაუცველობის ან მედიაციის არასათანადო პროცესის გამო.³⁰

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 მხარეებმა 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 პროცესზე გაფორმებული ხელშეკრულება არავითარ ზეგავლენას უნდა ახდენდეს არბიტრის გადაწყვეტილებაზე. მას შემდეგ, რაც

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

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 ინფრომირებული. 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 მოსახრებებს გაეცნონ. აგრეთვე, მიუხედავად იმისა, რომ არბიტრი ნეიტრალური და დამოუკიდებელია, მხარეთათვის შეიძლება ნათელი შეიქმნას არბიტრის პოზიცია, თუ ვის სასარგებლოდ გამოიტანება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება.

საარბიტრაჟო პროცესის დასრულების შემდგომ ორივე მხარეს აქვთ შესაძლებლობა, კვლავ შეაფასონ თავიანთი პოზიციები და იყენენ 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.³¹

³¹Mediation-Arbitration, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATIONARBITRATION.htm>>.

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 დანერგონ 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 სავალდებულოება აქეზებს მედიაციის პროცესის მხარეებს, რომ მორიგდნენ მედიაციის საშუალებით. მედიაციის ერთ-ერთ უარყოფით მხარედ ითვლება ის, რომ მედიატორს არ აქვს უფლებამოსილება, მიიღოს სავალდებულოდ შესასრულებელი გადაწყვეტილება. მაგრამ განსახილველია უქმნის თუ არა მედიაციას აღნიშნული 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 აშკარა მედიაციის ლეგალიზაციის საშუალებით და არბიტრაჟის მსგავსი შედეგით. ამგვარად, მედ-არბის საშუალებით გვარდება ისეთი პრობლემები, რომლებიც დამახასიათებელია თითოეულისთვის.

მედ-არბის გამოყენების ერთ-ერთი მთავარი მიზეზი მედიაციისთვის დამახასიათებელი არასავალდებულოებაა. 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 მედიაციისა და არბიტრაჟის სისუსტეების დასაძლევად ბალანსის შენარჩუნება შესაძლებელია. 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 მიისწრაფიან, რომ შეფასებითი მედიაცია გამოიყენონ, მიუხედავად იმისა, რომ მოწოდებულნი უნდა იყვნენ ხელშეწყობითი მედიაციის გამოყენებისათვის.

მედიაციასა და არბიტრაჟს შორის ზღვრის წაშლა იწვევს მედიაციის მთავარი ღირებულებების დაკარგვას, მხარეთა ჩართულობასა და იმის შესაძლებლობას, რომ მათ თავად განსაზღვრონ თავიანთი ბედი და გაათავისუფლდნენ ფორმალური და მკაცრი კანონებისგან. ადვოკატები მედიაციას ასევე იმისთვის იყენებენ, რომ სირთულეების გარეშე გამოიკვლიონ ფაქტები. მედ-არბის გამოყენება კი ანაცვლებს მსგავს არახელსაყრელ მეთოდებს.³²

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 მიისწრაფიან დავის მოგვარების ხელშეწყობისაკენ, არბიტრაჟი ნაკლებად მიმზიდველი გახდება. ერთი არჩევანი არის შესაბამისი შემთხვევებისთვის ჰიბრიდული პროცესის შექმნა.

მედ-არბს, მხოლოდ მედიაციისა და მხოლოდ არბიტრაჟისგან განსხვავებით, ის უპირატესობა აქვს, რომ მხარეებს ორი შესაძლებლობა ენიჭებათ: მათ შეუძლიათ

³² Pappas B. A., Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution Accepted for publication, Vol. 20 of the Harvard Negotiation Law Review, 2015, <file:///C:/Users/user/Downloads/SSRN-id2332726%20.pdf>.

თავად მიაღწიონ შეთანხმებას და ასეთი შეთანხმების არქონის შემთხვევაში, დავის გადაწყვეტას უზრუნველყოფს არბიტრაჟი.³³

მედიაცია და არბიტრაჟი საქართველოში თანდათანობით 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 იწვევს.³⁴

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 ახასიათებს, რადგან მედიაციის პროცესის შედეგად მიღწეული შეთანხმების აღსრულება საკანონმდებლო დონეზე არ წესრიგდება. მიღწეული შეთანხმების აღსრულებით მხარეები მეტად უზრუნველყოფილნი რომ იყვნენ და მხოლოდ ერთმენეთის ნლობაზე არ იყვნენ დამოკიდებულნი, ხელსაყრელი იქნებოდა, რომ ნაკლებად მნიშვნელოვანი საკითხები მედიაციის

³³ *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>>.

³⁴ *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია, თბ., 2010, 121.

მეშვეობით გადაეწყვიტათ, ხოლო ძირითადი, სარისკო საკითხები – მედ-არბის არბიტრაჟის ფაზაში.³⁵

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 წარმოდგენლად მიიჩნიათ. ამიტომ, მედ-არბის შეთავაზება მხარეთათვის გაცილებით მეტი გარანტიის მიძღვნი 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 მონდომებენ 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

³⁵ *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>>.

მედიატორების დატრეინინგება 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.³⁶

საუკეთესო გამოსავალი იქნება, თუ საკანონმდებლო დონეზე მედ-არბის/არბ-მედის განხილვის საკითხები და მისი პროცედურა მოწესრიგდება, რომელიც 2010 წლის კომერციული არბიტრაჟის აქტის დამატებითი 27D ნაწილს შეესაბამება, რომელიც მედ-არბთან დაკავშირებულ პროცედურებს შეეხება.³⁷ ამის განხორციელების შემთხვევაში, მეტი შანსი იქნება იმისა, რომ მედ-არბი/არბ-მედი საქართველოში დაინერგოს, რადგან საკანონმდებლო მოწესრიგება მოდავე მხარეებზე გავლენას მოახდენს და ამ ინსტიტუტის ძირითადი არსი მათთვის უფრო ნათელი იქნება.

ასევე, შესაძლებელია, როგორც სავალდებულო სასამართლო მედიაციის საქართველოში დაინერგვა, 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

³⁶Mediation-Arbitration, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATION-ARBITRATION.htm>>.

³⁷ *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>.

დარჩენილ საკითხ გადაწყვეტს. რა თქმა უნდა, არბიტრაჟისათვის დამახასიათებელი ნორმები არ იმოქმედებს, მაგალითად, როგორცაა, გამოსაყენებელ მატერიალურ ან საპროცესო ნორმებზე მითითება.

6. დასკვნა

მედ-არბის პროცესის საშუალებითმხარეებს 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, რაგან 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 სამართლიანია და თანაზომიერი.

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.¹²

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 წამოაგდენდეს, რადგან მედიაციისა და არბიტრაჟის კომბინაცია დავის ალტერნატიულ გადაწყვეტის საშუალებებს კიდევ უფრო ეფექტურს გახდის.

**MED-ARB / ARB – MED AND PROSPECTS OF THEIR
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. For the recent period arbitration is considered as 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.³⁸

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. 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. 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 from mediator the disputing parties are driven with the desire to understand the position and attitude of other party towards the final resolution of dispute, which must be fair and proportionate for both parties. When mediator and 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

*

³⁸ MedArb, <<http://www.mediation-1st.co.uk/?p=medarb>>.

agreement was reached. Med – Arb process will be closed if all issues to be agreed are successfully resolved. In the event of remaining unsolved issues, following the completion of 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 mediator as well as by 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 agreement of parties regarding the remaining unresolved issues.

In case of using this form of Med-Arb the main idea is that mediation contract is concluded on the agreed issues, and it does not indicate the position of mediator/arbiter regarding the unresolved issues. Drafting the mediation contract precedes the arbitration process, as there is always possibility that one of the parties is not happy with the decision of arbiter or with the arbitration process itself. They may leave the mediation/arbitration process without signing the mediation agreement, having negative impact over the already agreed issues. Mediation contract is a legal agreement, which must be signed by the both parties and such agreement is executable under the court with relevant competences. The second and more accepted form of Med-Arb is the 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 parties would prefer to select the arbiter with the relevant specialisation, in order to use the arbiter fully aware of issues to be presented at the arbitration process for the discussion.³⁹

³⁹ Mediation Arbitration, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATION-ARBITRATION.htm>>.

2.3. Neutral Party of Med-Arb Process

The neutral party, who at the mediation phase of Med-Arb process acts as mediator, in the event of his/her consent and agreement of 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 undisclosed such information for the other party without prior consent from the party providing such information. 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 defend against the rival. If possessing such information influences the justification of decision 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 arbiter during the arbitration phase. The above may ruin the mediation process under the Med-Arb approach.⁴⁰

Generally, the different persons shall be appointed as a mediator for mediation process and as an arbiter for 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 another party, will not influence his/her decisions in the process of fulfilling the duties of the arbiter.

In the process of alternative resolution of dispute some rules and procedures allow the parties to agree to have the mediator fulfilling the duties of arbiter even if 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 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

³ What is Med-Arb?

<<http://www.mediation.com.sg/index.php?option=comcontent&view=article&id=50&Itemid=22>>.

save the time and efforts involved. This is especially true when the issues to be resolved are of a quite limited nature. If parties make decision to appoint the mediator as an arbiter, then the disputing parties have to sign and execute 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 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 the 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 the most cases, the final decisions are made during the 30 days period.⁴

2.4. Legal Documents

At the end of Med-Arb process, parties draft 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 arbitration decision is executable and if one of the parties does not obey to the conditions of arbitration decision, the lawyer shall apply to the competent court under the relevant jurisdiction for the execution of decision.⁴¹

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

⁴¹ Mediation Arbitration, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATIONARBITRATION.htm>>.

decisions may be mandatory or non-mandatory, the above depends on the agreement concluded between the parties.⁴²

2.5. Advantages of Med-Arb

The connection of mediation and arbitration has the following main advantages: arbiter has knowledge about the case details, parties and their representatives, and therefore it is more convenient for the resolution of issues under the 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 current business relationship and parties would like to retain such relationships. Using the mediation process, the initially determined issues may be resolved; moreover, it is possible to find positive way out in order to ensure the progress in relationship between the parties.

2.6. Disadvantages of Med-Arb

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

There is a risk, that ”supportive” mediation has 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, 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 arbitration process takes place) his/her authority to disclose the confidential information to other party which was obtained during the mediation process.

⁴² *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>>.

In case of evaluation type mediation which is not directed towards the dispute resolution, there is a risk that parties use the assessment of mediator which concern the strengths and weaknesses of position of parties. The above will enable them to reinforce their arguments and get the advantage which would not be achievable in other cases.

If mediation is not directed towards the dispute resolution, it is possible that the party declines the decision made by arbiter based on the public ruling, due to the non-adherence to the announced rules or inappropriate mediation process.⁴³

3. Arb-Med

3.1. Arb-Med Process

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

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

The mediator shall provide information in the written form about all agreed issues to the arbiter. Agreement which determines the ways for the resolution of dispute via the mediation is not part of the arbitration process. The agreement concluded for the mediation process does not influence the decision made by the arbiter. Following the completion of

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

mediation process, the arbiter makes arbitration decision in order to resolve all issues which were not resolved via the mediation. According to the general practice, arbiter makes the arbitration decision following the completion of the mediation process.

It is not common to have 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 mediator becomes more aware of 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 final decision having the mandatory power. Starting with the arbitration process, the parties have opportunity to see how the other party defends his/her position. 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 arbiter – in favour of which party will be the arbitration decision made.

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

The arbiter does not have 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.⁴⁴

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

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

⁴⁴ Mediation-Arbitration, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATIONARBITRATION.htm>>.

close is mediation to the arbitrage, the more is support provided to the Med-Arb utilisation by the same supporters.

Supporters of Med-Arb argue that mandatory nature of arbitration encourages the parties to the mediation process to reach agreement via the mediation. One of the disadvantages of mediation – the mediator does not have authority to make decision with the mandatory execution power. However we have to discuss whether the above mentioned creates problems for the mediation. Increased interest towards the 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 arbitrage and possibility for the Med-Arb lawyers to make evident the hybrid problem via the legalisation of mediation and similar to arbitrage 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.⁴⁵

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

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

⁴⁵ *Bryan A. Pappas*, Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution Accepted for publication, Vol. 20 of the Harvard Negotiation Law Review, Spring 2015, <file:///C:/Users/user/Downloads/SSRN-id2332726%20.pdf>.

The Med-Arb, unlike the mediation on its own and arbitration on its own has the advantage of parties having two options: they can themselves reach agreement and in case of absence of such agreement the dispute resolution can be ensured by the arbitration.⁴⁶

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.

Under 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 the trivial disputes, causing the overloading of courts and wasting of time of parties on the excessive procedures.⁴⁷

There are issues, which cannot be resolved solely via the mediation and for specific issues it is desirable to assign the mandatory power. The arbitration decision provides the parties with the guarantee that 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 execution of agreement reached via the mediation process is not regulated at the legislative level. In order to achieve ensuring the execution of reached agreement for the parties and not to depend 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 at the Med-Arb phase.⁴⁸

In addition to the time and cost saving, the advantage of Med-Arb is that as the result of above mentioned process the dispute will be resolved by all means. In Georgia citizens do not trust mediation process, causing their indifference towards the mediation. Citizens deem it impossible to reach agreement only via the negotiations between the opposing parties and involvement of 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.

⁴⁶ *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>>.

⁴⁷ *Tsertsvadze G.*, Mediation, Tb., 2010, 121.

⁴⁸ *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>>.

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 on the processes. If 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 development of mediation and arbitration alone, then the spreading of 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 same person as arbiter and mediator of Med-Arb process – this shall be excluded from the beginning. The 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, the mediators will not be able to perform the functions of 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 legislative level. In the event when the arbiter makes decision not favourable for one of the parties, he/she may reject the arbitration decision and request its annulment at the court. If arbitration decision is not executable, then whole arbitration process loses its meaning.⁴⁹

The best way out would be to regulate the issues discussed at Med-Arb / Arb-Med and their procedures at legislative level; the above is in accordance with the additional 27D section of commercial arbitration act of 2010, which covers the procedures related to Med-Arb.¹² In the event of implementation, there will be higher chances to introduce Med-Arb / Arb-Med in Georgia as legislative regulation will influence disputing parties and the main essence of this institute will become more clear for citizens.

⁴⁹Mediation-Arbitration, <<http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATION-ARBITRATION.htm>>.

¹² *Robert Angyal S.C.*, Med-Arb – Past, Present and Potential, 13 August 2011, <http://www.nswbar.asn.au/docs/professional/adr/documents/angyal_082011.pdf>.

It is also possible to introduce the mandatory court mediation in Georgia as well as to develop provisions similar to the Med-Arb in the Georgian court system. The main difference is as follows: when the mandatory court mediation is completed and parties can't reach agreement on all issues under dispute, then the court will take the function of arbiter and make decision on all remaining issues. 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 process all issues under dispute will be resolved. If all issues are resolved via the arbitration, the parties will not have possibility to fully and openly express their positions. The latter is achievable in presence of neutral third person via the mediation process. It is acknowledged that disputable issues which are resolved by the parties themselves cause more satisfaction to parties, as parties sometimes have to listen to the unexpected arbitration decision of the arbiter. Arbiter may interpret the positions of parties and demonstrated 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 the dispute resolution. Arb-Med / Med-Arb are considered as effective and reliable methods for dispute resolution.¹²

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 combination of mediation and arbitration make the alternative dispute resolution methods even more effective.

1. კონფლიქტი

დავა/კონფლიქტი მხარეებს შორის წარმოიშევა ყოველდღიურად, ეს შეიძლება გამოწვეული იქნას ისეთი ფაქტორებისგან, 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 გაქვს არა ახირებასთან, არამედ რეალურ ინტერესთა შეუთავსებლობასა ან განსხვავებულ აზრთან, ან ილუზიასთან იმის შესახებ, რომ არსებობს კონფლიქტი, მაშინ მხარეებში 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 დრო 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, ისევე 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 დროს.

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 ემპათია⁵⁰. თანაგრძნობის უნარი ყველა ადამიანშია, ამ დროს მოდავე მხარე ცდილობს ჩადგეს მეორე მხარის პოზიციაში, გქონდეს 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 წერტილების მონახვას ვერ დაავალებთ მას. მეტიც, უფრო ხშირად მხარეები იყენებენ ფასეულობათა სისტემას, რომელიც

⁵⁰ ადამიანის უნარი უთანაგრძნობს სხვებს და გაიგოს მათი ფსიქოლოგიური მდგომარეობა. სოციალურ და პოლიტიკურ ტერმინთა ლექსიკონი-ცნობარი, რედ.: ჩიტაშვილი მ., თბ., 2004, 351.

ყველაზე ცუდი ალტერნატივაა კონფლიქტის მოგვარებისთვის. რაციონალიზაცია გადაწყვეტილების 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 ზევით ჩამოთვლილი ფსიქიკური თუ ფიზიკური ფაქტორის შექმნა რთული და შეუძლებელიც კია კონფლიქტის მხარის მიერ, შესაბამისად რაციონალური გამოსავალი დაიწყო მოლაპარაკება და რეალურად მოაგვარო კონფლიქტი არის, 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 გაუბრუნებს კონფლიქტის მოგვარების ნებისმიერი გზას და ცდილობს დაივიწყოს კონფლიქტის ფაქტი, რაც შეიძლება შედარებული იქნას ნელი მოქმედების ბომბთან 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. მის საილუსტრაციოდ შეიძლება ითქვას, რომ მედიაცია ეს არის ერთი – ერთი სახე მოლაპარაკებისა, რომელსაც მხარეები მიმართავენ თუ არ სურთ ურთიერთობის გაწყვეტა, 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 ინტერესთა 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“⁵¹ ასე იწყებს *აარონ ლაზარი*, ფსიქიატრიის პროფესორი და მასაჩუსეტის უნივერსიტეტის სამედიცინო სკოლის დეკანი თავის წინგს *On Apology*. ბოდიშს აქვს უნარი განკურნოს ადამიანების შიში, უკმაყოფილება, დისკომფორტი, შეურაცხყოფა. ბოდიშს შეუძლია ხელი ააღებინოს მხარეს შურისძიებაზე, მოიპოვოს პატიება დაჩაგრულის მხრიდან⁵². როდესაც ამ წიგნს ეცნობი ნელ – ნელა გიყვალბდება 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 მჩაგრულის. მჩაგრულში 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 აღემატება,

⁵¹ Lazare A., *On Apology*, Oxford University Press, USA, 2005, 1.

⁵² იქვე, 1.

თუმცა ევექტურ 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, ესენი არიან: 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 მეტ 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 მოყავს ფაქტი, რომ ჩინეთში მუშაობს ბოდიშის მოხდის კომპანია *Tianjis Apology and Gift Center*, სადაც დასაქმებულნი არიან შუახნის 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 ევექტურად აისახა უამრავი ოჯახისა, თუ ბიზნეს პარტნიორთა ურთიერთობაზე.

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*⁵³ – 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 თქვენზე სახელით უნდა მოხდეს, მთავარია „დაჩაგრულმა“ იგრძნოს, რომ დანაშაულის გრძნობა გტანჯავთ და, რომ გინდათ მისგან გათავისუფლდეთ. „დაჩაგრული“ უნდა ხვდებოდეს, რომ ნანობთ და, რომ აღარ განმეორდება იგივე 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 გაწირვა“.⁵⁴

უმთავრესია აღინიშნოს, 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-ბოდიში⁵⁵ 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*⁵⁶ – ის.

⁵³ Lazare A., On apology, Oxford University Press, USA, 2005, 8.

⁵⁴ იქვე, 6.

⁵⁵ იქვე, 171.

⁵⁶ იქვე, 174.

მოლაპარაკების პროცესში, როდესაც მხარე მედიატორს ესაუბრება „Caucus“ – ზე, მედიატორი ვალდებულია აუხსნას ყოველივე ზემოთ აღნიშნული ბოდიშის შესახებ მას, როდესაც უმარტავს თუ რა არის *Negotiation dance*⁵⁷ (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 ცოდნე და დანახვა რის გამოც იკავებენ მხარეები ბოდიშის მოხდისგან თავს. ამ ფაქტორების რაოდენობა საკმაოდ დიდია, თუმცა მათი მცირე ჩამონათვალი ასე გამოიყურება:

a. სირცხვილი.

b. საკუთარი თავის დამცირების შიში.

c. სასჯელის შიში

d. ნაკლები ინფორმაციულობა იმის შესახებ მოიქცა თუ არა მხარე ცუდად.

e. *self – centred persons* – ადამიანები, რომლებიც თავს თვლიან სამყაროს ცენტრად და ასევე თვლიან რომ უბრალოდ შეცდომას არ უშვებენ.

f. თავის არიდება „სასჯელისგან“.

⁵⁷ Schlie H.E., Young A.M., The Rhythm Of The Deal: Negotiation as a Dance., ESMT, 2008, 1.

გ. განცალკევების საშუალება – მიაყენო ტკივილი ადამიანს და ამით გაწყვიტო კავშირი, ბოდიში მოხდისგან თავის არიდება საუკეთესო საშუალებაა ამ მიზნის მისაღწევად⁵⁸.

პატიების პროცესი იწყება გულში და მთავრდება გონებაში, გულში ამ პროცესის დაწყება შეიძლება დაუკავშირდეს მრავალ ფაქტორს მათ შორის სწორად მოხდილ ბოდიშს, რადგან ეს ამოცირი 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 დავიწყება ფაქტისა არ არსებობს. „ამნეზიის გზის“ არჩევა მოითხოვს ენერგიას და ნერვებს. შეინარჩუნო ეს პოზიცია რთულია და ოდესღაც, აუცილებლად ამოხეთქვს 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 დამღვლელები და ხშირად გამაღიზიანებლად მოქმედებენ სოციუმზე. „მსხვერპლები“ რჩებიან ამ როლში მთელი თავისი

⁵⁸ Lazare A., On apology, Oxford University Press, USA, 2005, 160,161,162.

სიცოცხლე და ჩვევაში გადაღით 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 დავიწყებას, 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 აწუხებს. პატიება როგორც აღინიშნა არაა დავიწყება 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 ადამიანების თვისება არაა. პატიებას ადამიანები აღწევენ, როდესაც დისკომფორტს აღარ იგრძნობენ მეორე მხარესთან ურთიერთობის დროს, თუმცა კვლაცავე უნდა აღინიშნოს , რომ მიტევება დავიწყება, ამნეზია არაა. მიტევების დროს ვპატიობთ ადამიანს და არა ქცევას.

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 გაუწყვეტიათ, 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, არაფორმალური პროცესში ნებისმიერი სახის ურთიერთობების მოსაგვარებლად „შესთავაზო და მიიღო ბოდიში“⁵⁹ საუკეთესო საშუალებაა მიაღწიო მედიაციის უმთავრეს დანიშნულებას,მოგვარდეს რეალური ადამიანური ურთიერთობა.

⁵⁹ Lazare A., On apology, Oxford University Press, USA, 2005, 1.

**APOLOGY AND FORGIVENESS
MEDIATION PROCESS**

1. Conflict

Dispute/conflict arises between the parties on a daily basis, it can be caused by factors such as conflict of interest, the illusion that there is a conflict or be just a whim. We can say that when people perceive differently the same things or events or broadcast the same facts in different ways it can become a major factor in the fact that a conflict arises between the parties. If the case is not a whim, but the real incompatibility of interest or with the dissenting opinion or the illusion that there is a conflict, then in the parties an important role plays an emotional charge. The Emotional charge depends on the amount of thought and on the sum of 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. Origin of the conflict is not always real, but in all cases of human behavior is identical – they are trying to convince one another that their views are correct, then take irrational decisions or just get irritated then begins the most active, albeit a fatal stage, it is between two parties connecting all components of interruptions.

After the hottest conflict and the most emotional stage, the parties think about how to finish and/or resolve the conflict. The argument/dispute has always been associated with unpleasant sensations of discomfort, in accordance with the interests of the parties to the dispute to be resolved . Not only may dispute/conflict arises among individuals, but also social groups, parties may be made by individuals and social groups as well. The conflict takes place daily and people create it themselves. Conflict is not created by a religion or race, social status or political beliefs, ethnicity or sexual orientation. None of religions, race, ethnicity do not preach conflicts, humans' interpretation of any given issue creates conflict, plus a feeling that each opinion is the truth. This feeling is much stronger during the conflict period.

When the parties to the dispute in line or not to line up all the emotional background of the case and by all means it starts finding the ways of resolving the conflict and most often they refer to settlement talks. Negotiation is still the most civilized achievements of humanity in order to resolve the conflict. Every conflict has a point of intersection according to psychology, it helps the parties to start a dialogue and if the party clearly sees the points of intersection, it (party) just follows them and trying to absorb what it needs from the other side/party. During talks, the most important is that—to find out what opponent needs. Empathy⁶⁰ then breaks into the foreground. Empathetic ability is in every person, at the same time the opposite side trying to hold 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 is not imperatively demanded, and it cannot be forced to find any conflicts crossing points. Moreover, the parties more often use the system of values, which is the worst alternative for solving these problems. 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. Evaluative categories threat to the dialogue (the point to be wrong or right). During dialogue, the main thing is the desire to actually negotiate and required mood for this. The mood towards the behavior is, both mental and physical readiness . In addition, the parties need an environment, a tool to begin dialogue. In conclusion, it can be said that for the dialogue mood is essential, the mood of all its elements: environment and suitable for the situation. All the above listed creating mental or physical factors is difficult or even impossible by conflicting party, in accordance with a rational solution is to negotiate and actually resolve the conflict is to resort to a professional mediator, a negotiator, a mediator to help the parties to implement the right to communicate and resolve the conflict, restore human relationships, which is the most relevant and sensitive factor.

* Undergraduate student of the 8-th semester of The Ivane Javakhishvili Tbilisi State University.

⁶⁰ Human ability to express sympathy to others and understand their psychological condition. Glossary of the Social and Political Terms, Editor: *M. Chitashvili*, Tb., 2004, 351.

2. Mediation

There are several ways of resolution conflict/dispute. It can be divided into formal and informal ways. Formal way is the court, after addressing, the process becomes uncontrollable, there are extra costs, the other party, at least a year and a half, could go to court and spend energy and time. Through trials human relation issues do not resolve. Statistically, the parties in court or arbitration proceedings, in many cases, they do not receive what they had originally requested.

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

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

3. Apology and Forgiveness

“One of the most profound, deep human interactions is to propose and adopt apology.”⁶¹ So begins *Aaron Lazar*, a professor of psychiatry at the University of Massachusetts, Medical School Dean, and his book *“On Apology”*. We apologize to have the ability to cure people's fears, grievances, discomfort, and outrage. We apologize for the parties to remove revenge, to gain forgiveness from the oppressed.⁶² When you get acquainted with this book slowly slowly we form the sense that many in the society do not know how to properly serve their apology. There are lots of people who are interested in mediation, an apology might not be such a relevant role in the negotiations as a mediator's tactics, the credibility of the parties, etc. The truth is that we cannot escape apology and forgiveness during dispute resolution. It acknowledges the role of conflict in every human being in which capacity the person can be the oppressed or an oppressor. In the oppressed person, fear is produced of retribution and it accumulates in the minds of these so compelling that it is difficult and in fact, impossible to ignore.

There are numerous cases when abstaining from apologizing to destroyed families, friendships, and other important relationships, even business relationships. People are upset about many things, and it is difficult to define or calculate it in advance, because it is more than just the human mind, but effective apology can prevent "fatal" consequences. Late apology can even have a result, but it should be noted that the home is its form, time and place as well as discussing the conflicts mentioned in the mood. Delayed or timely well-selected apology characterizes the overall features such as emotional pain, an initial restraint of apology, feeling of offence, simplicity and genius to render apology, spontaneous appearance and oppressed by the nobility, 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 only individuals do not stand up on apology, governments apologize, politicians, organizations, etc.

⁶¹ *Lazar A.*, *On apology*, Oxford University Press, USA, 2005, 1.

⁶² *Ibid*, 1.

Governments/States by saying "We are sorry" it is the sincerity of the range most easy to guess. Apologies phenomena became popular after the Cold War when the states realized that dialogue and adequate recognition of the offense could get a much bigger profit than through military action.

Aaron Lazar cited the fact that in China there is a company working on apologizing "*Tianjis Apology and Gift Center*" where employees are middle-aged educated people, mostly lawyers, psychologists, teachers, doctors, social workers who instead followed the proper application to apologize (after the Vicarious apologize), write letters, send gifts, etc. Their work effectively reflected on many families or business partners' relations.

Everyone is taught from childhood that if anything goes wrong, they should apologize instantly because otherwise it is not ethical, and if one is apologized by someone, he/she has to forgive all cases. Aaron Lazar calls the same kind of apologies "*Just talk apology*"⁶³ a period of fasting, in Georgia, Orthodox Christians during Easter period celebrate "Forgiveness Sunday". This idea, of course, is perfect, but the question arises spread in social networks "forgive me if I ever did something wrong to someone else" is a sincere apology and whether or not it actually goes to the heart of the person who really hurt. Apology is intimate and rendering it should become on your behalf, it is important that "suppressed" must feel that you regret and it won't happen the same, all the questions should be answered and only after that the process of forgiveness starts. "Forgiveness is to be gained by winning, it will not be stolen. For that would require honesty, generosity, humility, a sense of commitment, courage and sacrifice."⁶⁴

It is important to note that the "oppressors" are much more in need of apology and forgiveness than the "afflicted." It should be noted that an apology should be properly selected, should not be delayed because as per human psychology from the two parties together in different ways over time recall facts and evaluate them differently. Also in the form of recommendation can be said that the pre – apology⁶⁵ is not a sincere and genuine, it cannot be apologized and experience the case that has not happened, as well as ineffective apology before the other party will understand what has happened upon the whole. In this case, Aaron Lazar says "*Get off easy apology*".⁶⁶

⁶³ Lazar A., *On apology*, Oxford University Press, USA, 2005, 8.

⁶⁴ Ibid, 6.

⁶⁵ Ibid, 171

⁶⁶ Ibid, 174.

During the talks, when the party is talking to a mediator about "Caucus" the mediator is required to explain about apology of the above-mentioned when describes what is "*Negotiation dance*".⁶⁷ Mediator of the process at this stage shall explain to the party that the right apology is a huge step towards arranging the relations, if the mediator finds that a party has been reluctant to apologize and it is clear that reconciliation on the other hand will not be obliged to inform the party of the real condition and help him understand what is his role of apology in conflict resolution. Mediator shows a party's mistakes so that the party answers itself. It is filled with guilt and trying to learn how to apologize properly. It is noteworthy that apology can be manipulated and the mediator's duty is to serve as a means of showing 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 factors are quite large, but the short list is as follows:

A. Shame

B. Fear of selfhumiliation.

C. Fear of punishment.

D. Less informative about whether or not the parties have behaved badly.

E. Self-centered persons humans who consider themselves the center of the universe, and believe that just do not make mistakes.

F. Avoiding "from punishment."

G. Means of separation harm a person and thus cut the relations, abstain from apology is the best way to achieve this goal.⁶⁸

The process of forgiveness begins and ends in the heart. This process can be connected to many factors including proper apologies, because it is an emotional process. The mind of the human boils to obtain necessary information. In order to forgive, he handles the response to his questions. For a party is inevitable to confirm the offence with the "oppressor", regret, understanding the causes/reasons of what caused the "oppressor" and the most important thing for the party to receive guarantee that such things will not happen again and it should be sincere promise. The "Oppressed" as well as the "oppressor" always acknowledge their roles in

⁶⁷ Schlie H.E., Young A.M., *The Rhythm Of The Deal: Negotiation as a Dance*. ESMT, 2008, 1.

⁶⁸ Lazar A., *On apology*, Oxford University Press, USA, 2005, 160,161,162.

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 becomes complete with full amnesia position, it is important to convince oneself that nothing had happened, but the fact there is no forgetting. Choosing an "amnesia way" requires energy and nerves. This position is difficult to maintain once the sense of resentment may erupt like a volcano that the person hides the fact for many years.

2. Being in the capacity of the victim this is the most inappropriate, but rather a popular way to solve the conflict (to avoid). At this time the "afflicted" falls in love with himself/herself and pleased how all talks about the "oppressor" being so bad. Such people are often tiresome and they often irritate society. „Victims“ remain in this role throughout their lives and the habit of being always oppressed by life in general and others.

3. The best solution is to start the process of forgiveness. This requires that a human be far superior to himself and come out from the victim's condition, despite the fact that this position is very sweet and pleasant for a lot of people. Forgiveness should begin with an adequate, efficient and sincere process after apology. Forgiveness does not mean forgetting, it is one of the most moral behavior and is hard to be on the move. Forgiveness is essential that the "oppressor" must answer all the questions, explain the reasons for his behavior, express remorse and inward "suffering" that suffers from guilt. As noted forgiveness is not forgetting the fact, it is to eat the leek what capitulation is. During forgiveness, you must not have a sense of failure. Mediator explains a party of what it means to forgive, what positive qualities forgiveness has. It is necessary to interpret the results of terrible unforgiveness and show the party that swallowing the conflict or be in the capacity of the victim's condition is not a strong man's trait. People reach forgiveness when no longer feel uncomfortable relationship with the other party, but still it should be noted that forgiveness, forgetting is not amnesia. In the time of forgiveness, we forgive a person and not the 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 the parties. The successful completion of negotiations with a sincere apology and forgiveness is one of the decisive factors. As I have mentioned, mediation is accepted by the parties that are in conflict that all the connecting thread is not annihilated, for them relationship and future are important, they are realizing that conflict is an effective, inexpensive, fast and controlled way is mediation, they are well aware that during the negotiations they determine their fate (it is impossible to imagine it during the trial), according to an informal process to resolve any kind of relationship "*offer and accept apology*"⁶⁹ is the best way to achieve the main purpose of mediation to settle a real human relationship .

⁶⁹ Lazare A., On apology, Oxford University Press, USA, 2005, 1.

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

1. შესავალი

თანამედროვე სამოქალაქო ბრუნვის მზარდი განვითარების პირობებში, სულ უფრო აქტუალური ხდება შრომითი ურთიერთობების საკანონმდებლო მოწესრიგების საკითხი. ხშირად შრომითსამართლებრივი ურთიერთობის პირობებში, ე.წ. სუბორდინაციული ურთიერთობისას,⁷⁰ 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,⁷¹ რომლებიც საქართველოს „შრომის კოდექსში“ (შემდგომში „სშკ“) აისახა. აღნიშნული ცვლილებებით მნიშვნელოვნად მოწესრიგდა შრომითი ურთიერთობებისას წარმოშობილი კოლექტიური დავისა და მისი განხილვის წესი. ამდენად, ქართულ შრომის

⁷⁰ ქარდავა ე., შრომისა და ნარდობის ხელშეკრულების ურთიერთმიმართების საკითხისათვის, „სამართლის ჟურნალი“, №1, 2009, 220.

⁷¹ 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.

სამართალში დავის ალტერნატიული ფორმის – მედიაციის შემოტანით, „სშკ“-ი 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 მოწესრიგების ფარგლებში იმიტომ თავსდება, რომ შრომითი ურთიერთობა თანასწორობისა და ნების თავისუფალი გამოვლენის საფუძველზე დადებული ხელშეკრულების საფუძველზე წარმოიშობა.⁷² შრომითი შეთანხმება დასაქმებულსა და დამსაქმებელს შორის დადებული ხელშეკრულებაა, რომელიც საკანონმდებლო ნორმების შესაბამისად, მხარეთა უფლებებსა და მოვალეობებს წარმოშობს.⁷³ თანამედროვე დოქტრინაში, ქვემდებარეობის პრინციპი შრომითი ხელშეკრულების ძირითად მახასიათებელ ნიშნად უდავოდ არის მიჩნეული.⁷⁴ აღნიშნული დასაქმებულის

⁷² ზოდუ ბ., ვეროპული კერძო სამართლის რეცეპცია საქართველოში, თბ., 2005, 178.

⁷³ 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, იხ., <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].

⁷⁴ ჩაჩავა ს., მოთხოვნებისა და მოთხოვნის საფუძველების კონკურენცია, თბ., 2011, 113.

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.⁷⁵ ამდენად, შრომის სამართალი კერძო სამართლებრივი ხასიათის მატარებელია⁷⁶ და შრომითი ხელშეკრულებაც კერძო სამართლით მოწესრიგებული ინსტიტუტია.⁷⁷

2.2. კოლექტიური შრომითი ხელშეკრულების სამართლებრივი მოწესრიგება სშკ-ში

„სშკ“-ის მე-3 კარი კოლექტიურ შრომით ხელშეკრულების მოწესრიგებას ეხება. კოდექსისეული განმარტებით, კოლექტიური ხელშეკრულება იდება ერთ ან მეტ დამსაქმებელს ან ერთ ან მეტ დამსაქმებულთა გაერთიანებას და ერთ ან მეტ დასაქმებულთა გაერთიანებას შორის.⁷⁸ 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.⁷⁹ ამდენად,

⁷⁵ ამირანაშვილი გ., დისკრიმინაციის აკრძალვა შრომით ურთიერთობაში, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), თბ., 2011, 143.

⁷⁶ ძამუკაშვილი დ., შრომის სამართალი, (მე-2 გადაამუშავებული გამოცემა), თბ., 2009, 16.

⁷⁷ ჯორბენაძე ს., სამოქალაქო კოდექსის ცალკეული სამართლებრივი ინსტიტუტების მოქმედება შრომის კოდექსთან მიმართებით, სამართლის ჟურნალი „სარჩევი“, №1-2(3-4), 2012, 17.

⁷⁸ იხ., საქართველოს შრომის კოდექსის 41-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

⁷⁹ იხ. <<http://www.dummies.com/how-to/content/collective-bargaining-basics-labor-unions-negotiat.html>>, [20.01.2014].

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 მოწესრიგება კი კოდექსის 48¹-ე მუხლშია მოცემული. აღნიშნული მუხლის პირველი პუნქტი ერთმანეთისაგან განასხვავებს პირდაპირი 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.

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 მოწესრიგებაა.⁸⁰ მედიაცია დავის გადაწყვეტის ეფექტური და ინოვაციური მექანიზმია. ის მოიაზრებს მოდავე მხარეებს შორის მოლაპარაკებას მესამე ნეიტრალური მონაწილის მეშვეობით.⁸¹ მედიაცია ეს არის დამოუკიდებელი სხვა მესამე პირის დახმარებით ისეთი აღმოცენებული და პრობლემატური საკითხის გადაწყვეტა, რომლის გადაჭრაც დამსაქმებლისა და დასაქმებულის მიერ ვერ მოხდებოდა დამოუკიდებლად, დახმარების გარეშე.⁸² მნიშვნელოვანია ისიც, რომ მედიაციის პროცესში მხარეები ღიად აფიქსირებენ თავიანთ მოთხოვნებსა და წინადადებებს განსახილველ საკითხებთან დაკავშირებით.⁸³

3.3. მედიაციის როლი კოლექტიური დავის გადაწყვეტაში

როგორც აღინიშნა, სშკ-ში კოლექტიური დავის გადაწყვეტისას კანონმდებელმა მედიაციის ინსტიტუტი შემოიტანა. მნიშვნელოვანია განისაზღვროს მედიაციის,

⁸⁰ *ციკელიუსი რ.*, იურიდიული მეთოდების მოძღვრება, მე-10 გამაშუავებული გამოცემა, მიუნხენი, 2006, 13.

⁸¹ *ირემა შვილი ქ.*, მედიაციის ინტეგრირება სამართლის სკოლის სასწავლო პროგრამაში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა, წელიწდეული, თბ., 2012, 7.

⁸² მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრის კვლევა, (რედ., გიორგი ცერცვაძე), თბილისი, 2013.

⁸³ *Moore W. C.*, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, updated and revised 3rd ed., San-Francisco, 2003, 221.

როგორც გარკვეული პროცესის, დაწყებისა და მიმდინარეობის ეტაპები. აღნიშნული საკითხის მოწესრიგება 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.⁸⁴ მინისტრის მიერ კოლექტიურ დავაზე მედიატორის დანიშვნის მომენტიდან მედიაციის პროცესი დაწყებულად მიიჩნევა. მედიატორებს ხშირად ზეგავლენის მოხდება შეუძლიათ მხარეებზე მათი პიროვნების, პირადი თვისებებისა და იმ ურთიერთობის გამო, რომელიც მათ აქვთ დამყარებული

⁸⁴იხ., საქართველოს მთავრობის 2013 წლის 25 ნოემბრის №301 „კოლექტიური დავის შემათანხმებელი პროცედურების განხილვისა და გადაწყვეტის წესის დამტკიცების შესახებ“ დადგენილების მე-4 მუხლის მე-10 პუნქტი.

მოდავე მხარეებთან.⁸⁵ ჩატარებული კვლევის თანახმად, პოზიტიური დამოკიდებულების მოწონება და სურვილი იმ პირისა თუ ორგანიზაციის მხრიდან, რომელიც მათ მიერ არის მოწონებული, დიდი ზეგავლენის მოხდენა შეუძლია.⁸⁶ 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 წამართულ 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.⁸⁷ „სშკ“-ის 48¹-ე მუხლის მე-5 პუნქტის თანახმად, დავის ნებისმიერ სტადიაზე მინისტრს უფლება აქვს შემათანხმებელი პროცედურები შეწყვიტოს. მედიაციის ნაბაყოფლობის ხაზგასასმელად ევროპის ქვეყნებში, მათ შორის, გერმანიაში დადგენილია, რომ სწორედ მხარეებს შეუძლიათ მედიაციის პროცესის ნებისმიერ დროს შეწყვეტა.⁸⁸

დადგენილების მე-5 მუხლის მე-2 პუნქტის თანახმად კი, მედიატორის შერჩევა საორაგნიზაციო სამსახურის მიერ ხდება ერთიანი რეესტრიდან, რომელშიც შესაბამისი კვალიფიკაციის მქონე პირები არიან აღრიცხულნი. მედიატორებს მათი კონკრეტულ სფეროში მოლაპარაკების ცოდნის გამო შეუძლიათ მოდავე მხარეებზე ზეგავლენის მოხდენა.⁸⁹ აქედან გამომდინარე, მნიშვნელოვანია, რომ რეესტრიდან მედიატორის შერჩევა დავის სფეციფიკისა და

⁸⁵Moore W. C, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, updated and revised 3rd ed., San-Francisco, 2003, 387-388.

⁸⁶Moore W. C, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, updated and revised 3rd ed., San-Francisco, 2003, 388.

⁸⁷Palo G., *Trevor M.B.*, *EU Mediation Law and Practice*, Oxford, 2012, 140.

⁸⁸Palo G., *Trevor M.B.*, *EU Mediation Law and Practice*, Oxford, 2012, 141.

⁸⁹Moore W.C, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, updated and revised 3rd ed., San-Francisco, 2003, 388.

მედიატორის ცოდნის გათვალისწინებით მოხდეს. ამასთან, სასურველია, სახელმწიფომ ხელი შეუწყოს მედიატორთა ახალ და მომავალ ტრენინგების განხორციელებას, რათა მედიაციის პროცესი მხარეთათვის ეფექტურად, მიუკერძოებლად და კომპეტენტურად წარიმართოს.⁹⁰ ქართული საკანონმდებლო მოწესრიგებით 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 მომწესრიგებელი 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 საკმარის შეუსაბამო დანაწესს შეიცავს. ცნობილია, რომ მხარეს მედიაციის პროცესში ნებისმიერ დროს შეუძლია განაცხადოს, რომ მას აღარ სურს მედიაციის პროცესში მონაწილეობა.⁹¹ 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.

3.3.2. მედიატორის მომსახურების ანაზღაურების წესი

მედიატორის მიერ გაწეული მომსახურების ანაზღაურების წესის შესახებ მნიშვნელოვანია დადგენილების

⁹⁰Palo G., Trevor M.B., EU Mediation Law and Practice, Oxford, 2012, 142.

⁹¹ცერცვაძე გ., მედიაცია, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თსუ-ს იურიდიული ფაკულტეტი, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდების სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტი, თბ., 2010, 264.

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.⁹²ამდენად, 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

⁹² იხ., <<http://www.cdnq.org/en/businessPartner/Epart5.html>>, [21.01.2014].

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 გაუდერებულ მოსაზრებას სრულად დაეთანხმონ და არც მოლაპარაკებებს აკონტროლებს, პირიქით, იგი ცდილობს ინფორმაციისა და ინტერპრეტაციის დაზუსტებასა და მხარეთა კომუნიკაციის ხელშეწყობას ემსახურება.⁹³ 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.⁹⁴ 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 პრობლემები 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,

⁹³Roberts S., Palmer M., Dispute Processes, ADR and the Primary Forms of Decision-Making, 2nd ed., Cambridge, 2005, 171.

⁹⁴ შეად., Palo G., Trevor M.B., EU Mediation Law and Practice, Oxford, 2012, 142.

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 წარმოებაში.⁹⁵ ესპანეთში მხარეებს, თუ მედიაციის გზით შეთანხმებას ვერ მიაღწევენ, ერთმევათ საშუალება მედიაციის პროცესის დროს მიღებული კონფიდენციალური ინფორმაცია სასამართლოში საქმის წარმოებისას გამოიყენონ.⁹⁶ ამავე დროს, უნდა განისაზღვროს ის საკითხებიც, რომელთა გამჟღავნების უფლებაც მედიატორს ყოველგვარი დაბრკოლების გარეშე შეეძლება.⁹⁷ თუ მხარე ან მედიატორი, გარდა კანონით გათვალისწინებული შემთხვევებისა,⁹⁸ 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.⁹⁹ როგორც წესი, მედიაციის დაწყებამდე მხარეები უმეტეს შემთხვევაში ხელს აწერენ შეთანხმებას კონფიდენციალურობის შესახებ, რომელიც შემდგომში წარმოადგენს ერთგვარ გარანტს, რათა

⁹⁵ *მერება შვილი ა.*, მედიაციის სამართლებრივი საფუძვლები (ზოგადი მიმოხილვა), თსუ, სამაგისტრო ნაშრომი, თბ., 2011, 19.

⁹⁶ იხ., <<http://www.spanish-law.net/mediation.asp>>, [18.01.2014].

⁹⁷ 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.

⁹⁸ 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.

⁹⁹ *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თსუ-ს იურიდიული ფაკულტეტი, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდების სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტი, თბ., 2010, 53.

მათი ინფორმაცია გამოყენებული არ იქნას საქმის სასამართლო წესით განხილვაში.¹⁰⁰

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 გაწერილი, 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 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

¹⁰⁰ *ოქროპირიძე ბ.*, მედიაცია – სიახლე თანამედროვე ქართულ სამართალში და მისი განვითარების პერსპექტივა საერთაშორისო გამოცდილების საფუძველზე, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა, წელიწადეული, თბ., 2012, 31.

პროცესის უშედეგოდ დასრულებისათვის.¹⁰¹ 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)სახელშეკრულებო სამართლებრივი 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.¹⁰² აღნიშნული სახელშეკრულებო სამართლის ზოგადი პრინციპებიდან გამომდინარეობს. თუ მედიატორსა და მხარეებს შორის ჩვეულებრივი სამოქალაქო სამართლებრივი ხელშეკრულებაა დადებული, ცალსახაა, რომ ხელშეკრულების დარღვევის შემთხვევაში მოთხოვნის საფუძველი სწორედ სახელშეკრულებო ნორმები იქნება.

¹⁰¹ *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თსუ-ს იურიდიული ფაკულტეტი, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდების სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტი, თბ., 2010, 264.

¹⁰² Gabriel S., Die Haftung des Mediators im schweizerischen Rechtssystem, "Stämpfli", Bern, 2008, 138. მითითებულია, *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თსუ-ს იურიდიული ფაკულტეტი, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდების სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტი, თბ., 2010, 265.

„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 თვითბოჭვის 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 განსაზღვრის 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 მოწესრიგებას 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 მოწესრიგებისა, მნიშვნელოვანია ისიც, რომ არსებობს რეალური სამართლებრივი უზუსტობები, რაც, პრაქტიკული თვალსაზრისით, გარკვეულ პრობლემებს ქმნის. წინამდებარე სტატიაში წარმოჩენილი საკითხებს 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.

IMPORTANCE OF MEDIATION, AS ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR) IN THE PROCESS OF COLLECTIVE LABOR DISPUTE DISCUSSIONS AND ITS SETTLEMENT

1. Introduction

In the process of civil flow rising development, labor cooperation issue settlement on a legislative level becomes more and more important. In frequent cases, during labor law, so called subordination cooperation,¹⁰³ on the account of giving advantage to one of the side's interest's protection, other side's personal interests are deteriorated. Similar kinds of cases are pretty common when an employer misuses his/her power (or uses for evil purposes). Thus certain rule to settle the dispute arose during labor cooperation is significant. Considering its characteristics the dispute raised during labor cooperation is much complicated. Recent legislative changes in Georgian Labor Code regarding the issue are particularly attention-grabbing.¹⁰⁴ As a result of abovementioned changes in the code, the rule for collective dispute settlement raised on the base of labor cooperation was improved. Thus by introducing ADR – mediation, Georgian Labor Code became equal of 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 Georgian Labor Code regarding collective dispute resolution. At the end of the document legislative recommendations, which are desirable to be made in Georgian Labor Code will be presented.

¹⁰³ *Kardava E.*, Justice Magazine, Issue N1, Tb., 2009, 220.

¹⁰⁴ June 12, 2013 Legislative Amendments –Georgian Labor Code Regulations. Despite changes certain issues still remain problematic and more details needs to be unveiled.

2. 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 base of the contract signed by the sides without any violence (on the base of equality and their free will).¹⁰⁵ Labor contract is an agreement signed between employer and employed individual and includes liabilities, which in accordance with the legislative norms, should be fulfilled by the sides.¹⁰⁶

In modern doctrine, subordination principle is meant to be key characteristics of the labor contract.¹⁰⁷ This means the employed is under subordination of 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 during contract signing is fully maintained.¹⁰⁸ Thus Labor Law is influenced by Private Law¹⁰⁹ and the contract signing process is the same as considered by Private Law either.¹¹⁰

2.2. Collective Labor Contract Legal Arrangement in Georgian Labor Code

Chapter 3 of Georgian Labor Code is about arranging Labor Contract. According to the code, collective contract is formed between one or more employer, one or more entity of employers and one or more entity of employed individuals.¹¹¹ Besides this, to prove its authenticity collected

¹⁰⁵Zoidze B., European Private Justice Reception in Georgia, Tb., 2005, 178.

¹⁰⁶Marlize 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].

¹⁰⁷Chachava S., Demands and Demand Base Competition, Tb., 2011, 113.

¹⁰⁸Amiranashvili G., Discrimination Ban in Labor Cooperation, Labor Justice (Articles), Tb., 2011, 143.

¹⁰⁹Dzamakashvili D., Labor Justice, 2nd ed., Tb., 2009, 16

¹¹⁰Jorbenadze S., Civil Code, Legal Institution's' Action towards Labor Code. Justice Magazine, "Sarchevi", #1-2(3-4), 2012, 17.

¹¹¹See: Georgian Labor Code, Article 41, Para. 1.

contract must be handwritten. Collected contract can be both permanent and temporal (by indicating exact terms). Generally before signing collective labor contract, the employer and group of employed individuals discuss and agree on contract conditions including salary, holidays etc.¹¹² Thus, generally, collective contract is based on the same precipices according to which individual agreements are signed. Only difference is that the collective contract must be handwritten. During signing such contract the entity of the employed individuals act via representatives and the representation must be proved on the base of letter of indemnity.

3. Collective Dispute and Mediation

3.1 Essence of Collective Dispute

According to Georgian Labor Code Article 47, part 6¹ 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 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 Healthcare Ministry 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 arranging interests and values and making appropriate amendments in the law, legislator made a step forward for maintaining social relationships between the dispute sides.

3.2 Essence of Mediation in General

One of the most effective and ancient methods for the dispute resolution is mediation. Mediation enables the conflict between the sides to be resolved by considering both sides' interests as well as not violating the law. The key aim of the regulation is the dispute between the sides to be resolved fairly.¹¹³

Mediation is an effective and innovative mechanism of the conflicts resolution. It means the negotiation between the dispute sides to be

¹¹²<<http://www.dummies.com/how-to/content/collective-bargaining-basics-labor-unions-negotiat.html>>, [20.01.2014].

¹¹³ *Cipelius R.*, Legal Methodology Theory. 10th Adapted ed., Munich, 2006,13

conducted by the participation of the third, impartial person.¹¹⁴ Thus mediation is needed, when the dispute cannot be solved by employer or employed independently and the third impartial, independent individual's interference is inevitable to conduct the process and assist the sides to achieve an agreement.¹¹⁵ It is also noteworthy that in the process of mediation the sides openly talk about their demands and proposals regarding the issue discussed.¹¹⁶

3.3 Role of Mediation in Collective Dispute Resolution

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

3.3.1 Role of State Body (Minister) in mediation process

According to Article 4, Paragraph 9 of the Act, on any stage of the negotiation, to achieve an agreement, the collective dispute side has permission to send a written address to the minister to start mediation and allot a mediator to be involved in dispute discussion process. On the same day the information is delivered to other dispute side as well. Thus it becomes obvious that, different from agreeing procedure (direct negotiation) the mediation process is fully based on the side's initiative.

According to Georgian Labor Code Article 48¹, Paragraph 4 and so called special ejection of the Act, in case of high interest from public regarding the issue the minister can appoint a mediator without asking each of the dispute sides.¹¹⁷

¹¹⁴ *Iremashvili K.*, Integrating Mediation in Law School Teaching Program, Alternative Dispute Resolution, Tb., 2012, 7

¹¹⁵ Mediation Legal Regulation Prospects in Georgia, ADR National Center Research (edited by: *G. Tsertsvadze*) Tb., 2013.

¹¹⁶ *Moore W. C.*, The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict, updated and revised 3rd ed., San-Francisco, 2003, 221.

¹¹⁷ Georgian Government Act N301, issues in November 25, 2013 – "About Proving a Rule of Discussing and Resolving Collective Disputes Agreement Procedures", Article 4, Paragraph 10

As soon as the minister appoints a mediator to conduct the collective dispute mediation, the process is opened. In frequent cases a mediator can influence the dispute sides because of the personal characteristics and relationships they are having with the dispute sides.¹¹⁸ According to the research the positive relationship towards any of the sides can be highly influential.¹¹⁹ Considering this the fact that the minister appoints a mediator must be considered as unreasonable. Such kind of situation boosts the mediation process to be unsuccessful. It is important to mention that the sides must participate in a dispute mediation conducted by a mediator.

Mediation is a voluntary procedure and obligatory mediation is totally unacceptable, thus the sides must not be obliged to solve dispute via mediation (if they do not have such desire).¹²⁰ According to Georgian Labor Code Article 48¹, paragraph 5, on any stage of the dispute the minister can quit the agreeing 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.¹²¹

According to Ordinance of the Government of Georgia Act Article 5, Paragraph 2, a mediator is selected from a special database, which includes the database of the persons with appropriate qualification, by an administrative service. Having knowledge in a specific field of negotiations, mediators can be influential.¹²² Thus it is vitally important a mediator to be appropriately selected from the abovementioned database. At the same time, it will be good if the state provides trainings for mediators because the mediation process to be more effective, impartial and competent for the dispute sides in future.¹²³ So Georgian legislation considering the issue is not acceptable, as the mediation process key conditions are violated. It is widely known that both during mediation process and before the process is launched; only sides are authorized to choose a mediator. Thus so called arranging norm mentioned above is

¹¹⁸Moore W. C, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, updated and revised 3rd ed., San-Francisco, 2003, 387-388.

¹¹⁹Moore W. C, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, updated and revised 3rd ed., San-Francisco, 2003, 388.

¹²⁰Palo G., Trevor M. B., *EU Mediation Law and Practice*, Oxford, 2012, 140.

¹²¹Palo G., Trevor M. B., *EU Mediation Law and Practice*, Oxford, 2012, 141.

¹²²Moore W. C, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, updated and revised 3rd ed., San-Francisco, 2003, 388.

¹²³Palo G., Trevor M. B., *EU Mediation Law and Practice*, Oxford, 2012, 142.

against general principles of mediation. Paragraph 3 and other following paragraphs of the abovementioned Article are also significant, which are about impartiality of the mediator and interests conflict as well. Besides this Georgian Labor Code Article 47¹, paragraph 6 (1st part/beginning) includes pretty much objectionable ejection regarding the sides' obligatory participation in mediation process. It is known that during mediation, a side is able to announce about quitting its participation in process anytime he/she wants.¹²⁴ Despite this Georgian legislation emphasizes so called obligatory mediation institute.

By considering all abovementioned, certain problems regarding the mediation process itself will become inevitable. Thus as a result of this mediation process and its implementation will face serious problems.

3.3.2 Rule for Delivering Mediator's Service Fee

Article 6 of the Act includes the information regarding the rule of delivering mediator's service fee. According to the Act, the service fee for the mediator appointed as a collective dispute arranger is delivered by ministry. Besides this according to Paragraph "G" of the same Article, mediation per diem totals GEL 60. It is worth to make out either it is fair or not concrete amount of money to be paid to mediator daily. According to the opinion spread, 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.¹²⁵ 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 mediator. According to paragraph 2 "A" subparagraph, in the frames of mediation a mediator must be impartial and unbiased while discussing 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

¹²⁴*Tsertsvadze G.*, Mediation, ADR (General Review), TSU Legal Faculty, ADR Methodology Science-Research Institute, Tb., 2010, Catalogue 264.

¹²⁵ <<http://www.cdnq.org/en/businessPartner/Epart5.html>>, [21.01.2014].

above though still detailed legal analysis should be conducted. In the content of the subparagraph the liabilities and duties of 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 with making clear whose (which of the dispute side) demand is more tenable. During the case discussion a mediator provides the sides to achieve an agreement and he/she is much careful while fulfilling the duty. A mediator neither demand 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.¹²⁶ Thus abovementioned subparagraph equals a mediator to judge that must be considered as a negative precedent in mediation process and for the dispute sides as well.

Article 7 of the Act emphasizes several more liabilities and duties of mediator. Out of them the principle of privacy is the most significant (it is included in paragraph 7 “D” subparagraph). The Georgian Labor Code 48¹ Article 9 is about principle of privacy as well. According to it the dispute mediator must not unveil information or document, which was available for him/her.¹²⁷ In addition the mediator, dispute sides must protect the principle of privacy as well. Unfortunately neither Georgian Labor Code nor 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 other side demands the damage caused by it to be compensated.

Generally privacy assists a mediator to gain trust. The trust to be increased towards the mediation, the law should strictly define the conditions of using information received during the mediation process: mediation participant sides, mediator, as well as the persons involved in the process must not have right to reveal the information received during mediation in court or arbitration. The law should forbid a mediator to make a speech regarding a mediation process in court or in any other institutions.¹²⁸ In Spain, if the sides fail to achieve an agreement via

¹²⁶*Roberts S., Palmer M.*, Dispute Processes, ADR and the Primary Forms of Decision-Making, 2nd ed., Cambridge, 2005, 171.

¹²⁷Compare: *Palo G., Trevor M. B.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford, 2012, 142.

¹²⁸*Merabishvili A.*, Legal Bases of Mediation (General Review), TSU MA Thesis, Tb., 2011, 19.

mediation process, they are deprived the right to unveil a private information received during the mediation in court.¹²⁹ Besides this the issues, which can be freely unveiled by the mediator must be defined as well.¹³⁰ If one of the sides or a mediator violates a principle of privacy (except the cases considered by law¹³¹) he/she must be prosecuted. In USA a side is deprived of right to demand mediation privacy protection in court if he/she had violated similar liability before.¹³² In frequent cases, as a rule, before mediation kicks off the sides sign a privacy protection contract. This is a guarantee for them the information spread during the mediation process not to be used or unveiled in court.¹³³

3.3.4 Legal Basis of Mediator Responsibility

Article 7, paragraph 3 of the Act defines general rule for the mediator's legal liabilities. The Georgian Labor Code 48¹ Article 9 is also important, which charges the mediator not to unveil information received in 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 government Act and not in 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 Act Article 7, paragraph 3 (in the beginning) is important, according to which a mediator's responsibility is defined by acting legislation. Thus if a mediator violates the conditions of contract signed by him/her, including the violation of 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

¹²⁹<<http://www.spanish-law.net/mediation.asp>>, [18.01.2014].

¹³⁰See: 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.

¹³¹EU 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.

¹³²*Tsertsvadze G.*, Mediation, ADR (General Review), TSU Legal Faculty, ADR Methodology Science-Research Institute, Tb., 2010, 53.

¹³³*Okropiridze B.*, Mediation – Novelty in Modern Georgian Law and its Implementation Prospects on the Base of International Experience. ADR, Tb., Catalogue 2012, 31.

responsibility, if a mediation process fails, it is totally unacceptable a mediator to be prosecuted for this.¹³⁴ Georgian legislation does not pay attention to this issue. Besides this, it is significant to explain if the mediator, appointed by a minister, is a state (employed) person or not, and on a damage brought by him/her the same regulations are spread as in case of the state officials (example: Criminal Law, Article 1005). Georgian Labor Code and an Act say nothing regarding the issue.

Thus considering all these, it is possible legal bases for the mediator's responsibility to be defined. According to one of the opinions expressed in doctrine, while defining a mediator's responsibility, following things must be considered: a) is the liabilities considered by a mediation contract violated and how it is expressed; b) is mediator blamed in the violation; d) are there any damages; e) are there any connection with the damage and a contract violation¹³⁵. If there is an ordinary civil procedural contract formed between mediator and the sides, it is obvious that in case of contract violation, a base of a demand will be the regulations included in contract itself.

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

4. Conclusion

Considering abovementioned practice several issues can be distinguished. First of all one of the legislation recommendations must include that a rule of appointing mediator by the Georgian Healthcare Minister should be changed and this process should be conducted by the sides. The sides must have right to choose a mediator during dispute resolution. Besides this a minister must not have right to quit a mediation process, as only sides are able to make such decision. Defining a mediator's service fee is also significant issue. It is better a mediation

¹³⁴*Tsertsvadze G.*, Mediation, ADR (General Review), TSU Legal Faculty, ADR Methodology Science-Research Institute, Tb., 2010, Catalogue 264,

¹³⁵*Gabriel S.*, Die Haftung des Mediators im schweizerischen Rechtssystem, "Stämpfli", Bern, 2008, 138. Indicated, *Tsertsvadze G.*, Mediation, ADR (General Review), TSU Legal Faculty, ADR Methodology Science-Research Institute, Tb., 2010, Catalogue 265.

service fee to be paid considering a complexity of the case. Article 7 of the Act includes important information as well. Paragraph 2 “A” subparagraph of the Article should also be edited and it must say that a mediator is an independent, agreement-oriented person who conducts a mediation process and not a judge (as current version of the Article says).

Privacy issue needs to be regulated as well. It will be better if together with mediator, dispute sides are also responsible to protect privacy. Besides this, in case of privacy principle violation, the law should regulate the damage reimbursement issue. A mediator’s responsibility legal issues must be defined as well.

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

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

**PARTY-APPOINTED ARBITRATORS: PAST, PRESENT
AND FUTURE**

1. Introduction

International arbitration is founded on the predominant principle of party-autonomy.¹³⁶ 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.¹³⁷ 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.¹³⁸ 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 arbitration agreement shall give equal possibilities to the parties in the appointment process. There is a widely established and prevailing contemporary practice that 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

¹³⁶ *Redfern A., Hunter M.*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 3rd ed., London, 1999, 131-132.

¹³⁷ *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, available at: <http://www.cdr-news.com/categories/expert-views/its-my-party> (last accessed on 27 December 2013) (hereinafter *Finizio/Salas*).

¹³⁸ *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*).

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.¹³⁹ 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.¹⁴⁰ 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 the two co-arbitrators in a three-member tribunal.¹⁴¹ 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.¹⁴²

The purpose of the present contribution is to bring this famous debate to the Georgian arbitration community and start discussion about the advantages and disadvantages of party appointed arbitrators. It will first consider historical origins of the present system (Section1) and will review the obligations of independence and impartiality owned by the arbitrators (Section2). Then the arguments presented by the critics of

¹³⁹ 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*).

¹⁴⁰ Albert Jan van den Berg, *Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration* in: Mahnoush 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*).

¹⁴¹ Friedland P., Brekoulakis S., *International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*, Queen Mary University of London, 2012, 5, available at: <http://www.arbitrationpractices.whitecase.com/> (last accessed on 27 December 2013) (hereinafter *Queen Marry Survey*).

¹⁴² *Ibid.*

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 existing concerns (Section 5). This contribution aims to provide 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.¹⁴³ Such practice has been used for centuries and its historical origins can be traced back to international conventions concluded in 18th and 19th century, which expressly provided for such unilateral appointments by contracting parties.¹⁴⁴ The earliest examples in 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 1794¹⁴⁵ and in the Treaty of Washington concluded in 1871 between the same parties.¹⁴⁶

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, 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.¹⁴⁷ This dispute concerned

¹⁴³ *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*).

¹⁴⁴ *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*).

¹⁴⁵ Treaty of Amity, Commerce and Navigation, London, 19 November 1794, Articles V-VII.

¹⁴⁶ Treaty of Washington, 1871, Article I.

¹⁴⁷ *Veeder J. QC*, A History of Party-Appointed Arbitrators "from Miami to Geneva", Inaugural Charles N. Brower Lecture on International Dispute Resolution, available at:

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 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 party-appointed arbitrator gives the feeling of “ownership” to the party over the arbitral process.¹⁴⁸

The right of parties to appoint the arbitrator was subsequently included in the Hague Conventions of 1899¹⁴⁹ and the Hague Convention of 1907.¹⁵⁰ 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.¹⁵¹

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

<https://www.youtube.com/watch?v=BIgnALvoEIE> (last accessed on 27 December 2013); *Carter E.*, Inaugural Brower Lecture, Johnny Veeder Sets Out History Advantages of Party-Appointed Arbitrators, ASIL Cables, 7 April 2013, available at: <http://69.195.124.65/~asilcabl/2013/04/07/in-inaugural-brower-lecture-johnny-veeder-sets-out-history-advantages-of-party-appointed-arbitrators/> (last accessed on 27 December 2013) (hereinafter *Carter*); *Sebastian P.*, Party appointments are “keystone” of arbitration, says Veeder, Global Arbitration Review, 2013 (hereinafter *Sebastian*).

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ 1899 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, 29 July 1899, Articles 24, 32.

¹⁵⁰ 1907 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, 18 October 1907, Articles 45, 87.

¹⁵¹ *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.

Law.¹⁵² 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.¹⁵³

3. Duties of Independence and Impartiality

The arbitration rules and treaty law universally require that an arbitrator shall be neutral, impartial and independent.¹⁵⁴ 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 specific standard of compliance with these duties.¹⁵⁵ 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

¹⁵² 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).

¹⁵³ *Brower*, supra note 9, 11.

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ 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.

highly fact-specific.¹⁵⁶ 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 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.¹⁵⁷ Besides, an arbitrator shall disclose the existence of any circumstances that gives rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence.¹⁵⁸ 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.¹⁵⁹ 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.¹⁶⁰

According to the established standard, each arbitrator, whether party-appointed or not, is bound by the same duty of impartiality and independence.¹⁶¹ For example, in ICSID arbitration, all members of the

¹⁵⁶ *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*).

¹⁵⁷ International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 22 May 2004, General Standard (2)(a).

¹⁵⁸ International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 22 May 2004, Explanation to General Standard 2(b).

¹⁵⁹ *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.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ 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.

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.¹⁶² 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.¹⁶³

Although it is generally agreed that the party-appointed arbitrators must comply with the same obligations of impartiality and independence,¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵ Some of the authors even referred to the party-appointed arbitrators as “judge advocates”, thus undermining their perceived neutrality.¹⁶⁶ This approach is being abandoned in the US and currently the same requirements of impartiality and independence are applied in the same manner for both groups of arbitrators.¹⁶⁷ However, the different perceptions about the role of party-appointed arbitrator still exist between the scholars and practitioners from

¹⁶² *Melanie van Leeuwen*, supra note 21, 2.

¹⁶³ *Ibid*; *Queen Marry Survey*, supra note 6.

¹⁶⁴ *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*).

¹⁶⁵ *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.

¹⁶⁶ *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.

¹⁶⁷ *American Bar Association Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*, 2004.

the U.S. and the rest of the world.¹⁶⁸ Moreover, one of the leading text-book 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.¹⁶⁹ 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.¹⁷⁰ 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 abolition of unilateral party-appointments altogether in order to avoid arbitrator-bias. He questioned the impartiality of party-appointed arbitrators and argued that such practice jeopardizes and undermines the integrity of the whole arbitral process.¹⁷¹ Professor Paulsson argued that many arbitrators are inclined to assist the party, which appointed them.¹⁷² 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

¹⁶⁸ *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.

¹⁶⁹ *Redfern/Hunter*, supra note 2, 239.

¹⁷⁰ *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.

¹⁷¹ *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).

¹⁷² *Paulsson*, *ibid.*, 7.

appointed a former federal judge as a member of the tribunal in this proceeding.¹⁷³ The United States won the case and several years later the dispute became subject of the wide discussion. At a symposium the arbitrator appointed by the United States disclosed the meeting with 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 such influence which was disclosed several years later, Professor Paulsson concluded that the particular dispute was not adjudicated by an impartial and independent tribunal.¹⁷⁴

In the speech Jan Paulsson advocated forbidding or at least rigorously policing the practice of unilateral appointments.¹⁷⁵ 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.¹⁷⁶ Professor Paulsson proposed 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.¹⁷⁷ Jan Paulsson’s lecture gave rise to considerable debate whether parties should retain the right to select the tribunal to determine their dispute. He received strong support from distinguished members of the arbitration community.¹⁷⁸

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

¹⁷³ 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.

¹⁷⁴ Paulsson, *supra* note 4, 9.

¹⁷⁵ Paulsson, *ibid*, 11.

¹⁷⁶ Paulsson, *ibid*, 10.

¹⁷⁷ Paulsson, *ibid*, 16.

¹⁷⁸ 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’* *tiquette et l’arbitrage en matière d’investissement: grandeur et mis re de la fonction d’arbitre, *Revue de l’arbitrage*, 2012.

prepared by the arbitrator appointed by the losing party.¹⁷⁹ 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.¹⁸⁰

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 meaningful dialogue about the case and the other members of the tribunal will not take the advocate-arbitrator seriously.¹⁸¹ 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 dissidente*.¹⁸²

Professor Hans Smit of Columbia University referred to the concept party-appointed arbitrators as a “*pernicious institution*” and proposed its abolition or acknowledgement that such arbitrators were the advocates of the party.¹⁸³ 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 of compromise by other members of the tribunal, who are usually interested to obtain unanimous awards. Such 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

¹⁷⁹Albert 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.

¹⁸⁰Redfern, *supra* note 35, 223-242.

¹⁸¹Albert 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.

¹⁸²Albert 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.

¹⁸³Smit, *supra* note 43, 2.

certain extent party advocates within a system that expects them to behave objectively.¹⁸⁴

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 courts, it should satisfy the same standard by ensuring that arbitrators are unbiased adjudicators, judging disputes on their merits only.¹⁸⁵

Even in case the apparent arbitrator-bias are 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.¹⁸⁶ 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*”.¹⁸⁷ 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.¹⁸⁸ The reason 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

¹⁸⁴*Ibid*; Slaoui F. Z., The Rising Issue of “Repeat Arbitrators”: a Call for Clarification, Arbitration International, Vol. 25, 2009, 103-119.

¹⁸⁵*Mosk/Ginsburg*, Dissenting Opinions in International Arbitration, 15 MEALEY'S International Arbitration Report 6, 2000, 9.

¹⁸⁶*Ibid*; John Uff CBE QC, Party-Appointed Arbitrators: What Is Their Proper Role?, available

at:<http://www.mondaq.com/x/267544/Arbitration+Dispute+Resolution/PartyAppointed+Arbitrators+What+Is+Their+Proper+Role> (last accessed on 27 December 2013).

¹⁸⁷ Urbaser S.A. v Argentina, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Claimants' Challenge of Professor Campbell McLachlan, 2010, para. 40.

¹⁸⁸*Finizio/Salas*, supra note 2.

counsel.¹⁸⁹ The growing number of such challenges clearly indicates that there is a problem with existing system of party appointed arbitrators and this problem needs to be solved.

5. Supporters of Unilateral Appointment

The proposal to abolish existing practice of unilateral appointment was met with fierce criticism from equally distinguished members of arbitration community.¹⁹⁰ A vigorous response defending the use of the party-appointed arbitrators and rebutting “*vicarious hypochondria*”¹⁹¹ to change the system was presented by the eminent arbitral scholars and practitioners led by Judge Charles Brower.¹⁹²

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.¹⁹³ They submitted that such 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 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 and took

¹⁸⁹*Ibid.*

¹⁹⁰*Brower/Rosenberg*, supra note 29; *Mourre A.*, Are unilateral appointments defensible? On Jan Paulsson’s moral hazard in international arbitration, Kluwer Arbitration Blog, 2010, available at: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/10/05/are-unilateral-appointments-defensible-on-jan-paulsson%E2%80%99s-moralhazard-in-international-arbitration/> (last accessed on 27 December 2013) (hereinafter *Mourre*); *Carter*, supra note 12.

¹⁹¹*Schneider*, supra note 8, p. 273.

¹⁹²*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.

¹⁹³*Brower/Rosenberg*, supra note 29, 8.

a particular position on relevant issues.¹⁹⁴ 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.¹⁹⁵

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.¹⁹⁶ 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 dependency or fear to alienate such party. Therefore, it was concluded that the 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.¹⁹⁷

At the inaugural Brower lecture mentioned above Johnny QC Veeder also supported the existing practice of party-appointed arbitrators and dissenting opinions thereof.¹⁹⁸ 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*".¹⁹⁹ 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.²⁰⁰

The proposal of Jan Paulsson was also criticized by the French lawyer Alexis Mourre in the article published on Kluwer Arbitration Blog.²⁰¹ These eminent practitioners further debated this issue at the specialist seminar organized by London School of Economics and

¹⁹⁴ *Ibid*, 17.

¹⁹⁵ *Ibid*, 14.

¹⁹⁶ *Ibid*, 34.

¹⁹⁷ *Ibid*, 32.

¹⁹⁸ *Ibid*.

¹⁹⁹ *Sebastian*, supra note 12, 4.

²⁰⁰ *Carter*, supra note 12, 2.

²⁰¹ *Mourre*, supra note 55.

Political Science.²⁰² Mr. Mourre stated the selection of arbitrators provides a certain degree of control over the arbitral proceedings to the parties.²⁰³ According to him, parties select arbitrators based on their reputations and any inappropriate influences are ultimately counterproductive in the deliberative process as biased arbitrators will appear in the minority of the tribunal members.²⁰⁴

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 the possibility to appoint arbitrators that would reflect the expectations of the appointing party by nationality, language, culture, legal and technical expertise.²⁰⁵ He argued that there are safeguards that 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;
- 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.²⁰⁶

Based on all abovementioned, there are two main arguments raised by the supporters of the 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

²⁰²“Unilaterally Appointed Arbitrators A Good Idea?” Debate between Alexis Mourre (Castaldi Mourre Paris) and Professor Jan Paulsson (LSE), 24 November 2010, available at: <https://www.youtube.com/watch?v=DeTK-rUb6fU> (last accessed on 27 December 2013).

²⁰³*Mourre*, supra note 55.

²⁰⁴*Ibid.*

²⁰⁵*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.

²⁰⁶*Ibid.*

contributions that a party-appointed co-arbitrator can provide during the arbitral process. It is suggested that such 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.²⁰⁷ At the same time, however, the unilaterally appointed arbitrator might not be absolutely independent and 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 the 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.²⁰⁸

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 the information about the qualification, expertise and experience of the arbitrator in a particular field. Such joint interviews shall not be used to check 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

²⁰⁷*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*).

²⁰⁸*Melanie van Leeuwen*, supra note 21, 14.

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.²⁰⁹ Introduction of the proposed system might become an important step forward 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 the possibility to the parties to appoint the arbitrator of their choice. The disputing parties can negotiate that each of them will support the arbitrator proposed by the other party. Therefore, the system leaves the chance for quasi unilateral appointment, if the other party explicitly agrees and actively participates in such 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, 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.²¹⁰ Considering that the parties might have legitimate concerns about the selection of tribunal by the arbitral institution without their involvement, they will have additional incentive to negotiate and agree on the experienced and qualified arbitrators in a good faith.

²⁰⁹ *Ezequiel Héctor Vetulli*, supra note 72, 3.

²¹⁰ *Paulsson J.*, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013, 277.

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 abolition of unilateral appointments, he estimated that this position will be shared by the majority of arbitration community by 2060. Considering the 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 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 to develop new tools to tackle the existing challenges and solve the problems related to unilaterally appointed arbitrators.

ბიორბი ნარმანია

მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრი: წარსული, აწმყო, მომავალი

1. შესავალი

საერთაშორისო არბიტრაჟი ეფუძნება მხარეთა ავტონომიის ძირითად პრინციპს.²¹¹ საარბიტრაჟო წარმოებაში აღნიშნული პრინციპის როლი და მნიშვნელობა გამოიხატება მხარეთა მიერ საარბიტრაჟო ტრიბუნალის შერჩევის მეთოდის არჩევის უფლებაში.²¹² საარბიტრაჟო წარმოებაში გამოიყენება არბიტრის დანიშვნის სხვადასხვა მეთოდი, როგორცაა: არბიტრთა სიიდან შემთხვევითი შერჩევა; საარბიტრაჟო ინსტიტუტის მიერ არბიტრის დანიშვნა; მხარეთა შეთანხმების საფუძველზე არბიტრის შერჩევა; მხარეთა მიერ ცალმხრივად არბიტრის დანიშვნა და სხვა.²¹³ 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

²¹¹ Redfern A., Hunter M., Law and Practice of International Commercial Arbitration, 3rd ed., London, 1999, 131-132.

²¹² 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, ხელმისაწვდომია შემდეგ მისამართზე: <http://www.cdr-news.com/categories/expert-views/its-my-party> (მომხმარებელმა ვებ-გვერდი ბოლოს მონახულა 2013 წლის 27 დეკემბერს) (შემდგომში Finizio/Salas).

²¹³ 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).

და აღსრულების შესახებ ნიუ-იორკის კონვენციის V მუხლის თანახმად, ერთადერთ 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.²¹⁴

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.²¹⁵ ამდენად, პროფესორი პაულსენის აზრით, თითოეული არბიტრი უნდა დაინიშნოს ორივე მხარის შეთანხმებით ან ნეიტრალური

²¹⁴ *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*).

²¹⁵ *Albert Jan van den Berg*, *Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration in: Mahnoush 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*).

პირის მიერ, ხოლო პროფესორი ვან დენ ბერგი კი ემხრობა “*nemine dissentiente*” 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.²¹⁶ კვლევის შედეგებზე დაყრდნობით გადაწყდა, რომ საარბიტრაჟო პროცესში ჩართული საზოგადოება ძირითადად უარყოფს შემოთავაზებას არბიტრების მხარეთა მიერ ცალმხრივად დანიშვნის გაუქმების შესახებ.²¹⁷

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 (I-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 (ნე-4 ნაწილი). დაბოლოს, სტატიაში განხილული იქნება შესაძლო გადაწყვეტილებები, რომლებიც უპასუხებს არსებულ პრობლემებს (მე-5 ნაწილი). სტატიაში ზოგადად იქნება განხილული აღნიშნული თემა.

²¹⁶ *Friedland P., Brekoulakis S., International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, Queen Mary University of London, 2012, 5, ხელმისაწვდომია: <http://www.arbitrationpractices.whitecase.com/> (მომხმარებელმა ვებ-გვერდი ბოლოს მოინახულა 2013 წლის 27 დეკემბერს) (შემდგომში *Queen Marry Survey*).*

²¹⁷ *Ibid.*

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.²¹⁸ ამგვარი პრაქტიკა დამკვიდრებულია საუკუნეების განმავლობაში და მისი ჩამოყალიბების ისტორიულ საფუძველს წარმოადგენს მე-18 და მე-19 საუკუნეში დადებული საერთაშორისო კონვენციები, რომლებითაც უზრუნველყოფილია ხელმშემკვრელ მხარეთა მიერ არბიტრების ცალმხრივად დანიშვნა.²¹⁹ თანამედროვე ისტორიაში საერთაშორისო დავის ტრიბუნალის მეშვეობით გადაწყვეტის ყველაზე ადრეულმა მაგალითმაგანაპირობა მხარეთა უფლება ცალმხრივად დაენიშნათ არბიტრები. აღნიშნული დებულება გათვალისწინებულ იქნა შეერთებულ შტატებსა და დიდ ბრიტანეთს შორის 1794 წელს გაფორმებულ მეგობრობის, კომერციისა და ნავიგაციის შეთანხმებაში²²⁰ და იგივე მხარეებს შორის 1871 წელს გაფორმებულ ვაშინგტონის შეთანხმებაში.²²¹ 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

²¹⁸ *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*).

²¹⁹ *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 (შემდგომში *Brower*).

²²⁰ მეგობრობის, კომერციისა და ნავიგაციის შეთანხმება, ლონდონი (Treaty of Amity, Commerce and Navigation, London), 1794 წლის 19 ნოემბერი, მუხლები V-VII.

²²¹ ვაშინგტონის შეთანხმება, 1871, მუხლი I.

„საერთაშორისო არბიტრაჟის ისტორიული ქვეკუთხედი: მხარის მიერ დანიშნული არბიტრი – მაიამიდან ჟენევამდე“ და მხარის მიერ დანიშნული არბიტრის როლის გასამართლებლად მაგალითად მოიყვანა ალაბამას არბიტრაჟი.²²² აღნიშნული დავა შეეხებოდა შეერთებული შტატების სამოქალაქო ომის პერიოდს, როდესაც დიდი ბრიტანეთის ტერიტორიაზე აივო 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.²²³

²²² *Veeder J. QC, A History of Party-Appointed Arbitrators “from Miami to Geneva”, Inaugural Charles N. Brower Lecture on International Dispute Resolution, ხელმისაწვდომია* [შემდეგ მისამართზე: https://www.youtube.com/watch?v=BIgnALvoEIE](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 2013, ხელმისაწვდომია შემდეგ მისამართზე: http://69.195.124.65/~asilcabl/2013/04/07/in-inaugural-brower-lecture-johnny-veeder-sets-out-history-advantages-of-party-appointed-arbitrators/* (მომხმარებელმა ვებგვერდი ბოლოს მოინახულა 2013 წლის 27 დეკემბერს) (შემდგომში *Carter*); *Sebastian P., Party appointments are “keystone” of arbitration, says Veeder, Global Arbitration Review, 2013* (შემდგომში *Sebastian*).

²²³ *Ibid.*

მხარეთა უფლება, დანიშნოს არბიტრი, შემდგომში გათვალისწინებულ იქნა 1899 წლის ჰააგის კონვენციაში²²⁴ და 1907 წლის ჰააგის კონვენციაში.²²⁵ 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.²²⁶

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.²²⁷ ეს ვრცელი ისტორიული საფუძველი და არსებული

²²⁴ 1899 წლის კონვენცია საერთაშორისო დავების მშვიდობიანი მოგვარების შესახებ (Convention for the Pacific Settlement of International Disputes) 1899 წლის 29 ივლისი, მუხლები 24, 32.

²²⁵ 1907 წლის კონვენცია საერთაშორისო დავების მშვიდობიანი მოგვარების შესახებ Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, 1907 წლის 18 ოქტომბერი, მუხლები 45, 87.

²²⁶ *Brower*, იხილეთ 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.

²²⁷ UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესები, 2010, მუხლი 9(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

პრაქტიკა მიუთითებს, რომ მხარეთა უფლება დანიშნონ არბიტრი საერთაშორისო არბიტრაჟში დამკვიდრებული პრინციპია.²²⁸

3. დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის მოვალეობა

საარბიტრაჟო წესებისა და სახელშეკრულებო სამართლის ნორმების თანახმად, არბიტრი უნდა იყოს ნეიტრალური, მიუკერძოებელი და დამოუკიდებელი.²²⁹ 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.²³⁰ UNCITRAL-ის მოდელური კანონის 12

Investment Disputes) (ICSID) კონვენცია, 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).

²²⁸ *Brower*, იხ. ზემოთ 9, 11.

²²⁹ 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.

²³⁰ UNCITRAL მოდელური კანონი საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ (Model Law on International Commercial Arbitration), 2006, მუხლი 12(2); ფრანგული სამოქალაქო საპროცესო სამართლის კოდექსი (French Code of Civil Procedure), მუხლი 1456; ინგლისის არბიტრაჟის აქტი

(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.²³¹

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 განხილვას²³². ამასთან, არბიტრი ვალდებულია დასაბუთებული ეჭვის არსებობისას გაამჟღავნოს გარემოება არბიტრის მიუკერძოებლობისა და დამოუკიდებლობის შესახებ.²³³ მეცნიერთა უმრავლესობა

(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.

²³¹ *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*).

²³² 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).

²³³ საერთაშორისო ადვოკატთა ასოციაციის სახელმძღვანელო პრინციპები საერთაშორისო არბიტრაჟში ინტერესთა კონფლიქტის შესახებ International

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 ერთერთი მოდავე მხარის მიმართ კეთილგანწყობის შექმნა.²³⁴ მეორესმხრივ, დამოუკიდებლობა ეხება ობიექტურ სტანდარტს, რის მიხედვითაც დაუშვებელია საარბიტრაჟო წარმოების პერიოდში არბიტრებსა და მხარეებს ან ადვოკატებს შორის კავშირი.²³⁵

დადგენილი სტანდარტის თანახმად, თითოეულ არბიტრს, მიუხედავად იმისა, მხარის მიერ არის იგი დანიშნული თუ არა, თანაბრად აკისრია მიუკერძოებლობისა და დამოუკიდებლობის ვალდებულება.²³⁶ მაგალითად, საინვესტიციო დავების გადაჭრის საერთაშორისო ცენტრის ICSID არბიტრაჟში, ტრიბუნალის ყველა წევრი ერთიდაიგივე ფიცს დებს. თუმცა, ივარაუდება, რომ არსებობს მკაფიო პრაქტიკული სხვაობა საარბიტრაჟო ინსტიტუტის მიერ დანიშნულ წევრებსა და სამი არბიტრისგან შემდგარი ტრიბუნალის წევრებს შორის, რომელიც შედგება ორი მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრისგან და პრეზიდენტისგან.²³⁷ Queen Marry კვლევის შედეგები ამყარებს

Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 22 მაისი 2004, ზოგადი სტანდარტების განმარტება Explanation to General Standard 2(b).

²³⁴ *Melanie van Leeuwen*, იხილეთ ზემოთ 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*, იხ. ზემოთ 3, 326-328.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ 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.

²³⁷ *Melanie van Leeuwen*, იხ. ზემოთ 21, 2.

ზემოაღნიშნულ პრეზუმციას, რადგან კვლევის თანახმად, მხარეებს მეტი ნდობა და მოლოდინი აქვთ მათ მიერ ცალმხრივად დამინშნული არბიტრების მიმართ.²³⁸

მიუხედავად იმისა, რომ ზოგადად მხარეთა მიერ დანიშნულ არბიტრებს მიუკერძოებლობისა და დამოუკიდებლობის იგივე ვალდებულებები აკისრიათ,²³⁹ 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.²⁴⁰ ზოგიერთი ავტორი მხარეთა მიერ დანიშნულ არბიტრებს „მოსამართლეთა ადვოკატებსაც“ კი უწოდებდა, რაც ძირს უთხრიდა მათ მონეუნებით ნეიტრალობას.²⁴¹ აღნიშნული მიდგომა შეერთებულ შტატებში გაუქმდა. დღესდღეობით არბიტრთა ორივე ჯგუფისთვის მიუკერძოებლობისა და დამოუკიდებლობის ერთიდაიგივე მოთხოვნები მოქმედებს.²⁴²

²³⁸ *Ibid*; *Queen Marry Survey*, იხ. ზემოთ 6.

²³⁹ *Paulsson*, იხ. 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*).

²⁴⁰ *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.

²⁴¹ *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.

²⁴² ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის ეთიკის კოდექსი არბიტრებისთვის კომერციულ დავებში *American Bar Association Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*, 2004.

თუმცა შეერთებული შტატების მეცნიერებსა და პრაქტიკოს იურისტებს და დანარჩენ მსოფლიოს შორის კვლავ არსებობს განსხვავებული შეხედულებები მხარეთა მიერ დანიშნულ არბიტრებთან მიმართებაში.²⁴³ უფრო მეტიც, საერთაშორისო არბიტრაციის შესახებ ერთ-ერთი წამყვანი სახელმძღვანელოს თანახმად, მხარის მიერ დანიშნული არბიტრისთვის შეუფერებელი არ არის იზრუნოს, რომ ტრიბუნალმა სათანადოდ გაიგოს საქმესთან დაკავშირებული გარემოებები.²⁴⁴ 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 დაკავშირებით²⁴⁵ 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 გადაწყვეტაში*“, სადაც მან წამოაყენა ცალმხრივად არბიტრის დანიშვნის სისტემის მთლიანად გაუქმების წინადადება არბიტრთა

²⁴³ *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.

²⁴⁴ *Redfern / Hunter*, იხ. ზემოთ 2, 239.

²⁴⁵ *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 (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.

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.²⁴⁶ პროფესორი *პაულსენი* ამტკიცებდა, რომ არბიტრთა უმრავლესობა დახმარებას უწევს იმ მხარეს, რომელმაც იგი დანიშნა.²⁴⁷ 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.²⁴⁸ შეერთებულმა შტატებმა მოიგო პროცესი. რამდენიმე წლის შემდეგ აღნიშნული დავა განსჯის საგანი გახდა. სიმპოზიუმზე, შეერთებული შტატების მიერ დანიშნულმა არბიტრმა გაამჟღავნა, რომ იგი არბიტრად დანიშვნამდე შეხვდა სახელმწიფო ოფიციალურ პირებს. აღნიშნულ შეხვედრაზე მას უთხრეს, რომ „ამ პროცესის წაგების შემთხვევაში ისინი წააგებდნენ NAFTA-ს.“ არბიტრმა უპასუხა: „თუ თქვენ გსურთ ჩემზე ზეწოლის მოხდენა, მოახდინეთ“. ამგვარი ზეწოლის საფუძველზე, რომელიც გამჟღავნდა რამდენიმე წლის შემდეგ, პროფესორმა *პაულსენმა* დაასკვნა, რომ ამ კონკრეტულ დავაზე გადაწყვეტილება არ მიუღია მიუკერძოებელ და დამოუკიდებელ ტრიბუნალს.²⁴⁹

თავის სიტყვაში *ჯან პაულსონმა* მხარი დაუჭირა არბიტრის ცალმხრივად დანიშვნის პრაქტიკის აკრძალვას ან შემოგვთავაზა მისი სულ მცირე მკაცრად გაკონტროლება.²⁵⁰ მისი მტკიცებით, მხარეთა მიერ არბიტრების

²⁴⁶ *Paulsson*, supra note 4, 3-4; იხილეთ ასევე: *Paulsson J.*, Are Unilateral Appointments Defensible?, ხელმისაწვდომია: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/04/02/are-unilateral-appointments-defensible/> (მომხმარებელი ვებგვერდი ბოლოს მოინახულა 2013 წლის 27 დეკემბერს).

²⁴⁷ *Paulsson*, *ibid.*, 7.

²⁴⁸ *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.

²⁴⁹ *Paulsson*, *ib.* ზემოთ 4, 9.

²⁵⁰ *Paulsson*, *ibid.*, 11.

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.²⁵¹ 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.²⁵² უან *პაულსონის* ლექცია შემდგომი დებატების საფუძველი გახდა, რომელიც შეეხებოდა შემდეგ საკითხს, უნდა შეინარჩუნოს თუ არა მხარემ ტრიბუნალის წევრების ცალმხრივად შერჩევის უფლება. პროფესორს მხარი დაუჭირა საარბიტრაჟო საზოგადოების გამომჩენილმა წევრებმა.²⁵³

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 წაგებულ მოდავე მხარის მიერ დანიშნული არბიტრის მიერ.²⁵⁴ ბატონმა *ალან რედფერნმა* 2003 წელს გამოაქვეყნა მსგავსი სტატისტიკური მონაცემები კომერციულ არბიტრაჟის სფეროში, რომლის თანახმადაც, 2001 წელს, საერთაშორისო სავაჭრო პალატის

²⁵¹ *Paulsson, ibid*, 10.

²⁵² *Paulsson, ibid*, 16.

²⁵³ *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.

²⁵⁴ *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.

არბიტრაჟებმა გამოსცეს 24 განსხვავებული აზრი, საიდანაც 22 განსხვავებული აზრი დამნიშნავი მხარის სასარგებლოდ იყო შემუშავებული.²⁵⁵

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.²⁵⁶ პროფესორის აზრით, პრობლემის არსს წარმოადგენს არბიტრების მხარეთა მიერ ცალმხრივად დანიშვნა, რაც არბიტრებს დამოკიდებულს ხდის მის დამნიშნავ მხარეზე. ამდენად, იგი გვთავაზობს არბიტრის ცალმხრივად დანიშვნის სისტემის გაუქმებას ან შემდეგი პრინციპის დანერგვას: *nemine dissentiente*.²⁵⁷

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.²⁵⁸ 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 გადაწყვეტილება ტრიბუნალის იმ წევრების კომპრომისის სანაცვლოდ, რომლებიც, როგორც წესი, დაინტერესებულნი არიან მიიღონ ერთსულოვანი გადაწყვეტილება. ამგვარი შეთანხმება არ ემსახურება სამართლიანობის პრინციპს. პარტიზანი არბიტრის არსებობა პანელზე ჩვეულებრივ ხელს

²⁵⁵ Redfern, იხ. ზემოთ 35, 223-242.

²⁵⁶ Albert Jan van den Berg, supra note 5, 829; იხილეთ 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.

²⁵⁷ Albert Jan van den Berg, supra note 5, 831; იხილეთ 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.

²⁵⁸ Smit, იხ. ზემოთ 43, 2.

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.²⁵⁹

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 გადაწყვეტილების მიღებას და დავების გადაწყვეტას მხოლოდ მათი შინაგანი რწმენის საფუძველზე.²⁶⁰

იმ შემთხვევაშიც კი, თუ სახეზე არ გვაქვს არბიტრის აშკარა ტენდენციურობა, ცხადია, რომ იურისტები, რომლებიც წარმოადგენენ მხარეს ყოველთვის ეცდებიან დანიშნონ არბიტრი, რომელიც თანაუგრძნობს მხარეს და უპასუხებს მხარის მიერ წამოყენებულ არგუმენტებს.²⁶¹ საინვესტიციო დავების გადაწყვეტის საერთაშორისო ცენტრის (ICSID) ერთერთ საქმეში ნათლად იყო აღნიშნული არბიტრის გაწვევის 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*

²⁵⁹ *Ibid*; Slaoui F. Z., The Rising Issue of “Repeat Arbitrators”: a Call for Clarification, *Arbitration International*, Vol. 25, 2009, 103-119.

²⁶⁰ Mosk/Ginsburg, Dissenting Opinions in International Arbitration, 15 MEALEY'S International Arbitration Report 6, 2000, 9.

²⁶¹ *Ibid*; John Uff CBE QC, *Party-Appointed Arbitrators: What Is Their Proper Role?*, ხელმისაწვდომია: <http://www.mondaq.com/x/267544/Arbitration+Dispute+Resolution/PartyAppointed+Arbitrators+What+Is+Their+Proper+Role> (მომხმარებელმა ბოლოს ვებგვერდი მოინახულა 2013 წლის 27 დეკემბერს).

გამოცდილების შესაბამისად²⁶² 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 გადაწყვეტის საერთაშორისო ცენტრის (ICSID) 26 გამოქვეყნებული გადაწყვეტილებიდან 2007 წლიდან დღემდე 24 შეესებოდა არბიტრთა აცილებას, ხოლო სამი საქმე შეესებოდა სხვადასხვა საქმეში განთქმული არბიტრების თვითაცილებას.²⁶³ აცილების მიზეზები განსხვავდებოდა. ერთერთ 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.²⁶⁴ 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.²⁶⁵ მოსამართლე ჩარლზ ბროვერის

²⁶² Urbaser S.A. v Argentina, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Claimants' Challenge of Professor Campbell McLachlan, 2010, para. 40.

²⁶³ Finizio /Salas, იხილეთ ზემოთ 2. მიუთითეთ ავტორთა ინიციალები და შემდგომ სქიოლებშიც დაურთეთ

²⁶⁴ Ibid.

²⁶⁵ Brower / Rosenberg, იხილეთ ზემოთ 29 მიუთითეთ ავტორთა ინიციალები და შემდგომ სქიოლებშიც დაურთეთ; Mourre A., Are unilateral appointments

ხელმძღვანელობით საარბიტრაჟო სფეროში გამოჩენილი მეცნიერები და პრაქტიკოსები ენერგიულად იცავდნენ მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების პრაქტიკას და ეწინააღმდეგებოდნენ „ცვლილების იპოხონდრიას“²⁶⁶ შეეცვალათ სისტემა.²⁶⁷

ჩარლზ ბროუერის და ჩარლზ როზენბერგის მიერ გამოქვეყნებულ სტატიაში, ავტორები ჟან პაულსენის წინადადებას უწოდებდნენ “*wrongheaded*” და აცხადებენ, რომ სამართალწარმოების ალტერნატივად არბიტრის დანიშვნის ფუნდამენტური უფლება არბიტრაჟის ერთერთი მიმზიდველი ასპექტია.²⁶⁸ 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 კონკრეტური სამართლებრივი ან პროფესიული გამოცდილების მიხედვით, რადგან მათ კონკრეტული საკითხის ანალიზის საფუძველზე კონკრეტული პოზიცია უჭირავთ შესაბამის საკითხთან დაკავშირებით.²⁶⁹ ავტორებმა

defensible? On Jan Paulsson’s moral hazard in international arbitration, Kluwer Arbitration Blog,

2010, ხელმისაწვდომია: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/10/05/are-unilateral-appointments-defensible-on-jan-paulsson%E2%80%99s-moralhazard-in-international-arbitration/> (მომხმარებელმა ბოლოს ვებგვერდი მოინახულა 2013 წლის 27 დეკემბერს) (შემდგომში *Mourre*); *Carter*, იხილეთ ზემოთ 12.

²⁶⁶ *Schneider*, იხილეთ ზემოთ 8, 273.

²⁶⁷ *Brower / Rosenberg*, supra note 29 მიუთითეთ ავტორთა ინიციალები და შემდგომ სქიოლებშიც დაურთეთ; *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*, იხილეთ ზემოთ 8; *Mourre*, იხილეთ ზემოთ 55.

²⁶⁸ *Brower/Rosenberg*, იხილეთ ზემოთ 29, 8. მიუთითეთ ავტორთა ინიციალები და შემდგომ სქიოლებშიც დაურთეთ

²⁶⁹ *Ibid*, 17.

აღნიშნეს, რომ მხარეებს უნდა გააჩნდეთ ნდობა ტრიბუნალის მიმართ, როგორც კოლეგიალური ორგანოს მიმართ, რისი მიღწევაც შეუძლებელია, თუ მხარეები მონაწილეობას არ მიიღებენ ტრიბუნალის ფორმირების პროცესში.²⁷⁰

ჩარლზ ბროვერმა და *ჩარლზ როზენბერგმა* უპასუხეს პროფესორი *ვან დენ ბერგის* შეშფოთებას 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 საფუძვლებში.²⁷¹ მათი მოსაზრებით, მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების განსხვავებული აზრი უნდა განვიხილოთ, როგორც მხარის პოზიციის ანარეკლი და არა როგორც დამოუკიდებლობის ან მხარისადმი გაუცხოების შიში. ამდენად, გაკეთდა დასკვნა, რომ მხარის მიერ დანიშნული არბიტრი და მათი განსხვავებული აზრის გამოთქმის უნარი ამყარებს საარბიტრაჟო პროცესის აღქმულ ლეგიტიმურობას და ამ სტატუსკვოს შეცვლა ხელს შეუშლის საარბიტრაჟო სფეროს შემდგომ განვითარებას.²⁷²

ბროვერის ზემოთ ხსენებულ ლექციაზე *ჯონი ჯს ვედერმა* ასევე მხარი დაუჭირა მხარეთა მიერ არბიტრის დანიშვნისა და განსხვავებული აზრის არსებულ პრაქტიკას.²⁷³ მან განაცხადა, რომ მხარეთა მიერ არბიტრის დანიშვნის სისტემა წარმოადგენს „*საერთაშორისო არბიტრაჟის ქვაკუთხედს და რომ ჩვენ წინდახედულობა უნდა გამოვიჩინოთ უმიზეზოდ დამკვიდრებული ტრადიციის შეცვლისას*“.²⁷⁴

ბატონმა *ვიდერმა* უპასუხა პროფესორი *ვან დენ ბერგის* მიერ გამოთქმულ არგუმენტებს განსხვავებული აზრის შესახებ და აღნიშნა, რომ კარგი განსხვავებული აზრი საარბიტრაჟო განხილვაში ჯანსაღი ინტელექტუალური

²⁷⁰ *Ibid*, 14.

²⁷¹ *Ibid*, 34.

²⁷² *Ibid*, 32.

²⁷³ *Ibid*.

²⁷⁴ *Sebastian*, იხილეთ ზემოთ 12, 4.

ენერჯის ნიშანია და არა მხარეთა მიერ არბიტრების დანიშვნის სისტემის ფატალური ავადმყოფობის გამოვლინება.²⁷⁵

იან პაულსონის წინადადება გააკრიტიკა ფრანგმა იურისტმა ალექსის მურემ კლუვერის საარბიტრაჟო ბლოგში გამოქვეყნებულ სტატიაში.²⁷⁶ ამ განთქმულმა პრაქტიკოსებმა შემდგომში აღნიშნული საკითხი განიხილეს ლონდონის ეკონომიკისა და პოლიტიკური მეცნიერებების სკოლის მიერ ორგანიზებულ სპეციალისტების სემინარზე.²⁷⁷ ბატონმა მურმა განაცხადა, რომ არბიტრების შერჩევა უზრუნველყოფს მხარეთათვის საარბიტრაჟო წარმოების პროცესზე გარკვეული კონტროლის მექანიზმს.²⁷⁸ მისი აზრით, მხარეები ირჩევენ არბიტრს მათი რეპუტაციიდან გამომდინარე და ნებისმიერი შეუსაბამო ზეგავლენა საბოლოო ჯამში არ არის პროდუქტიული განხილვის პროცესისთვის, რადგან ტენდენციური არბიტრები აღმოჩნდებიან საარბიტრაჟო ტრიბუნალის წევრთა უმცირესობაში.²⁷⁹

პროფესორი ჯიორჯიო საკერდოტი მხარს უჭერდა მხარეთა მიერ არბიტრების დანიშვნის არსებულ სისტემას და ამტკიცებდა, რომ ტრიბუნალის წევრების არჩევის უფლება განასხვავებდა საარბიტრაჟო წარმოებას სამართალწარმოებისაგან და საშუალებას აძლევდა მხარეს დაენიშნა არბიტრები, რომლებიც უპასუხებდნენ მხარის მოლოდინს ეროვნების, ენის, კულტურის, სამართლებრივი და ტექნიკური ცოდნის გათვალისწინებით.²⁸⁰ იგი ამტკიცებდა, რომ არსებობს გარანტიები იმისათვის, რომ ცალმხრივად დანიშნულმა არბიტრებმა ბოროტად არ გამოიყენონ თავიანთი უფლებები. ეს გარანტიებია:

²⁷⁵ Carter, იხილეთ ზემოთ 12, 2.

²⁷⁶ Mourre, იხილეთ ზემოთ 55.

²⁷⁷ “Unilaterally Appointed Arbitrators A Good Idea?” Debate between Alexis Mourre (Castaldi Mourre Paris) and Professor Jan Paulsson (LSE), 24 November 2010, ხელმისაწვდომია: <https://www.youtube.com/watch?v=DeTK-rUb6fU> (მომხმარებელმა ვებგვერდი ბოლოს მოინახულა 2013 წლის 27 დეკემბერს).

²⁷⁸ Mourre, იხილეთ ზემოთ 55.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ 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.

• აღიარება, რომ არბიტრები არ არიან მხარეთა წარმომადგენლები, არამედ ისინი არიან მეურვეები, რომლებმაც დავა უნდა გადაწყვიტონ სამართლიანად;

• საარბიტრაჟო პროცესში გათვალისწინებულია სასამართლოს უფლება გააკონტროლოს სამართლებრივი პროცესის ძირითადი წესების დაცვა;

• არსებული საუკეთესო პრაქტიკა, მაგალითად, 1994 წლის საერთაშორისო ადვოკატთა ასოციაციის სახელმძღვანელო პრინციპები საერთაშორისო არბიტრაჟში ინტერესთა კონფლიქტის შესახებ მიღებული სტანდარტია;

პროფესორი 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 ერთერთ ფუნდამენტურ თვისებას და გადაიქცევა საერთაშორისო კვაზი სამართლებრივ მექანიზმად.²⁸¹

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

ფართოდარის მიღებული, 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

²⁸¹ *Ibid.*

გადაწყვეტილებას და საარბიტრაჟოპროცესს დავის გადაწყვეტის უპირატეს მეთოდთა აქცევს.²⁸² თუმცა, ამავედროს, 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.²⁸³

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

²⁸² *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*).

²⁸³ *Melanie van Leeuwen*, იხილეთ ზემოთ 21, 14.

ხარვეზების აღმოფხვრას. მხარეები საარბიტრაჟო პროცესში ჩართულები იქნებიან როგორც ტრინუნალის შემქმნელები და შეიძლება 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 უზრუნველყოფილი იქნება აზრი, რომ მხარის მიერ დანიშნული არბიტრი არის ამ მხარის არბიტრი.²⁸⁴ წარმოდგენილი სისტემის დანერგვა მნიშვნელოვანი წინგადადგმული ნაბიჯი იქნება ზემოაღნიშნულ ცალმხრივად დანიშნულ არბიტრებისგამოწვევასთან დაკავშირებული პრობლემების გადასაჭრელად. თუ მხარე ჩართული იქნება კონკრეტული არბიტრის შერჩევის პროცესში, შემდგომი პრობლემების რისკი მნიშვნელოვნად შემცირდება.

ამასთან უნდა აღინიშნოს, რომ წარმოდგენილი სისტემა არ გამორიცხავს 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.²⁸⁵ იმ ფაქტის გათვალისწინებით, რომ შესაძლოა მხარეები ლეგიტიმურად არ ენდობოდნენ მათი ჩართულობის გარეშე საარბიტრაჟო ინსტიტუტის მიერ ტრიბუნალის წევრების შერჩევას, მათ მოლაპარაკებისა და

²⁸⁴ *Vetulli E.H.*, იხილეთ ზემოთ 72, 3.

²⁸⁵ *Paulsson J.*, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013, 277.

გამოცდილი და კვალიფიციური არბიტრის შერჩევისთვის კეთილსინდისიერად ექნებათ დამატებითი სტიმული.

7. დასკვნა

უდავოა, 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 გადაწყვეტილების მიღების პროცესში საარბიტრაჟო ინსტიტუტის ჩართვას. ზემოთ აღნიშნული შეთავაზება საფუძვლად დაედება ახალი ინსტრუმენტების შემუშავებას არსებული გამოწვევების დასაძლევად და ცალმხრივად დანიშნულ არბიტრებთან დაკავშირებით არსებული პრობლემების გადასაჭრელად.

**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.²⁸⁶ 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."²⁸⁷ In some states, state bar associations or ADR organizations have published statewide standards.²⁸⁸

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

286 See generally Kimberlee K. Kovach, *Musings on Idea(l)s in the Ethical Regulation of Mediators: Honesty, Enforcement, and Education*, 21 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 123 (2005) (discussing mediator ethics); Charles Pou, Jr., "Embracing Limbo": *Thinking About Rethinking Dispute Resolution Ethics*, 108 PENN ST. L. REV. 199 (2003) (presenting an overview of ethics in mediation); John D. Feerick, *Toward Uniform Standards of Conduct for Mediators*, 38 S. TEX. L. REV. 455 (1997) (discussing the Model Standards of Conduct for Mediators); James J. Alfini, *Mediator Ethics*, in DISPUTE RESOLUTION ETHICS: A COMPREHENSIVE GUIDE 65 (Phyllis Bernard & Bryant Garth eds., 2002) (comparing different standards of conduct for mediators).

287 Alfini, *supra* note 1, at 65.

288 *Id.*

Association for Conflict Resolution (originally adopted in 1994 and revised in 2005),²⁸⁹ 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).²⁹⁰ 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.²⁹¹

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.²⁹² To emphasize the goal of party self-determination, for example, both sets of national standards explicitly caution the mediator to avoid coercion.²⁹³ The national standards and most sets of state standards also offer both general language and explicit guidance concerning process fairness, another core value.²⁹⁴ 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.²⁹⁵ While the mediator may view certain

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

290 Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation (2000), *available at*: <http://www.afccnet.org/pdfs/modelstandards.pdf>.

291 *See* Alfini, *supra* note 1, at 65–66.

292 MODEL STANDARDS OF CONDUCT FOR MEDIATORS pmb1., Standard I, Standard VI; MODEL STANDARDS OF PRACTICE FOR FAMILY AND DIVORCE MEDIATION Overview and Definitions, Standard I, Standard VI.

293 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 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.”).

294 *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.”).

295 *See, e.g., Riskin L.L., Understanding Mediators’ Orientations, Strategies, and*

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.²⁹⁶ 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.²⁹⁷ 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

Techniques: A Grid for the Perplexed, 1 HARV. NEGOT. L. REV. 7, 44–45 (1996).

296 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.”).

297 See generally Wayne D. Brazil, *Court ADR 25 Years After Pound: Have We Found a Better Way?*, 18 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 93 (2002) (highlighting the need to preserve party self-determination to ensure process fairness).

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.²⁹⁸ 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 era is Professor Nancy Welsh of the Dickinson School of Law at Pennsylvania State University.²⁹⁹ 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?*³⁰⁰ 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.³⁰¹

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

298 See, e.g., Judith Resnik, *Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, 10 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 211, 241–65 (1995); Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073, 1082–83 (1984). But see Carrie Menkel-Meadow, *Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)*, 83 GEO. L.J. 2663, 2672–78 (1995).

299 Penn State Dickinson School of Law, Faculty Profile, <http://www.dsl.psu.edu/faculty/welsh.cfm> (last visited Apr. 4, 2008).

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

301 *Id.* at 789–93.

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.”³⁰² 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.³⁰³ Both empirical and anecdotal evidence suggests that many attorneys who represent parties in mediation seem to want evaluative mediation rather than facilitative mediation.³⁰⁴ 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.³⁰⁵

302*Id.* at 801–02.

303 *See id.* at 805–09.

304*Id.* at 805; *see, e.g.*, Chris Guthrie, *The Lawyer’s Philosophical Map and the Disputant’s Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and Lawyering*, 6 HARV. NEGOT. L. REV. 145, 148–50 (2001) (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).

305 For a variety of perspectives on evaluative vs. facilitative mediation, see Riskin, *supra* note 10; Kimberlee K. Kovach & Lela P. Love, *Mapping Mediation: The Risks of Riskin’s Grid*, 3 HARV. NEGOT. L. REV. 71 (1998); James J. Alfini, *Evaluative Versus*

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 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."³⁰⁶

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.³⁰⁷ 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

Facilitative Mediation: A Discussion, 24 FLA. ST. U. L. REV. 919 (1997); Leonard L. Riskin, *Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System*, 79 NOTRE DAME L. REV. 1 (2003) (noting that parties and lawyers want evaluations as part of mediation services); Jeffrey W. Stempel, *Identifying Real Dichotomies Underlying the False Dichotomy: Twenty-First Century Mediation in an Eclectic Regime*, 2000 J. DISP. RESOL. 371 (2000).

306 Welsh, *supra* note 15, at 851.

307 *Id.* at 809–13.

back and forth between the parties.³⁰⁸ 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"?*³⁰⁹ I identified this practice as a trashing methodology. One of the lawyer mediators I interviewed said, "I trash their cases."³¹⁰ 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.³¹¹ 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."³¹² 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.³¹³ 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-

308 *Id.*

309 James J. Alfini, *Trashing, Bashing, and Hashing It Out: Is This the End of "Good Mediation"?*, 19 FLA. ST. U. L. REV. 47 (1991).

310 *Id.* at 66.

311 *Id.* at 66–67.

312 Welsh, *supra* note 15, at 852.

313 *See id.* at 813–16.

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 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.³¹⁴ 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 Conduct³¹⁵ and the ABA’s Model Code of Judicial Conduct,³¹⁶ 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.*”³¹⁷ 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

314 See *supra* notes 8, 9, 11 and accompanying text.

315 MODEL RULES OF PROF’L CONDUCT (2007).

316 MODEL CODE OF JUDICIAL CONDUCT (2007).

317 MODEL RULES OF PROF’L CONDUCT pmbL., para. 1 (emphasis added).

maintain and enhance confidence in the legal system.³¹⁸

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?³¹⁹ 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?³²⁰ Thus, does it strengthen democratic values by insisting on process fairness or procedural justice?³²¹ It may be that the drafting of ethics rules or standards of conduct for mediators 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

318 MODEL CODE OF JUDICIAL CONDUCT pmb1., para. 1.

319 For a discussion of how mediation might further the goals of reparative, distributive, and procedural justice, see Jonathan M. Hyman & Lela P. Love, *If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation*, 9 CLINICAL L. REV. 157 (2002), and Jonathan M. Hyman, *Swimming in the Deep End: Dealing with Justice in Mediation*, 6 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 19 (2004).

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

321 See Richard C. Reuben, *Democracy and Dispute Resolution: Systems Design and the New Workplace*, 10 HARV. NEGOT. L. REV. 11, 44 (2005) (“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* Nancy A. Welsh, *The Place of Court-Connected Mediation in a Democratic Justice System*, 5 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 117, 137 (2004) (“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.

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."³²² 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."³²³ 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."³²⁴ 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.³²⁵ 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.³²⁶ Others have argued that rather than broadening

322 See Leonard L. Riskin, *Mediation and Lawyers*, 43 OHIO ST. L.J. 29, 43-44 (1982) (observing that most lawyers tend to view disputants as adversaries and believe that disputes should be resolved by applying laws to facts).

323 *Id.* at 43.

324 Guthrie, *supra* note 19, at 164.

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

326 See, e.g., Carrie Menkel-Meadow, *Ethics and Professionalism in Non-Adversarial Lawyering*, 27 FLA. ST. U. L. REV. 153, 155 (1999); Kimberlee K. Kovach, *New Wine Requires New Wineskins: Transforming Lawyer Ethics for Effective*

the rules of professional conduct for lawyers, separate sets of ethics rules should be developed for lawyers operating in different professional contexts.³²⁷ 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.³²⁸

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.

Representation in a Non-Adversarial Approach to Problem Solving: Mediation, 28 *FORDHAM URB. L.J.* 935, 953–59 (2001); Kimberlee K. Kovach, *Lawyer Ethics Must Keep Pace with Practice: Plurality in Lawyering Roles Demands Diverse and Innovative Ethical Standards*, 39 *IDAHO L. REV.* 399, 414–18 (2003).

327 Scott R. Peppet, *Lawyers' Bargaining Ethics, Contract, and Collaboration: The End of the Legal Profession and the Beginning of Professional Pluralism*, 90 *IOWA L. REV.* 475, 511–14 (2005).

328 *Id.* at 514–29.

მედიაცია, როგორც გამოწვევა: მედიაციის ეთიკასა და
ადვოკატ მედიატორების პრაქტიკას შორის კავშირის
წყველის საპასუხოდ

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

მედიატორის ეთიკა გახდა ფართო ყურადღების საგანი.³²⁹ სათანადო ქცევის ნორმების განვითარებაში ინტერესის გაღვივებას ხელი შეუწყო სასამართლოს მიერ დაფინანსებული მედიაციის პროგრამების პოპულარობის ზრდამ მეოცე საუკუნის უკანასკნელ დეკადიდან ოცდამეერთე საუკუნის დასაწყისამდე. სასამართლოს მიერ დანიშნული მედიატორების ქცევის რეგულირების მიზნით საშტატო და ფედერალურმა სასამართლოებმა რამდენიმე იურისდიქციაში

329. იხილეთ საზოგადოდ Kimberlee K. Kovach, *Musings on Idea(l)s in the Ethical Regulation of Mediators: Honesty, Enforcement, and Education*, 21 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 123 (2005) (განიხილავს მედიატორის ეთიკას); Charles Pou, Jr., *“Embracing Limbo”: Thinking About Rethinking Dispute Resolution Ethics*, 108 PENN ST. L. REV. 199 (2003) (წარმოადგენს მედიაციაში ეთიკის მიმოხილვას); John D. Feerick, *Toward Uniform Standards of Conduct for Mediators*, 38 S. TEX. L. REV. 455 (1997) (განიხილავს მედიატორების ქცევის ნორმების ნიმუშებს); James J. Alfini, *Mediator Ethics*, in DISPUTE RESOLUTION ETHICS: A COMPREHENSIVE GUIDE 65 (Phyllis Bernard & Bryant Garth eds., 2002) (მედიატორების ქცევის სხვადასხვა ნორმების შედარება).

გამოაქვეყნეს მედიატორის ეთიკის წესები; ეს წესები ხშირად იყენებს “მედიატორების ქცევის ნორმების ფორმულირებებს, რომლებიც შემუშავებულია პროფესიონალური ორგანიზაციებისა და დისპუტების ალტერნატიული გადაწყვეტის (ADR) ორგანიზაციის პრაქტიკოსების მიერ.”³³⁰ ზოგ შტატში შტატის ადვოკატების ასოციაციამ და ADR ორგანიზაციებმა გამოაქვეყნეს სტანდარტები შტატის მასშტაბით..³³¹

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),³³² 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).³³³ ბევრმა იურისდიქციამ, რომლებმაც მიიღეს მედიატორის ქცევის ნორმები, მოდელად გამოიყენეს ერთობლივი სტანდარტების მოდელი. იმ შტატებში, რომლებსაც არ მიუღიათ სტანდარტები, ხშირად სახელმძღვანელო პრინციპად გამოიყენება ერთობლივი სტანდარტების მოდელი.³³⁴

ჩემი აქცენტი ძირითადად გაკეთდება მედიაციის ძირითად ღირებულებებზე და პრინციპებზე, როგორც

330. Alfini, *ადრე აღნიშნული შენიშვნა* 1, გვ. 65.

331. *იქვე*

332. MODEL STANDARDS OF CONDUCT FOR MEDIATORS (2005), *ხელმისაწვდომია* http://www.abanet.org/dispute/documents/model_standards_conduct_april2007.pdf.

333. MODEL STANDARDS OF PRACTICE FOR FAMILY AND DIVORCE MEDIATION (2000), *ხელმისაწვდომია* <http://www.afccnet.org/pdfs/modelstandards.pdf>.

334. *იხ.* Alfini, *ადრე აღნიშნული შენიშვნა* 1, გვ. 65–66.

ფორმულირებულია სხვადასხვა სტანდარტებში. მედიაციის ყველაზე ფუნდამენტალურ პრინციპს წარმოადგენს მხარის თვითგანსაზღვრა, რომელზედაც მუდამ არის მითითებული სხვადასხვა სტანდარტებში.³³⁵ მხარის თვითგანსაზღვრის მიზნის ხაზგასმით აღსანიშნავად, მაგალითად, ეროვნული სტანდარტების ორივე კომპლექსი აშკარად აფრთხილებს მედიატორს თავი აარიდოს ძალდატანებას.³³⁶ ეროვნული სტანდარტები და შტატების სტანდარტების უმრავლესობა აგრეთვე გვთავაზობს ორივეს, ზოგად ფორმულირებას და დეტალურ მითითებებს პროცესის სამართლიანობასთან, როგორც მეორე ძირითად ღირებულებასთან, დაკავშირებით.³³⁷ 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.³³⁸ იმ დროს როდესაც მედიატორი კონკრეტულ ინფორმაციას შეიძლება განიხილავდეს როგორც არსებითს ინფორმაციაზე

335. 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.

336. 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 ვერ მოახდენს ზეგავლენას მედიატორზე, მონაწილეების საკითხის ძალდატანებით გადაჭრაზე.”).

337. *ib.* Model Standards of Conduct for Mediators Standard VI; Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation Standard VI (“მედიატორი საოჯახო საკითხებში ისეთნაირად მოაწობს მედიაციის პროცესს, რომ მონაწილეებმა გადაწყვეტილებები მიიღონ საკმარისი ინფორმაციისა და ცოდნის საფუძველზე”).

338. See, e.g., Leonard L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 HARV. NEGOT. L. REV. 7, 44–45 (1996).

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.³³⁹ უფრო მეტიც, ინფორმაცია შეიძლება მხარეების მიერ მიღებული იყოს, როგორც რჩევა. რითაც 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 არ უნდა აკეთებდეს, რაც მიმართული იქნება ამ ძირითადი ღირებულების საპირისპიროდ.

მეორეს 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

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

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.³⁴⁰ სასამართლოს მიერ დაფინანსებული მედიაციის ამგვარ პროგრამებთან ერთად ჩვენ აგრეთვე 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 ჩვენ ვხედავთ, რომ ძირითხრება მედიაციის ტრადიციულ მოდელს, რომელიც უნდა მოითხოვდეს მხარის თვითგანსაზღვრის მტკიცე ვალდებულებას.

კარგი სიახლე არის ის, რომ მჯერა, რომ ჩვენ მზად ვართ არსებული სიტუაციის შესაფასებლად და რაღაცის გასაკეთებლად მასთან დაკავშირებით, კერძოდ, შევდივართ დისპუტების ალტერნატიული გადაწყვეტის კრტიკის 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), წუხდნენ, რომ მედიაციის მსგავსი არაოფიციალური პროცესების ხშირი გამოყენება ყირამალა დააყენებდა ჩვენი სამართლის სისტემას, მაგრამ ეს კრიტიციზმი მათ შემოგვთავაზეს ძალზედ აბსტრაქტულ დონეზე.³⁴¹ მედიაციის

340. *ib. ზოგადად* Wayne D. Brazil, *Court ADR 25 Years After Pound: Have We Found a Better Way?*, 18 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 93 (2002) (ნათლად დამოკყოფს მხარის თვითგანსაზღვრის პრინციპის დაცვის საჭიროებას პროცესის სამართლიანობის უზრუნველსაყოფად).

341. *ib. მაგალითად*, Judith Resnik, *Many Doors? Closing Doors? Alternative*

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 წამყვანი მოაზროვნე არის პენსილვანიის შტატის უნივერსიტეტის დიკინსონის იურიდიული სკოლის პროფესორი ნენსი უელში (Nancy Welsh)³⁴² ადრე ნენსი იყო გამოცდილი მედიატორი, მუშაობდა მედიაციის ცენტრის აღმასრულებელ დირექტორად მინიაპოლისში. ნენსი გვთავაზობს არსებული მედიაციის ბრწყინვალე კრიტიკას თავის სტატიაში: *გარიგება სასამართლოსთან დაკავშირებულ მედიაციაში: რა უნდა გააკეთოს სამართალმა მასთან დაკავშირებით?*³⁴³ 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 ინტერვენციების ახალ უპირატესობას, (3) ერთობლივი სესიის გაუქმებას ან მარგინალიზაციას და (4) კრეატიულობის ნაკლებობას წარმოქმნილ შეთანხმებებში.³⁴⁴

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

Dispute Resolution and Adjudication, 10 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 211, 241–65 (1995); Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073, 1082–83 (1984). *მაგრამ* *ob. Carrie Menkel-Meadow, Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)*, 83 GEO. L.J. 2663, 2672–78 (1995).

342. Penn State Dickinson School of Law, Faculty Profile, <http://www.dsl.psu.edu/faculty/welsh.cfm> (last visited Apr. 4, 2008).

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

344. *იქვე* გვ. 789–93.

დასარეგულირებლად”³⁴⁵ დაინტერესებულ რეალურ მხარეს ხშირად წარმოადგენს სადაზღვევო კომპანია. ამრიგად, ამ შემთხვევებიდან ბევრ მათგანში სწორედ მხარეების ადვოკატები ესწრებიან საშუამავლო სესიებს და მხარეების სახელით აწარმოებენ მოლაპარაკებებს. მაშინაც კი, როდესაც მხარეები არიან უფლებამოსილი 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), რიგორც უმრავლესობა ჩვენთაგანი განსაზღვრავდა მას – ჰქონდეთ ხმის შესაძლებლობა და ეს ხმა უნდა იყოს გათვალისწინებული და ითვლებოდეს ღირსეულად და პატივისცემით. ჩემის 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 სასამართლისთან დაკავშირებულ მედიაციაში.³⁴⁶ ორივე ემპირიული და ერთეული შემთხვევა გვკარნახობს, რომ ადვოკატებს, რომლებიც წარმოადგენენ მხარეებს მედიაციაში, უფრო მეტად სურთ შეფასებითი, ვიდრე ხელშემწყობითი მედიაცია,³⁴⁷ ანუ მათ სურთ მედიატორები, რომლებიც

345. *იქვე* გვ. 801–02.

346. *იხ.* გვ. 805–09.

347. *იხ.* გვ. 805; *იხ. მაგალითად*, Chris Guthrie, *The Lawyer's Philosophical Map and the Disputant's Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and*

ჩატარებენ “შემოწმებას რეალურ პირობებში” თავიანთი საკუთარი კლიენტებისთვის და მოწინააღმდეგე მხარეებისთვის; მათ სურთ, რომ მედიატორები იძლეოდნენ შეხედულებებს საქმის არსზე – თავიანთი საქმეების სუსტ და ძლიერ მხარეებზე და მათ სურთ, რომ მედიატორები თავაზობდნენ გადაწყვეტილებების მიზანშეწონილი დიაპაზონების განხილვას.³⁴⁸

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, მოსამართლეები 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

Lawyering, 6 HARV. NEGOT. L. REV. 145, 148–50 (2001) (არგუმენტირებს, რომ მსოფლიო მასშტაბით სანქციონირებული ხელშეწყობითი მედიაციის დროსაც კი ადვოკატ მედიატორებით მონაწილეობით მედიაცია არ იქნება წმინდა ხელშეწყობითი პროცესი ადვოკატის მიერ გაკეთებული დასკვნებისა და კამათის მონაწილე მხარის აღქმის ფონზე).

348. ხელშეწყობითი მედიაციის მრავალრიცხოვანი ვარიანტების პერსპექტივების შეფასებასთან დაკავშირებით იხ. Riskin, *ადრე აღნიშნული შენიშვნა* 10; Kimberlee K. Kovach & Lela P. Love, *Mapping Mediation: The Risks of Riskin’s Grid*, 3 HARV. NEGOT. L. REV. 71 (1998); James J. Alfini, *Evaluative Versus Facilitative Mediation: A Discussion*, 24 FLA. ST. U. L. REV. 919 (1997); Leonard L. Riskin, *Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System*, 79 NOTRE DAME L. REV. 1 (2003) (შენიშნავს, რომ მხარეებსა და ადვოკატებს სურთ, რომ შეფასებები იყოს მედიაციის მომსახურების შემადგენელი ნაწილი); Jeffrey W. Stempel, *Identifying Real Dichotomies Underlying the False Dichotomy: Twenty-First Century Mediation in an Eclectic Regime*, 2000 J. DISP. RESOL. 371 (2000).

მას შემდეგ რაც მოკამათე მხარეებს მიეცამათ საკმარისი შესაძლებლობა თავიანთი ისტორიების მოსაყოლად და თუ ნათელია, რო მოკამათე მხარეები უარს აცხადებენ მედიატორის შეფასებაზე.”³⁴⁹

მე არ ვიქნებოდი ასე გულუხვი. ჩემი შეხედულებით 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 მოვაცილებთ ცენტრალურ პოზიციას და იურისტები დავაბრუნეთ დომინანტურ პოზიციაზე დისპუტების გადაჭრის პროცესში.

ნენსის მესამე დაკვირვება ცვალებად პრაქტიკებზე სასამართლოსთან დაკავშირებულ კონტექსტში არის ის, რომ ერთობლივი სესია ლიკვიდირდება ან ხდება უმნიშვნელო.³⁵⁰ ერთობლივ სესიას ადგილი აქვს მაშინ, როდესაც მედიატორი ყველა მხარეს ხვდება ერთსადაიმავე 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 ოთახშიდა მედიატორი მოძრაობს წინ და უკან მხარეებს შორის.³⁵¹ ფაქტობრივად, ეს ახალი პრაქტიკა მე შევნიშნე ფლორიდაში კვლევის ჩატარების დროს 1990 წელს და მოგვიანებით გამოვაქვეყნე სტატიაში სათაურით: ”*ნავაგში ქექვა, ვაკრიტიკება და განხილვა: არის ეს “კარგი მედიაციის დასასრული”?*”³⁵² ამ პრაქტიკას მე ვაიდენტიფიცირებდი

349. Welsh, *ადრე აღნიშნული შენიშვნა* 15, გვ. 851.

350. *იქვე* გვ. 809–13.

351. *იქვე*

352. James J. Alfani, *Trashing, Bashing, and Hashing It Out: Is This the End of “Good Mediation”?*, 19 FLA. ST. U. L. REV. 47 (1991).

როგორც ნაგვის ქექვის მეთოდოლოგიად. ერთ-ერთმა ადვოკატ მედიატორმა ჩემთან გასაუბრებისას განაცხადა: “მე ნაგვისაგან ვათავისუფლებ მათ საქმეებს.”³⁵³ მან ახსნა, რომ იგი შედიოდა ხოლმე მოსარჩელების ოთახში და მიუთითებდა ხოლმე მათი საქმეების სუსტ მხარეებზე და აძლევდა ხოლმე დროს მოსაფიქრებლად, სანამ იგი შევიდოდა მოპასუხეების ოთახში იგივე ქმედების ჩასატარებლად.³⁵⁴ მხარეებს შორის დაძაბულობა საკმარისად შესუსტდებოდა ხოლმე 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.”³⁵⁵ კვლავ მოლაპარაკებების თეორიის თვალსაზრისით ეს შეიძლება იყოს უფრო ეფექტური გზა დისპუტების დარეგულირებისათვის, თუმცა ეს ისევე არ შეესაბამება მხარის თვითგანსაზღვრის ძირეულ ღირებულებას. იგი ამცირებს მხარეების მიერ თავიანთი ამბების მოყოლის შესაძლებლობას მეორე მხარის თანდასწრებით და იწვევს 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, გარკვეულ წილად წარმოადგენს დიალოგს მედიატორსა და ადვოკატს შორის და მხარის მონაწილეობა კვლავ არ არის გათვალისწინებული.

დაბოლოს, ნენსი ამტკიცებს, რომ არაკრეატიულობას აქვს ადგილი კონფლიქტების დასარეგულირებელ

353. *იქვე* გვ. 66.

354. *იქვე* გვ. 66–67.

355. Welsh, *ადრე აღნიშნული შენიშვნა* 15, გვ. 852.

გადაწყვეტილებებში, რომლებიც მიიღება სასამართლოსთან დაკავშირებულ მედიაციაში.³⁵⁶ 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 აღვიღო 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 თავაზობს საქმის თითოეული მხარის სამართლებრივ არსზე და იძლევა სავარაუდო შედეგს – დისპუტების დარეგულირების საფუძველზე თანხის გადახდასთან დაკავშირებით. თუ ეს ზედმიწევნით 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 პროცედორული 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.³⁵⁷ მაშინ რატომ არის წყვეტა პრაქტიკულად რაც ჩანს სასამართლოთი დაფინანსებულ პროგრამებსა და ეთიკის ნორმებს შორის,

356. *იქვე ვკ.* 813–16.

357. *იხ. ადრე აღნიშნული შენიშვნები* 8, 9, 11 და თანმხლები ტექსტი.

რომლებიც მოითხოვება ამ პროგრამების შესაქმნელად? ერთი მიზეზი ჩემის 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.

მეორეს მხრივ, ეთიკის წესების ორ კომპლექსს, რომელიც ყველაზე მეტად იციან იურისტებმა, პროფესიონალური ეთიკის ABA-ს ტიპური ნორმას³⁵⁸ და სასამართლოს ქცევის ABA-ს ტიპური ნორმა,³⁵⁹ 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 პასუხისმგებლობის მქონე საზოგადოებრივი მოქალაქე.”³⁶⁰ 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 ისწარფოდნენ ნდობის შესანარჩუნებლად და ასამაღლებლად იურიდიულ სისტემაში.³⁶¹

მედიატორის ეთიკის არცერთ ჩემთვის ცნობილ სტანდარტში არ არის შთაგონებისკენ მიმართული არავითარი

358. Model Rules of Prof'l Conduct (2007).

359. Model Code of Judicial Conduct (2007).

360. Model Rules of Prof'l Conduct pmb., para. 1 (აქცენტირება თანდართულია).

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

ფორმულირება. უფრო ზუსტად, ამ სტანდარტების შესავალი ფოკუსირდება მედიაციის განმარტებაზე, რომელიც შესაძლოა აღეკატურია პროცედურული სამართლის მიზნებისთვის, მაინც არ გამოხატავს სწრაფვას მედიატორის უფრო ფართო საზოგადოებრივი სამართლის კონტექსტში ჩაყენებისკენ.

შეიძლება ჩვენთვის საჭირო იყოს მედიატორის ნორმების დამატებითი ფორმულირებების განხილვა, რომლებიც მედიატორს წარმოგიდგენს უფრო ფართო კონტექსტში, მაგრამ აქ ჩნდება შემდეგი შეკითხვა: როგორ უწყობენ ხელს ან აძლიერებენ მედიატორები სამართალს ჩვენს საზოგადოებაში?³⁶² ამ თემაზე საოცრად ცოტა რამ არის ნაფიქრალი 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?³⁶³ ამრიგად, აძლიერებს იგი დემოკრატიულ ღირებულებებს პროცესის სამართლიანობის ან პროცედურული სამართლის დაჟინებითი მოთხოვნით?³⁶⁴

362. მსჯელობა იმის თაობაზე, თუ როგორ შეიძლება მედიაციამ ხელი შეუწყოს აღდგენითი, კეთილდღეობის გაგრძელებისა და პროცედორული სამართლიანობის მიზნების სტიმულირებას, იხ. Jonathan M. Hyman & Lela P. Love, *If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation*, 9 CLINICAL L. REV. 157 (2002), and Jonathan M. Hyman, *Swimming in the Deep End: Dealing with Justice in Mediation*, 6 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 19 (2004).

363. ისპუტების დარეგულირებისთვის დამახასიათებელი დემოკრატიული ღირებულებების უფრო ფართო განხილვა იხ. Menkel-Meadow, *ადრე აღნიშნული შენიშვნა* 13.

364. იხ. Richard C. Reuben, *Democracy and Dispute Resolution: Systems Design and the New Workplace*, 10 HARV. NEGOT. L. REV. 11, 44 (2005) (“დისპუტების კონსენსუალური გადაწყვეტის პროცესი, რომელიც მოითხოვს მხარეების თანხმობას დისპუტების გადაჭრამდე, მედიაცია საზოგადოდ შეიძლება ჩანდეს თვისობრივად უფრო დემოკრატიული პროცესი, ვიდრე სასამართლო პროცესი, საარბიტრაჟოს მსგავსად.”). მაგრამ იხ. Nancy A. Welsh, *The Place of Court-Connected Mediation in a Democratic Justice System*, 5 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 117, 137 (2004) (“ვინაიდან ადვოკატები გახდნენ მედიაციის სესიების უფრო ხშირი მონაწილენი და აიღეს პასუხისმგებლობა მედიატორების შერჩევაზე, პროცესი უფრო ნაკლებად ფოკუსირებული გახდა მოქალაქეებისათვის უფლებამოსილების მინიჭებაზე და მეტად ფოკუსირებული მოქალაქეების იძულებაზე გაეცნონ

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.

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

მაგრამ მედიაციის, როგორც გამოწვევის 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”³⁶⁵ ოცდახუთზე მეტი წლის წინ პროფესორ ლეონარდ რისკინმა დაკვირვების შედეგად აღმოაჩინა, რომ “საუჯეთესო პრაქტიკის მქონე ადვოკატებისა და იურისტ პედაგოგების მიერ გამოყენებული ფილოსოფიური რუკა რადიკალურად განსხვავდება რუკისაგან, რომელიც მედიატორმა უნდა გამოიყენოს.”³⁶⁶ უფრო ბოლო დროს პროფესორ კრის გუტრიემ (Chris Guthrie) გაანალიზა ექსპერიმენტალური მონაცემები ადვოკატთა დამოკიდებულებაზე და ინდივიდუალობებზე და

და შეურიგდნენ სასამართლოს სამართლებრივ, მომრიგებლურ და ტრანსაქციურ 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.

365. იხ. Leonard L. Riskin, *Mediation and Lawyers*, 43 OHIO ST. L.J. 29, 43–44 (1982) (აღნიშნავს, რომ ადვოკატების უმრავლესობა ცდილობს განიხილოს მოკამათე მხარეები, როგორც მოწინააღმდეგეები და სჯერა, რომ დისპუტები უნდა გადაწყდეს კანონების ფაქტებისადმი მიყენების გზით).

366. *იქვე* გვ. 43.

დაასკვნა: “რისკინის გამჭრიახი დაკვირვებების შესაბამისად ექსპერიმენტალური მონაცემებიდან გამომდინარეობს, რომ ნაკლებად ალბათია რომ ადვოკატების უმეტესობა ხელს უწყობდეს სრულიად ხელსაყრელ და შეუფასებელ ქცევას მედიაციაში.”³⁶⁷ ხელსაყრელი მედიაციის (და მხარის თვითგანსაზღვრის ძირითად ღირებულებასთან მისი ახლო კავშირის) ძლიერი მომხრეებიც კი როგორღაც ვერ მიდიან ამ დასკვნამდე. კოვანი და ლოვი აცხადებენ, რომ ადვოკატ მედიატორებს ჩვეულებივ მოყავთ ურთიერთსაწინააღმდეგო არგუმენტები საქმის კონკრეტულ არსთან დაკავშირებით და ამრიგად აქვთ მედიაციის თავიანთ ურთიერთსაწინააღმდეგო პარადიგმაში დაბრუნების ტენდენცია.³⁶⁸ ამრიგად უფრო მარტივად ადვოკატ მედიატორები მედიაციას თვლიან უფრო დისპუტების დარეგულირების მეთოდად, ვიდრე გამოწვევად, თუ არ იქნება ძირეული ცვლილებები ან შესწორებები ადვოკატის ფილოსოფიურ სქემაში.

მე მწამს, რომ ოცდამეერთე საუკუნის განმავლობაში ჩვენ ვიხილავთ ადვოკატის ფილოსოფიური სქემის ანუ როლის გაფართოებას. სხვადასხვა ინტერპრეტაციები კამათობენ, რომ ადვოკატების ეთიკის ნორმები გადახედილი უნდა იყოს ამ ცვლილებებისადმი მოსარგებად. ზოგი ამტკიცებს, რომ პროფესიონალური ქცევის წესებში შეტანილი უნდა იყოს არაურთიერთსაწინააღმდეგო მიდგომა საადვოკატო პრაქტიკის პრობლემის გადაჭრისადმი.³⁶⁹ სხვები ამტკიცებენ, რომ ადვოკატების პროფესიონალური ქცევის წესების გაფართოების ნაცვლად უმჯობესია ჩამოყალიბდეს ეთიკის წესების ცალკეული კომპლექსები სხვადასხვა პროფესიონალურ სფეროში მომუშავე ადვოკატებისათვის.³⁷⁰

367. Guthrie, *ადრე აღნიშნული შენიშვნა* 19, გვ. 164.

368. Kovach & Love, *ადრე აღნიშნული შენიშვნა* 20, გვ. 96.

369. *იხ. მაგალითად*, Carrie Menkel-Meadow, *Ethics and Professionalism in Non-Adversarial Lawyering*, 27 FLA. ST. U. L. REV. 153, 155 (1999); Kimberlee K. Kovach, *New Wine Requires New Wineskins: Transforming Lawyer Ethics for Effective Representation in a Non-Adversarial Approach to Problem Solving: Mediation*, 28 FORDHAM URB. L.J. 935, 953–59 (2001); Kimberlee K. Kovach, *Lawyer Ethics Must Keep Pace with Practice: Plurality in Lawyering Roles Demands Diverse and Innovative Ethical Standards*, 39 IDAHO L. REV. 399, 414–18 (2003).

370. Scott R. Peppet, *Lawyers' Bargaining Ethics, Contract, and Collaboration: The End of the Legal Profession and the Beginning of Professional Pluralism*, 90 IOWA L.

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.³⁷¹

მოკლედ, პრობლემის გადასაჭრელად, რომელიც წარმოიშვა მედიაციის ეთიკასა და ადვოკატ მედიატორების პრაქტიკას შორის წყვეტის 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 – გამოწვევა. ამავე დროს ადვოკატების ეთიკის წესებს მოუწევს გაფართოება, რათა ადვოკატ მედიატორებმა დაინახონ ეს გამოწვევა როგორც ადვოკატის ახალი ფილოსოფიური სქემის ნაწილი. მაგრამ ეს რეფორმები არ განხორციელდება დაჩქარებულად, რადგანაც საჭირო იქნება, რომ მედიაციამ მიაღწიოს თავის სრულ პოტენციალს.

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.”³⁷²

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.

* Alex Azarov is an Australian lawyer and mediator with two years experience mediating tenancy disputes in Brisbane, Australia. He has 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.

³⁷² Law Council of Australia (2007) “Guidelines for Lawyers in Mediations”. <http://www.nswbar.asn.au/docs/professional/adr/documents/LAWCOUNCILGUIDELINESFORLAWYERSINMEDIATIONS.pdf> Accessed 2nd April 2014.

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.”³⁷³

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.³⁷⁴ There are many other potential benefits of mediation that are unavailable through litigation and that may surprise lawyers.

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.³⁷⁵ 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,

³⁷³ Ardagh, Anne and Cumes, Guy (2007) “The legal profession post-ADR: From mediation to collaborative law” 18 *Australasian Dispute Resolution Journal* 205 at 208.

³⁷⁴ Hardy, Samantha and Rundle, Olivia (2010) “Mediation for Lawyers” CCH Australia, pp8-9.

³⁷⁵ Hardy, Samantha and Rundle, Olivia (2010) “Mediation for Lawyers” CCH Australia, pp6-10.

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.³⁷⁶

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.”³⁷⁷ 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.

³⁷⁶ Hardy, Samantha and Rundle, Olivia (2010) “Mediation for Lawyers” CCH Australia, p131.

³⁷⁷ Ardagh, Anne and Cumes, Guy (2007) “The legal profession post-ADR: From mediation to collaborative law” 18 Australasian Dispute Resolution Journal 205 at 206.

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.

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.³⁷⁸

It is important for a lawyer to be able to give 'mediation process advice' to the client.³⁷⁹ This includes practical issues like explaining how the mediation would proceed, determining if mediation is inappropriate³⁸⁰ (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.³⁸¹ 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

³⁷⁸ For detailed advice about how to prepare for mediation, see Hardy, Samantha and Rundle, Olivia (2010) "Mediation for Lawyers" CCH Australia, Chapter 4.

³⁷⁹ Cooper, Donna and Brandon, Mieke (2007) "How can family lawyers effectively represent their clients in mediation and conciliation processes?" 21 Australian Journal of Family Law 288 at 292.

³⁸⁰ For a discussion on appropriateness of mediation, see Hardy, Samantha and Rundle, Olivia (2010) "Mediation for Lawyers" CCH Australia, pp11-15.

³⁸¹ Cooper, Donna and Brandon, Mieke (2007) "How can family lawyers effectively represent their clients in mediation and conciliation processes?" 21 Australian Journal of Family Law 288 at 294.

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'.³⁸² 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

³⁸² For a detailed discussion of each role's advantages and disadvantages see Hardy, Samantha and Rundle, Olivia (2010) "Mediation for Lawyers" CCH Australia, pp143-154.

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. 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.³⁸³

Lawyers can also play an important role in relation to confidentiality in mediation.³⁸⁴ 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

³⁸³ Caputo, Chiara-Marisa (2007) "Lawyers' participation in mediation" 18 Australian Dispute Resolution Journal 84 at 90.

³⁸⁴ For a detailed discussion of the issue of confidentiality in mediation, see Hardy, Samantha and Rundle, Olivia (2010) "Mediation for Lawyers" CCH Australia, Chapter 6.

realistic and pragmatic. They can also address power imbalances in negotiations, especially if their client lacks confidence or assertiveness.³⁸⁵

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”³⁸⁶ 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.³⁸⁷ In litigation, this may seem natural. However, it completely goes against one of the core principles of mediation – direct disputant participation (DDP).³⁸⁸ 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 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.³⁸⁹

³⁸⁵ Cooper, Donna and Brandon, Mieke (2007) “How can family lawyers effectively represent their clients in mediation and conciliation processes?” 21 *Australian Journal of Family Law* 288 at 297.

³⁸⁶ Caputo, Chiara-Marisa (2007) “Lawyers’ participation in mediation” 18 *Australian Dispute Resolution Journal* 84 at 87.

³⁸⁷ Caputo, Chiara-Marisa (2007) “Lawyers’ participation in mediation” 18 *Australian Dispute Resolution Journal* 84 at 87.

³⁸⁸ Rundle, Olivia (2008) “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* 77.

³⁸⁹ Rundle, Olivia (2008) “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* 77 at 81.

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 Practice³⁹⁰

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 1990.³⁹¹ In Australia it developed within Family

³⁹⁰ Counsel, Caroline (2010) "What is this thing called collaborative law?" 85 Family Matters 77.

³⁹¹ Law Council of Australia "Collaborative Practice"
<http://www.lawcouncil.asn.au/lawcouncil/images/LCA-PDF/a-z-docs/WhatisCollaborativePractice.pdf> Accessed 2nd April 2014.

Law mediation and is primarily suited to divorce and parenting disputes.³⁹² 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 jurisdictions³⁹³ 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.

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

³⁹² Ardagh, Anne and Cumes, Guy (2007) "The legal profession post-ADR: From mediation to collaborative law" 18 *Australasian Dispute Resolution Journal* 205 at 209.

³⁹³ 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

Cooper, Donna and Brandon, Mieke (2007) “How can family lawyers effectively represent their clients in mediation and conciliation processes?” 21 Australian Journal of Family Law 288

Counsel, Caroline (2010) “What is this thing called collaborative law?” 85 Family Matters 77

Hardy, Samantha and Rundle, Olivia (2010) “Mediation for Lawyers” CCH Australia

Law Council of Australia (2007) “Guidelines for Lawyers in Mediations”

<http://www.nswbar.asn.au/docs/professional/adr/documents/LAWCOUNCILGUIDELINESFORLAWYERSINMEDIATIONS.pdf> Accessed 2nd April 2014

Rundle, Olivia (2008) “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 77

Appendix 1 Information to provide to a client about mediation³⁹⁴

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.

³⁹⁴ Hardy, Samantha and Rundle, Olivia (2010) “Mediation for Lawyers” CCH Australia pp264-265.

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.

Appendix 2 – Useful questions to ask your client when preparing for mediation³⁹⁵

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?

³⁹⁵ Cooper, Donna and Brandon, Mieke (2007) "How can family lawyers effectively represent their clients in mediation and conciliation processes?" 21 Australian Journal of Family Law 288 at 295-296.

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 (ie, 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?

მედიაცია ადვოკატებისათვის

“მედიაცია არ არის შეჯიბრებითი პროცესი, რომლის მიზანია მართალისა და მტყუანის დადგენა. მედიაციას უნდა მივუდგეთ, როგორც პრობლემის გადაჭრის პროცესს.”³⁹⁶

შესავალი

ქართველ ადვოკატებს, რომლებიც არ იცნობენ მედიაციას, შესაძლოა ქონდეთ 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 პროცესისი მსგავსშეჯიბრებით პროცესს.

ამ სტატიით შესაძლებელი იქნება გადაიჭრას ზემოთ მოცემული საკითხები. ასევე, სტატია განმარტავს მნიშვნელოვან სხვაობებს სასამართლო საქმის წარმოებასა და მედიაციას შორის. სტატია განიხილავს ადვოკატთა იმ კვალიფიკაციებსა და უნარებს, რომელიც შესაძლოა ძალზედ გამოსადეგი იყოს მედიაციაში; ასევე, განიხილავს იმ ქცევის საფრთხის შესახებ, რომელიც ადვოკატებმა შესაძლოა შემოიტანონ მედიაციაში, ჩვევების სამართლებრივი სწავლების გზით. საბოლოო ჯამში,

*ალექს აზაროვი არის ავსტრალიელი ადვოკატი და მედიატორი ავსტრალიაში, ქ. ბრისბანში საიჯარო დავებში მედიაციის ორ წლიანი გამოცდილებით. ის არის სიდნეის ტექნოლოგიის უნივერსიტეტის სამედიცინო მეცნიერებისა და სამართლის ბაკალავრი და ავსტრალიის ქუინსლენდის უნივერსიტეტის მედიაციისა და კონფლიქტის მოგვარების მაგისტრი.

³⁹⁶Law Council of Australia (2007) “Guidelines for Lawyers in Mediations”. <http://www.nswbar.asn.au/docs/professional/adr/documents/LAWCOUNCILGUIDELINESFORLAWYERSINMEDIATIONS.pdf> Accessed 2nd April 2014.

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 მონაწილების 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 მხარეებიაწარმოებენსასამართლო საქმეს ერთმანეთის წინააღმდეგ და იყენებენ სხვადასხვა უნარებს და სტრატეგიებს უპირატესობის მისაღწევად, საკითხის გადაწყვეტით 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 ვუწოდოთ. შეიძლება ითქვას, რომ "ადვოკატთა ტრადიციული როლი არის კლიენტის წარდგენა და მისი დაცვაკლიენტის სახელით შეჯიბრებით სასამართლო სისტემაში. ეს იმას არ ნიშნავს, რომ იმოქმედო, როგორც დამოუკიდებელმა ფასილიტატორმა, რომელსაც სწამს, რომ პიროვნებებს გააჩნიათ მოლაპარაკებების წარმოებისა და საკითხების დამოუკიდებლად გადაწყვეტის უნარი."³⁹⁷

³⁹⁷ Ardagh, Anne and Cumes, Guy (2007) "The legal profession post-ADR: From mediation to collaborative law" 18 Australasian Dispute Resolution Journal 205 at 208.

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.³⁹⁸ 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.³⁹⁹ მედიატორებმა ამ დროს მოულოდნელად გააჟღერეს ძალზედ ჩვეულებრივი ფრაზა: "ეს არ ეხება ფულს, არამეს ეს არის წესი!"

ემოციაც არის ისეთი რაღაც, რასაც ადვოკატები ხედავენ სასამართლო საქმის წარმოებაში ნაკლები მონაწილეობის მიუხედავად (სხვა შემთხვევაში, ამას შესაძლოა ქონდეს

³⁹⁸Hardy, Samantha and Rundle, Olivia (2010) "Mediation for Lawyers" CCH Australia, pp. 8-9.

³⁹⁹Hardy, Samantha and Rundle, Olivia (2010) "Mediation for Lawyers" CCH Australia, pp. 6-10.

სასარგებლო გავლენა მოსამართლეზე ან ნაფიც მსაჯულებზე). 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. არა-სამართლებრივი ინტერესებისა და საჭიროებების სხვა მაგალითებია:

- ბოდიშის მოხდა ან წუხილის 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 არა-სამართლებრივი ალტერნატივების მხედველობაში მიღება, როგორცაა მაგალითად კომპენსაცია უფრო საქონლის ან მომსახურების უზრუნველყოფის საშუალებით, ვიდრე ნაღდი ფულით.⁴⁰⁰

სამართლებრივი სისტემა ასრულებს ძალიან მნიშვნელოვან როლს საზოგადოებაში წესრიგის შენარჩუნებაში და სხვადასხვა დავების გადაწყვეტაში. თუმცა, "ზოგჯერ სისტემა იმყოფება

⁴⁰⁰Hardy, Samantha and Rundle, Olivia (2010) "Mediation for Lawyers" CCH Australia, p131.

საზოგადოების ცნობიერების გარეთ, ასევე, ვერ ახერხებს ადამიანური საჭიროებების ადექვატურად აღიარებასა და დაკმაყოფილებას, ან ვერ ითვალისწინებს პირდაპირ მონაწილეობას.⁴⁰¹ მედიაციის მსგავსად, დავის ალტერნაიული გადაწყვეტის (ADR) ფორმის მსოფლიო მამატაბით მზარდი პოპულარობის პირობებში, ქართველ ადვოკატებს შეუძლიათ ცვლილებების შეტანა ამ შეზღუდვებში, მედიაციაში უფრო ეფექტური მონაწილეობის გზით, ასევე, გახდნენ მნიშვნელოვანი მაკავშირებლები დავის ალტერნაიულ გადაწყვეტისა და სამართლებრივ სისტემას შორის.

როგორ შეიძლება იქნანგამოყენებული ადვოკატები მედიაციაში?

ადვოკატები უკვე ფლობენ სპეციფიურ 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 დასჭირდებოდა ადვოკატებს მედიაციაში კონსტრუქციული როლის შესასრულებლად.

მედიაციამდე

უპირველეს ყოვლისა, ადვოკატისათვის ჯერ კიდევ კრიტიკული როლი ენიჭება სასამართლო პროცესზე საიმედო და საღი შეფასების გაკეთებას, ასევე, კლიენტისათვის კონსულტაციების გაწევას 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

⁴⁰¹ Ardagh, Anne and Cumes, Guy (2007) "The legal profession post-ADR: From mediation to collaborative law" 18 Australasian Dispute Resolution Journal 205 at 206.

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 ძალზედ მნიშვნელოვანია, შეძლებისდაგვარად მოემზადოს სასამართლო პროცესისათვის. ეს პროცესი გულისხმობს ფაქტების ანალიზს და შეჯამებას, ასევე, ქრონოლოგიის დადგენას, ყველამონაწილე მხარის პოზიციების, საჭიროებებისა და ინტერესების იდენტიფიცირებას, საკუთარი თავისა და კლიენტის მომზადებას.⁴⁰²

ადვოკატისთვის ასევე ძალზედ მნიშვნელოვანია, რომ გააჩნდეს 'მედიაციის პროცესში კლიენტის კონსულტირების' უნარი.⁴⁰³ ეს მოიცავს პრაქტიკულ საკითხებსაც, როგორცაა მაგალითად იმის ახსნა, თუ როგორ წარიმართებოდა მედიაცია იმ შემთხვევაში, თუ გაირკვეოდა რომ მედიაცია არ არის შესაბამისი⁴⁰⁴ (შესაძლოა არსებობდეს გამონაკლისები, სადაც, მაგალითად, არის ძალდატანებისაფრთხე მეორე მხრიდან), ან არსებობსძალთა დისბალანსი; როგორ უნდა მოხდეს საკითხის გადაწყვეტა, ასევე მედიაციის ძირითადი პრინციპების განმარტება:მედიატორისა და მონაწილე მხარის ნებაყოფლობითობა, კონფიდენციალურობა, მიუკერძოებლობა.

⁴⁰²უფრო დეტალური კონსულტაციისათვის, თუ როგორ უნდა მოვემზადოთ მედიაციისთვის, იხილეთ Hardy, Samantha and Rundle, Olivia (2010) "Mediation for Lawyers" CCH Australia, Chapter 4.

⁴⁰³Cooper, Donna and Brandon, Mieke (2007) "How can family lawyers effectively represent their clients in mediation and conciliation processes?" 21 Australian Journal of Family Law 288 at 292.

⁴⁰⁴მედიაციის შესაბამისობის განხილვისათვის, იხილეთ Hardy, Samantha and Rundle, Olivia (2010) "Mediation for Lawyers" CCH Australia, pp11-15.

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.⁴⁰⁵ 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 გავდეს ფსიქოლოგის როლს, მაგრამ ის შეიძლება იყოს მეტად ეფექტური; შეზღუდვა შესაძლოა დაკავშირებული იყოს მხოლოდ ადვოკატის საკომუნიკაციო და ემოციურ უნარებთან. ამ პროცესს შესაძლოა ხელი შეუწყოს სპეციფიურმა ტრენინგებმა და კონფლიქტისა და ემოციების თემებთან დაკავშირებით არსებულმა დიდმა მასალამ. დანართი 2 მოიცავს 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 "ექვსის შექმნის" ტესტი, რადგანაც ისინი კლიენტის მხარეზე იმყოფებიან. მიუკერძოებელი მედიატორისათვის გაცილებით რთულია ამის გაკეთება. რეალობის 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.

⁴⁰⁵Cooper, Donna and Brandon, Mieke (2007) “How can family lawyers effectively represent their clients in mediation and conciliation processes?” 21 Australian Journal of Family Law 288 at 294.

იმისათვის, რომ ხელი შევუწყოთ ყოველივე ზემოთხსენებულს, 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 იმედგაცრულებული 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 მხარეების ჩიხშიან დაბნეულები არიან; დაკითხვა ასევე არის მექანიზმი, რომელსაც ადვოკატები კარგად ასრულებენ ღია კითხვების საშუალებით, რაც უფრო გამოსადეგია მედიაციაში, დახურულ კითხვებთან შედარებით.

მედიაციის პროცესში

არსებობს როლების მთელი სპექტრი, რომელიც ადვოკატებს შეუძლიათ 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".⁴⁰⁶ როგორც მრჩეველს დაუსწრებლად, ადვოკატს შეუძლია გაუწიოს კლიენტს კონსულტაცია და დაეხმაროს მომზადების პროცესში, მაგრამ არ დაესწროს მედიაციას. დამკვირვებელი დაუსწრებლად

⁴⁰⁶თითოეული როლის უპირატესობებისა და შეუსაბამობების დეტალური განხილვისათვის იხილეთ Hardy, Samantha and Rundle, Olivia (2010) "Mediation for Lawyers" CCH Australia, pp143-154.

თამაშობს იგივე როლს, მაგრამ ესწრება მედიაციას მხოლოდ აქტიური თანამონაწილეობის გარეშე, და ესაუბრება კლიენტს მხოლოდ პირად შეხვედრებში. ექსპერტის დამხმარე არის "დამკვირვებელი დაუსწრებლად", 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 მოიცავსძირითად 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 არ კომფორტულადარ 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.⁴⁰⁷

ადვოკატებს ასევე შეუძლიათ ითამაშონ მნიშვნელოვანი როლი მედიაციის პროცესში კონფიდენციალობის დაცვასთან დაკავშირებით.⁴⁰⁸ 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 პრაგმატულდასაბუთებულ წინადადებებს/შეთავაზებებს. მათ ასევე შეუძლიათ გადაწყვიტონ მოლაპარაკებების დროს ძალთა დისბალანსთან დაკავშირებული

⁴⁰⁷Caputo, Chiara-Marisa (2007) “Lawyers’ participation in mediation” 18 Australian Dispute Resolution Journal 84 at 90.

⁴⁰⁸მედიაციაში კონფიდენციალობის დაცვის საკითხის დეტალური განხილვისათვის იხილეთ, see Hardy, Samantha and Rundle, Olivia (2010) “Mediation for Lawyers” CCH Australia, Chapter 6.

საკითხები, განსაკუთრებით კი, თუ მათი კლიენტი განიცდის ნდობის ან თავდაჯერებულობის ნაკლებობას.⁴⁰⁹

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"⁴¹⁰ 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 საწყისი მოხსენებიდან 422 მომზადებული იყო ადვოკატების, და არა კლიენტების⁴¹¹ მიერ. სასამართლო საქმის წარმოებისას, ეს შესაძლოა ბუნებრივად გამოიყურებოდეს. თუმცა, ეს სრულად ეწინააღმდეგება

⁴⁰⁹Cooper, Donna and Brandon, Mieke (2007) "How can family lawyers effectively represent their clients in mediation and conciliation processes?" 21 Australian Journal of Family Law 288 at 297.

⁴¹⁰Caputo, Chiara-Marisa (2007) "Lawyers' participation in mediation" 18 Australian Dispute Resolution Journal 84 at 87.

⁴¹¹Caputo, Chiara-Marisa (2007) "Lawyers' participation in mediation" 18 Australian Dispute Resolution Journal 84 at 87.

მედიაციის უმთავრესი პრინციპებიდან ერთ-ერთს მოდავე მხარის პირდაპირ მონაწილეობას (DDP).⁴¹² 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.⁴¹³

ზემოთხსენებული 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

⁴¹²Rundle, Olivia (2008) “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 77.

⁴¹³Rundle, Olivia (2008) “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 77 at 81.

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.

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 პრაქტიკები⁴¹⁴

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.

⁴¹⁴Counsel, Caroline (2010) “What is this thing called collaborative law?” 85 Family Matters 77.

ეს არის კოლაბორაციული პრაქტიკიდან მიღებული იდეა, რომელიც დამკვიდრდა აშშ-ში 1990 წელს.⁴¹⁵ ავსტრალიაში იგივე პრაქტიკა განხორციელდა ოჯახის სამართლის მედიაციის ფარგლებში და ძირითადად გამოიყენება განქორწინებისა და ბავშვთა აღზრდის დავებში.⁴¹⁶ 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 კი⁴¹⁷ 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

⁴¹⁵Law Council of Australia “Collaborative Practice”
<http://www.lawcouncil.asn.au/lawcouncil/images/LCA-PDF/a-z-docs/WhatisCollaborativePractice.pdf> Accessed 2nd April 2014.

⁴¹⁶Ardagh, Anne and Cumes, Guy (2007) “The legal profession post-ADR: From mediation to collaborative law” 18 Australasian Dispute Resolution Journal 205 at 209.

⁴¹⁷მაგალითად, ავსტრალიის NSW-ს სამოქალაქო და ადმინისტრაციული სასამართლო უპირატესობას ანიჭება თვით-წარმომადგენლობას და მხოლოდ უშვებს სამართლებრივ წარმომადგენლობას სპეციფიურ ვითარებებში.http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/legis/nsw/consol_act/caata2013326/s45.html

სპეციფიური ცოდნა და უნარები. ადვოკატისათვის ძალზედ 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.

წყაროები

არდაგი, ანე და ქუმსი, გაი (Ardagh, Anne and Cumes, Guy_ (2007) “იურიუდიული პროფესიის პოსტი -დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა: მედიაციიდან კოლაბორაციულ სამართლამდე”, 18 ავსტრალაზიური დავების გადაწყვეტის ჟურნალი, 205.

კაპუტო, ჩიარა-მარისა (Caputo, Chiara-Marisa) (2007) “ადვოკატთა მონაწილეობა მედიაციაში”, 18 ავსტრალაზიური დავების გადაწყვეტის ჟურნალი, 84.

დონაკუპერი და მიკებრენდონი, (Cooper, Donna and Brandon, Mieke) (2007) “როგორ შეუძლიათ ოჯახის ადვოკატებს ეფექტურად წარმოადგინონ თავიანთი კლიენტები მედიაციისა და მორიგების პროცესებში?”, 21 ავსტრალიური ჟურნალი ოჯახური სამართლის შესახებ, 288.

კაუნსილი, კაროლინ (Counsel, Caroline) (2010) “რას ნიშნავს კოლაბორაციული სამართალი?”, 85 ოჯახური საკითხები 77.

ჰარდი სამანტა და რანდლი ოლივია (Hardy, Samantha and Rundle, Olivia) (2010) “მედიაცია ადვოკატებისათვის” CCH ავსტრალია.

ავსტრალიის სამართლის საბჭო (2007) “სახელმძღვანელო ადვოკატებისათვის მედიაციებში”

<http://www.nswbar.asn.au/docs/professional/adr/documents/LAWCOUNCILGUIDELINESFORLAWYERSINMEDIATIONS.pdf>. 2
აპრილი, 2014 წელი.

რანდლი ოლივია (Rundle, Olivia) (2008) “ავი ძაღლები: ადვოკატთა მიდგომები უშუალოდ მოდავე მხარეებთან მიმართებაში, გენერალური სამოქალაქო საქმეების სასამართლო პროცესებთან დაკავშირებულ მედიაციაში” 8(1) ქუინსლენდის ტექნოლოგიების უნივერსიტეტი, კანონი და სამართალი, ჟურნალი 77.

დანართი 1 ინფორმაცია კლიენტისათვის მედიაციის შესახებ⁴¹⁸

☒ 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

⁴¹⁸Hardy, Samantha and Rundle, Olivia (2010) “Mediation for Lawyers” CCH Australia pp264-265.

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.

მედიაციარის კონფიდენციალური.

ჩვენ შეგვიძლია შევხვდეთ მედიატორს პირადად და კონფიდენციალურად.

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 კითხვები⁴¹⁹

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?

⁴¹⁹Cooper, Donna and Brandon, Mieke (2007) “How can family lawyers effectively represent their clients in mediation and conciliation processes?” 21 Australian Journal of Family Law 288 at 295-296.

რა არის დავის გამომწვევი შესაძლო მიზეზები?

რა ტიპის შემდგომი ინფორმაციის შეკრება გვესაჭიროება?

რა ტიპის შემდგომი ინფორმაციის მოპოვება გვესაჭიროება მეორე მხრიდან?

რა კითხვების დასმა გვჭირდება 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 ქონდეს 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, გადავდგათ თუ არა უნდა შემდეგი ნაბიჯები, სამართლებრივად პროცესის დოკუმენტირებისათვის? თუ ასეა, რა ტიპის ინფორმაცია / პრეცედენტები გვესაჭიროება ამ ხელშეკრულების პროექტის მომზადებისათვის, სესიის დასკვნით ეტაპზე?

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 negotiation⁴²⁰ and abbreviated mediation.⁴²¹ The main task is to meet the aforementioned challenges without cutting corners, rushing or pressuring parties into settlement. High

*Conciliator, Residential Tenancies Authority.

* *The views expressed in this paper are my own and do not officially represent the views of the QLD Residential Tenancies Authority (RTA).

⁴²⁰ Doumany, Nicola (2005) *Residential Tenancy Authority’s dispute resolution service: a shuttle telephone negotiation success story*, 7(6) ADR Bulletin. Note: telephone conferencing has been deemed much more effective than telephone shuttle negotiation and is now the primary form of conciliation at the RTA.

⁴²¹<http://www.justice.qld.gov.au/justice-services/dispute-resolution/mediation/abbreviated-mediation> and Eastall, Ashley and Condliffe, Peter (1999) *Abbreviated Mediation: trial of a new process*, ADR Bulletin 1(9) Article 3.

party satisfaction levels⁴²² 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.⁴²³ 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.⁴²⁴ 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 WATNA⁴²⁵ is looming, parties can be quite frank about their underlying interests. It may also be possible to 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.⁴²⁶ 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

⁴²² RTA Dispute Resolution Service received 7.2 out of 10 client satisfaction rating in 2011-2012. See also Irvine, Charlie (2011) *Hanging on the telephone: the future of mediation?*

Kluwer Mediation Blog: <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.

⁴²³ Sourdin, Tania (2005) *Facilitating the Resolution of Disputes before Tribunals*, Australasian Institute of Judicial Administration conference presentation: <http://www.aija.org.au/Tribs05/tribprog05.htm>

⁴²⁴ Sourdin, Tania (2010) *Poor quality mediation – a system failure?* ADR Bulletin 11(8) Article 2.

⁴²⁵ Worst alternative to a negotiated agreement.

⁴²⁶ See the X-ray tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

decision-making⁴²⁷ 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.⁴²⁸ 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 conflicts⁴²⁹ are so deep, complex and

⁴²⁷ 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.

⁴²⁸ Boule, Laurence and Alexander, Nadja (2012) *Mediation: Skills and Techniques*, (2nd) LexisNexis Butterworths, p12.

⁴²⁹ 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 Boule, Laurence (2011) *Mediation: principles, process and practice*,

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”.⁴³⁰ 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.”⁴³¹ I see conciliation more as evaluative mediation and prefer the NADRAC definition of conciliators as being more active in evaluation or encouragement of settlement.⁴³² 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 & Chronemics⁴³³

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

(3rd edition) LexisNexis Butterworths, p108 and Condliffe, Peter (2008) *Conflict Management: a practical guide*, (3rd edition) LexisNexis Butterworths, pp4-5.

⁴³⁰ Boulle & Alexander, see note 10 above, p9.

⁴³¹ Moore, Christopher W. (2003) *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, (3rd edition) Jossey-Bass, p136.

⁴³² See definition of conciliation in NADRAC (2003) *Dispute Resolution Terms*, p5 <http://www.nadrac.gov.au/PublicationsByDate/Documents/Dispute%20Resolution%20Terms.pdf>

⁴³³ For a thorough exploration of this topic see Macduff, Ian (2006) *Your pace or mine? Culture, time and negotiation*, *Negotiation Journal* pp31-45.

focuses on experiences and how they interrelate without as much concern for sequence, deadlines or finality.⁴³⁴ 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.⁴³⁵

5. Speediation Pitfalls

Even if mediators have the parties' self-determination, interests and needs in mind, it is still possible to fall into mediation traps⁴³⁶. 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 isolation⁴³⁷ 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.⁴³⁸

Patience,⁴³⁹ self-awareness and reflective practice⁴⁴⁰ 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

⁴³⁴ See Moore, note 13 above, pp323-332 for a discussion of deadlines and differing cultural perceptions of time.

⁴³⁵ See the Stopwatch tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

⁴³⁶ For an analysis of mediation traps and avoidance strategies, see Boulle & Alexander, note 10 above, Chapter 11.

⁴³⁷ The mantra 'Each time's the only time' may assist.

⁴³⁸ See the Roses tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix. (თარგმანთან ერთად ტერმინები ფრჩხილებში მიუთითეთ ინგლისურ ენაზეც, მაგ., ვარდების მექანიზმი (the Roses tool). ამ პრინციპით ითარგმნოს მომდევნო სქოლიოები.)

⁴³⁹ See the Inhaler tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

⁴⁴⁰ See the Mirror tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

building rapport⁴⁴¹ 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.

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.⁴⁴²

Instead, emotion can be seen as pent-up energy that can be normalised and channelled constructively.⁴⁴³ 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.⁴⁴⁴ 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.⁴⁴⁵ 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 start⁴⁴⁶ and to be deliberate

⁴⁴¹ See the Super-glue tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

⁴⁴² Boule & Alexander, see note 10 above, p58.

⁴⁴³ See the Enema tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

⁴⁴⁴ See the Buddha tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

⁴⁴⁵ Boule & Alexander, see note 10 above, p339.

⁴⁴⁶ See the Map tool in the 'Dispute First Aid Kit' appendix.

and transparent with every intervention.⁴⁴⁷ 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.⁴⁴⁸

“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 rapport⁴⁴⁹ and respects party self-determination,⁴⁵⁰ then it is more likely that a determined party will politely decline to settle and give reasons instead of blowing up.

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.⁴⁵¹ It should be explained to parties that proper discussion can uncover unexpected issues and generate unexpected options.

⁴⁴⁷ See the Transparency tool in the ‘Dispute First Aid Kit’ appendix.

⁴⁴⁸ See note 14 above.

⁴⁴⁹ See the Super-glue tool in the ‘Dispute First Aid Kit’ appendix.

⁴⁵⁰ See NADRAC National Mediator Practice Standards (2007) Standard 2(5) and Standard 9.

⁴⁵¹ See the Scissors tool in the ‘Dispute First Aid Kit’ appendix.

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 pause⁴⁵² and switch to other senses.⁴⁵³ 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 debriefing⁴⁵⁴ and reflective practice.

⁴⁵² See the Inhaler tool in the ‘Dispute First Aid Kit’ appendix.

⁴⁵³ See the Stethoscope, Earmuffs and Glasses tools in the ‘Dispute First Aid Kit’ appendix.

⁴⁵⁴ See the Notepad tool in the ‘Dispute First Aid Kit’ appendix.

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?⁴⁵⁵

✚ Appendix: Dispute First Aid Kit⁴⁵⁶ ✚

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.⁴⁵⁷ 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

⁴⁵⁵ See Irvine, note 4 above.

⁴⁵⁶ All images in this appendix are freely usable from Wikimedia Commons: http://commons.wikimedia.org/wiki/Main_Page

⁴⁵⁷ Boulle & Alexander, see note 10 above, p49. See also Moore, note 33 above, Chapter 7 and specifically pp193-194.

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.⁴⁵⁸ The way to help parties discover needs and interests quickly can be through effective questions. The Socratic technique⁴⁵⁹ 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.⁴⁶⁰ 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

⁴⁵⁸ Moore, see note 33 above, pp183-184. 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.

⁴⁵⁹ See Neenan, Michael (2009) *Using Socratic questioning in coaching*, Journal of Rational – Emotive & Cognitive – Behaviour Therapy, Vol 27, pp249-264.

⁴⁶⁰ Sourdin, see note 6 above, p2.

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.



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 law⁴⁶¹ 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

⁴⁶¹ See Spark, Nick T. (2006) *A history of Murphy's law*, AIR.

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.⁴⁶²

It should also be noted that emotional contagion may have a physiological basis.⁴⁶³ 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”.⁴⁶⁴ 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.



⁴⁶² Moore, see note 33 above, Chapter 7.

⁴⁶³ For further reading on ‘mirror neurons’, see: Allen, Stephanie West (2008) *Mirror neurons: some resources* at: <http://www.mediate.com/articles/WestAllenSb120080602.cfm>

⁴⁶⁴ Boulle & Alexander, see note 10 above, p47.

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?”

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.⁴⁶⁵



Buddha: guided meditation

Rituals play an important role in many cultures and can be very powerful in mediation⁴⁶⁶. 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.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ For further discussion of neurological research, see: Widener, Michael N (2012) *The five-tool mediator: game theory, baseball practices and southpaw scouting*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol 12, p97 and Eddy, Bill (2008) *It's all your fault!: 12 tips for managing people who blame others for everything*, Janis Publications.

⁴⁶⁶ Boulle & Alexander, see note 10 above, pp51-52.

⁴⁶⁷ For a more in-depth discussion, see Nobel, Barry (2005) *Meditation and Mediation*, Family Court Review, Vol 43, p2.

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.



Glasses: visual aids like whiteboards, diagrams etc.

It is surprising that a lot of mediators do not

use whiteboards or other visual aids.⁴⁶⁸ 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.⁴⁶⁹ 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

⁴⁶⁸ Sourdin – Poor Quality Mediation p5.

⁴⁶⁹ I thank my colleague Heather Corkhill for this idea.

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 mediator⁴⁷⁰ 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 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.⁴⁷¹ 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.



⁴⁷⁰ For more on this topic, see Boule & Alexander, note 10 above, pp68-69.

⁴⁷¹ For an inspiring book on mediation artistry, see Lang, Michael D and Taylor, Alison (2000) *The making of a mediator: developing artistry in practice*, Jossey-Bass.

პროცესების ღაჩქარება:

გამოწვევები დავის მოკლე დროში გადასაწყვეტად⁴⁷²

1. შესავალი

ვიცი ახლა რასაც ფიქრობთ – შუამავლობა დავის ერთ საათში გადაწყვეტა არ არის. თუმცა შუამავლობის/მედიაციის ზედმიწევნითი განმარტება იმაში მდგომარეობს, რომ ის ერთგვარი კატალიზატორია 2 დაპირისპირებულ მხარეს შორის, რომლებიც ერთმანეთში თავისით შეთანხმებას ვერ აღწევენ.

ქიმიაში კატალიზატორი ალტერნატიული და უფრო მარტივი გზაა კონკრეტული რეაქციის მისაღწევად. იმისათვის, რომ შეზღუდული დროის პირობებში, იპოვო ალტერნატიული გზა კონკრეტული დავის მოსაგვარებლად, მოცემული ესეე გუთავაზობს 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 გადაწყვეტის ალტერნატიული გზა უფრო და უფრო პოპულარული ხდება და გამოიყენება სხვადასხვა ტიპის დავების მოსაგვარებლად, ზოგიერთი პრაქტიკოსი და ორგანიზაცია გამოწვევების 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.

⁴⁷² შუამავალი, უძრავი ქონების ორგანო კვინსლენდში (Residential Tenancies Authority). ტექსტში გამოთქმული მოსაზრებები მეკუთნის მე და არ გამოსატავს კვინსლენდის უძრავი ქონების ორგანოს შეხედულებებს (RTA).

რეგულარული⁴⁷³ სატელეფონო მოლაპარაკებები და გამარტივებული მედიაცია.⁴⁷⁴ უმთავრესია ზემოხსენებულ გამოწვევებს შეხედვე ყოველგვარი დაბნეულობის გარეშე, ასევე მნიშვნელოვანია მორიგებისას მხარეებს არაფერი დააძალო. მხარეებს შორის კმაყოფილების მიღწევის მაღალი კოეფიციენტის თანახმად⁴⁷⁵ პროცესების დაჩქარებას ყოველთვის წარმატებულ შედეგებამდე მივყავართ. მოცემული ნაშრომი შეიცავს დაგების მოგვარების პირველადი დახმარების ნაკრებს, რაც მოვლენების დაჩქარებისათვის სასარგებლო სტრატეგიებისა და შეთავაზებების მთელ პალიტრას იტევს.

რამდენადაც ჩემთვისაა ცნობილი, თავად ტერმინი “მოვლენების დაჩქარება” (Speediation) პროფესორ ტანია სოურდინს ეკუთვნის, როდესაც დაგებს, სასამართლოში გადაცემამდე იხილაგდა.⁴⁷⁶ 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 საფიქველი გახდებოდა.⁴⁷⁷ ამგვარად,

⁴⁷³ Doumany, Nicola (2005) *Residential Tenancy Authority's dispute resolution service: a shuttle telephone negotiation success story*, 7(6) ADR Bulletin. Note: telephone conferencing has been deemed much more effective than telephone shuttle negotiation and is now the primary form of conciliation at the RTA.

⁴⁷⁴ <http://www.justice.qld.gov.au/justice-services/dispute-resolution/mediation/abbreviated-mediation> and Eastall, Ashley and Condliffe, Peter (1999) *Abbreviated Mediation: trial of a new process*, ADR Bulletin 1(9) პარაგრაფი 3.

⁴⁷⁵ RTA 10 კლიენტიდან 7.2 დაგების გადაწყვეტის სერვისის მიღებითკმაყოფილია -2012-12 სტატისტიკა. სვეე იხილეთ: Irvine, Charlie (2011) *Hanging on the telephone: the future of mediation?* Kluwer Mediation Blog: <http://kluwermediationblog.com/2011/11/12/hanging-on-the-telephone-the-future-of-meditation> აღსანიშნავია, რომ მოვლენების დაჩქარების შედეგად მიღწეული კმაყოფილების კოეფიციენტის დადგენა ამ ნაშრომს სცდება, თუცა ის რაც მასშია აღწერილი უდაოდ სასარგებლოა.

⁴⁷⁶ Sourdin, Tania (2005) *Facilitating the Resolution of Disputes before Tribunals*, Australasian Institute of Judicial Administration პრეზენტაია: <http://www.aija.org.au/Tribs05/tribprog05.htm>

⁴⁷⁷ Sourdin, Tania (2010) *Poor quality mediation – a system failure?* ADR Bulletin 11(8) Article 2.

კონკრეტული დავის გადაწყვეტის გარდა, 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)⁴⁷⁸, მხარეებმა რაც შეიძლება მოკლე დროში უნდა ახადონ ფარადა 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. სოკრატესეული შეკითხვები.⁴⁷⁹ მიუხედავად ამისა, შუამავალი/მედიატორი ძალიან ფრთხილად უნდა იყოს და ეძებოს საუკეთესო გამოსავალი სიტუაციიდან, რადგან დავისას შესაძლოა ერთი კონკრეტული საკითხის გარდა, კიდევ მრავალი სადაო საკითხი წარმოიშვას. დავის გადაწყვეტის პირობებში, თვითგამორკვევამ და გადაწყვეტილების მიღების პროცესმა შესაძლოა “პროცესების დაჩქარება” უფრო ეფექტური გახადოს.⁴⁸⁰ მაგალითად საიჯარო დავა, რომელიც სხვადასხვა ტიპის შემთხვევებს შეიძლება მოიცავდეს, გადაწყვეტილების მიღების მიხედვითაც და დროის მიხედვითაც განსხვავდება. ასე, რომ თუკი

⁴⁷⁸ მოლაპარაკების მისაღწევად ყველაზე ცუდი ალტერნატივა.

⁴⁷⁹ იხილეთ “რენტგენის ველი” ‘Dispute First Aid Kit’ დანართში.

⁴⁸⁰ იხილეთ 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.

შუამავალი დავის პირველივე ეტაპზე აღმოაჩენს, 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 (აწმყო) 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.⁴⁸¹ 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 გაქვს და მოდავე მხარეებს შორის უხილავ კავშირს უზრუნველყოფ. ზოგიერთი დავა⁴⁸² იმდენად რთული და

⁴⁸¹ Boulle, Laurence and Alexander, Nadja (2012) *Mediation: Skills and Techniques*, (2nd) LexisNexis Butterworths, p12.

⁴⁸² როდესაც ადამიანებს შორის გაუგებრობა სუფევს, სიტუაციის აღსაწერად მირჩევნა გამოვიყენო სიტყვა 'კონფლიქტი'. რაც შეეხება სიტყვას 'დისპუტი' ის კონფლიქტის გამოწვევის ერთ-ერთ სიმპტომად მიმაჩნია. ამრიგად, გადაუჭრელი კონფლიქტები შესაძლოა სხვადასხვა სახის დისპუტებად იქცეს. საერთოდ, დისპუტები ნაკლებად ჩახლართულია. საკითხის შესახებ განხილვები იხილეთ Boulle, Laurence (2011) *Mediation: principles, process and practice*, (3rd edition) LexisNexis

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 გათვალისწინებულ იქნას ის ფაქტი, რომ მედიატორები არ არიან მოსამართლეები და ყველა მომჩივანი მხარეც მეგობარი ვერ გახდება.

Boulle & Alexander-ს შეხედულებების მიხედვით “დიდი მისწრაფება შესაძლოა საკმაოდ დამღლევი აღმოჩნდეს მომრიგებელთათვის, რომელთაც უამრავი საქმე აქვთ განსახილველ-გადასაწყვეტი”.⁴⁸³ ჩნდება ძალზე მნიშვნელოვანი კითხვები: მომრიგებლობა მედიაციასთან შედარებით უფრო ეფექტურია მაშინ, როდესაც დროს გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს? ამ ორს შორის განსხვავების შესახებ მრავალი მოსაზრება არსებობს. მური მომრიგებლობას “მედიაციის ფსიქოლოგიურ კომპონენტად” მიიჩნევს.⁴⁸⁴ ამ ნაშრომის მიზანი, მედიაციის და მომრიგებლობის შედარებისა და რომელიმეს უპირატესობის წარმოჩენა არ არის, თუმცა “პროცესის დაჩქარების” თეორიის სიდრმისეული სწავლების კუთხით, საკითხის შესწავლა საინტერესოა.⁴⁸⁵

მნიშვნელობა არ აქვს მედიაცია იქნება თუ მომრიგებლობა, საკითხის ხარისხიანად გადაწყვეტაზე კონცენტრირება და დროის ეფექტიანად ხარჯვა, მაინც უმნიშვნელოვანესი ფაქტორებია.

4. დრო და ქრონემიკსი ⁴⁸⁶

Butterworths, p108 and Condliffe, Peter (2008) *Conflict Management: a practical guide*, (3rd edition) LexisNexis Butterworths, pp4-5.

⁴⁸³ Boulle & Alexander, იხილეთ სენიშენა 10 above, p9.

⁴⁸⁴ Moore, Christopher W. (2003) *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, (3rd edition) Jossey-Bass, p136.

⁴⁸⁵ იხილეთ მორიგების განმარტება NADRAC (2003) *Dispute Resolution Terms*, p5 <http://www.nadrac.gov.au/PublicationsByDate/Documents/Dispute%20Resolution%20Terms.pdf>

⁴⁸⁶ For a thorough exploration of this topic see Macduff, Ian (2006) *Your pace or mine? Culture, time and negotiation*, *Negotiation Journal* pp31-45.

ეწ ქრონემიკსი არის სწავლება იმის შესახებ თუ, როგორ ახერხებენ ადამიანები დროის მართვას. საკითხისადმი დასავლური მიდგომა მონოქრონულია და ის ერთი და იმავე საქმის, ერთი და იმავე დროის მონაკვეთში კეთებას ნიშნავს. მაგალითად მედიაცია შესაძლოა მიმდინარეობდეს წინასწარ გაწერილი გეგმის მიხედვით, თითო საკითხის განხილვას დროის კონკრეტული მონაკვეთით ეთმობოდეს. აღნიშნული მიდგომის ალტერნატიული ვარიანტია ე.წ. პოლიქრონული მიდგომა, რომელიც უფრო მეტად გამოცდილებაზეა ორიენტირებული და დროის ზუსტ გამოყენებაზე საუბარიც არ არის.⁴⁸⁷ 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 თითოთითოდ 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.⁴⁸⁸

5. პროცესების დაჩქარების საფრთხე

მიუხედავად იმისა, რომ მედიატორებს შეიძლება ჰქონდეთ სრული ინფორმაცია მხარეების თვითშეგნებისა თუ

⁴⁸⁷ იხლეთ Moore, შენიშვნა 13 above, pp323-332 სხვადასხვა კულტურებისათვის დროისა და დედლაინების აღქმის განსხვავებების შესახებ.

⁴⁸⁸ იხილეთ წამზომის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

ინტერესების შესახებ, მაინც შესაძლებელია რაიმე სახის გაუგებრობაში გაება⁴⁸⁹. დავების მოგვარებისას გააზრებულ თუ გაუაზრებულ მხეში 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 არაფერზე⁴⁹⁰. 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.⁴⁹¹

მოთმინება⁴⁹² თვითშეგნება და პრაქტიკა⁴⁹³ 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 ვისაუბრებდე, მინდა ვთქვა, რომ მხარეებს შორის ურთიერთგაგების⁴⁹⁴ 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 განუღდება.

⁴⁸⁹ მედიაციის მახეებისა და არიდების სტრატეგიების შესახებ იხილეთ Boule & Alexander, note 10 above, თავი 11.

⁴⁹⁰ შელოცვა 'Each time's the only time' შესაძლოა დაგეხმაროთ.

⁴⁹¹ იხილეთ ვარდების მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი. (თარგმანთან ერთად ტერმინები ფრჩხილებში მიუთითეთ ინგლისურ ენაზეც, მაგ., ვარდების მექანიზმი (the Roses tool). ამ პრინციპით ითარგმნოს მომდევნო სქოლიოები.)

⁴⁹² იხილეთ ინჰალატორის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

⁴⁹³ იხილეთ სარკის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

⁴⁹⁴ იხილეთ სუპერ-წებოს მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

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 შეეპართ.⁴⁹⁵

ნაცვლად ამისა, ემოცია შეიძლება აღვიქვათ, როგორც ფარული ენერჯია, რომელიც შესაძლოა დაბალანსდეს და კონსტრუქციულ ქმედებად ჩაითვალოს.⁴⁹⁶ ეს ძალიან მნიშვნელოვანი დეტალია პროცესების დაჩქარების პირობებში (Speediation) როდესაც საწყის ეტაპზე მხარეები ძალიან ძლიერი ემოციების ტყვეობაში არიან და შესაბამისად გამოსატყვევებ მათ. მაგრამ თუკი ეს ემოციური ფონი იგნორირებული და ჩახშობილია, მაშინ მედიატორი ძვირფას დროს დაკარგავს მხარეებზე კონტროლს მოსაპოვებლად და ამოდ შეეცდება კონფლიქტის მიზეზები მალევე დაადგინოს.

ერთადერთი ნაკლებად რადიკალური შეთავაზება მხარეებისათვის ის გახლავთ, რომ მწვავე კამათისა და კომპრომატების 'ომის' ოდნავ შენელების შემდეგ, დაწყნარებულ გულზე მათ გაეწიონ შუამდგომლობა და მიეცეთ რჩევები.⁴⁹⁷ სკეპტიკოსები აღვილად შეიძლება დავარწმუნოთ იმაში, რომ ემოციებს აქვთ ძლიერი ფსიქოლოგიური ეფექტები, რაც შესაძლებელია განედღეს/მინიმუმამდე დავიდეს თვალების დახუჭვით, წუთიერი დუმილით და მართული (ღრმა ხშირი) სუნთქვით.

5.2 მიუკერძოებლობის დაკარგვა

თუკი რომელიმე მხარე, მედიატორის მიუკერძოებლობას ეჭვქვეშ აყენებს, ეს ეჭვი შესაძლოა თავად მედიატორის

⁴⁹⁵ Boulle & Alexander, იხილეთ შენიშვნა 10 above, p58.

⁴⁹⁶ იხილეთ ოყნის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

⁴⁹⁷ იხილეთ ბუდას მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

ქცევიდან გამომდინარე გაუჩნდა, ან მომჩივანი მხარე ამას გრძნობს.⁴⁹⁸ 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, დასაწყისიდანვე⁴⁹⁹ უნდა იყოს მკაცრად განსაზღვრული და გამჭვირვალე.⁵⁰⁰ 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 შორი გარკვეული ბალანსის ჩამოყალიბება (ჩემი ყოველი საქმე იწყებოდა შემდეგი სიტყვებით: “ჩვენ შეთანხმებას ვერასოდეს მივალწევთ!”). მომჩივანი მხარეების ზედმეტად გამხნეების/წახალისების პრაქტიკა, სწორედაც, რომ მომრიგებლის ხარვეზად შეიძლება ჩაითვალოს, რადგან მისი უპირველესი ფუნქცია მედიაციას, რაც ბალანსირებულ ქცევასთან ასოცირდება, ყოველგვარი ზედმეტობების გარეშე.⁵⁰¹

‘წამახალისებელი/გამამხნეებელი მოგვარება’ მედიაციასთან 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

⁴⁹⁸ Boulle & Alexander, იხილეთ 10 above, p339.

⁴⁹⁹ იხილეთ რუქის მექანიზმი ‘Dispute First Aid Kit’ დანართი.

⁵⁰⁰ იხილეთ დიაპოზიტის მექანიზმი ‘Dispute First Aid Kit’ დანართი.

⁵⁰¹ იხილეთ შენიშვნა 14 above.

მიუკერძოებლები არიან, თუ 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 კარმონიის, ⁵⁰² პატივისცემისა და თვითგამორკვევის ⁵⁰³ 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 მოგეჩვენოთ. მრავალი მიზეზი არსებობს, რომელიც ამტკიცებს, რომ საკითხის გადაწყვეტისას მოკლე გზით წასვლას, ისევე შორი გზით მოვლა ჯობია. ⁵⁰⁴ დავის განხილვის დაწყებამდე, მხარეებს უნდა აუხსნას მედიატორმა, რომ შესაძლოა საქმის წარმოებისას მოულოდნელი დეტალები გასაჯაროვდეს, და ასევე მოილოდნელი 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).

5.5 პროცესზე დომინირება

⁵⁰² იხილეთ სუპერ-წებოს მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

⁵⁰³ იხილეთ NADRAC მედიაციის ეროვნული პრაქტიკის სტანდარტები (2007) სტანდარტი 2(5) და სტანდარტი 9.

⁵⁰⁴ იხილეთ მაკრატილის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

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 პოზიციები⁵⁰⁵ კიდევ ერთხელ განმარტონ.⁵⁰⁶ ამით კი მედიატორი თავს დაიზღვევს პროცესზე დომინირებისაგან.

5.6 პოსტ-მედიაცია

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. მეგვარი ქცევის გამოყენება, კონკრეტულ სიტუაციაზე 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.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ იხილეთ ინჰალატორის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

⁵⁰⁶ იხილეთ ფონეიდოსკოპის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

⁵⁰⁷ იხილეთ ბლოკნოტის მექანიზმი 'Dispute First Aid Kit' დანართი.

6. დასკვნა

„მოვლენების დაჩქარების“ მეთოდოლოგიის მიმართ, კანონიერი კრიტიკაც არსებობს. აღნიშნული ნაშრომი, გახლდათ მცდელობა კონკრეტული საკითხები წამოეწია, რაც ამ მეთოდთან არის დაკავშირებული. “დავების პირველად დახმარების კომპლექტი” რამდენიმე პრაქტიკულ რჩევას გთავაზობთ, რაც “მოვლენების დაჩქარების” მეთოდოლოგიის ხარვეზებისაგან თავის ასარიდებლად გამოგადგებათ.

ამ ნაშრომს კი, საერთოდ მედიატორებისათვის საჭირობოროტო შეკითხვით დავასრულებ (დასკვნის სახით): თუკი ამჟამად “მოვლენების დაჩქარების” მეთოდოლოგია ნაკლებად რეიტინგულია დავების დაკმაყოფილების ჭრილში, გრძელვადიანი მედიაცია ყოველთვის საჭიროდ შეიძლება ჩაითვალოს?⁵⁰⁸



დანართი: დავების პირველადი დახმარების

კომპლექტი⁵⁰⁹



სუპერ-წებო: 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.⁵¹⁰ ‘პროცესების დაჩქარების’ მეთოდის გამოყენების უპირატესობა, თავად მისი



⁵⁰⁸ იხილეთ Irvine, შენიშვნა 4

⁵⁰⁹ დანართში გამოყენებული ყველა ფოტოს გამოყენება თავისუფლად შესაძლებელია შემდეგი ვებ-მისამართიდან:

http://commons.wikimedia.org/wiki/Main_Page

⁵¹⁰ Boulle & Alexander, იხილეთ 10 above, p49. იხილეთ Moore, შენიშვნა 33 above, თავი 7 და სპეციალური გვერდები pp193-194.

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 გაწევის ხარჯზე შეძლო მათი მოგვარება/გადაწყვეტა ისე, რომ ორივე მხარე კმაყოფილი დარჩეს. 'პროცესების დაჩქარების' მეთოდის გამოყენებისას კი უმნიშვნელოვანესია მომჩივანი მხარის ინტერესების მყისიერი ანალიზი ჩატარდეს და გამოირკვეს უკმაყოფილების კონკრეტული მიზეზები.⁵¹¹ ერთ-ერთი ეფექტური ხერხი იმისათვის, რომ მხარეთა საჭიროებების და ინტერესების სწრაფად აღმოჩენა მოხდეს, თემატური კითხვების დასმაა. ე.წ. სოკრატეს ტექნიკა⁵¹², შეთანხმების მიღწევისათვის კონკრეტული განცხადების გაკეთების ნაცვლად, დიალოგისას კითხვების დასმის ხერხს იყენებს. ამგვარი მეთოდი კი ცნობისმოყვარეობას 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 გადაწყვეტის კუთხით, თუმცა ზოგ შემთხვევაში დემოტივატორადაც შეიძლება იქცეს.



⁵¹¹ Moore, იხილეთ 33 above, pp183-184. Moore გააცნო ე.წ. mask-mirage ანალიზი, ნიღაბი: როგორ სურთ მხარეებს, რომ იყვნენ აღქმულნი, მირაჟი: დავის სახეობა, რომელიც მხარის სულიერ საჭიროებაზეა დაფუძნებული.

⁵¹² იხილეთ Neenan, Michael (2009) *Using Socratic questioning in coaching*, Journal of Rational – Emotive & Cognitive – Behaviour Therapy, Vol 27, pp249-264.

რუქა: პროცესების მაპინგი/მოლოდინების მართვა

თუკი დავის განხილვის დასაწყისშივე, მხარეებს პროცესისადმი გადაჭარბებული და არაადექვატური მოლოდინები შეექმნებათ, მაშინ მედიაცია არაეფექტურობისთვისაა განწირული.⁵¹³ 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. გახსოვდეს: ხარისხი და არა რაოდენობა. ტელეკონფერენციისას, მე გირჩევდით, რომ საუბრის დასაწყისიდანვე, საწყისი სიტყვის წარმოთქმისას, კითხვები დასვათ, რადგან დარწმუნდეთ, რომ საუბარი ფუჭი არ არის და ორივე მხარე ყურადღებით ისმენს.

საწყისი სიტყვის მაგალითი; სიტყვა შეიძლება იყოს შემდეგნაირი: "ჩემთვის აღნიშნული პროცესის მიზანია, თითოეულ თქვენთაგანს მიეცეს საკითხის კონსტრუქციულად განხილვის საშუალება და შენსი იმისა, რომ შეთანხმება იქნას მიღწეული. 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 შევაწყვეტინოთ ერთმანეთს. მე უზრუნველვყოფ იმას, რომ თითოეული თქვენთაგანს ჰქონდეს პასუხის გაცემის საშუალება." საყურადღებოა ის ფაქტი, რომ შესაძლოა აღნიშნული ტექსტი, ზოგიერთ შემთხვევაში საწყის სიტყვად არ გამოდგეს. თუმცა მნიშვნელოვანია, რომ დროის სიმცირის პირობებში საწყისი სიტყვა იყოს ეფექტური და გამამხნეველებელი.

⁵¹³ Sourdin, იხილეთ 6 above, p2.



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,⁵¹⁴ 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 საათი ცი საკმაოდ დროა იმისათვის, რომ პროცესი სწორად წარიმართოს.



⁵¹⁴ იბიჯეთ Spark, Nick T. (2006) *A history of Murphy's law*, AIR.



ოყნა: ემოციებისაგან დაცვა (სიბრაზის ამოხეთქვა)

ამ მეთოდის გამოყენება, შესაძლოა ზოგიერთებისათვის არაკომფორტული აღმოჩნდეს. ზოგიერთისათვის კი შეიძლება ემოციების გამოხატვა გახდეს დისკომფორტის საფუძველი. ემოციების გამოხატვა 'შოვლენათა დაჩქარების' მეთოდში, ერთ-ერთი ყველაზე თვალსაჩინო გამოწვევაა, რადგან ის პრობლემის გადაწყვეტის კუთხით გარკვეულ როლს თამაშობს (შესაძლოა გულწრფელმა ემოციამ გადაწყვეტილების მიღების ობიექტურობა დაგვანახოს ან პირიქით).⁵¹⁵ ემოციურმა ფონმა, სახელდობრ ემოციების გამოხატვამ, შესაძლოა ნეგატიური გავლენა იქონიოს,⁵¹⁶ ამიტომ აუცილებელია მედიატორი ყურადღებით იყოს და იცოდეს, თუ რა გავლენას ახდენს ემოცია მხარეებზე და თავად მათზე (მედიატორზე). როდესაც დრო ძალიან ცოტაა, დავების გადაწყვეტისათვის რაიმე ექსპერიმენტული (არაპროფესიონალური) მეთოდების "amateur counselling" გამოყენებისაგან თავი უნდა შეიკავოთ.⁵¹⁷

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 ჩვენთაგანს უყვარს ერთმანეთისათვის ისტორიების (დაძაბული ისტორიების) გაზიარება. ამისათვის კი მრავალი განსხვავებული ხერხი არსებობს.

⁵¹⁵ Moore, იხილეთ 33 above, თავი 7.
⁵¹⁶ დამატებითი საკითხავი თემაზე 'mirror neurons', იხილეთ: Allen, Stephanie West (2008) *Mirror neurons: some resources* at: <http://www.mediate.com/articles/WestAllenSbl20080602.cfm>
⁵¹⁷ Boule & Alexander, იხილეთ 10 above, p47.

მოწინააღმდეგე 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 დაგეგმარებათ: "რა მოხდა?" და "რატომ მოხდა?"

ჩანიშვნების გაკეთება ბლოკნოტში თქვენ დაგეგმარებათ არა ხმოლოდ 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 საშუალებას მისცემს ეფექტურად მართონ ემოციები.⁵¹⁸



ბუდა: მართული მედიაცია

რიტუალები სხავასხვა კულტურებში მნიშვნელოვან როლს თამაშობენ და მედიაციასაც სერიოზული გავლენა აქვს⁵¹⁹. რიტუალის ჩასატარებლად მაინცდამაინც ფეხმორთხმით ჯდომა, ხელების ერთმანეთზე ჩაკიდება ან ჩიბუხის გაბოლება აუცილებელი არ არის. თუკი მედიატორი მომწივან 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 გსურთ რომ

⁵¹⁸ საკითხის სიღმისეული განხილვისათვის იხილეთ: Widener, Michael N (2012) *The five-tool mediator: game theory, baseball practices and southpaw scouting*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol 12, p97 და Eddy, Bill (2008) *It's all your fault!: 12 tips for managing people who blame others for everything*, Janis Publications.

⁵¹⁹ Boule & Alexander, იხილეთ 10 above, pp51-52.



ადიგსოს, 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.⁵²⁰

ინჰალაცია: მოთმინება, ამოსუნთქვა, ტაიმ აუტის აღება

ღრმად ჩასუნთქვა და საუბარი ერთდროულად, აბსოლუტურად შეუძლებელია. ამიტომ, როდესაც თქვენ საუბრობთ, პერიოდულად ღრმად ჩასუნთქვა-ამოსუნთქვა წამიერი პაუზის საშუალებას მოგცემთ, რაც უდაოდ სასიკეთოდა, რადგან დაფიქრდებით კიდევ ერთხელ, ვიდრე რაიმეს იტყვი. ღრმად ჩასუნთქვა-ამოსუნთქვა ასევე თქვენს გულისცემას შეანელებს და გადატვირთულ ტვინსაც დამატებით უნებნადს მიაწვდის. 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 რაიმს თქმისაგან, რაც შეიძლება მოგვიანებით სანანებლად გექცეთ.



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 იყო. ასე რომ, თან

⁵²⁰ საკითხის სიღმისეული განხილვისათვის იხილეთ Nobel, Barry (2005) *Meditation and Meditation*, Family Court Review, Vol 43, p2.

ფიქრი და თან მხარეების აქტიური მოსმენა, ისე რომ არც ერთი 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 გულებს 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 ვაითბორდი, დიაგრამა ა.შ.

საკვირველია, რომ მედიატორთა უმრავლესობა ე.წ. ვაითბორდს და სხვა ვიზუალურ დამხმარე თვალსაჩინოებას არ იყენებს.⁵²¹ თითქოს დღის წესრიგის ჩამოწერა 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, ვაითბორდზე დაწერილი მარტივი განმარტებები, გრძელი და მომაბეზრებელი განმარტებების გაკეთებისაგან გიხსნით, გარდა ამისა, კონკრეტული საკითხების თეზისებად ჩამოწერაც სასარგებლოა მხარეებისათვის, მედიაციის პროცესში. ვაითბორდზე ჩამოწერილი დღის წესრიგი, რომელის 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, რაგდან ეს შესაძლოა კამათის საგნად

⁵²¹ Sourdin – Poor Quality Mediation p5.

იქცეს. ერთი ალტერნატივაა ე.წ. ვენის დიაგრამის (ურთიერთგადამკვეთი წრეებისაგან შემდგარი დიაგრამა) გამოყენება, რომელიც მხარეებს საერთო ენის გამონახვაში ეხმარება.⁵²² ფრთხილად იყავით და გააზრებულად შეარჩიეთ ვაითბორდზე დასაწერი თითოეული სიტყვა, რადგან მას შესაძლოა გადამწყვეტი ეფექტი ჰქონდეს.

წამზომი: ცაიტნოტი

ცნობილია, რომ შეთანხმება თუ გარიგება ბოლო მომენტში მიიღწევა ხოლმე. დროის სიმცირემ მხარეები შესაძლოა აიძულოს, რომ საკითხის განხილვა არ გაწელონ და გადაწყვეტილების მისაღებად არ იყოყმანონ. ‘მოვლენათა დაჩქარების’ მეთოდის გამოყენებისას, დროის მომენტი კიდევ უფრო მეტ აქტუალობას იძენს. მხარეებს ზრდილობიანად უნდა შეახსენონ, რომ დრო საკმაოდ მცირეა და თუკი ერთ საკითხზე ბევრს ისაუბრებენ, სხვა საკითხების განსახილბელად დრო არ ეყოფათ. მე გირჩევდით, რომ დროის ღირებულების შესახსენებლად ამგვარი ფრაზა არ გამოიყენოთ: “ჩვენ იმდენი დრო არ გვაქვს, რომ ამ საკითხს ჩაუვლრმავედეთ!” რადგან შესაძლოა, სწორედ ის დეტალი გამოტოვოთ, 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.



⁵²² მაღლობელი ვარ შენი, ჩემო კოლეგავ, Heather Corkhill ამ იდეისათვის



ე.წ არეკლის პრაქტიკა ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი იარაღია მედიატორისათვის, რადგან ამას მის (მედიატორი) საომავლო გამოცდილებასა და პროფესიონალიზმზე შესაძლოა დიდი გავლენა ქონდეს. სავარაუდოდ, ბევრი ჩვენთაგანი აწარმოებდა დღიურებს ან ჩანაწერების ჟურნალებს ბავშვობაში. და რატომ შეგწყვიტეთ ეს ყველაფერი? დაწერა იმისა თუ რა მოხდა, მხოლოდ პირველი, თუმცა ყველაზე რთული ნაბიჯია. იგივე თემას “ბლოკნოტის მექანიზმის” გამოყენებისასაც შევხვებ. პირველი ამგვარი გამოწვევა მედიატორისათვის მაინც გამოცდილების შედეგია. განსახილველი საქმეების სიმრავლემ შესაძლოა მედიატორზე იმდენად იმოქმედოს, რომ გრძნობებისაგან დაცალოს და მხოლოდ ძალიან გახმაურებული ან ემოციურად დატვირთვი 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.⁵²³ 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.

⁵²³ ამ თემაზე ვრცლად იხილეთ: Boule & Alexander, ‘შენიშვნა 10 above’, pp 68-69.

ვარდები: გამოიღვიბე, შეჩერდი და დაყნოსე ვარდები

ზოგჯერ საკუთარ თავს უნდა შეახსენო თუ რატომ შეამავლობ. როდესაც მედიაციის (შუამოვლობის) 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 შეამავლობით, სიტყვებით, ყოველგავრი ცინიზმის გარეშე ცვლი ადამიანების ცხოვრებას, ესმარები მათ. სხვა თუ არაფრისათვის, შენი ჯანმრთელობისა და ფსიქიკური გაწონასწორებულობისათვის, უმნიშვნელოვანესია კიდევ ერთხელ დარწმუნდე იმაში, რომ შენი პროფესია გიყვარს და მუშაობისაგან სიამოვნებას იღებ.⁵²⁴



ასე, რომ დადეთ თქვენს მაგიდაზე ყვავილების თაიგული და შეიგრძენით სასიამოვნო სურნელება, რაც თქვენს პროფესიულ გამოცდილებაზე, მერწმუნეთ დადებით ასახვას ჰპოვებს.

⁵²⁴ მედიაციის ხელოვნების შესახებ სახელმძღვანელო იხილეთ: Lang, Michael D and Taylor, Alison (2000) *The making of a mediator: developing artistry in practice*, Jossey-Bass.

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 experimentation with mechanisms that enhanced “private ordering”⁵²⁵ 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 interdisciplinary⁵²⁶ character of the family mediation field. Part II of

* Associate Director, Frank Evans Center for Conflict Resolution at South Texas College of Law.

** Dean Emeritus and Professor of Law at South Texas College of Law. The authors would like to thank Christina Muehlmeier, a third-year law student at South Texas College of Law, for her research and assistance with telephone interviews.

⁵²⁵For a comprehensive discussion and analysis of “private ordering” in divorce cases, see Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979).

⁵²⁶A 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 BERNARD S. MAYER, BEYOND NEUTRALITY: CONFRONTING THE CRISIS IN CONFLICT RESOLUTION 69 (2004). That is, individuals from

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.⁵²⁷

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.⁵²⁸ In the early twentieth century, legal aid organizations and various components of the justice system began using them.⁵²⁹ 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 troubled marriages.⁵³⁰ The individuals facilitating the reconciliation process at

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.

⁵²⁷ 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.*

⁵²⁸ *See* Jessica Pearson, *An Evaluation of Alternatives to Court Adjudication*, 7 JUST. SYS. J. 420, 422 (1982).

⁵²⁹ *Id.*

⁵³⁰ Ann L. Milne, Jay Folberg & Peter Salem, *The Evolution of Divorce and Family Mediation: An Overview*, in DIVORCE AND FAMILY MEDIATION:

these courts were among the first to engage in what we now consider to be mediation.⁵³¹ When reconciliation did not work, the process shifted to divorce counseling and mediation for any applicable custody issues.⁵³² 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.⁵³³ 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.⁵³⁴ 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.⁵³⁵

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.⁵³⁶ Many states eventually followed, with 1975 being the average year when such programs originated.⁵³⁷ 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.⁵³⁸ As mediation programs gained acceptance and started to yield positive results, states began to make

MODELS, TECHNIQUES, ZAND APPLICATIONS 3, 5 (Jay Folberg et al. eds., 2004).

⁵³¹ CONNIE J.A. BECK & BRUCE D. SALES, FAMILY MEDIATION: FACTS, MYTHS, AND FUTURE PROSPECTS 7 (2001).

⁵³² *Id.*

⁵³³ *Id.* at 5.

⁵³⁴ *Id.*

⁵³⁵ *Id.* at 5–7; Elena B. Langan, “We Can Work It Out”: Using Comparative Mediation — a Blend of Collaborative Law and Traditional Mediation — to Resolve Divorce Disputes, 30 REV. LITIG. 245, 250 (2011); Mnookin & Kornhauser, *supra* note 1, at 953–54.

⁵³⁶ See Isolina Ricci, *Court-Based Mandatory Mediation: Special Considerations*, in DIVORCE AND FAMILY MEDIATION, *supra* note 6, at 397, 398.

⁵³⁷ Jessica Pearson et al., *A Portrait of Divorce Mediation Services in the Public and Private Sectors*, 21 CONCILIATION CTS. REV. 1, 2 (1983).

⁵³⁸ Milne et al., *supra* note 6, at 5.

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.⁵³⁹

The family mediation movement was genuinely interdisciplinary when it began, although mental health professionals predominated.⁵⁴⁰ Family and divorce mediation evolved from diverse fields such as counseling, social psychology, communications, labor mediation, negotiation, law, anthropology, and education.⁵⁴¹ Therapists, social workers, child development experts, educators, lawyers, accountants, and family court personnel were all strongly involved in the family mediation movement.⁵⁴² 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.⁵⁴³ 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.⁵⁴⁴

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.⁵⁴⁵ The percentage was even higher in the public sector, with 90% of the mediators being mental health

⁵³⁹ *Id.*

⁵⁴⁰ Interview with Peter Salem, Exec. Dir, AFCC, in Orlando, Fla. (June 3, 2011); Milne et al., *supra* note 6, at 9, 12.

⁵⁴¹ Nancy J. Foster & Joan B. Kelly, *Divorce Mediation: Who Should Be Certified?*, 30 U.S.F. L. REV. 665, 666 (1996).

⁵⁴² MAYER, *supra* note 2, at 69.

⁵⁴³ See *History*, ASS'N OF FAM. AND CONCILIATION CTS., <http://www.afccnet.org/About/History> (last visited Mar. 14, 2012).

⁵⁴⁴ 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.

⁵⁴⁵ Milne et al., *supra* note 6, at 9.

practitioners.⁵⁴⁶ The percentage of mediators who were lawyers at the time was minimal.⁵⁴⁷ In the public sector, the percentage of attorneys was staggeringly low.⁵⁴⁸ Attorneys made up only 1% of the family mediators at the time.⁵⁴⁹ 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.⁵⁵⁰

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.⁵⁵¹ 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.⁵⁵² At the same time, the ABA Family Law Section designed its own set of Model Standards aimed specifically at lawyer-mediators.⁵⁵³ 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.⁵⁵⁴ The operational language used in both standards concerning the mediation process, however, was very similar.⁵⁵⁵ 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.⁵⁵⁶ AFCC convened a symposium and invited all constituencies to come

⁵⁴⁶ *Id.*

⁵⁴⁷ *Id.*

⁵⁴⁸ *Id.*

⁵⁴⁹ *Id.*; 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”).

⁵⁵⁰ Foster & Kelly, *supra* note 17, at 666.

⁵⁵¹ See MODEL STANDARDS OF PRACTICE FOR FAMILY AND DIVORCE MEDIATION ii (2001) (working draft).

⁵⁵² *Id.*

⁵⁵³ *Id.*

⁵⁵⁴ Interview with Andrew Schepard, Dir., Hofstra Law Sch. Ctr. for Children, Families, and the Law, in Orlando, Fla. (June 3, 2011)

⁵⁵⁵ *Id.*

⁵⁵⁶ *Id.*; see also Andrew Schepard, *An Introduction to the Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation*, 35 FAM. L.Q. 1, 11 (2001) [hereinafter Schepard, *Introduction*].

together to draft a revised set of standards.⁵⁵⁷ 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.⁵⁵⁸ 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.⁵⁵⁹ 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 imbalance of power between the woman and her divorcing spouse.⁵⁶⁰ 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

⁵⁵⁷ Schepard, *Introduction, supra* note 32, at 11–12; *see also* Interview with Andrew Schepard, *supra* note 30.

⁵⁵⁸ Schepard, *Introduction, supra* note 32, at 11–12; *see also* Interview with Andrew Schepard, *supra* note 30.

⁵⁵⁹ Trina Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 100 *YALE L.J.* 1545, 1549 (1991).

⁵⁶⁰ *Id.* at 1549–50. For related critiques of family mediation and ADR generally, *see* Penelope E. Bryan, *Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power*, 40 *BUFF. L. REV.* 441 (1992); and Richard Delgado et al., *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution*, 1985 *WIS. L. REV.* 1359.

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.⁵⁶¹ 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;”⁵⁶² Standard X provides: “A family mediator shall recognize a family situation involving domestic abuse and take appropriate steps to shape the mediation process accordingly;”⁵⁶³ 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.”⁵⁶⁴ 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.⁵⁶⁵ 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 premediation 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

⁵⁶¹ For concerns about power imbalances in these areas, see, e.g., Andree G. Gagnon, *Ending Mandatory Divorce Mediation for Battered Women*, 15 HARV. WOMEN’S L.J. 272 (1992).

⁵⁶² MODEL STANDARDS OF PRACTICE FOR FAMILY AND DIVORCE MEDIATION IX, *reprinted in* 35 FAM. L.Q. 27, 27–40 (2001).

⁵⁶³ *Id.* Standard X.

⁵⁶⁴ *Id.* Standard XI.

⁵⁶⁵ *Id.* Standards IX cmt.B & X cmt.B.

unauthorized practice of law (UPL).⁵⁶⁶ 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.⁵⁶⁷ 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.”⁵⁶⁸ Operating under this shadow may put non-lawyers at a disadvantage when competing with lawyers for family mediation cases.

II. 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 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.⁵⁶⁹ 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.”⁵⁷⁰

⁵⁶⁶ David A. Hoffman & Natasha A. Affolder, *Mediation and UPL: Do Mediators Have a Well-Founded Fear of Prosecution?*, DISP. RESOL. MAG., Winter 2000, at 20.

⁵⁶⁷ *Id.*; Telephone Interview with David Hoffman, Founding Member, Bos. Law Collaborative, LLC (Sept.16, 2011).

⁵⁶⁸ Jacqueline M. Nolan-Haley, *Lawyers, Non-Lawyers, and Mediation: Rethinking the Professional Monopoly from a Problem-Solving Perspective*, 7 HARV. NEGOT. L. REV. 235, 269–70 (2002).

⁵⁶⁹ Interview with Peter Salem, *supra* note 16.

⁵⁷⁰ *Id.*

Today, many mediators in court-connected settings are still mental health professionals, including social workers and psychologists.⁵⁷¹ In fact, numerous court-connected programs have very few mediators with legal backgrounds on their staffs.⁵⁷² 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.⁵⁷³ Some court-connected mediation services are limited to parenting plans only.⁵⁷⁴ Attorneys still appear on the rosters of court-appointed mediators, but the extent varies based on the financial incentives provided within different jurisdictions.⁵⁷⁵ In some jurisdictions, attorney-mediators make considerably less money mediating for the courts than they could in private practice.⁵⁷⁶ 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.⁵⁷⁷

When family mediation began decades ago, “it was a new field and everyone was jockeying for it.”⁵⁷⁸ However, some lawyers were initially opposed to family mediation.⁵⁷⁹ One main reason accounted for this early pushback from attorneys: They feared that mediation

⁵⁷¹ 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.).

⁵⁷² See MAYER, *supra* note 2, at 70.

⁵⁷³ *Id.*

⁵⁷⁴ Milne et al., *supra* note 6, at 10.

⁵⁷⁵ Urška Velikonja, *Making Peace and Making Money: Economic Analysis of the Market for Mediators in Private Practice*, 72 ALB. L. REV. 257, 286 (2009) (noting that fees for mediators on court rosters vary by geography).

⁵⁷⁶ *Id.* at 281 (stating that lawyer-mediators make less money mediating than from doing “other legal work”).

⁵⁷⁷ 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 nonattorney 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.

⁵⁷⁸ Interview with Bernard Mayer, *supra* note 53.

⁵⁷⁹ Telephone Interview with Nancy Palmer, Family Lawyer and Mediator (June 9, 2011).

would cause them to lose business.⁵⁸⁰ 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.⁵⁸¹ Another particularly important factor leading to an explosion of attorney involvement was the promulgation of statutes and rules mandating mediation.⁵⁸² With the promulgation of these rules came increased support from the bar for mediation.⁵⁸³ 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.⁵⁸⁴ 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.⁵⁸⁵ Bernard Mayer perhaps summed up the chain of events most succinctly by noting that “[t]he law profession at first resisted mediation and then co-opted it.”⁵⁸⁶ 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

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 1987.⁵⁸⁷ The Code outlines the responsibilities of the courts to carry out procedures in support of the state policy.⁵⁸⁸ Recognizing the special nature of family cases, the Texas Family Code allows for mediation of specific

⁵⁸⁰ *Id.*; Velikonja, *supra* note 51, at 283.

⁵⁸¹ Interview with Nancy Palmer, *supra* note 55.

⁵⁸² *Id.*

⁵⁸³ See Milne et al., *supra* note 6, at 12.

⁵⁸⁴ See *id.*

⁵⁸⁵ See MAYER, *supra* note 2, at 69.

⁵⁸⁶ Interview with Bernard Mayer, *supra* note 53.

⁵⁸⁷ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. § 154.002 (West 2011).

⁵⁸⁸ *Id.* § 154.003.

family issues by agreement of the parties or by court order.⁵⁸⁹ 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).⁵⁹⁰ The mediation services offered through these sources must be offered at a reasonable cost to the parties.⁵⁹¹ 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,⁵⁹² while others give preferential treatment to mediated cases when scheduling hearings.⁵⁹³ To facilitate mediation, larger counties commonly establish both a DRC and a DRO to provide low cost mediation to residents.⁵⁹⁴ County DRCs utilize volunteer mediators who have met the training requirements established by the state.⁵⁹⁵ Mediators who wish to be on court rosters in Texas must have forty hours of classroom training in dispute resolution techniques.⁵⁹⁶ To mediate family disputes, "an additional 24 hours of training in the fields of family dynamics, child development, and family law" is required.⁵⁹⁷ DRC mediators may be professionals of any type, so long

⁵⁸⁹ TEX. FAM. CODE ANN. § 6.602 (West 2006).

⁵⁹⁰ 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).

⁵⁹¹ 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).

⁵⁹² MIDLAND CNTY., TEX., R. 2.4(b); *see also* JEFFERSON CNTY., TEX., R. 3(A), *available at* www.co.jefferson.tx.us/dclerk/rules.htm; LUBBOCK CNTY., TEX., R. 4.45(B); TRAVIS CNTY., TEX., R. 8.8(a).

⁵⁹³ HARRIS CNTY., TEX., FAM. R. 3.2.2, *available at* <http://www.justex.net/Courts/Family/LocalRules.aspx>.

⁵⁹⁴ Some examples of large counties with both DRCs and DROs are Harris, Dallas, Tarrant, Bexar, Travis, El Paso. *See, e.g.,* EL PASO CNTY., TEX., R. 3.16(C), *available at* <http://www.epcounty.com/councilofjudges/documents/part3.pdf> (referring to local DRC); *Domestic Relations Office*, EPCOUNTY.COM, <http://www.epcounty.com/DRO/> (last visited Apr. 11, 2012).

⁵⁹⁵ *See FAQ's (Frequently Asked Questions)*, DISP. RESOL. CENTER, <http://www.austindrc.org/information-resources/faqs.php> (last visited Mar.14, 2012).

⁵⁹⁶ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. § 154.052.

⁵⁹⁷ *Id.*

as they have met the training requirements.⁵⁹⁸ In contrast, county DRO mediators are paid staff members,⁵⁹⁹ who are mental health professionals or attorneys, and they only handle issues relating to the parent–child relationship.⁶⁰⁰

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.⁶⁰¹ It appears that there are very few private non-attorney family mediators in Texas who are able to sustain a successful practice.⁶⁰² 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.⁶⁰³ In Texas, like in many other states, attorneys and parties can choose their own mediators for court-appointed cases.⁶⁰⁴ If the parties are unable to select a mediator, then

⁵⁹⁸ 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).

⁵⁹⁹ 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).

⁶⁰⁰ Interview with Megan Ultis, *supra* note 75; *see also* TEX. FAM. CODE ANN. § 203.004 (West 2008) (confirming that DROs deal with parent–child relationship issues).

⁶⁰¹ Interview with Norma Trusch, Mediator & Collaborative Att’y, Harris Cnty., in Houston, Tex. (May 16, 2011).

⁶⁰² *Id.*

⁶⁰³ *Id.*

⁶⁰⁴ *See, e.g.,* EL PASO CNTY., TEX., R. 3.16(C); FRIEND OF THE CT. BUREAU, STATE CT. ADMIN. OFFICE, MICHIGAN CUSTODY

the judge appoints one. In Texas, judges tend to prefer attorney-mediators who “get the cases done.”⁶⁰⁵

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.⁶⁰⁶ 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.⁶⁰⁷ 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.⁶⁰⁸

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.⁶⁰⁹ 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.⁶¹⁰ When asked to provide their preferences in choosing a family mediator,

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.”).

⁶⁰⁵ Interview with Norma Trusch, *supra* note 77.

⁶⁰⁶ DISP. RESOL. CTR. OF HARRIS CNTY., <http://www.co.harris.tx.us/drc/> (last visited Mar. 14, 2012). “Established in 1980, the Dispute Resolution Center . . . is a non-profit corporation sponsored by the Houston Bar Association and funded through Harris County.” *Id.*

⁶⁰⁷ Telephone Interview with Nick Hall, *supra* note 74.

⁶⁰⁸ *Id.*

⁶⁰⁹ 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 nonattorney 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).

⁶¹⁰ S. Tex. Coll. of Law Frank Evans Ctr. for Disp. Resol., Family Mediation in Hous. Survey (May 6, 2011) (on file with authors).

75% said they prefer attorneys.⁶¹¹

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.”⁶¹² As Manouso explained, “Mediation started from the law so the majority of mediators are attorneys.”⁶¹³ 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.⁶¹⁴ 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.⁶¹⁵ Although the attorney-mediators conduct a majority of the cases, the non-attorney mediators are also utilized to a great degree.⁶¹⁶ 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.⁶¹⁷

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.⁶¹⁸ 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.⁶¹⁹

⁶¹¹ *Id.*

⁶¹² Telephone Interview with Barbara Sunderland Manouso, Founder of Manouso Mediation & Alt. Disp. Resol. (May 20, 2011).

⁶¹³ *Id.*

⁶¹⁴ *Id.*

⁶¹⁵ Interview with Megan Ultis, *supra* note 75.

⁶¹⁶ *Id.*

⁶¹⁷ *Id.*

⁶¹⁸ Telephone Interview with Nancy Oseasohn, Intake Mediation Manager, Bexar Cnty. Disp. Resol. Ctr. (July 7, 2011).

⁶¹⁹ *Id.* 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

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.⁶²⁰ 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.⁶²¹ 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.⁶²² The interdisciplinary nature of the field began to change with the advent of “settlement week,”⁶²³ 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.”⁶²⁴ 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 nonattorneys.⁶²⁵

Galveston County, Texas has a similar pro-attorney bias in the mediation arena. Dan Amerson, an ordained member of the clergy,

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. *Id.*

⁶²⁰ Telephone Interview with Kim Martinez, Dir., Disp. Mediation Servs., Inc. (June 21, 2011).

⁶²¹ *Id.*

⁶²² Telephone Interview with Lynelle Yingling, Ph.D, J&L Human Sys. Dev. (June 21, 2011).

⁶²³ 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 id.* Section 155.003 states that “[a]ny attorney currently licensed in the state may serve as a mediator during the settlement weeks.” *Id.* § 155.003.

⁶²⁴ Interview with Lynelle Yingling, *supra* note 98.

⁶²⁵ *Id.*

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.⁶²⁶ 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.⁶²⁷ Also, there is “simply just a bias towards attorney mediators,” where Texas is still all about the “good old boys system.”⁶²⁸

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.⁶²⁹

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.⁶³⁰ Indeed, a prominent family mediator in Houston says that the shuttle

⁶²⁶ Telephone Interview with Dan Amerson, Mediator, Galveston Cnty., Tex. (June 20, 2011).

⁶²⁷ *Id.*

⁶²⁸ *Id.* 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.” *Id.* Amerson, of course, has proved them wrong. *Id.*

⁶²⁹ 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).

⁶³⁰ For discussions of mediation styles in civil cases, see, e.g., James J. Alfani, *Trashing, Bashing, and Hashing It Out: Is This the End of “Good Mediation”?*, 19 FLA. ST. U. L. REV. 47 (1991); Leonard L. Riskin, *Understanding Mediators’ Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 HARV. NEGOT. L. REV. 7 (1996); Nancy A. Welsh, *The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?*, 6 HARV. NEGOT. L. REV. 1 (2001).

diplomacy model has become much more common in family cases than in civil cases.⁶³¹ In family cases, he explains that the parties are seldom, if ever, brought together in joint session, even at the beginning of the mediation.⁶³² 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.⁶³³ 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.⁶³⁴ 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.⁶³⁵ “Prior to 1987, mediation programs for county and family cases were in operation, and legislation authorized . . . judicial referral of cases to family mediation programs.”⁶³⁶ Court-based family mediation programs have grown from fourteen in 1988, to forty-five presently.⁶³⁷ “[T]he Florida Statutes were broadened in 1987 to grant trial judges the authority to refer any contested civil matter to mediation.”⁶³⁸ 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

⁶³¹ Interview with Hon. Bruce Wettman, *supra* note 85.

⁶³² *Id.*

⁶³³ See TEX. FAM. CODE ANN. § 105.002 (West 2008).

⁶³⁴ 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 (last visited Mar. 14, 2012).

⁶³⁵ *Id.*

⁶³⁶ *Id.*

⁶³⁷ *Id.*

⁶³⁸ *Id.*

responsibility issues.”⁶³⁹

All mediators in Florida who wish to be selected by the courts to mediate must obtain a rigorous certification by the Florida Supreme Court.⁶⁴⁰ What makes Florida unique is that mediator certification is premised on a point system.⁶⁴¹ To qualify as a mediator, an applicant must have enough points for the type of certification sought.⁶⁴² 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.⁶⁴³ 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.⁶⁴⁴ Of this total, 1,127 are non-attorneys and 1,041 are attorneys.⁶⁴⁵ 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 = 123.⁶⁴⁶

Until recently in Florida, only attorneys were certified to mediate non-family civil cases, while non-attorneys could mediate family cases.⁶⁴⁷ 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.⁶⁴⁸

⁶³⁹ FLA. STAT. ANN. § 44.102(2)(c) (West 2003).

⁶⁴⁰ See FLA. STAT. ANN. § 10.100 (West 2010).

⁶⁴¹ *Id.* § 10.105.

⁶⁴² *Id.* §§ 10.100–10.105.

⁶⁴³ See *id.* §§ 10.100, 10.105.

⁶⁴⁴ See *Dispute Resolution Center Mediator Reporting System*, FLA. STATE CTS., http://199.242.69.70/pls/drc/drc_main_screen (last visited Feb. 3, 2012). This number is based on running “search for mediator” “demographics” and then selecting “family” for “mediator type.”

⁶⁴⁵ *Id.*

⁶⁴⁶ *Id.*

⁶⁴⁷ 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)).

⁶⁴⁸ *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

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.⁶⁴⁹ 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.⁶⁵⁰

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.⁶⁵¹ Only one of these four is a lawyer, and that lawyer also happens to have a mental health degree.⁶⁵² On the other hand, the 15th Judicial Circuit maintains a roster of thirty contract mediators, many of whom are attorneys.⁶⁵³ These contract mediators are paid approximately \$125 for a two-hour session.⁶⁵⁴ In the 9th Judicial Circuit in Orlando, there are twenty-eight contract family mediators, nineteen of whom are attorneys.⁶⁵⁵ The other half represents a wide

(2006).

⁶⁴⁹ See SUP. CT. OF FLA., COMM'N ON TRIAL CT. PERFORMANCE & ACCOUNTABILITY, RECOMMENDATIONS FOR ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION SERVICES IN FLORIDA'S TRIAL COURTS 43 (2008),

available at http://www.flcourts.org/gen_public/court-services/bin/ADRMediationReport08-2008.pdf.

⁶⁵⁰ 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 84–86 (Sharon Press ed., 18th ed. 2005) (listing standard fees for mediators in each judicial circuit in Florida); see also 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%20Instructions%20for%20Case%20Parties.pdf> (last visited Mar. 14, 2012) (stating that mediators on the court rosters in Harris County, Texas can charge up to \$400 per party).

⁶⁵¹ Telephone Interview with Bill Moreno, Alt. Disp. Resol. Dir., 15th Jud. Cir. Ct. of Fla. (July 14, 2011).

⁶⁵² *Id.*

⁶⁵³ *Id.*

⁶⁵⁴ *Id.*

⁶⁵⁵ 2011 *Family Mediators*, NINTH JUDICIAL CIR. CT. OF FLA., http://www.ninthcircuit.org/programs-services/dispute-resolution-services/family_mediators.shtml (last visited Apr. 10, 2012); see also Telephone Interview with Genie Williams, Dir., 9th Jud. Cir. Ct. of Fla., Disp. Resol. Servs.

array of professionals, including therapists and CPAs.⁶⁵⁶ 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.”⁶⁵⁷ 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.⁶⁵⁸ 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.⁶⁵⁹

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 2,168.⁶⁶⁰ This is approximately 18%, a major decline since a time not so long ago, when therapists were the driving force in the mediation

(July 14, 2011) (confirming the breakdown in professions).

⁶⁵⁶ NINTH JUD. CIR. CT. OF FLA., *supra* note 131; Interview with Genie Williams, *supra* note 131.

⁶⁵⁷ 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).

⁶⁵⁸ Interview with Bill Moreno, *supra* note 127.

⁶⁵⁹ *Id.*

⁶⁶⁰ *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.*

landscape. While non-attorneys are still heavily involved in the Florida court mediation programs, private family mediation is “top heavy with attorneys.”⁶⁶¹ 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.⁶⁶² The majority of mediators, and in particular, non-attorney mediators, “do not quit their day jobs,” says attorney-mediator Helen Stein of Divorce Without War in Miami, Florida.⁶⁶³ 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.⁶⁶⁴ Other experts believe “it is an exception for non-attorneys to make a living off mediating.”⁶⁶⁵

3. Illinois

Similar to Texas and Florida, family mediation has been utilized within the Illinois court system for the past three decades or so.⁶⁶⁶ 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.⁶⁶⁷ When we pointed out to them that there clearly was judicial leadership at the top in Florida but no similar

⁶⁶¹ Interview with Bill Moreno, *supra* note 127

⁶⁶² 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.

⁶⁶³ Telephone Interview with Helen Stein, Att’y-Mediator, Divorce Without War, in Miami, Fla. (Aug. 1, 2011).

⁶⁶⁴ *Id.*

⁶⁶⁵ Interview with Charles Castagna, *supra* note 133.

⁶⁶⁶ For excellent sources of information on all aspects of court mediation in Illinois, see RESOLUTION SYSTEMS INSTITUTE, <http://www.abourtsi.org/> (last visited Mar. 14, 2012).

⁶⁶⁷ 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).

development in Texas,⁶⁶⁸ 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.⁶⁶⁹ 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.”⁶⁷⁰

Family mediation has been extensively used in the Circuit Court of Cook County (Chicago), Illinois since 1982.⁶⁷¹ 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).⁶⁷² This is a free service provided by the court system and amounts to approximately 2,400 cases each year.⁶⁷³ MFCS does not mediate financial issues in divorce matters, “largely as a concession to the matrimonial bar back in 1982.”⁶⁷⁴

For most of its history, MFCS has been staffed by mediators drawn predominantly from the mental health professions.⁶⁷⁵ In 1991, Corinne (Cookie) Levitz became the first lawyer-mediator at

⁶⁶⁸ 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.

⁶⁶⁹ Interview with Corinne (Cookie) Levitz, *supra* note 143; Interview with Susan Yates, *supra* note 143.

⁶⁷⁰ Interview with Brigitte Bell, Principal & Founder, Brigitte Schmidt Bell, P.C., in Chi., Ill. (June 30, 2011).

⁶⁷¹ 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> (last visited Mar. 14, 2012).

⁶⁷² For descriptions of the MFCS program, see Sharon Zingery, Corinne (Cookie) Levitz & David Royko, *Screening for Domestic Violence in Family Mediation Cases*, in *INNOVATIONS IN COURT SERVICES* 41, 41–60 (Cori A. Erickson ed., 2010); 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.

⁶⁷³ *Illinois Court ADR Sourcebook*, *supra* note 147.

⁶⁷⁴ Interview with Corinne (Cookie) Levitz, *supra* note 143.

⁶⁷⁵ *Illinois Court ADR Sourcebook*, *supra* note 147.

MFCS.⁶⁷⁶ There are approximately nineteen full-time mediators in the MFCS, including five attorneys and fourteen from other professions, mostly mental health.⁶⁷⁷ 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 owned family mediation because they understood the divorce dynamic.”⁶⁷⁸ Although there was some suspicion towards her at first, she believes that attorney-mediators have generally been accepted over time.⁶⁷⁹

Each MFCS mediator normally handles two cases per day and each mediation session lasts approximately two hours.⁶⁸⁰ The expectation is that each case will have an intake session and then two mediation sessions.⁶⁸¹ If necessary, a third session can be scheduled if it is before the court status date.⁶⁸² Levitz explained, “We don’t feel pressured to get it done quickly.”⁶⁸³

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,”⁶⁸⁴ 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

⁶⁷⁶ Interview with Corinne (Cookie) Levitz, *supra* note 143.

⁶⁷⁷ *Illinois Court ADR Sourcebook*, *supra* note 147.

⁶⁷⁸ Interview with Corinne (Cookie) Levitz, *supra* note 143

⁶⁷⁹ *Id.*

⁶⁸⁰ *Id.*

⁶⁸¹ *Id.*

⁶⁸² *Id.*

⁶⁸³ *Id.*

⁶⁸⁴ 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).

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.⁶⁸⁵

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].⁶⁸⁶

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.'"⁶⁸⁷

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."⁶⁸⁸ 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 they can't deal with."⁶⁸⁹ 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

⁶⁸⁵ Interview with Corinne (Cookie) Levitz, *supra* note 143.

⁶⁸⁶ Interview with Brigitte Bell, *supra* note 146.

⁶⁸⁷ *Id.*

⁶⁸⁸ *Id.*

⁶⁸⁹ *Id.*

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.⁶⁹⁰

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.⁶⁹¹ 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?"⁶⁹² 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.⁶⁹³

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

⁶⁹⁰ *Id.*

⁶⁹¹ Interview with the Honorable Karen Shields, Mediator, JAMS, in Chi., Ill. (June 24, 2011).

⁶⁹² *Id.*

⁶⁹³ JAMS, Resolution Experts, is, by its own account, "the largest private alternative dispute resolution (ADR) provider in the world." *About JAMS*, JAMS: THE RESOLUTION EXPERTS, http://www.jamsadr.com/aboutus_overview (last visited Mar. 14, 2012).

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.”⁶⁹⁴

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.⁶⁹⁵ 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.⁶⁹⁶

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. They had a reason to feel comfortable with the notion of non-lawyers as family mediators because they had used therapists as custody evaluators.⁶⁹⁷

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.⁶⁹⁸

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

⁶⁹⁴ Interview with Brigitte Bell, *supra* note 146.

⁶⁹⁵ Telephone Interview with Lynn Gaffigan, Mediator, Lake Cnty., Ill. (Oct. 14, 2011).

⁶⁹⁶ *Id.* However, Gaffigan also noted that in several counties, mental health mediators were brought onto the early committees involved in establishing the rules. *Id.*

⁶⁹⁷ *Id.*

⁶⁹⁸ *Id.*

mediation of major civil cases in various Illinois circuits. Illinois passed the Uniform Mediation Act in 2002.⁶⁹⁹ 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.”⁷⁰⁰ Pursuant to the IUMA, attorneys may now attend mediations conducted under a court program⁷⁰¹ 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.⁷⁰² 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.”⁷⁰³

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

⁶⁹⁹ See Ill. Unif. Mediation Act, 710 ILL. COMP. STAT. 35/1–16 (West 2007).

⁷⁰⁰ 710 ILL. COMP. STAT. 35/10.

⁷⁰¹ *Id.*

⁷⁰² For a review and critique of the local rules governing these programs, see Suzanne J. Schmitz, *A Critique of the Illinois Circuit Rules Concerning Court-Ordered Mediation*, 36 LOY. U. CHI. L.J. 783 (2005).

⁷⁰³ Interview with Lynn Gaffigan, *supra* note 171.

mediators do not necessarily “need substantive knowledge of the areas in which they mediate, including the law.”⁷⁰⁴ 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.⁷⁰⁵ As one commentator noted, the issues that must be resolved in a divorce mediation “inevitably involve legal questions.”⁷⁰⁶ 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 institutions remain at the center of the family law system.”⁷⁰⁷ 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.”⁷⁰⁸ 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.⁷⁰⁹

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.⁷¹⁰ Divorcing couples want more than simply assistance with the process.⁷¹¹ They want to know that what they are agreeing to is consistent with what

⁷⁰⁴ Foster & Kelly, *supra* note 17, at 668.

⁷⁰⁵ *Id.*

⁷⁰⁶ Nichol M. Schoenfield, *Turf Battles and Professional Biases: An Analysis of Mediator Qualifications in Child Custody Disputes*, 11 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 469, 481 (1996) (quoting Russell M. Coombs, *Noncourt-Connected Mediation and Counseling in Child Custody Disputes*, 17 FAM. L.Q. 469, 493 (1984)).

⁷⁰⁷ Peter Salem, *Improving Our Family Courts and Services: A Call for Interdisciplinary Collaboration*, UNIFIED FAM. CT. CONNECTION, Winter 2011, at 7, 7.

⁷⁰⁸ Mnookin & Kornhauser, *supra* note 1, at 968.

⁷⁰⁹ *See id.*

⁷¹⁰ *See* MAYER, *supra* note 2, at 69–70.

⁷¹¹ *See id.* at 70.

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.⁷¹²

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.⁷¹³ Mediated settlement agreements must also avoid any family code violations.⁷¹⁴ Having an attorney to help navigate these legal issues helps reduce client anxiety.⁷¹⁵

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.”⁷¹⁶ 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.”⁷¹⁷ 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.⁷¹⁸

Even with enhanced training, however, many non-lawyer mediators come to realize there is indeed a legal aspect to mediating

⁷¹² Interview with Andrew Shepard, *supra* note 30.

⁷¹³ Interview with Hon. Bruce Wettman, *supra* note 85.

⁷¹⁴ Interview with Nick Hall, *supra* note 74.

⁷¹⁵ See Paul T. Capuzziello, *An Interdisciplinary Approach to Handling Divorce Cases*, UNIFIED FAM. CT. CONNECTION, Winter 2011, at 2, 4.

⁷¹⁶ Interview with Elinor Robin, Ph.D., Mediator and Mediation Trainer, in Orlando, Fla. (June 4, 2011).

⁷¹⁷ *Id.*

⁷¹⁸ See FLA. DISP. RESOL. CTR., ADR RESOURCE HANDBOOK 139, 168 (July 2011), available at http://www.flcourts.org/gen_public/adr/bin/ResourceHandbook2011/2011ADRHandbookTab5MTSP.pdf.

divorce cases, and they may feel unqualified to deal with the law and prepare the necessary legal documents.⁷¹⁹ 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.⁷²⁰ This places non-lawyer mediators in a “catch-22” since it is the non-lawyer mediators that end up doing the most drafting.⁷²¹

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.⁷²² 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.”⁷²³ For example, mental health mediators may be more likely to receive direct mediation referrals from mental health professionals treating divorcing spouses.⁷²⁴ More recently, a larger number of attorneys are entering the ADR field.

⁷¹⁹ Of course, it should be noted that not all attorney-mediators are necessarily familiar with family law either.

⁷²⁰ Interview with Elinor Robin, *supra* note 192.

⁷²¹ *Id.*

⁷²² See Velikonja, *supra* note 51, at 282 (stating that attorneys are the primary source of mediation business).

⁷²³ Interview with Peter Salem, *supra* note 16.

⁷²⁴ 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).

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.”⁷²⁵ 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.⁷²⁶

Lawyers tend to control the mediator referral system, particularly when the parties are represented.⁷²⁷ Some see attorneys as gatekeepers of the mediator selection process.⁷²⁸ If the parties are represented, the attorneys will almost always choose an attorney-mediator.⁷²⁹ 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.⁷³⁰

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.⁷³¹

⁷²⁵ *Id.*; see also Interview with Lynn Gaffigan, *supra* note 171.

⁷²⁶ Interview with Bill Moreno, *supra* note 127.

⁷²⁷ Interview with Bernard Mayer, *supra* note 53.

⁷²⁸ Velikonja, *supra* note 51, at 282

⁷²⁹ Interview with Kim Martinez, *supra* note 96.

⁷³⁰ 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.

⁷³¹ 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.”

Attorneys with difficult clients may especially seek out attorney-mediators to assist with this.⁷³²

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.”⁷³³ In addition, there has been a rise in nontraditional families, and within these nontraditional families, numerous issues have been emerging, such as “allegations of domestic violence, child abuse, and substance abuse.”⁷³⁴ While the advent of nofault statutes have simplified the grounds for divorce,⁷³⁵ 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

⁷³² 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

⁷³³ Peter Salem, *The Emergence of Triage in Family Court Services: The Beginning of the End for Mandatory Mediation?*, 47 FAM. CT. REV. 371, 377 (2009) (alteration in original) (quoting Donald T. Saposnek, *Commentary: The Future of the History of Family Mediation Research*, CONFLICT RESOL. Q., 37, 38 (Fall–Winter 2004)).

⁷³⁴ Jessica Pearson, *Court Services: Meeting the Needs of Twenty-First Century Families*,

33 FAM. L.Q. 617, 618–19 (1999).

⁷³⁵ Jill Schachner Chanen, *And Then There Was None*, 96 A.B.A. J., Nov. 2010, at 12,

12 (confirming that all states permit no-fault divorce). Although all states today permit nofault divorces, divorcing litigants may still plead fault as a basis for requesting a disproportionate award of the community estate or child custody. Barbara Anne Kazen, *Division of Property at the Time of Divorce*, 49 BAYLOR L. REV. 417, 426 (1997).

is no longer the case.⁷³⁶ For instance, as Richard Orsinger has noted about custody decisions in Texas, “we’ve fractured the custodial position by mandating joint managing conservatorship.”⁷³⁷ 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.⁷³⁸

Mirroring the increased complexity in family cases, the divorce decree itself has become more complicated.⁷³⁹ 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.⁷⁴⁰ In addition to the length of the form itself, the language of these forms can be particularly legalistic.⁷⁴¹ 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.

⁷³⁶ ANDREW I. SCHEPARD, CHILDREN, COURTS, AND CUSTODY: INTERDISCIPLINARY MODELS FOR DIVORCING FAMILIES 14–19 (2004).

⁷³⁷ 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”).

⁷³⁸ 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.

⁷³⁹ Interview with Andrew Schepard, *supra* note 30.

⁷⁴⁰ *See* Interview with Carel Stith, *supra* note 85; Interview with Norma Trusch, *supra* note 77.

⁷⁴¹ *See* Interview with Carel Stith, *supra* note 85; Interview with Norma Trusch, *supra* note 77.

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.⁷⁴² Also, many couples who use court resources regarding child custody, visitation, and child support are not married.⁷⁴³ 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.⁷⁴⁴ 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 lawyermediator due to an increased level of comfort. Some argue that lawyermediators 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.⁷⁴⁵ 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."⁷⁴⁶ Finally, a lawyer-mediator is in a better position to assist the parties in drafting a mediated settlement agreement that complies with legal requirements.⁷⁴⁷ Lawyer-mediators, therefore, could offer pro se

⁷⁴² See Avi Braz, *Out of Joint: Replacing Joint Representation with Lawyer-Mediation in Friendly Divorces*, 78 S. CAL. L. REV. 323, 361 (2004).

⁷⁴³ See U.S. CENSUS BUREAU, STATISTICAL ABSTRACT OF THE UNITED STATES: 2011, at 56, available at <http://www.census.gov/prod/2011pubs/11statab/pop.pdf>.

⁷⁴⁴ Interview with Elaine Silver, Att'y-Mediator, in Orlando, Fla. (June 3, 2011).

⁷⁴⁵ Braz, *supra* note 218, at 359.

⁷⁴⁶ *Id.* at 352.

⁷⁴⁷ 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.

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.⁷⁴⁸ Many couples simply do not want to fight, and they see lawyers as destructive and adversarial.⁷⁴⁹ As Lynelle Yingling observed, couples often believe that “attorneys tend to escalate the conflict.”⁷⁵⁰ Similarly, Bernard Mayer noted that many people just do not want attorneys taking over the process.⁷⁵¹ A desire to avoid the lawyer model and proceed pro se has also been caused by “generational” considerations.⁷⁵² 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.”⁷⁵³

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.”⁷⁵⁴ 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.⁷⁵⁵ In the same survey, “[48%] of family court service programs surveyed reported increased workload for staff. . . ; 39[%] experienced a

⁷⁴⁸ Interview with Elaine Silver, *supra* note 220.

⁷⁴⁹ *Id.*

⁷⁵⁰ Interview with Lynelle Yingling, *supra* note 98.

⁷⁵¹ Interview with Bernard Mayer, *supra* note 53.

⁷⁵² Interview with Helen Stein, *supra* note 139.

⁷⁵³ *Id.*

⁷⁵⁴ Salem, *supra* note 209, at 373, 377 (citing Barbara A. Babb, 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)).

⁷⁵⁵ *Id.* at 377.

reduction in direct service staff; 31[%] reduced administrative staff; and 24[%] reduced supervisory staff.”⁷⁵⁶

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.⁷⁵⁷

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.⁷⁵⁸ 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.”⁷⁵⁹ 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

⁷⁵⁶ *Id.*

⁷⁵⁷ 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).

⁷⁵⁸ In Florida, court subsidized mediation sessions are limited to two to three hours. SUP. CT. OF FLA., COMM’N ON TRIAL CT. PERFORMANCE & ACCOUNTABILITY, *supra* note

125, at 6.

⁷⁵⁹ Salem, *supra* note 209, at 378 (quoting Joan B. Kelly, *Family Mediation Research: Is*

There Empirical Support for the Field?, 22 CONFLICT RESOL. Q. 3, 29 (2004)).

hours.⁷⁶⁰

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.⁷⁶¹ To deal with more cases and shorter mediation sessions, court mediators thus have become increasingly directive.⁷⁶² 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.⁷⁶³ “[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.”⁷⁶⁴ 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.⁷⁶⁵ So while their title is officially mediator, some argue that the process employed “certainly isn’t real mediation.”⁷⁶⁶

Because private sector family mediation is now primarily attorney driven in many regions, inevitably it has become more evaluative,⁷⁶⁷ with attorney-mediators separating the parties from the beginning.⁷⁶⁸ These general trends can be seen in the specific practices in individual states. For example, Yingling has estimated

⁷⁶⁰ *See id.* at 381.

⁷⁶¹ Interview with Bernard Mayer, *supra* note 53.

⁷⁶² *Id.*

⁷⁶³ *Id.*

⁷⁶⁴ Salem, *supra* note 209, at 378.

⁷⁶⁵ *Id.*

⁷⁶⁶ *Id.* (quoting an unnamed mediator and court services supervisor).

⁷⁶⁷ *See* Chris Guthrie, *The Lawyer’s Philosophical Map and the Disputant’s Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and Lawyering*, 6 HARV. NEGOT. L. REV. 145,

180 (2001) (“[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.

⁷⁶⁸ Interview with Hon. Bruce Wettman, *supra* note 85.

that in the Dallas area, the parents in private family cases only see each other face to face in approximately 10% of mediations.⁷⁶⁹ 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.⁷⁷⁰ 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.⁷⁷¹ Some attorneys come to mediation sessions with boxes of discovery materials in hand, as if they were preparing to go to trial.⁷⁷² Such activities seemingly convert "mediation into litigation without rules,"⁷⁷³ with lawyers acting as "a star player" rather than "as a coach."⁷⁷⁴

According to one mediator who wishes to remain anonymous, "family mediation is no longer client based mediation

⁷⁶⁹ 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.*

⁷⁷⁰ Interview with Mel Rubin, *supra* note 133.

⁷⁷¹ Interview with Norma Trusch, *supra* note 77.

⁷⁷² *Id.*

⁷⁷³ Interview with Lynelle Yingling, *supra* note 98.

⁷⁷⁴ See Schepard, *Introduction*, *supra* note 32, at 24.

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.⁷⁷⁵

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 courtsponsored alternatives to resolve their differences. If resource-strapped courts develop “triage” models,⁷⁷⁶ 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-

⁷⁷⁵ See, e.g., Art Hinshaw, *Mediators as Mandatory Reporters of Child Abuse: Preserving Mediation’s Core Values*, 34 FLA. ST. U. L. REV. 271, 276 (2007) (“[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.”).

⁷⁷⁶ For a trenchant analysis of the use of triage in family courts, see Salem, *supra* note 209.

sector mediations offered by lawyer-mediators.⁷⁷⁷

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.⁷⁷⁸

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.

⁷⁷⁷ 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.

⁷⁷⁸ See generally Salem, *supra* note 209 (identifying these and other alternatives in the divorce context, notably triage).

ოჯახური დავის მოგვარებაში ადვოკატის ჩართულობა:
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 მტყუნ-მართლის ძიების გარეშე, ხელი შეუწყო ექსპერიმენტული მექანიზმის ე.წ. „private ordering“⁷⁷⁹ 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.

*ასოცირებული დირექტორი, სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლა, ფრანკ ევანსის კონფლიქტების მოგვარების ცენტრი.

**ემერიტუსის დეკანი, სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლის პროფესორი. ავტორი მადლობას უხდის ქრისტინა მელმეიერს, სამართლის სკოლის მესამე კურსის სტუდენტს, სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლის. აღნიშნულმა სტუდენტმა დახმარება გაუწია ავტორს საგნის კვლევისას და სატელეფონო ინტერვიუების წარმოებაში.

⁷⁷⁹ განქორწინების თაობაზე, ე.წ. „private ordering“ შესახებ მეტი ქეისებისა და ინფორმაციისათვის იხილეთ: Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, 88 YALE L.J. 950 (1979).

შუამავლები (მედიატორები, რომლებიც აღნიშნულ პროგრამებში (სასამართლოს მიერ დაფინანსებული დაგებისას) 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 დისციპლინათაშორის⁷⁸⁰ სტატუსზე. სტატიის მეორე ნაწილში მოთხრობილია ოჯახური მედიაციის ისტორია. მესამე ნაწილი იკვლევს იმ ტენდენციებსა და მსგავსებებს, რომელიც არსებობს დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული გზების მიებისას სამ სხვადასხვა შტატში (ტეხასში, ფლორიდასა და ილინოისში).

და ბოლოს, 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

⁷⁸⁰ სტატიაში გამოყენებული ინტერვიუები სრულად ეხება საოჯახო მედიაციას და მისი წარმოების ტექნიკას. დამატებითი ინფორმაციისათვის იხილეთ: BERNARD S. MAYER, BEYOND NEUTRALITY: CONFRONTING THE CRISIS IN CONFLICT RESOLUTION 69 (2004). ნაშრომი მოიცავს საკითხის სრულ დეტალიზაციას ტერმინის: ინტერდისციპლინური, გამოყენების შესახებ.

დავების მედიატორებთან, ადვოკატებთან და დარგის პროფესიონალებთან ჩაწერილი ინტერვიუების საფუძველზე. რესპონდენტთა სია მოცემულია სტატიის ბოლოს, დანართის სახით. რესპონდენტთა უმრავლესობა გამოკითხულია ტეხასში, ფლორიდასა და ილინოისში, თუმცა არიან სხვა იურისდიქციიდანაც.⁷⁸¹

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 შეეწყო.⁷⁸² მე-20 საუკუნის დასაწყისში, სხვადასხვა იურიდიული დახმარების ორგანიზაციებმა და ასევე სასამართლო სისტემამ ამ მეთოდის გამოყენება აქტიურად დაიწყეს.⁷⁸³ რამდენიმე შტატმა შემოიღო 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

⁷⁸¹ 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.
იხილეთ: Appendix.

⁷⁸² *იხილეთ:* Jessica Pearson, *An Evaluation of Alternatives to Court Adjudication*, 7 JUST. SYS. J. 420, 422 (1982).

⁷⁸³ *იქვე.*

შენარჩუნებაში⁷⁸⁴. პროცნებები, რომლებიც ფასილიტაციას უწევდნენ შერიგების პროცესს ზემოხსენებულ სასამართლოებში, გახლდნენ პირველები, რომლებსაც შეიძლება მედიატორები ვუწოდოთ⁷⁸⁵. როდესაც მორიგების პროცესი უძლური იყო, მაშინ საქმე უკვე შემდგომ ინსტანციებში ე.წ. „custody mediation“-ს (მეთოდი, რომლის გამოყენებითაც შეიძლება სასამართლო პროცესის თავიდან აცილება) გადაეცემოდა⁷⁸⁶. 1960-იან წლებში, განქორწინება და ე.წ. „custody mediation“ პოპულარობის პიკში იყო, რადგან ამ პერიოდში საოჯახო დავების მორიგებისათვის სხვადასხვა ექსპერიმენტული მეთოდების გამოყენება ხშირი იყო⁷⁸⁷. დავის მოგვარების ტექნიკის ცვილიება მომავალი 10 წლის მანძილზე არ მომხდარა. ამ კუთხით დიდი ცვლილებები უკვე 1970-იანი წლებიდან დაიწყო, როდესაც ე.წ. „no-fault“ განქორწინების ცნება იქნა შემორებული⁷⁸⁸. ამ დროისათვის მოსახლეობის რიცხვის ზრდასთან ერთად იზრდებოდა განქორწინების მსურველთა ტრაოდენობაც და შესაბამისად მედიაციაც მოთხოვნადი ხდებოდა, სწორედ ამან განაპირობა ე.წ. „no-fault“ სტატუსისა და „private ordering“ მეთოდების შემოღება განქორწინების შესახებ კანონში⁷⁸⁹.

განქორწინების მსურველთა რაოდენობის განუხრელმა

⁷⁸⁴ Ann L. Milne, Jay Folberg & Peter Salem, *The Evolution of Divorce and Family Mediation: An Overview*, in DIVORCE AND FAMILY MEDIATION: MODELS, TECHNIQUES, AND APPLICATIONS 3, 5 (Jay Folberg et al. eds., 2004).

⁷⁸⁵ CONNIE J.A. BECK & BRUCE D. SALES, FAMILY MEDIATION: FACTS, MYTHS, AND FUTURE PROSPECTS 7 (2001).

⁷⁸⁶ იქვე.

⁷⁸⁷ იქვე. გვ 5.

⁷⁸⁸ იქვე.

⁷⁸⁹ იქვე გვ 5–7; Elena B. Langan, “We Can Work It Out”: Using Comparative Mediation a Blend of Collaborative Law and Traditional Mediation to Resolve Divorce Disputes, 30.

REV. LITIG. 245, 250 (2011); Mnookin & Kornhauser, *შენიშვნა* 1, გვ. 953–54.

ზრდამ მრავალ შტატში დააყენა საკითხი იმის შესახებ, რომ სასამართლო სისტემაში ოჯახური მედიაციის პროგრამა მიეღო. მაგალითად, 1970-იან წლებში ამგვარი ფორმალური პროგრამა გავრცელდა კალიფორნიაში, მინესოტასა და ვისკონტის შტატებში⁷⁹⁰. სხვა შტატებმა კი ანალოგური პროგრამის თავისთან გავრცელება უკვე 1975 წლიდან დაიწყეს⁷⁹¹. სასამართლოზე დაფიქსირებული მედიაციის პროგრამის ფართოდ გავრცელებამ, კერძო სექტორში მედიაციის ზრდა განაპირობა, რადგან ისინი უკვე კონკურენტებად იქცნენ. 1974 წელს ო.ჯ. კუგლერმა წამოიწყო და შექმნა პირველი კერძო საოჯახო მედიაციის ცენტრი ატლანტაში, ჯორჯიის შტატში⁷⁹². მაშინ, როდესაც მედიაციის პროგრამებმა დიდი პოპულარობა მოიპოვა და დავების გადაწყვეტის პროცესში დადებითი შედეგების მიღწევა დაიწყო, სწორედ ეს გახდა შტატებისათვის იმის წინაპირობა, რომ მედიაცია ეღიარებინათ, როგორც ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი მეთოდი. ეს ტენდენცია 1980 წლიდან დაიწყო, როდესაც კალიფორნიის შტატში აუცილებელი გახდა, რომ საოჯახო დისპუტები მშობლებს მედიაციის მეთოდის გამოყენებით გადაეწყვიტათ⁷⁹³.

როდესაც ოჯახური მედიაცია დაიწყო, ის გახდლათ ინტერდისციპლინარული, თუმცა სულით ავადმყოფთა სფეროს სპეციალისტები (ფსიქიატრები) ჭარბობდნენ⁷⁹⁴. ოჯახური და განქორწინების მედიაციის განვითარება სხვადასხვა სფეროში მოხდა, როგორებიცაა: რჩევა-დარიგება, სოციალური ფსიქოლოგია, კომუნიკაცია, შრომითი მედიაცია, მოლაპარაკებები,

⁷⁹⁰ *ობილეთ* Isolina Ricci, *Court-Based Mandatory Mediation: Special Considerations*, in *DIVORCE AND FAMILY MEDIATION*, *supra* note 6, at 397, 398.

⁷⁹¹ Jessica Pearson et al., *A Portrait of Divorce Mediation Services in the Public and Private Sectors*, 21 *CONCILIATION CTS. REV.* 1, 2 (1983).

⁷⁹² Milne et al., *შენიშვნა* 6, გვ. 5.

⁷⁹³ იქვე.

⁷⁹⁴ Interview with Peter Salem, Exec. Dir, AFCC, in Orlando, Fla. (June 3, 2011); Milne et al., *შენიშვნა* 6, გვ. 9, 12.

კანონი, ანთროპოლოგია და განათლება⁷⁹⁵.

თერაპევტები, სოციალური მუშაკები, ბავშვთა განვითარების ექსპერტები, პედაგოგები, აღმზრდელები, ადვოკატები, ბულალტრები და ა.შ აქტიურად იყვნენ ჩაბმულნი საოჯახო მედიაციის პროცესში⁷⁹⁶. 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 საქმიანობა⁷⁹⁷. 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 ინტერდისციპლინარული მედიატორთა ჯგუფის მიერ და მასში გაერთიანებული იყვნენ, ფსიქიატრები, ადვოკატები, პედაგოგები და ბიზნეს სექტორის წარმომადგენლები⁷⁹⁸.

1980-ისნი წლების დასაწყისში, სულით ავადმყოფთა სფეროს სპეციალისტები (ფსიქიატრები), კერძო სექტორის

⁷⁹⁵ Nancy J. Foster & Joan B. Kelly, *Divorce Mediation: Who Should Be Certified?*, 30.

⁷⁹⁶ MAYER, *შენიშვნა* 2, გვ. 69. U.S.F. L. REV. 665, 666 (1996).

⁷⁹⁷ *ობილეთ History*, ASS'N OF FAM. AND CONCILIATION CTS., <http://www.afccnet.org/About/History> (last visited Mar. 14, 2012).

⁷⁹⁸ Foster & Kelly, *შენიშვნა* 17, გვ; 666. 2001, წელს საოჯახო მედიატორთა აკადემია შეუერთდა დავის გადაწყვეტთა საზოგადოებას და ჩამოყალიბდა ორგანიზაცია სახელად – დავების მომგვარებელთა ასოციაცია (ACR). Milne et al., *შენიშვნა* 6, გვ.6.

ოჯახის მედიატორთა 80% წარმოადგენდა⁷⁹⁹. საჯარო სექტორში ეს ციფრი კიდევ უფრო მაღალი იყო და თითქმის 90% უტოლდებოდა⁸⁰⁰. იმ მედიატორთა რიცხი, რომლებიც იყვნენ ადვოკატები გახლდათ მინიმუმი⁸⁰¹. საჯარო სექტორშიც ადვოკატთა პროცენტულობა საოცრად დაბალი იყო⁸⁰² და იმ დროისათვის მედიატორთა მხოლოდ 1% უტოლდებოდა⁸⁰³. 1990-იანი წლებიდან ერთგვარი პარადიგმა შეიქმნა, რის მიხედვითაც ფსიქიატრების პროცესში ჩართულობა შეიცვალა (თითქმის გამოირიცხა). ნენსი ფოსტერისა და ჯონ კელის მიხედვით, 1996 წელს საოჯახო მედიაციის აკადემიის წევრების 39 პროცენტს ადვოკატები (ვექილები) წარმოადგენდნენ⁸⁰⁴. 1984 წელს, ოჯახური და განქორწინების მედიაციის პრაქტიკის სტანდარტების მოდელი ოფიციალურად გამოქვეყნდა, რომლის ფასილიტაციაც გააკეთა საოჯახო და მომრიგებელი სასამართლოების ასოციაციამ⁸⁰⁵. ოჯახური და განქორწინების მედიაციის პრაქტიკის სტანდარტების მოდელი შეიქმნა იმისათვის, რომ ყოფილიყო ერთგვარი გიდი ოჯახური დავების მედიატორთათვის და აემალლებინა საზოგადოების ნდობა თავად პროცესის მიმართ⁸⁰⁶. გარდა ამისა, ასევე ე.წ. ABA ოჯახური კანონების განყოფილებამ შეიმუშავა საკუთარი სტანდარტების მოდელი სპეციალურად ადვოკატი-მედიატორებისათვის⁸⁰⁷. ABA-ს მიერ შემუშავებული სტანდარტების უმთავრესი მიზანი იყო ის, რომ ადვოკატებს

⁷⁹⁹ Milne et al., *supra* note 6, at 9.

⁸⁰⁰ იქვე.

⁸⁰¹ იქვე.

⁸⁰² იქვე.

⁸⁰³ *Id.*; ასევე იხილეთ Pearson et al., *შენიშვნა* 13, გვ. 4 (ინფორმაცია სოციალურ მუშაკებზე და ქორწინებაზე ასევე ოჯახის ფსიქო-თერაპევტებზე)

⁸⁰⁴ Foster & Kelly, *შენიშვნა* 17, გვ. 666.

⁸⁰⁵ იხილეთ MODEL STANDARDS OF PRACTICE FOR FAMILY AND DIVORCE MEDIATION ii

(2001) (სამუშაო ვერსია).

⁸⁰⁶ იქვე.

⁸⁰⁷ იქვე.

ჰქონოდათ უფლება ყოფილიყვნენ მედიატორებიც მიუხედავად იმ ეთიკური აკრძალვებისა, რომელსაც ადვოკატი გაყრის პროცესის მართვისას აწყდება⁸⁰⁸. ხოლი ის ენა (ლექსიკა), რომელიც მედიაციის პროცესში ორივე სტანდარტის შემთხვევაში გამოიყენება, საკმაოდ მსგავსია⁸⁰⁹. 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 გავრცელდებოდა⁸¹⁰. საოჯახო და მომრიგებელი სასამართლოების ასოციაციამ მოაწყო სიმპოზიუმი და მიიწვია ყველა, ვინც სტანდარტების შექმნაში იყვნენ ჩართულნი, რათა გაერთიანებული ძალებით ერთ კონკრეტულ კანონპროექტზე შეთანხმებულიყვნენ (სტანდარტზე)⁸¹¹. დავის მომრიგებელი ორგანიზაციების დიდი ნაწილი ჩაერთო პროცესში, მათ შორის იყვნენ ფსიქიატრები, ადვოკატები და ა.შ ასე, რომ ამჟამად მოქმედი სტანდარტის შემუშავებას და მიღებაში სხვადასხვა პროფესიის ადამიანებს დიდი მონაწილეობა აქვთ მიღებული⁸¹². 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 10 წლეულების მანძილზე მიმდინარეობდა. ფორმალური მედიაციის სასერტიფიკატო პროგრამების რაოდენობა იზრდება, და მედიაცია, როგორც

⁸⁰⁸ ინტერვიუ Andrew Schepard, Dir., Hofstra Law Sch. Ctr. ორლანდოში, ფლორიდაში გავრცელებული კანონი ბავშვებსა და ოჯახების შესახებ (June 3, 2011).

⁸⁰⁹ იქვე.

⁸¹⁰ *Id.*; ასევე იხილეთ Andrew Schepard, *An Introduction to the Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation*, 35 FAM. L.Q. 1, 11 (2001) [აქვე: Schepard, *Introduction*].

⁸¹¹ Schepard, *Introduction*, *შენიშვნა* 32, at 11–12; ასევე იხილეთ ინტერვიუ Andrew Schepard, *შენიშვნა* 30.

⁸¹² Schepard, *Introduction*, *შენიშვნა* 32, at 11–12; ასევე იხილეთ ინტერვიუ Andrew Schepard, *შენიშვნა* 30.

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 წინააღმდეგ⁸¹³. 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 და მამაკაცი ხდება უპირატესი⁸¹⁴. 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 გადაწყვეტისას პრეტენზიები ძალის არათანაფარდობასთან (დისბალანსთან) დაკავშირებით შეტანილ იქნა სტანდარტების მოდელში, განსაკუთრებით იმ შემთხვევებისა, როდესაც საქმე მეუღლეზე ან ბავშვზე ძალადობას (შეურაცხყოფას) ეხება (აღსანიშნავია, რომ ამგვარი ისტორია მრავალი არსებობდა წარსულშიც)⁸¹⁵. მე-9, მე-10 და მე-11 სტანდარტი სწორედ ამთემას ეხება. IX სტანდარტში წერია: „ოჯახური დავის მედიატორმა დეტალურად უნდა განიხილოს სიტუაცია, როდესაც ხდება ბავშვზე ძალადობა (შეურაცხყოფა) და მიიღოს შესაბამისი

⁸¹³ Trina Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 100 YALE L.J. 1545, 1549 (1991).

⁸¹⁴ იქვე გვ 1549–50. საოჯახო მედიაციასთან დაკავშირებული ზოგადი კრიტიკა.

⁸¹⁵ ძალის დისბალანსის შესახებ აღნიშნულ სფეროში იხილეთ Andree G. Gagnon, *Ending Mandatory Divorce Mediation for Battered Women*, 15 HARV. WOMEN'S L.J. 272 (1992).

ზომები, წარმართოს პროცესი სიტუაციიდან გამომდინარე⁸¹⁶;“ X სტანდარტში წერია: „ოჯახური დავის მედიატორმა დეტალურად უნდა განიხილოს სიტუაცია, როდესაც ხდება ოჯახური ძალადობა და მიიღოს შესაბამისი ზომები, წარმართოს პროცესი სიტუაციიდან გამომდინარე⁸¹⁷;“ 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 მიზეზიც⁸¹⁸.“ სტანდარტში ასევე გაწერილია, რომ მანამ სანამ მედიატორი რაიმე პროცესის მართვას შეუდგება, განსაკუთრებით მაშინ თუ ეს ოჯახურ ძალადობას ან ბავშვზე ძალადობას ეხება, მან უნდა გაიაროს სპეციალური გადამზადება⁸¹⁹.

ოჯახის ადვოკატები, რომლებიც გამოიკითხა აღნიშნული სტატიის მომზადებისას, გამოთქვამენ უკმაყოფილებას, რომ ადვოკატი-მედიატორები არა მხოლოდ უძლურნი 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 გადაწყვეტაში იმითაც გამომდინარეობს, რომ ისინი მეტად კვალიფიციურები არიან სამართლებრივი კუთხით ვიდრე არა-ადვოკატი მედიატორები⁸²⁰. არა-ადვოკატი მედიატორის შემთხვევაში შესაძლოა ყველაზე სასიცოცხლო იყოს რისკი იმისა,

⁸¹⁶ MODEL STANDARDS OF PRACTICE FOR FAMILY AND DIVORCE MEDIATION IX, *reprinted in* 35 FAM. L.Q. 27, 27–40 (2001).

⁸¹⁷ იქვე, სტანდარტი X.

⁸¹⁸ იქვე, სტანდარტი XI.

⁸¹⁹ სტანდარტები IX cmt.B & X cmt.B.

⁸²⁰ David A. Hoffman & Natasha A. Affolder, *Mediation and UPL: Do Mediators Have a Well-Founded Fear of Prosecution?*, DISP. RESOL. MAG., Winter 2000, at 20.

რომ არ მოხდეს რაიმე ფაქტის კანონგარეშე გადაწყვეტა ან პირიქით დაკნინება. ამგვარი რისკები უმრავლესად განქორწინების მსურველ წყვილებს ეხებათ⁸²¹. თუმცა არა-ადვოკატ მედიატორთა რიცხვი, რომლებმაც რაიმე პრობლემები შექმნეს მედიაციის დროს საკმაოდ მცირეა და განქორწინების შემთხვევაში მედიაციისას აუცილებლად შესაბამისი კანონის ფარგლებში ხდება მოქმედება⁸²².

III. ოჯახური მედიაციის თანამედროვე ტენდენციები

A. ზოგადი ტენდენციები

როდესაც საოჯახო მედიაციის ზოგად ტენდენციებს განვიხილავთ, აუცილებელია გამოვყოთ 2 სხვადასხვა მედიატორის ტიპი: ერთის მხრივ ოჯახის ორადი მედიატორები (კერძო) და მეორეს 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. იაციის ზოგიერთი ექსპერტის მტკიცებით, 1980–იან წლებში, სასამართლოს მიერ დანიშნულ მედიატორთა უმრავლესობა იყვნენ ფსიქიატრები (სულით ავადმყოფთა სპეციალისტები)⁸²³. საოჯახო და მომრიგებელი სასამართლოების ასოციაციის აღმასრულებელი დირექტორის პიტერ სალემის თქმით, ამგვარი ტენდენცია, როდესაც მედიატორთა უმრავლესობას ფსიქიატრები წარმოადგენდნენ, განპირობებული იყო იმით, რომ ოჯახური

⁸²¹ სატელეფონო ინტერვიუ David Hoffman, Founding Member, Bos. Law Collaborative, LLC (Sept. 16, 2011).

⁸²² Jacqueline M. Nolan-Haley, *Lawyers, Non-Lawyers, and Mediation: Rethinking the Professional Monopoly from a Problem-Solving Perspective*, 7 HARV. NEGOT. L. REV. 235, 269–70 (2002).

⁸²³ ინტერვიუ Peter Salem, შენიშვნა 16.

საქმეების მწარმოებელი სასამართლო საკონსულტაციო სააგენტოები ითხოვდნენ საქმე მათთვის გადაეცათ⁸²⁴. დღესდღეობით, სასამართლო სისტემაზე მიბმული მედიატორების დიდი ნაწილი კვლავ რჩება სულით ავადმყოფთა სფეროს სპეციალისტად, მათ შორის არიან სოციალური მუშაკები და ფსიქიატრები⁸²⁵. გარდა ამისა, სასამართლო სისტემაზე დაფუძნებულ პროგრამებში ჩართული მედიატორების უმრავლესობასაც არ გააჩნია სამართლებრივი ბეჭერაუნდი⁸²⁶. 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 საკითხებზე⁸²⁷. სასამართლოზე დაფუძნებული ზოგიერთი მედიაციის სამსახური შეზღუდულნი არიან მოქმედების არეალში და მხოლოდ მეურვეობის საკითხებს კურირებენ⁸²⁸. ადვოკატები კვლავ რჩებიან მედიატორთა რიგებში, რომელთაც სასამართლო ნიშნავს ხოლმე, თუმცა მათი ანაზღაურება იურისდიქციის მიხედვით განსხვავდება⁸²⁹. ზოგიერთი სამართალწარმოების დროს, ადვოკატი–მედიატორები, კერძო მედიატორებთან შედარებით, ნაკლებ თანხას გამოიმუშავენებ იმ შემთხვევაში, თუკი მათ ნიშნავს

⁸²⁴ იქვე.

⁸²⁵ 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.).

⁸²⁶ იხილეთ MAYER, *შენიშვნა* 2, გვ 70.

⁸²⁷ იქვე.

⁸²⁸ Milne et al., *შენიშვნა* 6, გვ 10.

⁸²⁹ Urška Velikonja, *Making Peace and Making Money: Economic Analysis of the Market for Mediators in Private Practice*, 72 ALB. L. REV. 257, 286 (2009) (ადგილმდებარეობის მიხედვით მედიაციის საფასურის შესახებ)

სასამართლო⁸³⁰. საგულისხმოა ისიც, რომ არ არსებობს მტკიცებულობა რაც ადვოკატი–მედიატორის უპირატესობას და მეტ ეფექტიანობას განსაზღვრავს, არა–ადვოკატ მედიატორებთან მიმართებაში. თუმცა ისიც ფაქტია, რომ სწორედ ადვოკატები ექმნიან წარმატებული ოჯახური მედიაციის პრეცედენტებს⁸³¹. ათწლეულების წინ, როდესაც საოჯახო მედიაცია შემოვიდა, როგორც დავის მოგვარების ერთ–ერთი მეთოდი, „ამ სიახლეს ყველა დაცინვით შეხვდა“⁸³². საგულისხმოა ისიც, რომ ზოგიერთი ადვოკატები ამ მეთოდს სასტიკად ეწინააღმდეგებოდნენ⁸³³. ერთ–ერთი მთავარი მიზეზთაგან ამგვარი წინააღმდეგობისა ადვოკატების მხრიდან გახლდათ შემდეგი: მათ ეგონათ, რომ საკუთარ საქმიანობა დაკარგავდნენ⁸³⁴. 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 კლიენტი დარჩენილიყო კმაყოფილი და ასევე ფინანსურადაც საკმაოდ შემოსავლიანი საქმე იყო⁸³⁵. მეორე ძირითადი ფაქტორი, რამაც ადვოკატების მედიაციაში ჩართვის

⁸³⁰ იქვე. გვ 281 (იმის შესახებ, რომ ადვოკატი–მედიატორები მედიაციის წარმართვისას უფრო დაბალ ანაზღაურებას იღებენ ვიდრე სხვა საქმეების წარმოებისას, მათი კომპეტენციის ფარგლებში).

⁸³¹ იხილეთ MAYER, *შენიშვნა* 2, at 70; ასევე იხილეთ Velikonja, *შენიშვნა* 51, გვ 281 (იმის შესახებ, რომ სრულ განაკვეთზე მომუშავე მედიატორის უმრავლესობა არის ადვოკატი პროფესიით) 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, განსაკვილებით როცა ეს ოჯახურ მედიაციას ეხება.

თუმცა ის ასევე გამოყოფს რამდენიმე სფეროს, როგორებიცაა გარემოსდაცვითი თუ საერთაშორისო მედიაცია, სადაც ადვოკატი–მედიატორების ჩართვა აუცილებელი არ არის.

⁸³² ინტერვიუ Bernard Mayer, *შენიშვნა* 53.

⁸³³ ინტერვიუ Nancy Palmer, Family Lawyer and Mediator (June 9, 2011).

⁸³⁴ იქვე, Velikonja, *შენიშვნა* 51, გვ 283.

⁸³⁵ ინტერვიუ Nancy Palmer, *შენიშვნა* 55.

სურვილი კიდევ უფრო გაამძაფრა იყო სტატუსის ოფიციალურად მინიჭება და მედიაციის წესების დაკანონება⁸³⁶

ასევე მედიაცია, ადვოკატებისათვის დამატებით შემოსავლის წყაროდ იქცა, თან პროცესის მართვა გაცილებით ნაკლებად დამაბულ გარემოში და მხარეების ნაკლები გაღიზიანების ხარჯზე იყო შესაძლებელი⁸³⁷. ამჟამად მედიაციაში პროფესიონალი ადვოკატების ჩართულობა ჭარბობს იმიტომ, რომ საქმის წარმოებისას მათი კომპეტენცია უფრო მაღალია ხშირ შემთხვევაში (კანონების თვალსაზრისით) და მოსამართლეებიც ზოგიერთ შემთხვევაში, მათთან ურთიერთობას უფრო არჩევენ, საქმიე ინტერესებიდან გამომდინარე⁸³⁸. ბერნარდ მეიერმა მოვლენათა ეს ჯაჭვი ასე შეაფასა: „სამართლის სფეროს მსახურებმა თავდაპირველად უარყვეს მედიაცია და შემდგომ კი აირჩიეს ის⁸³⁹.“ 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 ჩაწერის საფუძველზე განიხილეს.

B. ტენდენციები 3 შტატში

1. ტეხასი

ტეხასი იყო მოწინავე შტატი, რომელმაც მიიღო და ტეხასის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსით აღიარა დავის მოგვარების ალტერნატიული მეთოდი 1987 წელს⁸⁴⁰. კოდექსის გამოცობს იმ პასუხისმგებლობებს, რომელიც სასამართლოს აკისრია

⁸³⁶ იქვე.

⁸³⁷ იხილეთ იქვე.

⁸³⁸ იხილეთ MAYER, *შენიშვნა* 2, გვ 69.

⁸³⁹ ინტერვიუ Bernard Mayer, *შენიშვნა* 53.

⁸⁴⁰ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. § 154.002 (West 2011).

პროცესების მართვის დროს, რის მიხედვითაც მანს პირველ პლანზე თავად შტატის პოლიტიკა უნდა დააყენოს⁸⁴¹. ოჯახური დავების სპეციფიკიდან გამომდინარე, ტეხასის ოჯახის შესახებ კოდექსი მედიაციას ითვალისწინებს ორივე მხარის თანხმობის ან თავად სასამართლო ორდერის საფუძველზე⁸⁴². საკითხის ტიპიდან გამომდინარე, საოჯახო საქმეების მედიაცია შეიძლება აწარმოოს ან კერძო მედიატორმა, ან დავების გადაწყვეტმა ცენტრმა (DRC), ან ოჯახური ურთიერთობების მომწესრიგებელმა ოფისმა (DRO)⁸⁴³. აღნიშნული სერვისების სიმრავლე მხარეებს საშალებას უნდა აძლევდეს ფინანსურად მათთვის მისაღები ვარიანტი აირჩიონ⁸⁴⁴. ეს მრავალფეროვნება ტეხასის კანონმდებლობაში განპირობებულია იმით, რომ ოჯახური კონფლიქტები მშვიდობიანი და არა დაძაბული გზით გადაწყდეს, მაქსიმალურად გამოირიცხოს ყოველგვარი სასამართლო რბაცის. ზოგადად, ტეხასის სასამართლოები ოჯახურ 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 უპირატესობას⁸⁴⁵ მაშინ ხედავენ, როდესაც საქმის მოსმენისათვის უკვე თარიღია დათქმული⁸⁴⁶. იმისათვის, რომ მედიაციას

⁸⁴¹ იქვე, § 154.003.

⁸⁴² TEX. FAM. CODE ANN. § 6.602 (West 2006).

⁸⁴³ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. § 152.002; *see also* TEX. FAM. CODE ANN.

§§ 203.001–.007 (აღწერს DRO's შექმნას ტეხასში).

⁸⁴⁴ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. § 152.006; *see also* TEX. FAM. CODE ANN.

§ 203.005 (West 2008) (მომსახურების გადასახადი DRO –თვის).

⁸⁴⁵ MIDLAND CNTY., TEX., R. 2.4(b); *სევე იხილეთ* JEFFERSON CNTY., TEX., R. 3(A), *ხელმისაწვდომია ამლინკზე*:

www.co.jefferson.tx.us/dclerk/rules.htm; LUBBOCK CNTY., TEX., R. 4.45(B); TRAVIS CNTY., TEX., R. 8.8(a).

⁸⁴⁶ HARRISCNTY., TEX., FAM. R.3.2.2,

<http://www.justex.net/Courts/Family/LocalRules.aspx>.

ფასილიტაცია გაუწიონ, დიდი ქვეყნები ძირითადად, დავების გადამწყვეტ ცენტრსა (DRC) და ოჯახური ურთიერთობების მომწესრიგებელ ოფისს (DRO) იყენებენ, რათა ხარჯები ძალიან მაღალი არ იყოს⁸⁴⁷. ოლქის დავების გადამწყვეტ ცენტრები იყენებენ მოხალისე მედიატორებს, რომელთაც გავლილი აქვთ შტატის მიერ დაწესებული შესაბამისი ტრენინგები⁸⁴⁸. მედიატორებს, რომელთაც სურთ, ტეხასის სასამართლოს სამუშაო გრაფიკში მოხვედრა, მაშნ მათ უნდა ჰქონდეთ გავლილი 40 საათიანი ტრენინგი დავის გადამწყვეტის ტექნიკის ფლობის შესახებ.⁸⁴⁹ ოჯახური დავების მედიაციის წარსამართად დამატებით 24 საათიანი ტრენინგის გავლაა საჭირო, რომელიც მოიცავს შემდეგ საკითხებს: საოჯახო დინამიკა, ბავშვთა განვითარება და ოჯახური კანონმდებლობა⁸⁵⁰. დავების გადამწყვეტი ცენტრის (DRC) მედიატორები შეიძლება მრავალი სფეროს სპეციალისტებად ჩაითვალოს, რადგან მათ გავლილი აქვთ ზემოხსენებული სავალდებულო გადამზადების კურსები⁸⁵¹. მათგან განსხვავებით, ოჯახური ურთიერთობების მომწესრიგებელი ოფისის (DRO) მედიატორები არიან

⁸⁴⁷ ზოგიერთი დიდი ქვეყნის მაგალითები რომელთაც აქვთ DRCs და DROs are Harris, Dallas, Tarrant, Bexar, Travis, El Paso. *მაგალიტად იხილეთ* EL PASO CNTY., TEX., R. 3.16(C), *ხელმისაწვდომია*

<http://www.epcounty.com/councilofjudges/documents/part3.pdf> (ეხება შემდეგ საკითხს: DRC); *Domestic Relations Office*, EPCOUNTY.COM, <http://www.epcounty.com/DRO/> (ბოლო ვიზიტი Apr. 11, 2012).

⁸⁴⁸ *იხილეთ FAQ's (Frequently Asked Questions)*, DISP. RESOL. CENTER, <http://www.austindrc.org/information-resources/faqs.php> (last visited Mar. 14, 2012).

⁸⁴⁹ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. § 154.052.

⁸⁵⁰ TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. § 154.052.

⁸⁵¹ ჰარისის თემის დავების გადამწყვეტი ცენტრი (DRC) არის გამონაკლისი, რომელიც დაფინანსებულია ჰიუნსტონის სასამართლო ასოციაციის მიერ და აქვს თავისებური მოთხოვნები საოჯახო მედიატორებთან მიმართებაში. აღნიშნულ ცენტრში არა-ადვოკატი 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).

ჩვეულებრივი შტატის თანამშრომლები, რომლებიც ხელფასს იღებენ⁸⁵², ასევე მათი უმრავლესობა არის ფსიქიატრ–ფსიქოლოგები ან ადვოკატები და მათ შეუძლიათ მართონ მედიაციის პროცესი იმ შემთხვევაში თუ საკითხი მშობლისა და ბავშვის ურთიერთობას ეხება⁸⁵³. თუმცა საჯარო სექტორის მედიაცია (ეს არის DRC და DRO) რაღაც დოზით მაინც განსხვავდება ერთმანეთისაგან ტენასის შტატში, გარდა ამისა საგულისხმოა რომ ოჯახური დავების გადაწყვეტისას კერძო მედიაცია მაინც დომინირებს. სხვა მრავალი შტატის მსგავსად, ტენასში 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 ჩაბმულნი⁸⁵⁴. ამგვარად, ტენასში, კერძო მედიაციის მწარმოებელი მედიატორების უმრავლესობა მაინც ადვოკატია და ძნელად თუ მოიძებნება სხვა, განსხვავებული რპფესიის ადამიანი, რომელთაც შეუძლიათ წარმატებული მედიაციის პროცესი უზრუნველყონ⁸⁵⁵. 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

⁸⁵² სატელეფონო ინტერვიუ Duane Gallup, ყოფილი Alt. Disp. Resol. კოორდინატორი, Dall. Cnty., Tex. (July 6, 2011); *see also* სატელეფონო ინტერვიუ Megan Ultis, Intake Coordinator, Harris Cnty. Domestic Relations Office (July 8, 2011).

⁸⁵³ ინტერვიუ Megan Ultis, *შენიშვნა* 75; *იხილეთ* TEX. FAM. CODE ANN. § 203.004 (West 2008)

⁸⁵⁴ ინტერვიუ Norma Trusch, Mediator & Collaborative Att’y, Harris Cnty., in Houston, Tex. (May 16, 2011).

⁸⁵⁵ იქვე.

ურჩევენ ოჯახს აირჩიონ არა-ადვოკატი მედიატორი). უმრავლეს შემთხვევაში, ოჯახის ადვოკატები საოჯახო მედიაციის პროცესის წარმმართველად ასევე ადვოკეტებს (პროფესიით ადვოკატებს) აირჩევენ. 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 აუცილებელია⁸⁵⁶. ტეხასში, სხვა მრავალი შტატის მსგავსად, ადვოკატებს და მხარეებს შეუძლიათ თავად აირჩიონ საკუთარი მედიატორი⁸⁵⁷. თუკი მხარეები ვერ ირჩევენ მედიატორს, ასთ შემთხვევაში მოსამართლე ნიშნავს მას. ტეხასში, მოსამართლეები, რა თქმა უნდა, მედიაციის პროცესის წარსამართად ადვოკატ-მედიატორებს ნიშნავენ, რათა მათ საქმე კანონის ფარგლებში სამართლიანად და ობიექტურად მიიყვანონ ბოლომდე⁸⁵⁸.

ჰიუნსტონი, არის ტეხასიშ შტატში ერთ-ერთი ყველაზე აქტიური თემი სადაც საოჯახო მედიაციის პროცესში ადვოკატმედიატორებს იყენებენ. ზოგიერთი ადვოკატი, რომელიც ანონიმურად დარჩენას არჩევს, არ არის უფლებამოსილი უფლებამოსილება შეუზღუდოს ან ეჭვი შეიტანოს არა-ადვოკატი მედიატორის საქმიანობაში, რომელიც მედიაციას კერძო პრაქტიკის საფუძველზე ახორციელებს, ან გამოთქვას რაიმე პრეტენზია სასამართლოს მიმართ, რომელიც ვთქათ მათ ნიშნავს მედიატორებად. ჰიუნსტონის რადიკალური პოზიცია

⁸⁵⁶ იქვე.

⁸⁵⁷ *იხილეთ მგ.*; „EL PASO CNTY., TEX., R. 3.16(C); FRIEND OF THE CT. BUREAU, STATE CT. ADMIN. OFFICE, MICHIGAN CUSTODY GUIDELINES 11; *ასევე იხილეთ* 16TH JUD. CIR. CT. OF JACKSON CNTY. R. 68.12 („მხარეები უფლებამოსილნი არიან ერთობლივად აირჩიონ მედიატორი, რომლებსაც აქვთ უფლება აწარმოონ მედიაცია წესი #88.05-ის გათვალისწინებით).

⁸⁵⁸ სატელეფონო ინტერვიუ Norma Trusch, *შენიშვნა* 77.

საოჯახო მედიაციასთან დაკავშირებით ეყრდნობა ჰარისის ოლქის დავების გადამწყვეტ ცენტრს (DRC), რომელიც უფასო მედიაციას სთავაზობს მსურველებს⁸⁵⁹. ზოგადად, არა სამეწარმეო მედიაციის ცენტრების უმრავლესობა ირჩევენ მოხალისე მედიატორებს, რომელსაც სხვადასხვა პროფესიული ბექგრაუნდი აქვთ. მიუხედავად იმისა, რომ ჰარისის ოლქის დავების გადამწყვეტი ცენტრის (DRC) მიერ წარმოებულ პროგრამაში ჩართული მედიატორების 85% არა-ადვოკატი მედიატორები არიან, საგულისხმოა ის ფაქტი, რომ ზოგადად დავების გადამწყვეტი ცენტრის (DRC) მედიატორები სავალდებულოა, რომ იყვნენ ადვოკატები⁸⁶⁰. თითქმის გამორიცხულია ისეთი უფასო მედიატორ პროვაიდერის პოვნა, რომელსაც ოჯახური დავების პროცესის წარმმართველად მხოლოდ ადვოკატი მედიატორები ეყოლება. ჰიუნსტონის დავების გადამწყვეტ ცენტრში (DRC), თუ არა-ადვოკატი მედიატორი ოჯახური მედიაციის საქმის წარმოებით არის დაინტერესებული, ის ვალდებულია ეს საქმე წარმართოს პროფესიონალ ადვოკატთან ერთად⁸⁶¹. ჰუნსტონში ზოგიერთი ადვოკატი განმარტავს, რომ აღნიშნული სფერო მთლიანად ადვოკატი-მედიატორებით არის დაკომპლექტებული და არა-ადვოკატი მედიატორები სასამართლოსაგან არც კი ღებულობენ შეთავაზებას მედიაციის პროცესის წარსამართად⁸⁶². კვლევის მიხედვით, რომელიც სამხრეთ ტეხასის სამართლის კოლეჯმა ჩაატარა, რესპონდენტთა უმრავლესობამ განაცხადა, რომ საოჯახო მედიაციაში ჩართულ მედიატორთა თითქმის 99%

⁸⁵⁹ DISP. RESOL. CTR. OF HARRIS CNTY., <http://www.co.harris.tx.us/drc/> (last visited Mar. 14, 2012). “1980,წელს შეიქმნადავების გადამწყვეტის ცენტრი, რომელიც არის არა სამეწარმეო კორპორაცია და დაფინანსებულია ჰიუნსტონის სასამართლო ასოციაციის მიერ, ჰარისის ოლქში).

⁸⁶⁰ სატელეფონო ინტერვიუ Nick Hall, *შენიშვნა* 74.

⁸⁶¹ იქვე.

⁸⁶² სატელეფონო ინტერვიუ Carel Stith, Att’y-Mediator, Carel L. Stith, P.C., in Hous., Tex. (May 16, 2011) *ასევე იხილეთ ინტერვიუ* Hon. Bruce Wettman, Dir., Mediation Clinic at S. Tex. Coll. of Law, in Hous., Tex. (May 23, 2011).

არიან ადვოკატები⁸⁶³. კითხვაზე თუ ვის აირჩევდნენ მედიატორად თავად, რომ დასჭირვებოდათ, 75%-მა განაცხადა, რომ ისინი უპირატესობას მინიჭებდნენ ადვოკატ-მედიატორებს⁸⁶⁴. ბარბარა სანდერლანდ მანუსო არის არის, ერთ-ერთი ყველაზე წარმატებული არა-ადვოკატი მედიატორი ჰიუნსტონში, რომელთანაც მოხერხდა გასაუბრება. მანუსო, რომელიც არის კონფლიქტოლოგიის დოქტორი, ამბობს, რომ საოჯახო მედიაცია ჰიუნსტონში ყოველთვის განიხილებოდა, როგორც ადვოკატ-მედიატორის საქმე და დღემდე ასეთად რჩება⁸⁶⁵. მანუსო განმარტავს, რომ „მედიაციის წინამორბედი იყო კანონი, ანუ მედიაცია დაიწყო კანონების საფუძველზე და შესაბამისად მედიატორთა უმრავლესობა არიან ადვოკატები⁸⁶⁶.“ თავისი თავის გარდა, მანუსო კიდევ იცნობს რამდენიმე არა-ადვოკატ მედიატორს ჰიუნსტონში, რომელთაც შემლეს ყოფილიყვნენ წარმატებული ამ სფეროში და გაეხადათ ის მათ შემოსავლის ყაროდ⁸⁶⁷. ჰიუნსტონში, ადგილი სადაც შესაძლოა მოიძიო ადვოკატი და არა-ადვოკატი მედიატორები არის ოჯახური ურთიერთობების მომწესრიგებელი ოფისი (DRO). აღნიშნულ ოფისს სულ ჰყავს 11 მედიატორი, რომელთაგანაც 2 არის სრულ განაკვეთიანი ადვოკატი-მედიატორი და 9 არის არა-ადვოკატი მედიატორი⁸⁶⁸. მიუხედავად იმისა, რომ ადვოკატ-მედიატორებს მიჰყავთ მედიაციის პროცესის დიდი ნაწილი, არა-ადვოკატი მედიატორების ჩართულობაც ძალიან მნიშვნელოვანია⁸⁶⁹. არა-ადვოკატ მედიატორთა ჩართულობის აუცილებლობის განსაზღვრა, საქმის სპეციფიკიდან გამომდინარე ხდება.

⁸⁶³ S. Tex. Coll. of Law Frank Evans Ctr. for Disp. Resol., Family Mediation in Hous. Survey (May 6, 2011) (ავტორისეულ დოკუმენტებში).

⁸⁶⁴ იქვე.

⁸⁶⁵ სატელეფონო ინტერვიუ with Barbara Sunderland Manouso, მანუსოს დამფუძნებელი Mediation & Alt. Disp. Resol. (May 20, 2011).

⁸⁶⁶ იქვე.

⁸⁶⁷ იქვე.

⁸⁶⁸ სატელეფონო ინტერვიუ Megan Ultis, *supra* შენიშვნა 75.

⁸⁶⁹ იქვე.

კერძოდ, ოჯახური ურთიერთობების მომწესრიგებელი ოფისი (DRO) წარმართავს ისეთ პროცესებს, რომელიც ძირითადად ბავშვების საკითხია ჩართული⁸⁷⁰.

სან ანტონიოში, ბექსარის ოლქის დავების გადამწყვეტი ცენტრი (DRC) ადვოკატ-მედიატორებს მიმართავს მაშნ, თუ ოჯახური დავა სასამართლო გარჩევამდე მიდის. კერძოდ, ის ოჯახურ დავებს 2 კატეგორიად ყოფს: სათემო დავა და სასამართლო დავა⁸⁷¹. 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 ჩართვა⁸⁷². მიუხედავად იმისა, რომ დალასის დავების გადამწყვეტი ცენტრი (DRC) არ ითხოვს, რომ ოჯახური მედიაციის მწარმოებელი მოხალისე მედიატორები იყვნენ ადვოკატები, მათი უმრავლესობა მაინც ადვოკატია⁸⁷³. აღნიშნულ ცენტრში სულ 19

⁸⁷⁰ იქვე.

⁸⁷¹ სატელეფონო ინტერვიუ Nancy Oseasohn, Intake Mediation Manager, Bexar Cnty. Disp. Resol. Ctr. (July 7, 2011).

⁸⁷² *Id.* 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.

⁸⁷³ სატელეფონო ინტერვიუ Kim Martinez, Dir., Disp. Mediation Servs., Inc. (June 21, 2011).

საოჯახო დავების მედიატორია, რომელთაგანაც 5 არ არის ადვოკატი პროფესიით. ამ ხუთიდან 2 არის სიქიატრ-ფსიქოლოგი. ჰიუნსტონის მსგავსად, მოსამართლეები დალასშიც არჩევენ საოჯახო მედიაცია ადვოკატმა-მედიატორებმა წარმართონ⁸⁷⁴. 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 არა-ადვოკატები იყვნენ, ხოლო მის მიერ ჩატარებული საოჯახო მედიაციის ტრენინგის დამსწრეთა მხოლოდ ნახევარს შედაგნენდნენ ადვოკატები⁸⁷⁵. ეს გარემოება დროთაგანმავლობაში საქმეების და სფეროს სპეციფიკიდან გამომდინარე შეიცვალა და უკვე ტრენინგის დამსწრეთა სისი უმრავლესობა ადვოკატები იყვნენ⁸⁷⁶. 1990-იანი წლებიდან ინგლინგმა შეამჩნია, რომ ადვოკატები კიდევ უფრო აქტიურად ერთვებოდნენ მედიაციის ფერხულში, რადგან უკვე სასამართლო ავალდებულებდა მათ ყოფილიყვნენ მედიაციის ნაწილი⁸⁷⁷. იმ გარემოებამ, რომ მედიაცია ფინანსურად მომგებიანი საქმე იყო, ადვოკატების ჩართულობა კიდევ უფრო აქტიური გახადა, რამაც გამოიწვია ის, რომ ინგლინგისა და სხვა ფსიქიატრ-ფსიქოლოგების, როგორც არა-ადვოკატი მედიატორების ჩართულობამ პროცესებში იკლო⁸⁷⁸. გალვესტონის ოლქს, ტეხასში გააჩნია უპირატესობა

⁸⁷⁴ იქვე

⁸⁷⁵ სატელეფონო ინტერვიუ Lynelle Yingling, Ph.D, J&L Human Sys. Dev. (June 21, 2011).

⁸⁷⁶ 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 გაუწიოს ფასილიტაცი მორიგების პროცესს. იხილეთ: 155.003 *Id.* § 155.003.

⁸⁷⁷ Interview with Lynelle Yingling, *supra* note 98.

⁸⁷⁸ იქვე

მედიაციის სფეროში. დენ ამერსონი, რომელიც არის სასულიერო პირი და არის სამღვდელთა კონსილიუმის 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 შტატში⁸⁷⁹. უკანასკნელი ათწლეულების მანძილზე, მან დაასკვნა, რომ ადვოკატების დიდი ნაწილი მედიაციას მიჰყვება ხელს, რადგან გარდა იმისა, რომ მათ ამას გარკვეულწილად სასამართლო ავალდებულებს, ეს დამატებითი შემოსავლის წყაროც არის ⁸⁸⁰.

გარდა ამისა, ტეხასში მაინც იგრძნობა მეტი მიჯაჭვულობა ადვოკატი-მედიატორების მიმართ, რადგან ამას თავად შტატში არსებული სიტუაცია განაპირობებს⁸⁸¹. ტრევისის არის ოლქი, რომელიც ასევე მოიცავს ოსტინს, ტეხასში, და მისი დავების გადამწყვეტ ცენტრში (DRC) 59 საოჯახო დავის მედიატორიდან, მხოლოდ 20 არის ადვოკატი⁸⁸².

რამდენიმე ფაქტორი არსებობს, რატომაც არის ტენდენცია,

⁸⁷⁹ იქვე.

⁸⁸⁰ იქვე.

⁸⁸¹ იქვე. *ამერსონი ემხრობა მის მოსაზრებებს საკითხთან მიმართებაში. როდესაც მან 1999 წელს გაიარა 40 საათიანი გადამზადება, მას უთხრეს, რომ მან სულ ტყუილად დაკარგა დრო და ენერჯია, ასევე ფული, რადგან მედიაციის წარმოების უფლება ჰქონდათ მხოლოდ Id. ამერსონმა მათ, რათქმა უნდა დაუმტკიცა, რომ ეს ასე არ არის.*

⁸⁸² ტრევისის ოლქის დავების გადამწყვეტ ცენტრში (DRC), საზოგადოებას შეუძლია არჩევანის გაკეთებამედიაციის 2 მოდელს შორის, როდესაც საქმე საოჯახო მედიაციას ეხება: ე.წ. საზოგადოებრივი მედიაცია, როდესაც არ არის გარანტია იმისა, რომ მედიატორი აუცილებლად ადვოკატი იქნება პროფესიით, და ასევე მეორე მოდელი იმას გულისხმობს, რომ მედიაციაში აუცილებლად ადვოკატი-მედიატორი იქნება ჩართული. პირველი მოედლის საფასური განისაზღვრება – 50 დოლარით ხოლო მეორე – 200 Telephone Interview with David Huang, ტრევისისის თემის საქმეთა მენეჯერი (June 21, 2011).

რომ ტეხასში საოჯახო მედიაციაში უმრავლესად ადვოკატები არიან ჩართულები. უპირველეს ყოვლისა, აქ სამოქალაქო საქმეების მედიაციის გავრცელება ძალიან სწრაფად მოხდა. სამოქალაქო საქმეებში მედიაციამ შესაძლოა დიდი გავლენა მოახდინა საოჯახო მედიაციის წარმოებაზე⁸⁸³. 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 მხრივ⁸⁸⁴ ⁸⁸⁵. 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 ნაფიც მსაჯულებს განიხილონ საპატიმრო დავა⁸⁸⁶.

საბოლოოდ, ტეხასის მასშტაბით ადვოკატები აცხადებენ, რომ მათ განაპირობეს ის ფაქტი, რომ სასამართლო მედიაციისას, სწორედ მათ დანიშნვას არჩევს, რადგან სწორედი ისინი არიან ხალხი, რომელიც ეხმარება მოსამართლეებს იყვნენ მეორედ გადარჩეულნი (ხმის უფლება აქვთ).

⁸⁸³ საჯარო ქეისების შესახებ წარმოებული განხილვებისათვის იხილეთ, მაგ: James J. Alfini, *Trashing, Bashing, and Hashing It Out: Is This the End of "Good Mediation"?*, 19 FLA. ST. U. L. REV.47 (1991); Leonard L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 HARV. NEGOT. L. REV. 7 (1996); Nancy A. Welsh, *The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?*, 6 HARV. NEGOT. L. REV. 1 (2001).

⁸⁸⁴ ინტერვიუ Hon. Bruce Wettman, *supra* შენიშვნა 85.

⁸⁸⁵ ა.დ.

⁸⁸⁶ იხილეთ TEX. FAM. CODE ANN. § 105.002 (West 2008).

2. ფლორიდა

ფლორიდაში სასამართლო სისტემა მედიაციის მეთოდს რამდენიმე ათწლეულია იყენებს⁸⁸⁷. 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 კავშირშია⁸⁸⁸. „1987 წლამდე, ქვეყანაში მედიაციის პროგრამები და საოჯახო დავების შემთხვევები ძალაში შევიდა და საკანონმდებლო რეგულაციებზე მიბმული გახდა, სადაც მედიატორის გამოძახება ხდებოდა სასამართლოს წარდგინებით⁸⁸⁹“. სასამართლოზე დაფუძნებული მედიაციის პროგრამების რიცხვი 1988 წლიდან დღემდე 14 დან 48-მდე გაიზარდა⁸⁹⁰. „ფლორიდას სტატუსის გაფართოება 1987 წელს მოხდა, როდესაც მოსამართლეებს უფლებამოსილება მიენიჭათ არჩევანის უფლებისა რათა საქმის გადასაწყვეტად მედიაციის მეთოდიც გამოეყენებინათ (საქმე მედიაციისათვის გადაეცათ)⁸⁹¹“. სასამართლო სესიის მიხედვით, რომელზეც საოჯახო მედიაციის პროგრამა ჩამოყალიბდა, „სასამართლოებმა მედიაციას უნდა მიმართონ და გადასცენ ისეთი საქმეებიც კი, როგორებიცაა: განქორწინება, მეურვეობა და სხვა ოჯახთან დაკავშირებული საკითხები⁸⁹²“. ფლორიდაში, ყველა მედიატორს, ვისაც სურს, რომ სასამართლომ აირჩიოს და მედიაციის პროცესის წარმართვა ანდოს, უნდა ჰქონდეს ფლორიდის უზენაესი სასამართლოს მიერ

⁸⁸⁷ იხილეთ მკვ.: *სატელეფონო ინტერვიუ* Hon. Bruce Wettman, შენიშვნა 85; *Alternative Dispute Resolution*, FLA. STATE CTS., http://www.flcourts.org/gen_public/adr/adrintro.shtml (ბოლო ვიზიტი განხორციელდა Mar.14,2012).

⁸⁸⁸ იქვე.

⁸⁸⁹ იქვე.

⁸⁹⁰ იქვე.

⁸⁹¹ იქვე.

⁸⁹² FLA.STAT.ANN.§44.102(2)(c)(West2003).

გაცემული სპეციალური სერტიფიკატი⁸⁹³. ერთ–ერთი რამ, რასაც ფლორიდას სხვა შტატებისაგან გამოარჩევს არის ის, რომ მედიატორთა სასერტიფიკატო პროგრამა და საერთოდ სერტიფიკატის მიღება ქულობრივი სისტემიდან გამომდინარეობს⁸⁹⁴. იმისათვის, რომ მედიატორის კვალიფიკაცია მიენიჭოს პიროვნებას, მან სათანადო ქულები უნდა დააგროვოს, რათა სერტიფიკატი მიიღოს⁸⁹⁵. საოჯახო დავების პროცესის წარმმართველო მედიატორი ვალდებულია ჰქონდეს ბაკალავრის დიპლომი და მინიმუმ 100 სასერტიფიკატო ქულა, რომელიც ტრენინგების პროცესში უნდა დააგროვოს⁸⁹⁶. დავების გადამწყვეტ ცენტრს (DRC), რომელიც ბაზირებულია ფლორიდის უზენაესი სასამართლოს შენობაში, ჰყავს 2, 168 მედიატორი, რომელიც საოჯახო დისპუტებს წარმართავს. თითოეული მათგანი სერტიფიცირებულია ფლორიდის უზენაესი სასამართლოს მიერ⁸⁹⁷. აღნიშნული რაოდენობიდან 1, 127 არის არა-ადვოკატი მედიატორი და 1041 პროფესიით ადვოკატი მედიატორი⁸⁹⁸. დავების გადამწყვეტი ცენტრის (DRC) მედიატორთა რეპორტინგის სისტემა აჩვენებს, რომ არა-ადვოკატი მედიატორები პროფესიის მიხედვით შემდეგნაირად იყოფიან: ფსიქოლოგ-ფსიქიატრი = 398; ბიზნეს სექტორი = 80; მასწავლებელი = 93; ბუღალტერი = 63; ექიმი/სტომატოლოგი = 2; სახელმწიფო მოხელე = 93; სამხედრო = 8; სხვა = 123⁸⁹⁹. დღემდე, ფლორიდაში ადვოკატი მედიატორები უფლებამოსილი იყვნენ (ჰქონდათ შესაბამისი სერტიფიკატი) წარემართათ სამოქალაქო საქმეები, მაშინ როდესაც არა-ადვოკატებს შეეძლოთ მედიაცია

⁸⁹³ იხილეთ FLA.STAT.ANN.§10.100(West2010).

⁸⁹⁴ იქვე, §10.105.

⁸⁹⁵ იქვე. §§10.100–10.105.

⁸⁹⁶ იხილეთ. §§ 10.100, 10.105.

⁸⁹⁷ იხილეთ *Dispute Resolution Center Mediator Reporting System*, FLA.STATECTS., http://199.242.69.70/pls/drc/drc_main_screen (ბოლი ვიზიტი Feb.3,2012). ეს რიცხვები ეყრდნობა სხვადასხვა ტიპის მედიატორთა კვლევას.

⁸⁹⁸ იქვე.

⁸⁹⁹ იქვე.

გაეწიათ ოჯახური საქმეებისათვის⁹⁰⁰. გარდა ამისა, იმისათვის რომ გამხდარიყავი ოჯახის მედიატორი და სერტიფიკატი მოეცა ფლორიდას უზენაეს სასამართლოს, უნდა ყოფილიყავი ადვოკატი პროფესიით ან უნდა ყოფილიყავი სერტიფიცირებული ბუღალტერი⁹⁰¹. ფლორიდაში ოჯახური სასამართლო მედიაციის პროგრამები ძირითადად დაკომპლექტებულია შტატისანი მედიატორებით (რომლებიც სასამართლოში მუშაობენ), რომელთაც კონკრეტული საქმის არსებობის შემტხვევაში ეძახის სასამართლო⁹⁰². სასამართლოების უმრავლესობა კონტრაქტით ქირაობენ მედიატორებს, რადგან ამგვარი მეთოდით მედიატორის მოწვევა უფრო იაფი უჯდებათ ვიდრე მათი სრულ განაკვეთზე შტატში დანიშვნა. კონტრაქტით დაქირავებულ მედიატორებს ან ფიქსირებულ თანხას უხდიან ან საათობრივად, მათ მიერ გაზეული შრომის შესაბამისად, თუმცა ტეხასის შტატში სიტუაცია განსხვავებულია, როდესაც მოწვეული მედიატორები თავად ასახელებენ თანხის ოდენობას⁹⁰³. სასამართლო მედიაცია ფლორიდაში ძირითადად მაინც რჩება ადვოკატი და არა-

⁹⁰⁰ *იხილეთ* Proposed Standards of Prof'l Conduct for Certified and Ct.-Appt'd Mediators, 604So.2d764 (Fla.1992)(დადასტურებულია Fla.R.Certified&Ct.-Appt'd Mediators 10.010(1992) (codified as amended at FLA.STAT.ANN.§10.100)).

⁹⁰¹ *In re* Amendment to the Fla. Rules for Certified & Ct.-Appt'd Mediators, 762So. 2d441,449(Fla.2000); *სხვე იხილეთ* SUP. CT. OF FLA., ANNUAL REPORT 17(2006).

⁹⁰² *იხილეთ* UP. CT. OF FLA., COMM'N ON TRIAL CT. PERFORMANCE & ACCOUNTABILITY, RECOMMENDATIONS FOR ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION SERVICES IN FLORIDA'S TRIAL COURTS, 43 (2008), *ხელმისაწვდომია* http://www.flcourts.org/gen_public/court-services/bin/ADRMediationReport08-2008.pdf.

⁹⁰³ Velikonja, *შენიშვნა* 51, გვ 267 (ზოგიერთ შტატს აქვს საკუთარი რეგულაცია მედიაციის გადასახადის დაწესებასთან დაკავშირებით) *სხვე იხილეთ* FLA. DISP.RESOL.CTR., FLORIDA MEDIATION & ARBITRATION PROGRAMS: A COMPENDIUM 84-86 (Sharon Press ed., 18th ed. 2005)(ფლორიდის ოლქის სასამართლოს მიერ შემუშავებული გადასახდი მედიატორთათვის) *სხვე იხილეთ* 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%20Instructions%20for%20Case%20Parties.pdf>, (ჰარისის ოლქში, ტეხასში მედიატორ მხარეებმა უნდა გადაუხადონ 400-400 დოლარი).

ადვოკატი მედიატორების 'ნაკრებად' (მიქსად), თუმცა ოლქების მიხედვით სიტუაცია მაინც განსხვავდება. პალმ ბიჩში მე-15 საოლქო სასამართლოს, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის პროგრამაში (ADR) სრულ განაკვეთზე ირიცხება 4 მედიატორი⁹⁰⁴, რომელთაგანაც მხოლოდ 1 არის პროფესიით ადვოკატი და ასევე აქვს მენტალური ჯანმრთელობის პრობლემების მქონე ადამიანებთან მუშაობის გამოცდილება და ხარისხი⁹⁰⁵. გარდა ამისა იგივე, მე-15 საოლქო სასამართლოსჰყავს 30 კონტრაქტორი მედიატორი, რომელთაგანაც უმრავლესონა არის პროფესიით ადვოკატი⁹⁰⁶. კონტრაქტორ მედიატორებს 2 საათიანი სესიის ცატარებაში დაახლოებით 125 აშშ დოლარს უხდიან⁹⁰⁷. ორლანდოში, მე-9 საოლქო სასამართლოში, ირიცხება 29 კონტრაქტორი მედიატორი, რომლებიც ოჯახური საქმეების მედიაციას აწარმოებენ, მათგან 19 არის ადვოკატი⁹⁰⁸. დანარჩენი კი სხვადასხვა დარგის სპეციალისტები არიან, მათ შორის ექიმებიც⁹⁰⁹. ზოგიერთ ოლქში, ადვოკატთა რაოდენობა, რომელსაც სასამართლო ქირაობს მედიაციისათვის ცოტაა. ეს შეიძლება იმითაც იყოს გამოწვეული, რომ მათ ცოტას უხდიან. თუმცა, ერთერთი მიზეზი, რისთვისაც ადვოკატები მედიაციის საქმის წარმართვას თანხმდებიან, ის გახლავთ, რომ გამოცდილება მოიხვეჭონ. ასევე საგულისხმოა, რომ მედიატორთა რაოდენობის კლება ფლორიდაში უფრო ინტერდისცილინარულია ვიდრე იგივე სიტუაცია ტეხასში.

⁹⁰⁴ სატელეფონო ინტერვიუ BillMoreno, Alt.Disp.Resol. Dir., 15th Jud. Cir. Ct. of Fla. (July14, 2011).

⁹⁰⁵ იქვე.

⁹⁰⁶ იქვე.

⁹⁰⁷ იქვე.

⁹⁰⁸ 2011 Family Mediators,

NINTHJUDICIALCIR.CT.OFFLA., http://www.ninthcircuit.org/programs-services/dispute-resolution-services/family_mediators.shtml (last visited Apr. 10,2012); ასევე იხილეთ TelephoneInterviewwithGenie Williams, Dir., 9th Jud. Cir. Ct. of Fla., Disp. Resol. Servs. (July14,2011)(ვარდნის დადასტურება)

⁹⁰⁹ NINTHJUD.CIR.CT.OFFLA.,*შენიშვნა*131;ინტერვიუ Genie Williams,*შენიშვნა* 131.

ამგვარი კლების დაწყება ფლორიდაში საქმეში ადვოკატმედიატორთა ჩაბმამ განაპირობა. მელ რუბინი, რომელიც არის ცნობილი ადვოკატი-მედიატორი და მედიაციის ტრენერი მაიამიში, განმარტავს, რომ 30 წლის წინ, ფლორიდაში, სოჯახო მედიაციის წარმმართველნი ძირითადად იყვნენ ექიმები (სხვადასხვა პროფილის)⁹¹⁰. ბილ მორენო, მე-15 საოლქო სასამართლოს დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის პროგრამის (ADR) დირექტორი, აცდახებს, რომ ფლორიდაში სიტუაცია ტეხასის მსგავსად წარიმართა, სახელდობრ კი, ადვოკატი მედიატორები ნაკლებად მოტივირებულნი იყვნენ მედიაციის წარმართვისას ვიდრე ზემოხსენებული პროფესიით ექიმი მედიატორები⁹¹¹. ენთუზიაზმის ამგვარი ნაკლებობა სხვადასხვა გარემოებით იყო განპირობებული, თუმცა ერთ-ერთი უმთავრესი დამაბრკოლებელი გარემოება ადვოკატი-მედიატორებისათვის გახლდათ ის, რომ მოლაპარაკებისას 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 იყო⁹¹². 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 2,168 ⁹¹³. ეს არის მხოლოდ 18%, რაც საკმაოდ საკვირველია, რადგან ცოტა ხნის წინ პროფესიით ექიმი მედიატორები იყვნენ მმართველი ძალა

⁹¹⁰ სატელეფონო ინტერვიუ MelRubin, Att'y-ediator, Miami, Fla. (May 20, 2011); ასევე იხილეთ სატელეფონო ინტერვიუ Charles Castagna, Att'y-Mediator, Clearwater, Fla. (July 27, 2011) (დასტური იმისა, რომ ადრე ექიმები სჭარბობდნენ მედიაციის პროცესში ადვოკატ-მედიატორებს)

⁹¹¹ ინტერვიუ Bill Moreno, *შენიშვნა* 127.

⁹¹² იქვე.

⁹¹³ *იხილეთ Dispute Resolution Center Mediator Reporting System, შენიშვნა* 120. ციფრები მოწოდებულია კვლევის საფუძველზე, რომელიც მედიატორთა ფუნქციის განსაზღვრის მიზნით.

მედიაციის პროცესში. მაშინ როდესაც არა-ადვოკატი მედიატორები ჩაბმულნი არიან ფლორიდის სასამართლო მედიაციის მროგრამებში, კერძო ოჯახური მედიაციის წარმმართველებად გვევლინებიან ადვოკატები⁹¹⁴. მედიაციის ექსპერტები ფლორიდის შემთხვევაში, რევოლუციურ ცვლილებებზე საუბრობენ თუმცა აღნიშნული ცვლილებები ტეხასთან შედარებით ნაკლებად ექსტრემალურია. მიუხედავად ამისა, ფლორიდაში თუ არა-ადვოკატ მედიატორებს სურთ მედიაციით ფული იშოვონ, მათ მრავალი მკაცრი გამოცდის გავლა უწევთ⁹¹⁵. მედიატორთა უმრავლესობა, განსაკუთრებით არა-ადვოკატი მედიატორები „არავითარ შემთხვევაში არ ტოვებენ თავიანთ სამსახურებს“ ამბობს ადვოკატი-მედიატორი ჰელენ სტეინი, მაიამიდან, ფლორიდა⁹¹⁶. ზოგიერთი ექსპერტი ამბობს, რომ არიან არა-ადვოკატი მედიატორები, რომლებმაც თავადაც არ იციან შოულობენ თუ არა ფულს ამით⁹¹⁷. სხვები კი ფიქრობენ, რომ არა-ადვოკატი მედიატორებისათვის ფულის შოვნა მხოლოდ მედიაციის პროცესის წარმართვით, ძალიან იშვიათ გამონაკლისს წარმოადგენს⁹¹⁸.

3.ილინოისი

ტეხასისა და ფლორიდას მსგავსად, ილინოისშიც საოჯახო მედიაცია უკანასკნელი 30 წლის მანძილზე აქტიურად გამოიყენებოდა.⁹¹⁹

⁹¹⁴ ინტერვიუ BillMoreno, *შენიშვნა* 127.

⁹¹⁵ ინტერვიუ Mel Rubin, *შენიშვნა*, 133; ასევე იხილეთ ინტერვიუ Charles Castagna, *შენიშვნა* 134. აღნიშნული ექსპერტები გამოკითხულ იქნენ რათა დაესახელებინათ არა-ადვოკატი მედიატორები, რომლებიც შემოსავალს მედიაციით იღებდნენ.

⁹¹⁶ სატელეფონო ინტერვიუ Helen Stein, (Aug.1,2011).

⁹¹⁷ იქვე.

⁹¹⁸ ინტერვიუ Charles Castagna, *შენიშვნა* 133.

⁹¹⁹ ილინოისის სასამართლო მედიაციის შესახებ მაგალითების განხილვისათვის ეწვიეთ ბმულს: RESOLUTION SYSTEMS INSTITUTE, <http://www.aboutrsi.org/>(უკანასკნელი ვიზიტი Mar. 14,2012).

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 ახსნეს⁹²⁰. როდესაც ჩვენგანვუმარტეთმათ, რომ მართალია ფლორიდაში სასამართლო ხელისუფლება საკმაოდ გავლენიანიყო, თუმცა იგივეს თქმა ტეხასის შემთხვევაში არ შეიძლებოდა⁹²¹, მათ გვითხრეს, რომ ილინოისი ეს იყო შტატი, სადაც სასამართლო ხელისუფლებას ანტიპატიურად იყო განწყობილი თავად მედიაციის მეთოდისადმი, თუმცა ახლა ასე აღარ არის⁹²². 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“⁹²³. ილინოისის შტატის, კუკის ოლქში, ჩიკაგოს საოლქო სასამართლოში, საოჯახო მედიაცია ფართოდ გამოიყენებოდა 1982 წლიდან⁹²⁴. კუკის ოლქის, საოლქო

⁹²⁰ 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).

⁹²¹ 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-ს მამამტავრად ითვლება ტეხასში.

⁹²² . ინტერვიუ Corinne (Cookie) Levitz, *შენიშვნა* 143; ინტერვიუ Susan Yates, *შენიშვნა* 143.

⁹²³ ინტერვიუ Brigitte Bell, ხელმძღვანელი და დამაარსებელი, Brigitte Schmidt Bell, P.C., in Chi., Ill. (June 30, 2011).

⁹²⁴ *ობილეთ, Illinois Court ADR Sourcebook*, RSI'SCT. ADR RESOURCE CTR.,

სასამართლოს ოჯახური ურთიერთობის განყოფილება, ყველა საკითხს, რომელიც დაკავშირებულია მეურვეობასთან და განქორწინების შემდგომ შვილის მონახულების პროცედურებთან გადასცემს ე.წ. ქორწინებისა და ოჯახის საკონსულტაციო სამსახურს (MFCS).⁹²⁵ ეს არის უფასო სერვისი, რასაც სასამართლო სისტემა სთავაზობს მათ ვისაც სჭირდება და მისი რეალური ღირებულება წლიურად დაახლოებით 2, 400 დოლარია⁹²⁶. ე.წ. ქორწინებისა და ოჯახის საკონსულტაციო სამსახური (MFCS), განქორწინების საქმის წარმოებისას არ იხილავს ფინანსურ საკითხებს⁹²⁷. მისი არსებობის ისტორიის მანძილზე, ქორწინებისა და ოჯახის საკონსულტაციო სამსახური (MFCS) დაკომპლექტებული იყო ძირითადად პროფესიით ექიმი მედიატორებით (ფსიქიატრ-ფსიქოლოგებით)⁹²⁸.

1991 წელს კორინ (კუკი) ლევიტსი გახდა პრველი ადვოკატი-მედიატორი ქორწინებისა და ოჯახის საკონსულტაციო სამსახურში (MFCS)⁹²⁹. ქორწინებისა და ოჯახის საკონსულტაციო სამსახურში (MFCS) არის დაახლოებით 19 შტატისანი მედიატორი, რომელთაგანაც 5 არის პროფესიით ადვოკატი და 14 სხვა პროფესიის წარმომადგენლები (ძირითადად ფსიქიატრფსიქოლოგები)⁹³⁰. როდესაც ის დაიქირავეს, ლევიტსმა განაცხადა „ისე მიყურებდნენ თითქოს უცხოპლანეტელი ვიყავი. განსაკუთრებით ფსიქიატრ-ფსიქოლოგი მედიატორებისაგან ისეთი მუხტი მოდიოდა,

<<http://courtdr.org/sourcebook/programs.php?ID=3&b1=proc&b2=65&menuID=69&menuanchor=anchor&submenuID=73&submenuanchor=anchor>>.

⁹²⁵ MFCS პროგრამის განხილვისათვის იხილეთ Sharon Zingery, Corinne(Cookie) Levitz&DavidRoyko, *Screening for Domestic Violencein Family Mediation Cases, in INNOVATIONSINCOURTSERVICES*41,41–60(CoriA.Erickson ed.,2010); და *Illinois Court ADR Source book, შენიშვნა*, 147. განმარტება: MFCS-ის პროგრამა შედგენილია ამ წყაროებიდან და ასევე კონი (კუკი) ლევიტსთან ინტერვიუების საფუძველზე.შენიშვნა143.

⁹²⁶ *Illinois Court ADR Sourcebook, შენიშვნა*, 147.

⁹²⁷ ინტერვიუ Corinne (Cookie) Levitz, *შენიშვნა*, 143.

⁹²⁸ *Illinois Court ADR Sourcebook, შენიშვნა*, 147.

⁹²⁹ ინტერვიუ Corinne (Cookie) Levitz, *შენიშვნა*, 143.

⁹³⁰ *Illinois Court ADR Source book, შენიშვნა*, 147.

რომ თითქოს საოჯახო მედიაცია მათი საკუთრება იყო, რადგან მათ ყველაზე კარგად ესმოდათ თუ რა სტრესთანაა დაკავშირებული ოჯახის დანგრევა⁹³¹.“ მიუხედავად იმისა, რომ დასაწყისში მას ეჭვის თვალით უყურებდნენ, ლევიტის განმარტებით, დროთა განმავლობაში ეს ეჭვები გაქარწყლდა და ადვოკატი-მედიატორებიც საქმის წარმოებაში აქტიურად ჩაებნენ⁹³². ზოგადად, MFCS მედიატორი დღეში ორი მედიაციის პროცესს წარმართავს, რომლებიც 2-2 საათს გრძელდება⁹³³. მოლოდინი არის შემდეგი, რომ თითოეული საქმე შედგება ერთი საწყისი სესიისაგან და შემდეგ 2 დამატებითი მედიაციის პროცესისაგან (განხილვისაგან)⁹³⁴. თუკი საჭიროა, მესამე სესიაც შეიძლება დაემატოს, მანამ სანამ სასამართლო მოსმენის თარიღი გახდება ცნობილი⁹³⁵. ლევიტი განმარტავს: „ჩვენზე ზეწოლა არ ხდება იმისათვის, რომ პროცესი დავაჩქაროთ⁹³⁶.“ 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“⁹³⁷ მიხედვით გადიოდა გადამზადებას, მათ ასწავლიდნენ, რომ მხარეები ერთად შეენარჩუნებინათ. ლევიტი 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

⁹³¹ ინტერვიუ Corinne (Cookie) Levitz, *შენიშვნა*, 143.

⁹³² იქვე.

⁹³³ იქვე.

⁹³⁴ იქვე.

⁹³⁵ იქვე.

⁹³⁶ იქვე.

⁹³⁷ იქვე.

უნდა გაითვალისწინონ ოჯახური ძალადობის შემთხვევების ალბათობა, მანამ სანამ საოჯახო მედიაციის პროცესს მიჰყვებიან ხელს. შედეგად, ქორწინებისა და ოჯახის საკონსულტაციო სამსახურმა (MFCS) შექმნა ოჯახური ძალადობის წინააღმდეგ მეზრდოლი კომიტეტი.

როდესაც მე მივედი ქორწინებისა და ოჯახის საკონსულტაციო სამსახურში (MFCS), ისინი აღნიშნული საკითხს ძალიან სერიოზულად უყურებდნენ. მე დარწმუნებული ვარ, რომ ოჯახური ძალადობის დამალვა (კონფიდენციალურობის ინტერესებიდან გამომდინარე) ძალიან მნიშვნელოვანი და სასიცოცხლოა, თუმცა მგონია, რომ ზოგიერთი ადვოკატი-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 აკეთო⁹³⁸.

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, თუმცა 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

⁹³⁸ ინტერვიუ Corinne (Cookie) Levitz, *შენიშვნა*, 143.

აღმოფხვრიან⁹³⁹.

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, რომლესაც სასამართლოზე საკუთარი ინტერესების დაცვა არ შეუძლია), მათი საქმიანობა კვალიფიცირდება, როგორც „მედიაცია“⁹⁴⁰. კერძო ოჯახის მედიატორები, რომლებიც ჩვენ 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“⁹⁴¹.“ ბელი განმარტავს: „საოჯახო სასამართლო დანტერესებულია იმაში, რომ მოიპოვოს საკუთარი შემოსავალი, რათა იარსებოს. ისინი, იმ საქმეებს, რომლებიც მათთვის მომგებიანია არ გადასცემენ მედიაციას. ისინი მედიაციას გადასცემენ მხოლოდ იმ რთულ საკითხებს, რომელთა გადაწყვეტაც თავად უჭირთ“⁹⁴².“ 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, გარდა არსებული პროფესიისა, იმისათვის რომ შემოსავალი ჰქონდეთ კიდევ რაიმე ‘ინსტრუმენტი’ უნდა დაუმატონ საკუთარ „სამუშაო იარაღების კომპლექტს“. თუმცა, ოჯახის ადვოკატები, საქმეს მედიაციას არაფრით გადასცემენ, რადგან პროცესის მართვა თავადაც შეუძლიათ, რაც მათთვის

⁹³⁹ ინტერვიუ Brigitte Bell, *შენიშვნა* 146.

⁹⁴⁰ იქვე.

⁹⁴¹ იქვე.

⁹⁴² იქვე.

დამატებით 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 მომავალში⁹⁴³. 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 მედიატორი, რომელსაც საოჯახო დავების სასამართლოში მოსამართლედ მუშაობის 13 წლიანი გამოცდილება აქვს, ოპტიმიზმს გამოთქვამს, რომ ეს ტენდენცია იცვლება⁹⁴⁴. 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 მედიაციისათვის⁹⁴⁵?“ 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

⁹⁴³ იქვე.

⁹⁴⁴ ინტერვიუ the Honorable Karen Shields, Mediator, JAMS, in Chi., Ill. (June 24, 2011).

⁹⁴⁵ იქვე.

დამსახურებადაც შეიძლება ჩაითვალოს⁹⁴⁶. თუმცა, ილინოისში, განსაკუთრებით კუკის ოლქში, ადვოკატების დაინტერესება, გახდნენ ოჯახის მედიატორები მზარდია და ის ძალიან გავს იმ ტენდენციას რაც წინამორბედი შტატების შემთხვევაში განვიხილეთ.

ის ძირითადად სამუშაოს ექიმებისაგან და უკვე კმაყოფილი კლიენტებისაგან იღებს. გარდა ამისა, მან განაცხადა, რომ იმ ადვოკატთა რიცხვი, რომელთაც მედიატორობა სურთ, დღითიდღე იმატებს:

ისინი ხედავენ, გარდა არსებული პროფესიისა, იმისათვის რომ შემოსავალი ჰქონდეთ კიდევ რაიმე 'ინსტრუმენტი' უნდა დაუმატონ საკუთარ „სამუშაო იარაღების კომპლექტს“. თუმცა, ოჯახის ადვოკატები, საქმეს მედიაციას არაფრით გადასცემენ, რადგან პროცესის მართვა თავადაც შეუძლიათ, რაც მათთვის დამატებით 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 მომავალში⁹⁴⁷. 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 მედიატორი, რომელსაც საოჯახო დავების სასამართლოში მოსამართლედ მუშაობის 13 წლიანი გამოცდილება აქვს, ოპტიმიზმს გამოთქვამს, რომ ეს ტენდენცია იცვლება⁹⁴⁸. მან განმარტა, რომ ქორწინებისა და ოჯახის

⁹⁴⁶ JAMS, ყველაზე დიდი დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის (ADR) სერვის პროვაიდერი მსოფლიოში *About JAMS*, JAMS: THE RESOLUTION EXPERTS, http://www.jamsadr.com/aboutus_overview.

⁹⁴⁷ იქვე.

⁹⁴⁸ ინტერვიუთ the Honorable Karen Shields, Mediator, JAMS, in Chi., Ill. (June 24, 2011).

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 მედიაციისათვის⁹⁴⁹“ 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 ჩაითვალოს⁹⁵⁰. თუმც, ილინოსში, განსაკუთრებით კუკის ოლქში, ადვოკატების დაინტერესება, გახდნენ ოჯახის მედიატორები მზარდია და ის ძალიან გავს იმ ტენდენციას რაც წინამორბედი შტატების შემთხვევაში განვიხილეთ.

ქორწინებისა და ოჯახის საკონსულტაციო სამსახურის (MFCS) მიერ შემუშავებულ პროგრამამ მომუშავე მედიატორების უმრავლესობა პროფესიით ადვოკატი არ არის, ამიტომაც ოჯახის ადვოკატები თავს იკავებენ მათ საქმე გადასცენ მედიაციისათვის.

ილინოსის შტატის სხვა ოლქებში, სადაც ასევე არის საოჯახო მედიაციის პროგრამები, ეს ნიშან მაინც ადვოკატების მიერაა დაგაკვებული 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

⁹⁴⁹ იქვე.

⁹⁵⁰ JAMS, ყველაზე დიდი დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის (ADR) სერვის პროვაიდერი მსოფლიოში *About JAMS*, JAMS: THE RESOLUTION EXPERTS, <http://www.jamsadr.com/aboutus_overview>.

სიები, საიდანაც ირჩევენ მედიატორებს⁹⁵¹.”

ლინ გრაფინმა, რომელიც არის ცნობილი საოჯახო მედიატორი ლეიკის ოლქში, ილინოისში, უფრო დეტალური განმარტება გააკეთა იმისა თუ რა სიტუაციაა მედიაციის მხრივ შტატის ისეთ ოლქებში, როგორებიცაა ლაიკი, მაკკენრი და დუპაჟი⁹⁵². 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 დაევა⁹⁵³:

სასამართლო სისტემის ასოციაციამ, იმისათვის, რომ საკუთარი წევრებისათვის საქმეები არ მოეკლო, შეიმუშავა კანონპროექტი, რომლის თანახმადაც, მხოლოდ ადვოკატები ითვლებოდნენ კვალიფიციურ მედიატორებად. ზოგიერთმა ჩვენთაგანმა ამგვარი წესების წინააღმდეგ პრეტენზიები გამოთქვა. ჩვენ ყოველთვის გვწამდა, რომ საოჯახო მედიაცია დისციპლინათმორისი სფერო იყო და ჩვენ მის ადვოკატირებას ვახდენდით სასამართლოსა წინაშე. მათთვის (სასამართლო სისტემისათვის) არა-ადვოკატ მედიატორთა ჩართულობა პროცესში პირიქით, მეტად კომფორტული უნდა ყოფილიყო, რადგან ხიზრ შემთხვევაში მედიაციის პროცესის წარსამართად ფსიქიატრ-ფსიქოლოგებს იყენებდნენ⁹⁵⁴.

ამრიგად, ამჟამად ქვეყანაში სასამართლო სიები და საოჯახო მედიატორთა ჩამონათვალი დისციპლინათმორისია, თუმცა სასამართლოს მაინც უპირატესობა ენიჭება.

მოსამართლეებს უყვართ ისეთი ხალხის დანიშვნა ვინც უკვე იციან რასაც წარმოადგენს. ისინი იცნობენ ადვოკატებს და

⁹⁵¹ ინტერვიუ Brigitte Bell, *შენიშვნა* 146.

⁹⁵² სატელეფონო ინტერვიუ Lynn Gaffigan, Mediator, Lake Cnty., Ill. (Oct. 14, 2011).

⁹⁵³ *იქვე*. თუმცა, Gaffigan-მასევე აღნიშნა, რომ ზოგიერთ ქვეყანაში, ექიმი-მედიატორები (ფსიქიატრები) ასევე ჩართული იყვნენ საკომისიო მოსმენებში, სადაც წესების შემუშავება/ჩამოყალიბების პროცესი მიმდინარეობდა.

⁹⁵⁴ *იქვე*.

ნიშნავენ მათ, თუმცა ასევე შესაძლოა დანიშნონ არა-ადვოკატებიც, რომლების საქმიანობასაც ასევე კარგად იცნობენ. როდესაც საქმე სასამართლო განკარგულებით გადაეცემა მედიაციას და საკითხი საკმაოდ ცვალებადია, მაშინ მოსამართლე საჭიროდ მიიჩნევს საქმეში პროფესიით ფსიქოლოგი მედიატორის ჩართვას.⁹⁵⁵

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 მიიღო⁹⁵⁶. აღნიშნული აქტის მე-10 პარაგრაფში წერია „ადვოკატი ან სხვა ვინმე, ვისაც მხარე აირჩევს უფლებამოსილია მიჰყვეს თავად მხარეს და მონაწილეობა მიიღოს მედიაციის პროცესში⁹⁵⁷.“ უნიფიცირებული მედიაციის აქტის (IUMA) თანახმად, ამჟამად ადვოკატები უფლებამოსილები არიან დაესწრონ მედიაციის პროცესს, რომელიც სასამართლო პროგრამის მიერ იმართება⁹⁵⁸, 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 მიმართული⁹⁵⁹. ამ პროგრამების გავრცელების და გაპოპულარულების გამო, ადვოკატები მედიაციის პროცესში უფრო სიღრმისეულად გაერკვნენ და უკვე მხარეებს შორის მედიაციასაც თავისუფლად ახდენდნენ. ისინი სრულფასოვან მედიატორებად იქცნენ.

⁹⁵⁵ იქვე.

⁹⁵⁶ *იხილეთ* Ill.Unif.MediationAct,710 ILL.COMP.STAT.35/1-16(West2007).

⁹⁵⁷ 710ILL.COMP.STAT.35/10.

⁹⁵⁸ იქვე.

⁹⁵⁹ .დამატებითი და დეტალური ინფორმაციისათვის იხილეთ:Suzanne J.Schmitz, *A Critique of the Illinois Circuit Rules Concerning Court-Ordered Mediation*, 36LOY.U.CHIL.L.J.783(2005).

ოლინოისის 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 ნაცნობობაზეა დამოკიდებული მედიაციის პროცესში ფსიქიატრები ჩაერთვებიან თუ პროფესიით ადვოკატები⁹⁶⁰.“

C. წამოჭრილი თემები

ამ ნაწილში, განვიხილავთ და შემოგთავაზებთ ზოგიერთი ტენდენციის შესახებ განმარტებებს, რომლებიც კვლევის შედეგად წამოიჭრა. ჩვენ ისინი ხუთ ძირითად თემად დავაჯგუფეთ.

1. საბოლოო ჯამში განქორწინების პროცესი კანონთ 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 სფეროც⁹⁶¹. მიუხედავად ამისა, ეს ზოგადი მოსაზრება მედიატორთა შესახებ, საოჯახო სამართლის სფეროში დეტალურ განმარტებას მოითხოვს. ზოგიერთი დაკვირების მიხედვით, არსებობს

⁹⁶⁰ ინტერვიუ Lynn Gaffigan, *შენიშვნა*, 171.

⁹⁶¹ Foster & Kelly, *შენიშვნა* 17, გვ. 668.

სრულიად განსხვავებული ოჯახური დავები, რადგან მაგალითად განქორწინების საკითხის მედიაციისას, საჭიროა მედიატორმა პროცესში სამართლებრივი საკითხები ახსენოს⁹⁶². ერთ-ერთი კომენტატორის მოსაზრების მიხედვით, განქორწინების საქმე, სამართლებრივი საკითხების ჩაურევლობის გარეშე ვერ გადაწყდება⁹⁶³. იმ შემთხვევაშიც კი, თუ განქორწინების მედიაციის საკითხები მხოლოდ მეურვეობისა და შვილის მონახულების საქმეებით შემოიფარგლება, ამ შემთხვევაშიც კი ვერ ავცდებით სამართლებრივ საკითხებს. ასე, რომ ამგვარი საკითხების განხილვას საბოლოო ჯამში მაინც სამართლებრივ გარჩევამდე მივყავართ და საბოლოო განაჩენს მასთან მიმართებაში სასამართლო ღებულობს და ამოწმებს. ასე, რომ სამართლებრივი სტრუქტურები საოჯახო კანონმდებლობის შემთხვევაში მაინც წამყვან ადგილს იკავებენ⁹⁶⁴. მნუკინისა და კორნჰაუსერის დაკვირვება გვაჩვენებს, რომ განქორწინების შემთხვევაში მხარეები ფინანსურ და მეურვეობის საკითხებზე დაობენ და ამ ყველაფერს კანონის ძალით გადაწყვეტის ელფერი დაჰკრავს⁹⁶⁵. 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 გადაეცემოდა⁹⁶⁶.

მთლიანად განქორწინების პროცესის სამართლებრივი მახასიათებლებიდან გამომდინარე, როდესაც წყვილის

⁹⁶² იქვე.

⁹⁶³ Nichol M. Schoenfield, Turf Battles and Professional Biases: An Analysis of Mediator Qualifications in Child Custody Disputes, 11 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 469, 481 (1996) (ციტირება: Russell M. Coombs, *Noncourt-Connected Mediation and Counseling in Child Custody Disputes*, 17 FAM. L. Q. 469, 493 (1984)).

⁹⁶⁴ Peter Salem, *Improving Our Family Courts and Services: A Call for Interdisciplinary Collaboration*, UNIFIED FAM. CT. CONNECTION, Winter 2011, ბ at 7, 7.

⁹⁶⁵ Mnookin & Kornhauser, *შენიშვნა 1*, გვ. 968.

⁹⁶⁶ იხილეთ:

ცხოვრებაში მსგავსი ეტაპი დგება, პირველი რასაც ისინი მოითხოვენ, ეს არის ადვოკატის საჭიროება. ეს სრულებითაც გასაგებია, რადგან განქორწინების პროცესს მრავალი სამართლებრივი პროცედურა ახლავს⁹⁶⁷. განქორწინების მსურველი წყვილები მოითხოვენ გაცილებით მეტს, ვიდრე უბრალოდ პროცესის წარმართვაა⁹⁶⁸. 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 (გადამოწმების 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, რადგან ადვოკატთან ურთიერთობა გაუადვილდეთ⁹⁶⁹. გამომდინარე იქედან, რომ განქორწინების შესახებ დადგენილების მომზადება, რომელიც სასამართლოში სარჩელის შესატანად ვარგისი იქნება, კიდევ უფრო ცხადს ხდის, იმ ფაქტს, რომ ხშირ შემთხვევაში, პროცესში ადვოკატი-მედიატორების ჩართულობა მნიშვნელოვანია. თუკი რომელიმე მხარე დაარღვევს დადგენილებას, ის აღარ იქნება ვარგისი სასამართლო სარჩელის მოსამზადებლად⁹⁷⁰. მედიაციის შედეგად მიღებული გადაწყვეტილებები არ უნდა შეიცავდეს რაიმე სახის დარღვევებს საოჯახო კოდექსის ფარგლებში⁹⁷¹. ადვოკატი, რომელიც კვალიფიციურია სამართლებრივ საკითხებში, მინიმუმამდე

⁹⁶⁷ იხილეთ: MAYER, *შენიშვნა* 2, გვ 69–70.

⁹⁶⁸ იხილეთ: გვ. 70.

⁹⁶⁹ ინტერვიუ Andrew Schepard, *შენიშვნა* 30.

⁹⁷⁰ ინტერვიუ Hon. Bruce Wettman, *შენიშვნა* 85.

⁹⁷¹ ინტერვიუ Nick Hall, *შენიშვნა*, 74.

ამცირებს, აღნიშნულ თემასთან დაკავშირებით მხარეებს შორის სავარაუდო გაუგებრობის წარმოშობის რისკს⁹⁷². 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 არა-ადვოკატი 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 სფეროს⁹⁷³.“ ის ასევე განმარტავს, რომ არა-ადვოკატი მედიატორები, სამართლებრივი სფეროს არცოდნის გამო თავს დამარცხებულად გრძნობენ და შესაძლოა მათ მიერ წარმოებული მედიაციის მიმართ პრეტენზიაც კი გამოთქვას⁹⁷⁴. სწორედ ამ მიზეზის გამო, ზოგიერთ შტატში, მაგალითად როგორცაა ფლორიდა, 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 ხოლმე⁹⁷⁵. თუმცა, მიუხედავად იმისა, რომ ტრენინგი შეიძლება მრავლისმომცველი იყოს, მრავალი არა-ადვოკატი მედიატორი მაინც თვლის, რომ განქორწინების საქმეებში თავს იჩენს მთელი რიგი სამართლებრივი საკითხები, რომელთა გადაწყვეტა არა-ადვოკატი მედიატორისათვის რთულია და შესაძლოა ის

⁹⁷² იხილეთ Paul T. Capuzziello, *An Interdisciplinary Approach to Handling Divorce Cases*, UNIFIEDFAM.CT.CONNECTION, Winter 2011, at 2, 4.

⁹⁷³ ინტერვიუ Elinor Robin, პროფესორი/დოქტორი., მედიაორი და მედიაციის ტრენერი; ორლანდო, ფლორიდა. (June 4, 2011).

⁹⁷⁴ იქვე.

⁹⁷⁵ იხილეთ FLA. DISP.RESOL.CTR., ADR RESOURCE HANDBOOK 139,168 (July 2011),

http://www.flcourts.org/gen_public/adr/bin/ResourceHandbook2011/2011ADRHandbookTab5MTSP.pdf.

არაკვალიფიციურადაც კი ჩაითვალოს⁹⁷⁶. მხარეთა გამოცხადების შემდეგ, არის ამგვარი ტენდენცია, რომ ადვოკატები თავად ირჩევენ ადვოკატ-მედიატორებს.

მაშასადამე, მრავალი არა-ადვოკატი მედიატორი ისეთი საქმეების მედიატორად რჩება, სადაც სამართლებრივი საკითხები მინიმალურადაა⁹⁷⁷ შესული (ნაკლებად არიან ჩართულები განქორწინების პროცესებში). რობინის აზრით, მედიატორს უნდა ძალუძდეს მიაღწიოს შეთანხმებას მედიაციის პროცესში, აქედან გამომდინარე საქმის წარმატებაც მის კვალიფიციურობაზეა დამოკიდებული⁹⁷⁸.

2. ადვოკატი

ისტორიულად, ადვოკატობა იყო პროფესია, რომელიც მედიაციაში საყოველთაოდ იყო ცნობილი, თუმცა მხოლოდ უკიდურესი აუცილებლობის შემთხვევაში ერთგვებოდნენ პროცესში. მრავალი ადვოკატი მედიაციას უფრთხოდა და მას კონკურენტად აღიქვამდა, ანუ ფიქრობდა, რომ ეს მათ ბიზნესს წაართმევდა. ასე, რომ ისინი უმჯობესად თვლიდნენ ამ სფეროს სათოფეზე არ გაკარებოდნენ, თავი შორს დაეჭირათ. ასე, რომ ოჯახის ადვოკატები, რაც უფრო მეტად ჩაერთნენ კერძო მედიაციის პროცესში, მათ გადაწყვიტეს საქმე ადვოკატი-მედიატორებისთვის აღარ გადაეცათ და თავად ყოფილიყვნენ პროცესის მმართველნი. უფრო ზუსტად, რომ განიმარტოს, საოჯახო დავების საქმეთა მომრიგებელი საზოგადოება (სამართლებრივი კუთხით) საკმაოდ ვიჭრო ჯგუფია, რომელშიც ყველა ერთმანეთს იცნობს და შესაბამისად მედიაციის საჭიროების შემთხვევაშიც ერთ წრეში ტრიალებენ და უცხო მედიატორის

⁹⁷⁶ ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ ყველა ადვოკატი-მედიატორი არ არის ვალდებული ღრმად იყოს ჩახედული საოჯახო კანონმდებლობაში.

⁹⁷⁷ ინტერვიუ Elinor Robin, *შენიშვნა* 192.

⁹⁷⁸ იქვე

მოძიება პრაქტიკულად არ ხდება⁹⁷⁹. ამგვარი ფენომენი ფართოდაა გავრცელებული: „ამგვარი პრაქტიკა გავრცელებულია და არ არის ცუხო, რადგან აღნიშნული ვიწტო ჯგუფის წარმომადგენლები ერთმანეთს უფრო ენდობიან და სწორედ ამიტომ იყენებენ შიდა კონტაქტებს⁹⁸⁰.“ მაგალითად მედიატორები, რომლებიც არიან პროფესიით ფსიქოლოგ-ფსიქიატრები მედიაციის წარმოებისათვის შემოთავაზებას თავიანთი კოლეგებისაგან იღებენ, რომლებიც მუშაობენ წყვილებთან, რომლებიც გაყრას აპირებენ⁹⁸¹. დროდადრო ადვოკატთა დიდი ნაწილი ერთვება დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის (ADR) სფეროში. იმის გამო რომ ეს სფერო საკმაოდ მოთხოვნადია, უფრო და უფრო მმეტი დვიკატი გადის ტრენინგებს ამ მიმართულებით. დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის (ADR) მეთოდის 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 შეიძლება ითქვას, 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?)⁹⁸²

დამატებით, მრავალი გამოცდილი მოდავე მხარისათვის,

⁹⁷⁹ იხილეთ Velikonja, *შენიშვნა* 51, გვ. 282 (იმის შესახებ, რომ ადვოკატები მედიაციის, როგორც ბიზნესის მთავარი წყარო არიან).

⁹⁸⁰ ინტერვიუ Peter Salem, *შენიშვნა* 16.

⁹⁸¹ ფსიქოლოგ-ფსიქიატრი მედიატორები მედიაციის სქმეთა უფრო დიდ რაოდენობას წარმართავენ, მანამ სანამ მხარეები ადვოკატს არ დაიქირავებენ, რომ საქმეს გადახედონ. ელ-ფოსტა Gregory Firestone - გან, Ph.D., Dir., U. of S. Fla. Conflict Resol. Collaborative, to author (Nov. 16, 2011) (on file with authors).

⁹⁸² იხილეთ ინტერვიუ Lynn Gaffigan, *შენიშვნა* 171.

დავის ალტერნატიული ადაწყვეტის მეთოდი (ADR) სასამართლო პრცესისაგან განსხვავებით უფრო მსუბუქ პროცესია. მრავალმა ადვოკატმა ADR-ის დადებითი მხარეები დიდი ხანია აღიარა⁹⁸³.

არსებობს ტენდენცია, რომლის მიხედვითაც ადვოკატები მედიაციის სისტემას გადაამოწმებენ ხოლმე, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც მხარეები არიან წარმოდგენილნი⁹⁸⁴. ზოგიერთი ადვოკატი, მედიატორის შერჩევის პროცესის განმკონტროლელადაც კი აღიქმება⁹⁸⁵. როდესაც მხარეებია არიან წარმოდგენილნი, ადვოკატები თითქმის ყოველთვის ირჩევენ ადვოკატ-მედიატორებს⁹⁸⁶. 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-განვითარებას⁹⁸⁷. უფრო დეტალურად კი, ეს არის შემთხვევა, როდესაც ადვოკატებს უნდათ ყავდეთ ადვოკატი-მედიატორები, რომელიც კლიენტის ყურამდე მიიტანს ცუდ ინფორმაციას და ასევე დაეხმარება და დაარწმუნებს მათ თუ როგორ დაგაწყვიტონ ის⁹⁸⁸. ადვოკატები, რომლებიც შეჭიდებულნი არიან რთულ

⁹⁸³ ინტერვიუ Bill Moreno, *შენიშვნა* 127.

⁹⁸⁴ ინტერვიუ Bernard Mayer, *შენიშვნა* 53.

⁹⁸⁵ Velikonja, *შენიშვნა* 51, გვ. 282.

⁹⁸⁶ ინტერვიუ Kim Martinez, *შენიშვნა* 96.

⁹⁸⁷ მაგალითად, ოჯახის ადვოკატმა, რომელიც ცდილობს მედიაციის პრაქტიკის განვითარებას, შესაძლოა სთხოვოს სხვა ოჯახის ადვოკატს მას გადასცეს მედიაციის საქმე, იმის სანაცვლოდ, რომ სამომავლოდ ისიც იგივეს იზამს.

⁹⁸⁸ სატელეფონო ინტერვიუ Perry Itkin, Att'y-Mediator, in Fort Lauderdale, Fla. (Aug. 3, 2011). Itkin-ის განცხადებით ის არ ეთანხმება

საქმეებს ნმდვილად ეძებენ კარგ ადვოკატ-მედიატორებს, რათა მათ დაეხმარონ⁹⁸⁹.

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 უფო კომპლექსური და რთულია, რომელიც ერთბაშად მრავალ პრობლემას მოიცავს⁹⁹⁰“. გარდა ამისა, ბოლო პერიოდში ე.წ. არატრადიციული ოჯახების სიმრავლემ სხვადასხვა საკითხების კიდევ უფრო მძარფრად წამოწევა განაპირობა, როგორებიცაა „ოჯახური ძალადობების ბრალდებები, ბავშვებზე ძალადობა და ა.შ⁹⁹¹“. ე.წ. „no-fault“ (ამ შემთხვევაში განქორწინება შესაძლებელია ნებისმიერი დამატებითი მტკიცებულებების წარდგენის გარეშე) სტატუსის შემოღებამ განქორწინების

ამ პრაქტიკას. „ამგვარი პრაქტიკა გაუგებრობის მიზეზი შეიძლება გახდეს, რადგან ოჯახის ადვოკატებს ჰგონიათ, ადვოკატი-მედიატორი შეძლებს მათ კლიენტებს მისცეს სამართლებრივი რჩევა ან პრობლემური საკითხები 'კანონის ფარგლებში' მოაგვაროს, ისე, რომ ზღვარს არ გადავიდეს“.

⁹⁸⁹ თუმცა, სხვაბი ასკვნიათ, რომ ოჯახის ადვოკატები რთულ საქმეებს გადასცემენ მედიატორებს მაშინ, როდესაც საქმე დიდ ფსიქოლოგიურ წნეხს ეხება და უმჯობესია პროცესში მედიატორი ჩაერთოს და განმუხტოს სიტუაცია. Gregory Firestone-ი 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. ელ-ფოსტა - Gregory Firestone-გან, *შენიშვნა*.

⁹⁹⁰ Peter Salem, *The Emergence of Triage in Family Court Services: The Beginning of the End for Mandatory Mediation?*, 47 FAM. CT. REV. 371, 377 (2009)

(პერფერაზი) (ციტირება Donald T. Saposnek, *Commentary: The Future of the History of Family Mediation Research*, CONFLICT RESOL. Q., 37, 38 (Fall-Winter 2004)).

⁹⁹¹ Jessica Pearson, *Court Services: Meeting the Needs of Twenty-First Century Families*, 33 FAM. L. Q. 617, 618-19 (1999).

პროცედურები გაამარტივა⁹⁹², 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 არ შესრულებას ადგილი ქონდა მაშინ, როდესაც დედა მიიღებდა მეურვეობის უფლებას და მერე საქმე აღარ განიხილებოდა⁹⁹³. მაგალითად, რიჩარდ ორზინგერის თქმით, მეურვეობის შესახებ გადაწყვეტილება ტეხასში, სრულდებოდა იმით, რომ მეურვეობის უფლება თანაბრად ნაწილდებოდა⁹⁹⁴. 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 შექმნას⁹⁹⁵.

ოჯახური დავების შესახებ საქმეებში გართულებების განუხრელმა ზრდამ თავად განქორწინების შესახებ სასამართლოს განჩინების გართულება გამოიწვია⁹⁹⁶. იმის გამო, რომ განქორწინების შესახებ სასამართლო განჩინება გართულებულია და დროშიც იწელება სწორედ ადვოკატები ითვლებიან სასურველ მედიატორებად, რათა კანონის

⁹⁹² Jill Schachner Chanen, *And Then There Was None*, 96 A.B.A. J., Nov.2010, at 12, 12(დასტური იმის შესახებ, რომ ყველა შტატში არსებობს ე.წ.no-fault განქორწინება). მიუხედავად იმისა, რომ დღესდღეობით ე.წ. nofault განქორწინება იღებულისა, ზოგ შემთხვევაში მომჩივანი მხარეებისაგან გამოთქმული პრეტენზიები საბოლოო ვერდიქტზე გავლენას BarbaraAnne Kazen, *Division of Property at the Time of Divorce*, 49 BAYLOR L.REV. 417, 426(1997).

⁹⁹³ ANDREW I. SCHEPARD, CHILDREN, COURTS, AND CUSTODY: INTERDISCIPLINARY MODELS FOR DIVORCING FAMILIES, 14-19 (2004).

⁹⁹⁴ ინტერვიუ Richard Orsinger, *შენიშვნა* 95; ასევე იხილეთ TEX. FAM.CODE ANN. §153.131(ბ)(West 2008)(ორივე მშობლის მეურვედ დანიშვნა ბავშვის ინტერესებიდან გამომდინარე საუკეთესო გადაწყვეტილებაა).

⁹⁹⁵ Richard Orsinger განმარტებით, დავა გადაწყვეტილების-მიმღები მხარის განსაზღვრის შესახებ ძნელად გადასაწყვეტია. ინტერვიუ Richard Orsinger, *შენიშვნა* 95.

⁹⁹⁶ ინტერვიუ Andrew Schepard, *შენიშვნა* 30.

ფარგლებში მართონ და გადაწყვიტონ ეს გართულებული პროცესები. მაგალითად, ტეხასში განქორწინებისათვის საჭირო მოთხოვნები ძალიან დეტალური და სპეციფიურია. ტეხასში, განქორწინების შესახებ განჩინება შეიძება იყოს 50 გვერდიანი ან მეტიც კი⁹⁹⁷. გარდა იმისა, რომ განჩინება საკმაოდ ვრცელია, თავად ტექსტიც სპეციფიური იურიდიული ენითაა ნაწერი⁹⁹⁸. მიუხედავად იმისა, რომ არა-ადვოკატი მედიატორები, რომელთაც სპეციალური ტრენინგები აქვთ გავლილი საქმეს თავს გაართმევენ, კლიენტს მაინც სურს, რომ ამგვარი ტექსტის პრობებში საქმე ადვოკატებთან ქონდეთ და არა მედიატორებთან.

4. ე.წ. ProSe (მხარის ინტერესების დაცვა სასამართლომდე) მხარეების და ქორწინებაში არ მყოფი მშობლების რიცხვის ზრდა

დღესდღეობით საოჯახო სასამართლოების ტენდენცია ე.წ. Pro Se მხარეების ზრდით ხასიათდება. ეკონომიკურმა დაღმასვლამ მიიყვანა საქმე აქამდე, რადგან განქორწინებისათვის წყვილები უფრო იაფიან და მარტივ გზას ეძებენ ვიდრე ადვოკატის დაქირავებაა, რადგან ამისათვის სერიოზული თანხებია საჭირო⁹⁹⁹. ასევე, მრავალი წყვილი, რომელიც სასამართლოს იყენებს იმისათვის, რომ ბავშვზე მეურვეობის საკითხი გადაწყვიტოს, ქორწინებაში სულაც არ არის¹⁰⁰⁰. სწორედ აღნიშნული დაუქორწინებელი წყვილები წარმოადგენენ ხოლმე ე.წ. pro se მხარეების დიდ ნაწილს საოჯახო სასამართლოზე. ერთ-ერთი ფლორიდელი ადვოკატის თქმით, ამგვარ მხარეთ

⁹⁹⁷ იხილეთ ინტერვიუ Carel Stith, *შენიშვნა 85*; ინტერვიუ Norma Trusch, *შენიშვნა 216*, იქვე, 77

⁹⁹⁸ იხილეთ ინტერვიუ Carel Stith, *შენიშვნა 85*; ინტერვიუ Norma Trusch, *შენიშვნა 77*.

⁹⁹⁹ იხილეთ AviBraz, *OutofJoint: Replacing Joint Representation with Lawyer-Mediation in Friendly Divorces*, 78S.CAL.L.REV.323, 361 (2004).

¹⁰⁰⁰ See U.S. CENSUSBUREAU, STATISTICAL ABSTRACT OF THE UNITED STATES: 2011, at 56, <<http://www.census.gov/prod/2011pubs/11statab/pop.pdf>>.

პროცენტული მაჩვენებელი ფლორიდაში 60 დან 80%-მდე მერყეობს¹⁰⁰¹. მხარეთა დიდი ნაწილი ფიქრობს, რომ ერთი ადვოკატი-მედიატორის ყოლა გაცილებით იაფი დაუჯდებათ ვიდრე ცალ-ცალკე ადვოკატის დაქირავება. გარდა ფინანსური მხარისა, მხარეებმა ადვოკატი-მედიატორი შესაძლოა საკუთარი კომფორტისთვისაც კი დაიქირაონ, რადგან ამ გზით პროცესის წარმოება გაცილებით მსუბუქია და დამაბულობაც მინიმუმამდეა დაყვანილი. ზოგიერთი ამტკიცებს, რომ ე.წ. prose მხარეების მედიაციის პროცესის წარმართვისას, სწორედაც, რომ ადვოკატი-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 მიაწოდოს კონკრეტულ შტატში არსებულ კანონებთან დაკავშირებით ქონების გაყოფასა თუ სხვა საკითხებზე, ან ასევე ჩააყენოს საქმის კურსში თუ რას ითვალისწინებს ან არ ითვალისწინებს მოსამართლე მსგავსი საქმის განხილვისას¹⁰⁰². ასე, რომ როგორც ერთ ერთი კომპეტენტური ექსპერტი ამბობს „ადვოკატი-მედიატორების უმთავრესი ვალდებულებაა მედიაციის პროცესში კანონის სპეციფიკის მთლიანად თუ არა, ნაწილობრივ მაინც წარმოჩენა¹⁰⁰³.“ ასე, რომ ადვოკატი-მედიატორი ეხმარება მხარეებს უმტკივნეულოდ მიაღწიონ სასურველ შედეგს, თუმცა კანონის დარღვევის გარეშე¹⁰⁰⁴. თანაც მათი მომსახურება

¹⁰⁰¹ ინტერვიუ Elaine Silver, Att’y-Mediator, in Orlando, Fla. (June 3, 2011).

¹⁰⁰² Braz, *შენიშვნა* 218, გვ.359.

¹⁰⁰³ იქვე, გვ. 352.

¹⁰⁰⁴ 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. იხილეთ ინტერვიუ Perry Itkin, *შენიშვნა*, 207.

ადვოკატების ინდივიდუალურად დაქირავებასთან შედარებით საკმაოდ იაფია¹⁰⁰⁵. მრავალ წყვილს კი უბრალოდ ზედმეტი დავიდარაბა არ სურს, არც ზედმეტი ხმაური, სწორედ ამიტომ მედიაცია მათთვის მისწრებაა¹⁰⁰⁶. ლენი იანგლინგის დაკვირვებით, წყვილები ფიქრობენ, რომ „ადვოკატები სიტუაციის და კონფლიქტის ესკალაციას უწყობენ ხელს¹⁰⁰⁷.“ ასევე, ბერნარდ მეიერმაც აწარმოა დაკვირვება და დაასკვნა, რომ მხარეებს უბრალოდ არ სურთ პროცესი მართოს ადვოკატმა^{1008 1009}. ჰელენ სტეინის განმარტებით: „არასრულწლოვანი ბავშვები, მშობლების განქორწინებას მტკივნეულად აღიქვამენ, მითუმეტეს მაშინ, როდესაც პროცესს დამაბულობა ახლავს, სწორედ ამიტომ მიმართავენ ხოლმე წყვილები მედიაციას¹⁰¹⁰.“

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 სააგენტოები ს 92%-მა მოდავე მხარეებს მედიაციის სერვისი შესთავაზა¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁵ ინტერვიუ Elaine Silver, *შენიშვნა* 220.

¹⁰⁰⁶ იქვე.

¹⁰⁰⁷ ინტერვიუ LynelleYingling, *შენიშვნა* 98.

¹⁰⁰⁸ ინტერვიუ BernardMayer, *შენიშვნა* 53.

¹⁰⁰⁹ ინტერვიუ Helen Stein, *შენიშვნა* 139.

¹⁰¹⁰ იქვე.

¹⁰¹¹ Salem, *შენიშვნა* 209, გვ. 373, 377(ციტირება: BarbaraA. Babb, George Ferrick&Stephen R.Grant, Presentationatthe AnnualConferenceofthe

საგულისხმოა ისიც, რომ დაფინანსების შეკვეცის გამო მედიაციის პროგრამებს არსებობა უჭირთ, თანამშრომლების რაოდენობა მინიმუმამდეა დაყვანილი, ხოლო საქმეთა სიმრავლის გამო სერიოზული პრობლემები ქიმნება¹⁰¹². 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 გადავიდა¹⁰¹³. 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 ქონდათ და არც გამოცდილება¹⁰¹⁴. ვინც არ უნდა იყოს მედიატორად არჩეულ/დანიშნული, თანხის დაზოგვის მიზნით მედიაციის წარმოების დროც შეზღუდულია,

Association of Family and Conciliation Courts, Seattle, Wash.: AFCC Ct. Servs. TaskForce Report(2005)).

¹⁰¹² იქვე, 377

¹⁰¹³ იქვე.

¹⁰¹⁴ ინტერვიუ Susan Berg, Fam. Ct. Manager, 5th Jud. Cir., in Orlando, Fla. (June 3, 2011) (განმარტება იმის შესახებ თუ როგორ ხდება ეს ფლორიდაში ზოგიერთ რაიონებში).

რამაც შესაძლოა არასასურველ გადაწყვეტილებამდე მიიყვანოს მხარეების¹⁰¹⁵. ერთ–ერთი ექსპერტის შეფასებით, სასამართლომ ბავშვთა მეურვეობის გადაწყვეტის საკითხი 1 სესიამდე დაიყვანა, „არსებობს კიდევ უფრო მეტად რთული საქმეები და დროის სიმცირის გამო, შესაძლოა დავის მოგვარება სათანადოდ ვერ განხორციელდეს¹⁰¹⁶.“ შესაძლოა პარადოქსულად ჟღერდეს, თუმცა მიუხედავად იმისა, რომ მედიაციის პროცესის დროის შეზღუდვაც თანხების დაზოგვის მიზნით ხდება, შესაძლოა საქმის სირთულის გამო მედიაციის 1 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 მომძივანი მხარეებისათვის მედიაციისათვის გამოყოფილი ლიმიტირებული დრო საკმარისი არ არის დავების მოსაგვარებლად, შესაბამისად საქმის განხილვაც გაცილებით მეტ დროს მოითხოვს¹⁰¹⁷.

ასე, რომ აღნიშნულიდან გამომდინარე, რაც მედიაციის პროცესის წარმართვისას დროის შეზღუდვას გულისხმობს, დიდი მოთხოვნაა ისეთ მედიატორებზე, რომლებიც გადაწყვეტილების მიღებაში მხარეებს დაარწმუნებენ და ამ მხრივ ისინი სპეციალურ ტრენინგებსაც გადიან¹⁰¹⁸. იმისათვის, რომ მედიაციის პროცესის ლიმიტირებული დროის მიუხედავად, რაც შეიძლება მეტი საქმე განიხილოს და გადაწყდეს, მედიატორები იქცნენ ე.წ. მიმართულების მიმცემებად, რაც მათ ძალიან ეხმარება

¹⁰¹⁵ ფლორიდაში, სასამართლოს მიერ დაფინანსებული მედიაციის პროცესი ლიმიტირებულია და 2 დან 3 საათს შედაგენს.SUP. CT. OFFLA., COMM'NON TRIALCT. PERFORMANCE & ACCOUNTABILITY, *შენიშვნა*, 125, გვ. 6.

¹⁰¹⁶ Salem,*შენიშვნა* 209, გვ 378(ციტირება: Joan B.Kelly, Family Mediation Research:Is ThereEmpirical SupportfortheField?, 22 CONFLICTRESOL.Q.3,29 (2004)).

¹⁰¹⁷ *იხილეთ* გვ381.

¹⁰¹⁸ ინტერვიუBernardMayer,*შენიშვნა*53.

სასურველი შედეგის მიღებაში¹⁰¹⁹. ეს არის ერთგვარი ზეწოლა იმაზე, რომ გადაწყვეტილება რაც შეიძლება შეზღუდულ დროში იქნეს მიღებული, რაც აღიქმება როგორც 'ძალადობრივი მედიაცია', ეს კი იმას ნიშნავს, რომ იმის მაგივრად, რომ მედიატორმა მხარეები გადაწყვეტილების სისწორეში დაარწმუნოს, მათ აიძულებს ყველაფერი დროზე მოასწონ¹⁰²⁰. „დახურულ კარს მიღმა, სასამართლოს მიერ დაქირავებული ბევრი მედიატორი ხვდება, რომ მათთვის ე.წ. ფასილიტატური მედიაციის პროცესის მართვა საკმაოდ რთულია¹⁰²¹.“ ისინი გამოხატავენ პრეტენზიას, რადგან ისინი იძულებულნი არიან კლიენტს მიაწოდონ მაღალი ხარისხის სამუშაო საკმაოდ ლიმიტირებულ დროში რაც მათ ხელს უშლის საკუთარი საქმის ეფექტურად შესრულებაში¹⁰²². მიუხედავად იმისა, რომ მათი სტატუსია მედიატორი, ისინი თვლიან, რომ მათ მიერ ჩატარებული პროცესი მედიაციად ნაკლებად შეიძლება მიიჩნიონ¹⁰²³. იმიტომ, რომ კერძო სექტორში საოჯახო მედიაცია, უმრავლეს რეგიონებში იმართება ადვოკატების მიერ, გარდაუვალი ხდება ის ტენდენციაც, რომ მოთხოვნა ადვოკატ მედიატორებზე განუხრელად მზარდია^{1024 1025}.

¹⁰¹⁹ იქვე.

¹⁰²⁰ იქვე.

¹⁰²¹ Salem, *შენიშვნა* 209, გვ. 378.

¹⁰²² იქვე.

¹⁰²³ იქვე (უცნობი მედიატორის მიერ ნათქვამის ციტირება).

¹⁰²⁴ *იხილეთ* Chris Guthrie, *The Lawyer's Philosophical Map and the Disputant's Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and Lawyering*, 6 HARV. NEGOT. L. REV. 145, 180(2001)(ადვოკატები მმოქმედებენ სტანდარტული ფილოსოფიური რუკის მიხედვი, რაც მათ უქმნის წინასწარ განწყობას მედიაცია მეტწილად ფასეული გახადონ ვიდრე ფასილიტატური) *ასევე იხილეთ ინტერვიუ* MelRubin, *შენიშვნა*133. Rubin, ადვოკატი-მედიატორი მაიამიდან, მიიჩნევს, რომ ეთნიკური წარმოავლობა ასევე დიდ როლს თამაშობს მედიაციის პროცესში. მაგალითად, მას სჯერა, რომ ლათინური წარმოაშობის მშობლები მედიატორებს ეხმარებიან იმაში, რომ პროცესი იყოს შეუძლიათ მედიაციის პროცესი უფრო ფასეული (სწორად წარმართული). ისინი ადვოკატ-მედიატორებს აღიქვამენ ექიმებას, და მათ რჩევებს ისმენენ ისე, როგორც მოისმენდნენ ექიმისაგან, საჭიროების შემთხვევაში.

ზემოაღნიშნული ტენდენციები კარგად ჩანს სხვადასხვა შტატებში წარმართული საქმეების მაგალითზე. მაგალითად, იანგლინგმა დაასკვნა, რომ დალასში, კერძო ოჯახური საქმეების განხილვისას (მედიაციისას), მოდავე მშობლების მხოლოდ 10% ეჯახება ერთმანეთს პირისპირ¹⁰²⁶. კერძო მედიატორების მიერ საქემის წარმოების მიხედვით, ფლროიდა ძალიან ჰგავს ტეხასს. მიუხედავად იმისა, რომ საერთო მოთათბირების წარმართვა გავრცელებულ პრაქტიკად იქცა, ახლა ხალხმა ამ პრაქტიკის გაპროტესტება დაიწყო¹⁰²⁷. ამგვარი პრაქტიკიდან გამომდინარე, გასაკვირიც არ არის რომ ბევრი ადამიანს სჯერა, რომ საოჯახო მედიაცია, განსაკუთრებით მაშინ როდესაც მას კერძო ადვოკატი-მედიატორი წარმართავს, მოთათბირებას უფრო გავს ვიდრე საკითხის მკაცრად გადაჭრას. მთავარი მიზანია, რომ შეთანხმება იქნეს მიღწეული, თუცა სამწუხაროდ უნდა აღინიშნოს, რომ მედიაციისას ეს უმთავრესი მიზანი ხანდახან დარღვეულია.

მედიაციაში ადვოკატების აქტიურმა ჩართულობამ, თავად პროცესის წარმართვის სტილი შეცვალა. ადვოკატები, რომლებიც მხარეებს წარმოადგენენ, ფაქტობრივად კარნახობენ იმ წესებს, რა წესებითაც მედიაცია უნდა წარიმართოს. ადვოკატები თავს იკავებენ იმისგან, რომ მომჩივანი მხარეები ერთი და იგივე ოთახში იყვნენ, ამიტომ თავიდანვე მოითხოვენ მედიატორებისაგან ისინი განაცალკევონ. გარდა ამისა, მედიატორების ღრმა რწმენით, ადვოკატებს სჭირდებათ მედიატორები, რათა პროცესის

¹⁰²⁵ ინტერვიუ Hon. Bruce Wettman, *შენიშვნა* 85.

¹⁰²⁶ 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 წარმოდგენაც არ ჰქონდა, როგორ უნდა ემართა მედიაციის პროცესი, რადგან მედიატორი დაჟინებით მოითხოვდა, რომ მომჩივანი მხარეები ერთ ოთახში ყოფილიყვნენ და არა განცალკევებულად.

¹⁰²⁷ ინტერვიუ Mel Rubin, *შენიშვნა* 133.

დაწყების დასაწყისში მათგან მიიღონ დამატებითი ინფორმაციები არსებული დავის შესახებ¹⁰²⁸. ზოგიერთი ადვოკატი, მედიაციის პროცესზე ცხადდება დოკუმენტების დასტით ხელში, თითქოს ისინი სასამართლოსათვის ემზადებიან¹⁰²⁹. ამგვარი ქმედებები მედიაციას გადააქცევს ჩვეულებრივ ტრიბუნალად, სადაც ადვოკატები იმის მაგივრად, რომ „მწვრთნელის“ ფუნქცია შეითავსონ, თავად ხდებიან მთავარი როლის შემსრულებლები^{1030 1031}. ერთ-ერთი მედიატორის თქმით, რომელმაც ანონიმურად დარჩენა არჩია „საოჯახო მედიაცია უკვე აღარ აღიქმება კლიენტზე ორიენტირებულ პროცესად, ის უბრალოდ ადვოკატის მიერ მართულ პოლიგონად იქცა.“ კლიენტზე ორიენტირებული მიდგომა, რომელიც მედიაციის, როგორც თავად პროცესის, ქცევითხედია, სრულიად დაიკარგა. ასე, რომ შეიძლება ითქვას, რომ საოჯახო მედიაციამ თავისი მნიშვნელობა დაკარგა და უბრალო შემფასებლურ ფორუმად იქცა.

IV. დასკვნა

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან შესაძლებელია დავასკვნათ, რომ საოჯახო მედიაცია არა კლიენტზე ორიენტირებული, არამედ ადვოკატების მიერ დომინირებული გახდა. განსაკუთრებით კერძო სექტორში, ადვოკატები მთლიანად აკონტროლებენ მედიაციის სფეროს. ადვოკატები და მოსამართლეების საქმეებს პირდაპირ გადასცემენ ადვოკატ-მედიატორებს და ამით სხვაპროფესიის 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

¹⁰²⁸ ინტერვიუ Norma Trusch-თან, *შენიშვნა 77*.

¹⁰²⁹ იქვე.

¹⁰³⁰ ინტერვიუ LynelleYingling, *შენიშვნა 98*.

¹⁰³¹ *იხილეთ* Shepard, *Introduction, შენიშვნა 32*, გვ 24.

მინდობილნი ხდებიან ადვოკატებზე თუ რა გადაწყვეტილებას მიიღებენ ისინი. ასე, რომ დროთა განმავლობაში მედიაცია ნაკლებად შეძლებს საკუთარი პოტენციალის ჩვენებას და გამოვლენას დავების გადაწყვეტის პროცესში¹⁰³². 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 დაიწყებს¹⁰³³. უფრო მეტიც, მედიაცია მთლიანად გახდება ადვოკატებზე ორიენტირებული, სადაც კლიენტი მთლიანად მინდობილი იქნება ადვოკატის ნება-სურვილზე¹⁰³⁴.

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 მმექანიზმი, ადვოკატმა-მედიატორებმა მიდგომა უნდა შეცვალონ და კლიენტს შესთავაზონ რაიმე უფრო ქმედითი ვიდრე უბრალოდ სამართლებრივი განხილვა. სხვა შემთხვევაში, განქორწინების

¹⁰³² მაგალოდ იხილეთ Art Hinshaw, *Mediators as Mandatory Reporters of Child Abuse: Preserving Mediation's Core Values*, 34FLA.ST.U.L.REV. 271, 276(2007)(ბავშვზე მმეურვეობისა და განქორწინებისას მედიაციის გამოყენების ყველაზე დიდი პლიუსი გახლავთ ის, რომ მიახვედროს მხარეები, რომ ემოციურ ფონზე მიღებული გადაწყვეტილება არ არის სწორი და ყველაფერი ახლიდან დაანახოს.).

¹⁰³³ იხილეთ Salem, *შენიშვნა* 209.

¹⁰³⁴ სხვა შემთხვევაშიც კი, როდესაც მედიაციის შეთავაზება ხდება მხარეებისათვის, პროცესი ვერ იქნება წარმატებული თუკი თავად მედიაციის მოთხოვნა ზოგადად კლებადა.

მსურველი წყვილები მიმართავენ ალტერნატიულ მეთოდებს, როგორებიცაა კოლაბორაციული კანონი, მშობელთა კოორდინაცია ან მოლაპარაკება პოზიტიური შედეგის მისაღწევად¹⁰³⁵.

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 მედიატრისათვის ძალიან მნიშვნელოვანია, ასევე კოორდინირებულად იმუშავენ სხვა პროფესიის მედიატორებთან.

¹⁰³⁵ See generally Salem, *supra* note 209 (identifying these and other alternatives in the divorce context, notably triage).

**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.¹⁰³⁶ 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.¹⁰³⁷ 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.¹⁰³⁸ 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

* Vice President, Associate Dean, and Professor of Law South Texas College of Law.

¹⁰³⁶ 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.

¹⁰³⁷ 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. 1 Ronald E. Mallen & Jeffrey M. Smith, *LEGAL MALPRACTICE* 278-279 (5th ed. 2000),

¹⁰³⁸ 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.

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 which is preferable at any given time.¹⁰³⁹ 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

¹⁰³⁹ 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.

examples, will be discussed in Section I.¹⁰⁴⁰ 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."

¹⁰⁴⁰ 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.

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 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.¹⁰⁴¹

¹⁰⁴¹ 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

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.¹⁰⁴² 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.

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.

¹⁰⁴² 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.

B. 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 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.

1. 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?"

2. 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 others 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.

B. 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”.¹⁰⁴³ 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).

¹⁰⁴³ 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.

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.

C. 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 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.

D. 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.¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴⁴ "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. Herman G.

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".¹⁰⁴⁵ Discussion of a client's comfort level with risk and potential loss can be a difficult.¹⁰⁴⁶ 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,

Nicholas, A Practical APPROACH TO CLIENT INTERVIEWING, COUNSELING, AND DECISION-MAKING 67 (Matthew Bender 2009).

¹⁰⁴⁵ 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, Max Bazerman, JUDGMENT IN MANAGERIAL DECISION MAKING (1994). Application of risk aversion principles is further magnified by each person's subjective perception of value. Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Rational Choice and the Framing of Decisions*, 59 J. BUSINESS 251 (1986). 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.

¹⁰⁴⁶ 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. ROBERT F. COCHRAN, JR., JOHN M.A. DIPPIA & MARTHA M. PETERS, THE COUNSELOR-AT-LAW: A COLLABORATIVE APPROACH TO CLIENT INTERVIEWING AND COUNSELING 125-126 (Matthew Bender 2nd ed. 2006). 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.

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.¹⁰⁴⁷ Is one of these alternative outcomes more attractive to you than the other?”

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.

¹⁰⁴⁷ Counsel should be able to project probabilities of success and costs associated with alternative approaches based on professional expertise and experience. Robert M. Bastress and Joseph D. Harbaugh, INTERVIEWING, COUNSELING, AND NEGOTIATING: SKILLS FOR EFFECTIVE REPRESENTATION , 243-244 (Aspen 1990) . “Identifying consequences ... goes hand-in-hand with identifying alternatives.” David A. Binder, Paul Bergman, Paul R. Tremblay, Ian S. Weinstein, LAWYERS AS COUNSELORS: A CLIENT-CENTERED APPROACH 330 (West 3d ed. 2012).

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.¹⁰⁴⁸

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?"

II. 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"];

¹⁰⁴⁸ 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.¹⁰⁴⁹ In the

¹⁰⁴⁹ 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.

friendly corporate take-over / contract dispute scenario, the client’s initial assessment¹⁰⁵⁰ 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 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:

¹⁰⁵⁰ 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.

	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.

კლიენტის კონსულტირება დავების მოგაგრების
ალტერნატიული მეთოდების შესახებ: პრაქტიკული
სახელმძღვანელო ვარიანტების შერჩევის შესახებ რთული
დიალოგის წარმოების დროს

მრავალი იურისდიქცია აღიარებს, რომ ადვოკატებს აკისრიათ ეთიკური ვალდებულება ინფორმაცია მიაწოდონ კლიენტებს დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული პროცესების შესახებ.¹⁰⁵¹ 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 უწევს ცხოვრება. პროფესიუნალურ 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.¹⁰⁵²

* სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლის ასოცირებული დეკანი, ვიცე პრეზიდენტი, პროფესორი.

¹⁰⁵¹ 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.

¹⁰⁵² 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

რომელიმე, ან ყველა ამ მიზეზის გამო, უნდა გაიმართოს ადვოკატის და კლიენტის დიალოგი დავის გადაწყვეტის ალტერნატიულ პროცესებზე და მათ გამოყენებაზე კონკრეტულ დავასთან [ან გარიგებასთან] დაკავშირებით.¹⁰⁵³ 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.

მედიაციის განსაზღვრებაში შეიძლება შემდეგი ატრიბუტები იყოს ხაზგასმული:

მედიაცია არის არაფორმალური მაგრამ სტრუქტურირებული პროცესი, რომელშიც ნეიტრალური მესამე მხარე ეხმარება მოდავე მხარეებს დავის მოსაგვარებელი მოლაპარაკებების წარმოებაში. მხარეები ინარჩუნებენ უფლებას

ვარიანტებისა და მათი თანმხლები რისკების იდენტიფიკაციასთან დაკავშირებით. ამიტომ იგი მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილებების შესახებ ცუდად იყო ინფორმირებული. ბრალდება შესაძლებელია არაკეთილსინდისიერი პრაქტიკის სარჩელში გადაიზარდოს. 1 Ronald E. Mallen & Jeffrey M. Smith, LEGAL MALPRACTICE 278-279 (5th ed. 2000),

¹⁰⁵³ ესეში ყურადღება გამახვილებულია დავების შედეგად წარმოშობილ საქმეებზე და არა ბიზნეს წარმომადგენლობაზე დაგეგმვის ეტაპზე. თუმცა, მრავალი ამგვარი მოსაზრება წარმოიშვება, რადგან ბიზნეს კლიენტმა უნდა იცოდეს, რომელი პროცესი ან პროცესების ერთობლიობა იქნება გამოსადეგი მომავალი დავის შემთხვევაში.

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 გამონაკლისის გარდა მისი გადაწყვეტილებები, როგორც წესი, საბოლოოა.

თუმცა, მხოლოდ პროცესის აღწერით შეუძლებელია ადვოკატის ვალდებულების საკონსულტაციო ასპექტში ჩაწვდომა. უბლაროდ იმის ცოდნა, თუ რა სდევს თან თითოეულ პროცესს, ცოტას ნიშნავს კლიენტის გადაწყვეტილების შესახებ ინფორმირების მიზნით, რაც სასურველია ნებისმიერ მოცემულ დროს.¹⁰⁵⁴ ჩვეულებრივ, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული

¹⁰⁵⁴ ზოგიერთ ინსტანციაში, მაგალითად, სასამართლო 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

(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 ნაწილში¹⁰⁵⁵. ამ ფაქტორების კომბინირებული გავლენის შეფასება და კლიენტის დახმარება დავის მოგვარების ოპტიმალური პროცესის შერჩევაში ყველაზე კრიტიკული საჭიროებების დასაკმაყოფილებლად II ნაწილის მიზანს წარმოადგენს.

I. ფაქტორები, რომლებიც შერჩევაზე ზემოქმედებენ

მთლიანად გამოიყენოს ამ სავალდებულო პროცესით შექმნილი შესაძლებლობები. ანალოგიური მოსაზრებები გამოიყენება მანამდე არსებული საკონტრაქტო ვალდებულების მიმართ, რომელიც არბიტრაჟს განსაზღვრავს როგორც დავის მოგვარების ერთადერთ შესაძლო პროცესს.

¹⁰⁵⁵ ამ ესეს მიზნებისთვის ვადებთან და სხვადასხვა პროცესების ხელმისაწვდომობასთან დაკავშირებული შემდეგი დაშვებებია გამოყენებული: სასამართლო [სასამართლო პროცესის] ყველაზე შორეულ დროითი ვარიანტია ადვოკატის და კლიენტის საუბრის დროში, არბიტრაჟი ნაკლება 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 დრო საბოლოო გადაწყვეტილების მიღების დროს ახანგრძლივებს. იმის გათვალისწინებით, რომ ამა თუ იმ იურისდიქციის რეალური პრაქტიკას განსხვავებული დროის გრაფიკი აქვს, საჭიროა ამ პუნქტების მოგვარება ესეში გამოკვეთილი სახელმძღვანელო პრინციპების გამოყენებით.

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 გაუჩდება იმის გადაწყვეტისას, როგორ დააღწიოს თავი გადაუჭრელ მიმდინარე დავას.

A. 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, როგორცაა,

- „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 თანმდევი შემოსავლების დანაკარგის ანაზღაურება, ან ლოგიკური დასაბუთება შეიძლება შედგებოდეს ფსიქოლოგიური საჭიროებებისგან, როგორცაა ხანგრძლივი დაპირისპირების დასრულების სურვილი, ან მისი თავიდან აცილების პრეფერენცია. ეს შემდგომი ზონდირებები სასარგებლო აღმოჩნდება, როდესაც კლიენტი პრიორიტეტებს და ფარდობით სიდიდეებს მიაჩნებს 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, არც ერთი ფაქტორი არ არის დისპოზიტიური, ანუ, თუ არსებობს ერთი გადაწყვეტი კრიტერიუმი, ეს შეიძლება იყოს ის ფაქტორი, რომელიც ჯერ კიდევ არ მოგვარებულა ადვოკატის და კლიენტის მიერ.¹⁰⁵⁶

¹⁰⁵⁶ თითოეული ფაქტორის ცალკე განხილვისას კონსულტაციის დასასრულს ადვოკატი უნდა დაეხმაროს კლიენტს ამ ფაქტორებისთვის პრიორიტეტების

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 არა-ბიზნეს 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?“

მინიჭებაში და დავის მოგვარების სათანადო ინსტრუმენტის შერჩევაში. მაგალითად, დავის სწრაფად დასრულება შეიძლება კლიენტისთვის მნიშვნელოვანი იყოს, მაგრამ საჯარო მოგვარება შესაძლოა კიდევ უფრო მნიშვნელოვანი იყოს. ამ შემთხვევაში სასამართლო უფრო სასურველია ვიდრე მედიაციით მიღწეული მოგვარების შეთანხმება, თუმცა ასეთი შეთანხმება უფრო სწრაფად მიიღწევა. კლიენტის მომზადება გადაწყვეტილების მიღებისთვის კონკურენტული პრიორიტეტების შეფასებაში II ნაწილში განიხილება.

ამ კითხვების მიზანია დაკარგული დროის დაკონკრეტება, სანამ დავა ლოდინის სტატუსშია.¹⁰⁵⁷ ეს თავის მხრივ საკვანძო ფაქტორი იქნება დავის გადაჭრის ყველაზე შესაფერისი მექანიზმის შერჩევას; თუმცა არა-ბიზნეს დავის დროს, ეს ფაქტორი ხშირად ამოუცნობია კლიენტისთვის.

B. ფინანსური ინტერესი

კლიენტის ფინანსური ინტერესი შედეგთან დაკავშირებით შეიძლება იცვლებოდეს დავის მიხედვით. ადვოკატმა არ უნდა დაუშვას, რომ ყველა კლიენტის უპირველესი 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“ გადაწყვეტილება, ან ალტერნატიულად, უმნიშვნელოვანესი იყოს კონფიდენციალური მოგვარება. აქ არ არსებობს მკაცრი და სწრაფი წესები. ადვოკატს მოქნილობა ესაჭიროება კლიენტის ინდივიდუალურ მოთხოვნებთან ადაპტირებისთვის.

1. 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 „ფაქტიური“ ან „ხარჯები“. „აუნაზღაურებადი ხარჯები“ მოიცავს

¹⁰⁵⁷ საუბრისას ადვოკატს შეუძლია გაიმეოროს კითხვების რიგი და ჰკითხოს, რამდენად განსხვავებული იქნება შემდეგი კვირა ამ კვირისგან, დავა რომ დღეს მოგვარებულიყო. ამ მეთოდს ხშირად იუენებენ მედიატორები სხვადასხვა შემთხვევებში. ადვოკატსაც შეუძლია მისი წარმატებით გამოყენება რათა დაეხმაროს კლიენტს მიმდინარე დავის ფაქტიური „ხარჯების“ რეალისტურ შეფასებაში.

კლიენტის ყველა ხარჯს, ანუ მასში შედის დროის ხარჯები [დავაზე მიმართული საათების რაოდენობა და ფულად ერთეულებში შეფასება], ასევე სხვა არაშრომითი ხარჯები. ეს სხვა ხარჯები შეიძლება შეიცავდეს დავის მოგვარებასთან დაკავშირებულ დანახარჯებს, როგორცაა ბუღალტრისთვის, ადვოკატებისთვის ან ექსპერტებისთვის გადახდილი ჰონორარი.

a. 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.

ამ გამოთვლაშიც შედის კონსულტანტებისთვის და სხვა არა-თანამშრომლებისთვის გადახდილი თანხები, მაგალითად ადვოკატების და ბუღალტრისთვის. ეს კალკულაციაც შედარებით მარტივია, მაგალითად,

- „რა აქვს გადახდილი კომპანიას დღემდე საადვოკატო მომსახურებაში“

2. რბილი ხარჯები

თუმცა „ანაზღაურებადი ხარჯების“ ცნება უფრო ფართოა ვიდრე დანახარჯები. მათში ასევე შედის დაკარგული შემოსავლები [და შემოსავლების დაკარგული შესაძლებლობები]. ამ უფრო ნიუანსურ კატეგორიაში „ანაზღაურებადი 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 წუხილი 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“ არა-თანამშრომლების 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 ემსახურებოდეს 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/ვალები. 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 შეგიძინევიათ 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.

C. 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“ შეიძლება 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, როგორცაა 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 შეძლება 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 მოწმის გაზრდილი დახარჯები, დავის მოგვარების გაზრდილი ხარჯები. განმეორებითმა სარჩელებმა შესაძლოა გამოიწვიოს მუდმივი დაუბრუნებელი ხარჯები და კლიენტის ძირითადი მიზნებიდან დავის „მომსახურებაზე“ გადანაცვლება. 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 გაწყვეტა; ან კლიენტს შეიძლება სურდეს არსებული ურთერთობის დასრულება მეორე პარტნიორის პროცენტის შესყიდვით, ამ პარტნიორს კი კონსულტანტად გამოიყენებს 6-თვიანი გარდამავალი პერიოდის განმავლობაში. თითოეულ სცენარში პოტენციური სამომავლო ურთერთობა პოტენციური მოგვარების რადიკალურად განსხვავებულ პირობებს გვკარნახობს.

- „რამდენად მნიშვნელოვანია თქვენთვის საბოლოო გადაწყვეტილების მიმღები პირი იყოთ?“

კლიენტები განსხვავდებიან იმ კონტროლის ხარისხით, რომელიც უნდა განახორციელონ საქმის საბოლოო მოგვარებაზე ისე, რომ შედეგით კმაყოფილი დარჩნენ.

მიუხედავად იმისა, რომ „მოგვარების ხასიათის“ ფარგლებში დამოკიდებულები შეიძლება ერთ შხედვით ელემენტარულად გამოიყურებოდეს, სინამდვილეში როდესაც კონფლიქტი უკვე დაწყებულია, ზოგიერთმა კლიენტმა მხოლოდ ის იცის, რომ მან უნდა „გაიმარჯვოს“,¹⁰⁵⁸ პრიზი „გამარჯვებაა.“ ამ კითხვების

¹⁰⁵⁸ იშვიათ შემთხვევაში, კონფლიქტები თავისით გვარდება უბრალოდ რაღაც პერიოდის გასვლის შემდეგ. თუმცა, რაც უფრო ხანგრძლივად რჩება კონფლიქტი მოუგვარებელი, უფრო უარეს სახეს იღებს იგი, ამავე დროს

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.

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 სპეციალიზებული ცოდნა აქვს.

- „შესაფერისი სასამართლო გარჩევის“ ატრიბუტებია გრძელვადიანი მოგვარება, საჯაროობა, პრეცედენტის ან

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.

პოლიტიკის დანერგვა, ურთიერთობა არ არის მნიშვნელოვანი (ან ნაკლებად მნიშვნელოვანია).

„მოგვარების ხასიათის“ კატეგორია ასევე მოგვიწოდებს განვიხილოთ (a) უნარ-ჩვევები ან ცოდნა, რომელიც გადაწყვეტილების მიმღებ პირს უნდა ჰქონდეს და (b) შესაძლო შედეგები, რომლებსაც გადაწყვეტილების მიღების შემდეგ მივაღწევთ. ფორუმის შერჩევა გვკარნახობს შესაძლო მოგვარების პარამეტრებს. ფორუმის შერჩევა ასევე გვკარნახობს გადაწყვეტილების მიმღები პირის ვინაობას - თავად მხარეები [მედიაციას] 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 ტიპიური 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.

D. 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 ევალებათ. 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?“

კონოსულტანტს 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 ფართე 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.

E. 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 მოაგვარონ, 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.

F. სხვა ინტერესები

უთანხმოებების მოგვარების ოპტიმალური მექანიზმის შერჩევაში კომპეტენტური დახმარების გასაწევად, ადვოკატის კონსულტაცია უნდა გასცილდეს დავის იურიდიული გარემოებების შეფასების ფარგლებს/ ზოგიერთი ასეთი განხილვა

შედარებით პირდაპირი ჩანს, როგორებიცაა 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 გამოწვეული სტრესი; თავიდან აიცილოს სასამართლო პროცესის დამაბულობა ან შეზღუდოს რისკი¹⁰⁵⁹.

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“¹⁰⁶⁰ ხარისხი. რისკთან და

¹⁰⁵⁹ “არა-იურიდიული” ფაქტორები შეიძლება კლიენტის საბოლოო გადაწყვეტილებისთვის არსებითი იყოს, მაგრამ რამდენადაც ისინი უაღრესად სუბიექტურია, მათი პროგნოზირება რთულია. ამ ფსიქოლოგიური, სოციალური და მორალური მიზეზების აღიარებამ შეიძლება ზემოქმედება მოახდინო კლიენტის მიერ ალტერნატივის არჩევაზე და კონსულტანტმა ისინი დეტალურად უნდა შეისწავლოს. ამ სტატიაში შევეცადეთ ზოგიერთი ამ ფაქტორების განსაზღვრას. მეცნიერები, რომლებიც მუშაობენ გამოკითხვისა და კონსულტირების საკითხებზე, სხვადასხვა სქემებს იყენებენ მათი განსაზღვრისთვის. მაგალითად, ფსიქოლოგიური ინტერესები შეიძლება მოიცავდეს აგზნების ან სტრესის დონეს; თვითშეფასებას, საკუთარი თავის პატივისცემას და საკუთარ იმიჯზე ზრუნვას; ასევე აღიარების, სტატუსის, ძალაუფლების ან უფლებამოსილების მოთხოვნილებას, პირადი კმაყოფილების ან ლეთილდღეობის შეგრძნებას; გარისკვის სურვილს. Herman G. Nicholas, A Practical APPROACH TO CLIENT INTERVIEWING, COUNSELING, AND DECISION-MAKING 67 (Matthew Bender 2009).

¹⁰⁶⁰ გადაწყვეტილებების მიღების ემპირიული კვლევები უჩვენებს, რომ ადამიანები აირჩევენ მცირე *უჩვეულ* სარგებელს და არა უფრო მსხვილს და რისკიანს. ამ მოვლენას უწოდებენ „რისკის მორიდებას“. იბ., Max Bazerman, JUDGMENT IN MANAGERIAL DECISION MAKING (1994). რისკის მორიდების

პოტენციურ ზარალთან დაკავშირებით კლიენტის კომფორტის დონის განხილვა შესაძლოა რთული იყოს¹⁰⁶¹. თუმცა, შეიძლება შესწავლი იქნას საუბარი და შეფასდეს რისკის მიუღებლობა უფრო ნაკლებად პირდაპირი გზით და არა კლიენტის „გაოგნებით“, პირდაპირი შეკითხვის მეშვეობით, რაც შეიძლება მან მისი ეგოსთვის საფრთხედ აღიქვას. კონსულტანტმა უნდა გაითვალისწინოს რისკის შეფასება თითოეული პროცესის განმარტებაში, შემდეგნაირად:

“სამი პროცესიდან, რომლებიც ჩვენ განვიხილეთ, მედიაცია უზრუნველყოფს შედეგების კონტროლის ყველაზე მაღალ ხარისხს. თქვენ თავად გადაწყვეტთ, გსურთ თუ არა შეთანხმების მიღწევა და რა პირობებით. თუმცა, როგორც თქვენ, ასევე მეორე მხარესაც შეიძლება გარკვეულ კომპრომისებზე წასვლა

პრინციპების გამოყენება შემდგომ ძლიერდება თითოეული ადამიანის მიერ ფასეულობის სუბიექტური აღქმით. Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Rational Choice and the Framing of Decisions*, 59 J. BUSINESS 251 (1986). 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. *Id.* at 258.

¹⁰⁶¹ შესაძლებელია, რომ საუბარში იქნება უხერხულობის გარკვეული ხარისხი, რამდენადაც ძნელია ადამიანს შეეკითხო „გემინია რისკის“? თუმცა, იმის გამო, რომ გადაწყვეტილების მიმღებს არასოდეს არა აქვს სრულყოფილი, აბსოლუტური ცოდნა, გადაწყვეტილების მიღება, ნაწილობრივ მაინც ეყრდნობა „გამოცნობას“ და ინტუიციას. ამდენად, ყოველი გადაწყვეტილების მიმღები იძულებულია იტვირთოს რისკის გარკვეული ხარისხი. ROBERT F. COCHRAN, JR., JOHN M.A. DIPIPPA & MARTHA M. PETERS, *THE COUNSELOR-AT-LAW: A COLLABORATIVE APPROACH TO CLIENT INTERVIEWING AND COUNSELING* 125-126 (Matthew Bender 2nd ed. 2006). ამ კონტექსტში, ადვოკატის პასუხისმგებლობაა დაეხმაროს კლიენტს რისკის სათანადო დონის განსაზღვრაში, თითოეული დავის მოგვარების პროცესისთვის და, სავარაუდოდ, და უკეთ გააგებინოს კლიენტს პირადი რისკის მორიდება.

დაგჭირდეთ, რათა ისეთ შეთანხმებას მიაღწიოთ, რომელიც ორივესთვის დამაკმაყოფილებელი იქნება. შესაძლოა ვერ მიიღოთ ყველაფერი, რაც გინდათ. თუმცა, თუ ამ დავის გადაწყვეტას შესძლებთ, თქვენ მიაღწევთ შეთანხმებას, რომელიც მისაღები იქნება თქვენთვის და რომელიც დააკმაყოფილებს თქვენი მოთხოვნილებების 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 შეუძლებელია¹⁰⁶². 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 გადაწყვეტილების შემთხვევაში. ზოგიერთ შემთხვევაში, როგორებიცაა საერთაშორისო დავები,

¹⁰⁶² კონსულტანტს უნდა შეეძლოს განსაზღვროს ალტერნატიულ მიდგომებთან დაკავშირებული წარმატების და ხარჯების ალბათობა პროფესიული საექსპერტო ცოდნის და გამოცდილების საფუძველზე. Robert M. Bastress and Joseph D. Harbaugh, INTERVIEWING, COUNSELING, AND NEGOTIATING: SKILLS FOR EFFECTIVE REPRESENTATION, 243-244 (Aspen 1990). “შედეგების განსაზღვრა ... ფეხდაფეხ მისდევს ალტერნატივების განსაზღვრას.” David A. Binder, Paul Bergman, Paul R. Tremblay, Ian S. Weinstein, LAWYERS AS COUNSELORS: A CLIENT-CENTERED APPROACH 330 (West 3d ed. 2012).

ერთადერთი სიცოცხლისუნარიანი აღსრულების გზა არბიტრაჟის გადაწყვეტილებაა.“

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 გადაწყვეტის 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 შერჩევის თვის დამახასიათებელია უარყოფილი მოდელების სარგებლის „დაკარგვა“. მაგალიტად, ბევრ ეროვნულ თუ საერთაშორისო სამართლებრივ სისტემაში, დავიოს მოგვარების მექანიზმის სახით არბიტრაჟის არჩევა ნიშნავს მომავალში სასამართლო პროცესზე უარს.

G. დღეისათვის არსებული მოგვარების დაბრკოლებები

ბოლო შესასწავლი სფეროა ის, თუ როგორ აღიქვამს კლიენტი დღეისათვის მოლაპარაკებების წარუმატებლობის მიზეზს. კლიენტები იცნობენ დარგს. იმ შემთხვევებში, როდესაც დავა უცნობებს შორის არაა, კლიენტები ასევე წარმოადგენენ პოტენციურ რესურსს იმისათვის, რომ ნათელი გახდეს გადაწყვეტილებების მიღების პროცესი და ის, თუ რას ამჯობინებენ სხვა მოდავები. მაგალიტად, თუ კლიენტი აღნიშნავს, რომ მისი ყოფილი ბიზნეს პარტნიორი არასოდეს არ მიიღებს გადაწყვეტას 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 გადაწყვეტილებას.¹⁰⁶³

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. გაწყვეტილების მიღება და დახურვა

ეფექტური გადაწყვეტილებების მიღების შესწავლა კვლავაც ინტენსიური კვლევების სფეროს წარმოადგენს. თავდაპირველად, ის ეყრდნობოდა ეკონომიკის თეორიას და კონცეფციას, რომ რაციონალური ადამიანები მოქმედებენ ისე, რომ მაქსიმალური სარგებელს მიაღწიონ. მოგვიანებით ჩატარებული გამოკვლევების მიხედვით დადგინდა, რომ ეს მკაცრად ნორმატიული მიდგომა გადაწყვეტილებების მირების მიმართ ზუსტად არ ასახავს იმ კოგნიტიურ საკითხებს, რომლებსაც ადამიანები ყოველდღიურად იყენებენ. ეს საკითხები მოიცავს შემდეგს:

- დაკმაყოფილება: იმ პირველი პოტენციური გადაწყვეტის არჩევა, რომელიც „საკმარისად კარგია“ იმისათვის, რომ დააკმაყოფილოს მოთხოვნილებების მინიმალური დონე;

¹⁰⁶³ კიდევ ერთი მიდგომაა მედიაცია, მაგრამ ან 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.

- მიმდევრობითი შეფასება აუწონავი 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 გადაწყვეტილებებით და ისეთი გადაწყვეტილებებით, 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 კონფიდენციალობა უფრო მნიშვნელოვანია ამ კომპანიისთვის, ვიდრე სასამართლოს მოგების „90%“ შესაძლებლობა, როდესაც პროცესი 2 წელიწადს გასტანს. აუწონავ სქემაში „პლუსების“ სია შეიძლება სხვადასხვა ალტერნატივას შეიცავდეს:

მედიაცია	არბიტრაჟი	სასამართლო
სწრაფი	რამდენადმე	

	სწრაფი	
კონფიდენციალური	კონფიდენციალური	
	წარმატების 90% შესაძლებლობა	წარმატების 90% 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 შკალით: კრიტიკული, მნიშვნელოვანი, კარგი, უმნიშვნელო. თითოეული საკითხი განიხილება ინდივიდუალურად, მაგრამ, დასკვნის გამოტანისას, ისინი განიხილება ერთმანეთთან მიმართებასი, საბოლოო გადაწყვეტილების მიღებამდე¹⁰⁶⁴. მეგობრული, კორპორატიული გარეთიანების / კონტრაქტის შესახებ უთანხმოების სცენარში კლიენტის თავდაპირველი შეფასება¹⁰⁶⁵ შეიძლება შემდეგნაირი იყოს:

¹⁰⁶⁴ არ არსებობს სავალდებულო „ერთი ზომა ყველაზე კარგად შეეფერება“ – მიდგომა, რომელიც მექანიკურად შეიძლება იქნას გამოყენებული ყველა შემთხვევაში. კონსულტანტი ყოველთვის ანგარიშს უნდა უწევდეს თითოეული კლიენტის მოტხოვნილებებს, ისევე, როგორც თითოეული კლიენტის ინდივიდუალურ თვისებებს, ეს ნიშნავს, რომ სასურველია ამ შაბლონის გარკვეულად შეცვლა, იმის ნაცვლად, რომ გამოყენებულ იქნას გადაწყვეტილებების მიღების უმარტივესი სტრატეგია, რომელიც საკმარისია ყოველდღიურ ცხოვრებაში.

¹⁰⁶⁵ კონსულტანტმა უნდა განიხილოს რიგი პტენციური ამოცანები და სთხოვოს კლიენტს მიანიჭოს წონა 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

	კრიტიკული	მნიშვნელოვანი	კარგი	უმნიშვნელო
სისწრაფე	X			
ხარჯების შემცირება		X	X	
გრძელვადიანი გადაწყვეტა				
„უცებ“ გადაწყვეტა	X			
კონფიდენციალური	X			
საჭიროა პრეკედენტი			X	
ურთიერთობების გაგრძელება				X
მხარე აკონტროლებს შედეგს			X	
საბოლოო		X		
აღსრულებადი			X	

მას შემდეგ, რაც კლიენტი განსაზღვრავს იმ სამ კრიტიკულ ატრიბუტს, რომლებიც აუცლებელია, 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.

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.

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 ემინია, რომ კომპანია, რომელთანაც მას კონტრაქტთან დაკავშირებული დავა აქვს, საბოტაჟს მოუწყობს პოტენციურ გაერთიანებას. ახლა ანალიზის სქემა ასახავს შემდეგს:

	კრიტიკული	მნიშვნელოვანი	კარგი	უმნიშვნელო
სისწრაფე	X			
ხარჯების შემცირება		X		
გრძელვადიანი გადაწყვეტა			X	
„უცებ“ გადაწყვეტა	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 გადაწყვეტა 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 დამტავრების მეთოდს და უბიძგებს მას ოპტიმალური გადაწყვეტილების მიღებისკენ.

შესაძლებელია ამ სტატიაში განხილული თეორიის, მეთოდების და ტექნიკის ადაპტაცია დავის წინასწარი დაგაგმვის 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 "Negotiation1.0," 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

¹⁰⁶⁶ **Alexandra Crampton** is an assistant professor in the department of social and cultural sciences at Marquette University. Her email address is alexandra.crampton@marquette.edu. **Michael Tsur** is 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. His email address is tsur-negotiation@012.net.il. 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.

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.¹ 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.

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 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.

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 fortyfive 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.

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 cul-

turally 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* 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) genderblind 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 LewineBoskovich, 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 thirdparty 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;
- 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 influence⁶;
- 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 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 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). (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.

Notes

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.

² In other words, not everyone becomes a professional negotiator because not everyone responds to opportunities and challenges with a negotiation temperament or mindset.

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 chapters 24-27 in *Venturing Beyond the Classroom* (Honeyman, Coben, and De Palo 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.

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.)

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.”

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 (2005-2008:1) 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 chapters 24-26 in *Venturing Beyond the Classroom* (Honeyman, Coben, and De Palo 2010: 439-509), and chapters 17-21 in this volume.

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.

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. 2004. *How to change the world: Social entrepreneurs and the power of new ideas*. New York, NY: Oxford University Press.

Cambria, J., R. J. DeFilippo, R. J. Loudon, and H. McGowan. 2002. Negotiation under extreme pressure: The “mouth marines” and the hostage takers. *Negotiation Journal* 18(4): 331-344.

Chollet, D. and S. Power. 2011. *The unquiet American: Richard Holbrooke in the world*. Philadelphia, PA: Perseus Book Group.

Coleman, P. 2011. *The five percent: Finding solutions to seemingly impossible conflicts*. New York: Public Affairs.

Coleman, P. 2012. Getting down to basics: A situated model of conflict in social relations. *Negotiation Journal* 28(1): 7-43.

Crampton, A. 2005. Addressing questions of culture and power in the globalization of ADR: Lessons from African influence on American mediation. *Hamline Journal of Public Law & Policy* 27(2): 229-242.

Crampton, A. 2008. Teaching negotiation as cross-cultural work: An anthropological view. *Teaching Negotiation* 1(2). Available at <http://archive.constantcontact.com/fs079/1101638633053/archive/1102183104329.html> (last accessed June 15, 2012).

Docherty, J. S. 2010. "Adaptive" negotiation: Practice and teaching. In *Venturing beyond the classroom: Volume 2 in the rethinking negotiation teaching series*, edited by C. Honeyman, J. Coben, and G. De Palo. St Paul, MN: DRI Press.

Fisher, R., W. Ury, and B. Patton. 1991. *Getting to yes. Negotiating agreement without giving in*, 2nd edn. New York: Penguin.

Gibbs, J. L. 1963. The Kpelle moot: A therapeutic model for the informal settlement of disputes. *Africa: Journal of the International African Institute* 33(1): 1-11.

Honeyman, C., R. Ackerman, and N. A. Welsh (eds). 2003. 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, *Penn State Law Review* 108(1): 1-348.

Honeyman, C., J. Coben, and G. De Palo (eds). 2010. *Venturing beyond the classroom: Volume 2 in the rethinking negotiation teaching series*. St. Paul, MN: DRI Press.

Honeyman, C. and A. K. Schneider. Catching up with the major-general: The need for a "canon of negotiation." *Marquette Law Review* 87: 637-647.

Knauff, B. 1996. *Genealogies for the present in cultural anthropology*. New York, NY: Routledge.

Kolb, D. and J. Williams. 2000. *The shadow negotiation: How women can master the hidden agendas that determine bargaining success*. New York: Simon & Schuster.

Korobkin, R. and C. Guthrie. 2006. 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.

Mayer, B. 2004. *Beyond neutrality: Confronting the crisis in conflict resolution*. San Francisco: Jossey-Bass.

Menkel-Meadow, C. 2006. Why hasn't the world gotten to yes? An appreciation and some reflections. *Negotiation Journal* 22(4): 485-503.

Patera, M. and U. Gamm. 2010. Emotions – a blind spot in negotiation training? In *Venturing beyond the classroom: Volume 2 in the rethinking negotiation teaching series*, edited by C. Honeyman, J. Coben and G. De Palo. St Paul, MN: DRI Press.

Patton, B. 1984. On teaching negotiation. Program on Negotiation Working Paper, Harvard Law School (updated in 2000 with commentary and included in *Teaching negotiation: Ideas and innovations*, edited by M. Wheeler. Cambridge, MA: PON Books).

Pou, C. 2003. "Embracing limbo": Thinking about rethinking dispute resolution ethics. *Penn State Law Review* 108(1): 199-225.

Ritchey, T. 2005-2008. *Wicked problems: Structuring social messes with morphological analysis*. Swedish Morphological Society. Available at www.swemorph.com/wp.html (last accessed June 15, 2012).

Schneider, A. K., S. Cheldelin, and D. Kolb. 2010. What travels: Teaching gender in cross-cultural negotiation classrooms. In *Venturing beyond the classroom: Volume 2 in the rethinking negotiation teaching series*, edited by C. Honeyman, J. Coben, and G. De Palo. St Paul, MN: DRI Press.

Taylor, P. J. and W. Donohue. 2006. 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.

Tinsley, C. H., S. I. Cheldelin, A. K. Schneider, and E. T. Amanatullah. 2009.

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.

Volpe, M., J. J. Cambria, H. McGowan, and C. Honeyman. 2006. 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.

Wade, J. H. and C. Honeyman. 2006. 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.

მოლაპარაკება ბანცალკევიზით ღბას

რედაქტორის შენიშვნა: ღიახ, აღიარებენ ავტორები, “ყველა” აწარმოებს მოლაპარაკებებს: მაგრამ ეს იგივეა, რაც ვთქვათ, რომ “ყველა ატარებს მანქანას”, და შემდეგ გააკვირვებით ვუყუროთ, როდესაც “ყველა” ჯდება სპორტულ ავტომობილში, ან თვრამეტობობლიან მისაბმელიან საწვეარში. ავტორები ყვრდნობიან ტსურის მიერ ისრაელის მძევალთა განთავისუფლების შესახებ მოლაპარაკებების მონაწილეების, და სხვა მაღალი ზეწოლის პირობებში მოლაპარაკებების მონაწილეების მომზადების გამოცდილებას, როდესაც საუბრობენ პროფესიონალური მოლაპარაკებლის სრულიად ახალ კონცეპციაზე, რომელიც იწყება ძალზე მომზადებული “შემსწავლელით” და აქედან აგებს მკვეთრად განსხვავებულ სასწავლო რეჟიმს.

შესავალი
მოლაპარაკებებისათვის გვერდის ავლა 1.0¹⁰⁶⁷

იმ დროს, როდესაც ამ წიგნის სერია იწყებოდა “მოლაპარაკება 1.0”-ის ნაკლოვანებებით, როგორც კონტექსტის, ასევე კონტრასტის თვალსაზრისით, ეს თავი დაიწყო მოკლე მიძღვნით მოლაპარაკება 1.0-ის მემკვიდრეობის მიმართ. პირველ რიგში, მოლაპარაკების პოპულარიზაციამ ისეთი წიგნების მეშვეობით, როგორიცაა “ღიახ” 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 გამარტივებული 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

¹⁰⁶⁷ ალექსანდრა კრემპტონი არის მარკეტის უნივერსიტეტის (Marquette University) სოციალურ და კულტურულ მეცნიერებათა განყოფილების დოცენტი. მისი ელექტრონული ფოსტის მისამართია alexandra.crampton@marquette.edu. მაიკლ ცური არის იერუსალიმის შუამავლობის და კონფლიქტების დარეგულირების ინსტიტუტის დამაარსებელი და დირექტორი, ასევე ადიუნქტ-პროფესორი მოლაპარაკების სფეროში იერუსალიმის ებრაული უნივერსიტეტის იურიდიულ ფაკულტეტზე და ბიზნეს სკოლაში. მისი ელექტრონული ფოსტის მისამართია tsur-negotiation@012.net.il. ეს თავი ყვრდნობა მაიკლის მიერ შემდგომი დაწვრილებითი აღწერისთვის შექმნილ ჩანაწერებს, რომლებიც თავის მხრივ ემყარება მრავალი წლის მანძილზე დაგროვებულ პრაქტიკულ გამოცდილებას მოლაპარაკებლის, შუამავლის და ინსტრუქტორის სახით მრავალ კონტექსტში, ისრაელის თავდაცვის არმიის მძეველებთან დაკავშირებული კრიზისის და მოლაპარაკების ქვეგანყოფილების წევრის გამოცდილების ჩათვლით.

მოლაპარაკება იქცა მიღებულ სპეციალიზაციად ისეთი პროფესიონალური პრაქტიკის ფარგლებში, როგორცაა იურისპრუდენცია, ბიზნესი და სახელმწიფო პოლიტიკა. ამ პროცესში მოლაპარაკების სფერომ შეიძინა აღიარებული ემპირიული და თეორიული ლიტერატურა, პოპულარიზებული იქნა სამეცნიერო-პრაქტიკული ცენტრების, აკადემიური და პროფესიონალური კონფერენციების და რეცენზირებადი სპეციალიზირებული ჟურნალების მეშვეობით.

და მაინც, მისი, როგორც სპეციალიზაციის აღიარება ძირითადად შეზღუდულია, და უფრო ხშირად მას თვლიან სხვა დარგების ქვე-ფუნქციად, 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. ისინი იძენენ მაღალ კვალიფიკაციას ნიუანსების აღქმაში და გაგებაში იმ კომუნიკაციასთან და ურთიერთქმედებასთან დაკავშირებით, რომელიც დამწყები მომლაპარაკებლისთვის რთული შესაფასებელი ან უბრალოდ დაუძლეველია. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, მოლაპარაკება ისეთი ენაა, რომელზეც თავისუფლად მეტყველება უმრავლესობისთვის მეტისმეტად რთულია. და როდესაც ეს რელიეფი თითქოსდა იხსნება სტრესის, გაურკვეველობის და კონფლიქტის ღია ზღვაში, პროფესიონალი მომლაპარაკებელი ხდება ექსპერტი შტურმანი, რომელსაც შეუძლია გაიყვანოს მონაწილეები 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 იქნას 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 აღნიშნული განსხვავებები, მაგალითად, დასაწყისს აძლევს ამ განხილვას. თუმცა, კულტურის და კონტექსტის, როგორც მოლაპარაკების განუყოფელი, და არა დამატებითი ნაწილის აღება მეტყველებს პროგრესის ამ იდეის დაწინაურების აუცილებლობაზე. ამის შედეგია არგუმენტი მოლაპარაკების უფრო მოწინავე *კონცეპციის* სასარგებლოდ, პოტენციური შემსწავლელების განსხვავებული შემადგენლობა, და შესაბამისი ცვლილებები პედაგოგიაში. 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 მონაწილე 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, ბიზნესდა პოლიტიკური ლიდერები გარკვეულ გარემოებებში უკვე ქირაობენ ისეთ პროფესიონალურ მომლაპარაკებლებს, როგორებიცაა კრიზისის პირობებში მომლაპარაკებლები, რომლებიც ეხმარებიან განალიზებაში, სტრატეგირებაში, და ამზადებენ მათ მოლაპარაკებების პროცესში, როდესაც მოლაპარაკებები ნომინალურად “ტარდება” თავად მხარეების მიერ. ჩვენ გთავაზობთ, ავიღოთ ეს საფუძვლად უფრო უნივერსალური გამოყენებისთვის.

დამრიგებლისთვისამ 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 აქტუალიზირებას კარიერის შეცვლის გზით. პროფესიონალური მოლაპარაკების იდეალური შემსწავლელი უკვე გახდა ექსპერტი თავისი პირველი კარიერის ფარგლებში. ისრაელის კონტექსტში, მაგალითად, მაიკლი მუშაობდა მაღალი რანგის ოფიცრებთან, რომლებიც როგორც წესი პენსიაზე გადიან 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 ჩვენ განვიხილავთ მაიკლის მოწინავე მოლაპარაკების კონცეპციას, და წარმოვადგენთ უნარებს და აღქმადობას, რომლებიც აუცილებელია 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, შესწავლილი უნდა იქნას შემდგომი

მუშაობისას). ამ თავში მოყვანილ შესავალს მიყვავართ იდეალური შემსწავლელის და პროფესიონალი მომლაპარაკების მოსამზადებელი სასწავლო პროგრამის განხილვასთან. ჩვენი თავი მთავრდება შემდეგი ნაბიჯებით მოლაპარაკების ფორმალიზებისთვის, როგორც მეორე, ან მესამე პროფესიისაც კი, და დასკვნით ინოვაციის და მოლაპარაკების შესახებ. მოლაპარაკების ძირითადი კონცეპციის დაწინაურება

პირველი ნაბიჯი მოლაპარაკების, როგორც განცალკევებული პროფესიის განვითარებაში არის საბაზო მოდელებში 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 სიტუაციაში.³ ეს სექცია იწყება პირველი ამოცანით და შემდეგ გადადის მეორეზე.

სექცია ერთი: მოლაპარაკების გვერდის ავლა 1.0

მოლაპარაკების ხელახალი გააზრების სწავლების (Rethinking Negotiation Teaching (RNT)) პროექტის მონაწილეები თავიდანვე ხაზს უსვამდნენ იმას, რომ კულტურა და კონტექსტი წარმოადგენენ მოლაპარაკების სფეროს განუყოფელ და უწყვეტ გავლენას. შეიძლება მეტისმეტად თავდაჯერებული იყოს მოლაპარაკება 1.0-ის წინასწარგანსაზღვრული ცვლადების გამოყენება, როდესაც თავად ეს ტერმინები ღია ინტერპრეტაციისთვის. მაგალითად, “ინტერესის” და “ვალდებულების” მნიშვნელობა და გამოხატვა შეიძლება იცვლებოდეს სხვადასხვა კულტურებში და სიტუაციებში. ამასთან ერთად, 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 იმასთან დაკავშირებით, თუ რა არის მოლაპარაკების საგანი, ვის შეუძლია მოლაპარაკება (მაგიდასთან თუ კულისებს მიღმა), როგორ წარიმართება მოლაპარაკებები, დროის როლთან და მნიშვნელოვნებასთან, და იმასთან დაკავშირებით, თუ როგორ უნდა განესაზღვროთ 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 ვიწყებთ ამ საგნის შესწავლას. მაგრამ ჩვენ ვთვლით, რომ განსაკუთრებული მნიშვნელობის მქონე ზოგიერთი სფეროს მოკლე მიმოხილვა უნდა მოიცავდეს მინიმუმ შემდეგს:

კულტურათშორისი (ინტერკულტურული) და ქროს-კულტურული დინამიკა

კულტურა შეიძლება წარმოადგენდეს აშკარა ფაქტორს კროს-კულტურულ მოლაპარაკებაში; ანუ, როდესაც მოლაპარაკების მხარეები მიეკუთვნებიან ორ ან მეტ ადგიარებულ “კულტურას”. კულტურა, როგორც ის მოცემულია ტიპიური მოლაპარაკების კონცეპციაში, დამყარებულია იდეაზე, რომ კულტურები გამომდინარეობს გარკვეული კულტურული ჯგუფებისგან, რომლებიც, როგორც წესი, განისაზღვრება, როგორც “ტრადიციული” ტომები ან “თანამედროვე” ეროვნული სახელმწიფოები (იხილეთ Knauft 1996). კულტურის ეს კონცეპცია წარმოადგენდა კოლონიური და პოსტ-კოლონიური გლობალური

დისკურსის და გეოპოლიტიკის მნიშვნელოვან ნაწილს. თუმცა, კულტურა უფრო მეტად გამოხატავს თავის თავს ისეთ სოციალურ ქცევაში, როგორცაა მოლაპარაკება, ინდივიდუალური და კოლექტიური გაგების ჩამომაყალიბებელი იდეების, ქმედებების და პიროვნებათშორისი 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, განმსხვავებელი 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 წარმოშობისაა. შემდეგ კულტურათშორისი 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 იდენტურობის ან ურთიერთგაგების განუყოფელი განსხვავებების აღიარება.

გენდერული დინამიკა

ისევე, როგორც კულტურა, გენდერი წარმოადგენს განზომილებას, რომელიც მნიშვნელოვანწილად დაკარგულია მოლაპარაკება 1.0-ში, მაგრამ მას შევხვდებით მოლაპარაკების მოწინავე ტრენინგებში. მოლაპარაკებასთან, როგორ ბრძოლის ველთან მიდგომის ადრეული დღეების სტილი – მამაკაცური ტენდენცია – გადაიქცა რაღაც 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 ექსპრესიულობა, ისეთი თვისებებია, რომლებიც სულ უფრო მკვეთრად გამოხატული და მისაღები ხდება “მამაკაცურ გარეგან მხარეში”, და, რა თქმა უნდა “მამაკაცური სტილის” მოლაპარაკებაში. თუმცა, ეს ყველაფერი ჯერ კიდევ სწორია 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 მოლაპარაკებლის (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 ხაზგასმის, 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 დაიწერა მოლაპარაკება 1.0-ის, როგორც მოდელის შესახებ, რომელიც ცდილობს ემოციების იგნორირებას ან ჩახშობას (იხილეთ, მაგ., Patera and Gamm 2010). თუმცა, ემოციები წარმოადგენს მოლაპარაკების განუყოფელ ნაწილს მინიმუმ ხუთი თვალსაზრისით: მოლაპარაკებლების ემოციები, მხარეების ემოციები, რომლებიც ამოქმედდება სოციალური ზეგავლენების მეშვეობით; ემოციები, რომლებიც ჩნდება მოლაპარაკების პროცესში; უშუალოდ მოლაპარაკების ფარგლებს გარეთ მყოფი მხარეების ემოციები, რომლებსაც მაინც შეუძლიათ პროცესზე და შედეგებზე გავლენის მოხდენა; და უფრო მსხვილი გარემოებებით გამოწვეული ემოციები, რომლებმაც შეიძლება მოახდინონ ზეწოლა მოლაპარაკების მხარეებზე, პროცესზე, ან შედეგებზე. რა საკვირველია, სხვადასხვა ადგილებში და კულტურებში ემოციებთან მუშაობა, და მათთან მუშაობის უნარის შემუშავება შეიძლება მოიცავდეს ერთმანეთისგან სრულიად განსხვავებულ პრაქტიკულ უნარებს. ემოციური დინამიკის ინტენსიურობა და ცვალებადობა მოითხოვს იმას, რასაც მელისა ლევინ-ბოსკოვიჩი, Peace Child Israel-ის დირექტორი უწოდებს “სამმაგი A-ს” გამარტივების მიდგომას: გააზრება (Aware), დაშვება (Allow), დარეგულირება (Address). ეს ინსტრუმენტი მოლაპარაკებელს 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, იყოს 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 ამუამინდელი დროის ქაოსში. ისინი უზარმაზარ ზეგავლენას ახდენენ ბევრ მოლაპარაკებაზე. ურთიერთდაკავშირებულ სამყაროში ისინი შეიძლება გახდეს მთავარი პრობლემა ბრწყინვალე მომლაპარაკებლისთვისაც კი. ჩნდება დაუმუშავებელი წახნაგები; 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 წარმოდგენილნი იყვნენ რელიგიური ხელისუფლების წარმომადგენლები, რომლებიც არ არიან უშუალოდ ჩართულები, მაგრამ შეუძლიათ მოლაპარაკებებზე უფრო დიდი ზეგავლენის მოხდენა, ვიდრე ნებისმიერ სხვას. პროფესიონალითა 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 გვაჯილდოებს ცხოვრებისეული გამოცდილებით.

კონფლიქტის ტრანსფორმაცია

მომლაპარაკება 10 გვაძლევს კონფლიქტის თავიდან აცილების ან შემცირების “რჩევებს” ღვაის რიფრეიმინგის გზით. ის, რაც კონფლიქტს წარმოადგენდა, ახლა გაუგებრობაა, რომლის მოგვარებაც შეიძლება გაუმჯობესებული კომუნიკაციის ან საყოველთაო პრინციპების დაცვის მეშვეობით. თუმცა, მოლაპარაკების პროცესში კონფლიქტის ასე აღვილად თავიდან მოშორება ყოველთვის არ არის შესაძლებელი. ის, რასაც პიტერ კოლმენი (2012) უწოდებს “5%-ს”, შეიძლება გახდეს აქილესის ქუსლი უმაღლესი ხელმძღვანელებისთვისაც კი, რომლებისთვისაც ასეთ შემთხვევაში პროფესიონალი მომლაპარაკებლის მონაწილეობა განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი ხდება. გაუმჯობესებული კომუნიკაციური უნარები, რომლებიც აუცილებელია ასეთი ტიპის კონფლიქტის მოგვარებისთვის, გამომდინარეობს, ისევე და ისევე, თავდაჯერებულობის და მოკრძალებულობის კომბინაციიდან, რომელიც კონფლიქტის გადამუშავების 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 მუქართი სავსე. 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 საჭირო არიან, რათა გვირჩიონ, თუ როგორ განვსაზღვროთ კოალიციის პოტენციალი, და როდის და როგორ შეექმნათ ან დაეშალოთ 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 სინქრონიზაციაზე, ატმოსფეროზე და ადგილზე ზეგავლენის მიზნით. ეს მოითხოვს მოლაპარაკების დროს თანაგრძობის გაწონასწორებას 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 ძალისხმევითვის განკუთვნილი უფრო მეტი რესურსების მოსაგებად, უპირატესობად ჩათვლის ავტორიტეტს, რომელიც გამომდინარეობს ხანგრძლივი და წარმატებული წინა კარიერიდან.

სექცია ორი: დამატებითი საკითხები

ლიდერების მოლაპარაკება

ლიდერების მოლაპარაკება (ანუ, მოლაპარაკება ლიდერების შესახებ, მათ მიერ ან მათ შორის) განსხვავდება ღირებულებების და მენეჯერების მოლაპარაკებისგან. ღირებულებები ფოკუსირებულია მიზნებზე და ამოცანებზე, რომლებიც ხშირად ასრულებს ფუნქციონალური მოდელის 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 სიმაღლის 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) ხელშემწყობი ლიდერობა, რომელიც გამოიყენება შესაძლებლობების გაფართოებისთვის და მხარდაჭერისთვის.

პროფესიონალი მომლაპარაკებლები ლიდერების მოლაპარაკებების 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.

მაღალ რისკიანი და კრიზისული მოლაპარაკება

სტრესულ სიტუაციებში მოქმედებს გარეგანი ძალები, და ჩვენს მიერ რეაქციების კონტროლი შეზღუდულია. გადაწყვეტილებების მიღების უნარის ხარისხი კრიტიკულად მნიშვნელოვანია, რადგან ურთიერთობისთვის და მონაწილე მხარეებისთვის შეიძლება მძიმე ზარალის მიყენება. როდესაც ზეწოლის ქვეშ ვიმყოფებით, ჩვენ ვამუდგანებთ ტენდენციას შეცდომების დაშვებისკენ და გადაწყვეტილებების მიღებისკენ “ობტიმისტური მეტისმეტი თავდაჯერებულობის” საფუძველზე (იხილეთ Korobkin და Guthrie 2006), ვფიქრობთ რა, რომ განკარგულებაში გვაქვს მთელი საჭირო ინფორმაცია, და რომ შეგვიძლია დავეყრდნოთ წარსულ გამოცდილებას და სიატუაციის ჩვენს 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 არც ერთი არ არის სასარგებლო მოლაპარაკებისთვის. ჩვენ არ შეგვიძლია ამ ძირითადი რეაქციების სრულად გაკონტროლება; მაგრამ სწავლებასთან და გამოცდილებასთან ერთად, ჩვენ 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? სავარაუდოდ არა, ჩვენი აზრით.

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 ზეგავლენა⁶;
- 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 გადრმავებას;
- 9) პროგრესის შენარჩუნება და მონიტორინგი მიღწევების შენარჩუნების გზით; და
- 10) სტრესის შემცირება მოლაპარაკებით მიღწეული შედეგების დასკვნითი სცენის შექმნის და გამოცხადების გზით.

ჩვენ 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.

პროფესიონალური მოლაპარაკების შემსწავლელთა გამოვლენა: რაც არ უნდა იყოს, ყველას არ შეუძლია მოლაპარაკება

ინტერესზე დამყარებული მოლაპარაკება წარმოადგენს შთამავლებელ და ძლიერ მაგალითს მათთვის, ვინც ან ცდილობს კონფლიქტის თავიდან აცილებას, ან ნეგატიურ გარიგებასთან (მოლაპარაკებასთან) დაბრუნებას. დამწყებ მომლაპარაკებლებს ნამდვილად შეუძლიათ შეისწავლონ ინტეგრირებული მოლაპარაკების ალტერნატივები მოკლე კურსების მეშვეობით, კლასიკური სიმულაციის გამოყენებით, ან 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 სიმწიფე ცხოვრების პრობლემების წარმატებულად მოგვარების მეშვეობით⁷.

იმის მიუხედავად, რომ თანამედროვე ტექნოლოგიამ შემოიტანა შესანიშნავი მიღწევები, YouTube და Facebook ვერ გაწევენ ცხოვრებისეული გამოცდილების მაგივრობას. დრო, ადამიანური ურთიერთობების დონეზე, არის ბუნებრივი ძალა, რომელიც მაღალმა ტექნოლოგიამ ჯერ არ შეცვალა. მარტივად რომ ვთქვათ, ორმოცი წლის პროფესიონალ მომლაპარაკებელს ხელთ აქვს უნარების უფრო დიდი რეპერტუარი, ვიდრე მასზე ოცი წლით უმცროს მომლაპარაკებელს. 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 მომლაპარაკებელს 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 მომლაპარაკებლების შემთხვევაში.

ამ შემთხვევაში პროფესიონალური მოლაპარაკების პროგრამა კი არ ცდილობს ინფორმაციის დამატებას სუფთა დაფაზე⁸, არამედ *არიგებს* გამოცდილ მოსწავლეებს, ორი გზით. პირველი გზაა მოლაპარაკების თეორიის, პრაქტიკის და ეთიკის სტანდარტების და ლექსიკონის უზრუნველყოფა. მეორე გზაა თვითშეგნების და სიმწიფის კულტივირება, რომლებიც ძალზე მნიშვნელოვანია რთული და დაძაბული მოლაპარაკებების დროს. პირველი ნაწილის შინაარსი შედგება ანალიტიკური სამუშაოსგან, რომელიც უკვე გამომუშავებულია 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. 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 ნალექს ან ნარჩენ წყენას⁹.

თუმცა, თეორიის, პრაქტიკის და ეთიკის სწავლების გარდა პროფესიონალური განათლება მოითხოვს პიროვნული ზრდის მეორე და პარალელურ პროცესს. ჩვენს სფეროში ბევრი დაიწერა 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 სიმწიფეს და ეგოს სიმარტივეს, რაც დაბანდებული დროის, რთულად მოპოვებული გამოცდილების (რაც ერთი და იგივე არ არის) და მკაფიო ეთიკური კოდების შედეგია.

მოლაპარაკების პროფესიონალური სწავლების კონტენტი

მოლაპარაკება არ არის ერთადერთი პროფესია, რომელიც მოითხოვს სწავლების სპეციფიურ კონტენტს, არამედ აგრეთვე წინა გამოცდილებას, ამკარად გამოხატულ სიმწიფეს 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 სიმწიფეს. 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” (“sink or swim”) 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 ამკარაა, 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 კონცეპციების დაუფლება და შემდეგ დემონსტრაცია 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, რომ გააზიაროს თავისი წინა გამოცდილება მეხსიერების საფუძველზე, კლინიკური ან სასწავლო-საწარმოო პრაქტიკის ან რეზიდენტურის გარკვეული ფორმა იდეალური იქნებოდა. ფაქტიურად, 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 დაგროვებული, შეიძლება მოისურვოს განაწილება პოლიციის ძალებში, რათა შეისწავლოს განსხვავებული პროფესიის კულტურული კონტექსტი, და როგორ ზემოქმედებას ახდენს ის მოლაპარაკების დინამიკაზე. იდეალური პროგრამა მოიხიდავდა 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 გამომუშავების ხარისხის უზრუნველყოფისთვის, არამედ აგრეთვე იმისთვის, რომ სტუდენტებს საშუალება მიეცეთ, გამოიმუშაონ თავისი საკუთარი პირადი სტილი და მოქმედების მექანიზმი, სემინარული განხილვის, პრაქტიკული გამოკითხვის და პირადი გაახრების მეშვეობით. პროფესიონალურ მომლაპარაკებლად გადაქცევის საკმაოდ ბევრი რამ აქვს საერთო საკუთარ “მესთან”, ხოლო თვითშეფასების 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 გამომუშავებას, ისეთნაირად, რომ უზრუნველყოფდეს “მეორე დღეს” (allow for a “day-after”), რომელიც საკმარისად დამაკმაყოფილებელი იქნება მოლაპარაკების ყველა მხარისთვის (ისეთი მომლაპარაკებლის ბიოგრაფიული აღწერის, როგორიცაა აწ 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.

**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, მაგალითად, 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 დაწინაურებას. ამ თავში ძირითადად განხილულია “თეორიის და პრაქტიკის” ელემენტი, რაც მეტყველებს მოლაპარაკების საერთაშორისო პროფესიონალური გამოცდილების და კულტურული გამოცდილების ინტეგრაციის სასარგებლოდ მართლაც გლობალური პროფესიის განვითარებისთვის. აქ ეთიკას ნაკლები ადგილი ეთმობა, რადგან ეს განხილვა წინასწარია, და განხილულია პირველ რიგში ურყევ ფასეულობებში განსხვავებების კონტექსტში, “ზიანის არმიყენების” ფართო პრინციპთან ერთად. ერთ-ერთი რთული საკითხია, თუ როგორ უნდა გამოვიმუშავოთ

ეთიკის გლობალური კოდექსი, რომელიც საკმაოდ ფართო იქნება მოლაპარაკებების მრავალფეროვანი კონტექსტებისთვის, და არის თუ არა ინტერესზე დამყარებული მოლაპარაკების ეთიკური პრინციპები უბრალოდ მეტისმეტად ვიწრო საწყისი წერტილი ამ ამოცანისთვის (იხილეთ Docherty and Lira, *Adapting to the Adaptive*, ამ წიგნში; Pou 2003).

კიდევ ერთი საკითხია, მიყვებით 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, და განათლებაზე და პროფესიონალური წოდებების მატარებლების ატესტაციაზე კონტროლის დაწესების მიზნით. თუმცა, ინსტიტუციონალიზაციის შემდეგ, მოლაპარაკება, როგორც პროფესია გადააწყდებოდა იგივე ზეწოლას, რომელმაც მიიყვანა მეცნიერები აზრამდე ამგვარი ფორმალიზაციის წინააღმდეგ, რომელსაც შედეგად მოაქვს ინოვაციის, ინსტიტუციონალიზაციის და “რუტინამდე” კაპიტულაციის ციკლი (Honeyman, Ackerman, and Welsh 2003) (ეს კონცეპცია 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 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 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 შემკვიდრობისგან 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 რაღაც საერთო ბერნარდ მაიერის (Bernard Mayer) მოლაპარაკების ინსტრუქტორის კონცეპციასთან (Mayer 2004), თუმცა მაიერის 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 “*დიახ*” *პახუხის 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 კონცეპციით. 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-ს საგარეო პოლიტიკის დაფინანსებაში, დემოკრატიული, სამოქალაქო საზოგადოების და ანტი-ტერორისტული ინიციატივებისთვის. “მოლაპარაკება 1.0”-ის მემკვიდრეობა გარკვეულწილად გრძელდება. იმის გამო, რომ ეკონომიკური, ტექნოლოგიური და დემოგრაფიული ტენდენციები აყალიბებენ სულ უფო 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 კონცეპციებში, სწავლებაში და პრაქტიკაში. ეს შეთავაზება ერთ-ერთი ვარიანტია. ჩვენ მივესალმებით დიალოგს მის შესახებ, და სხვა ვარიანტების შესახებ.

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.¹⁰⁶⁸ They are generally used between a corporation in a developed country (an investor) and a State itself in a developing country (a host country).¹⁰⁶⁹ 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.

* The Author is a professor of law at Rikkyo University, Japan and a practicing Lawyer (“Bengoshi”) admitted in Japan.

¹⁰⁶⁸ 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 ranged from 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). The document is available at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>.

¹⁰⁶⁹ 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.

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 change.¹⁰⁷⁰ 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.¹⁰⁷¹

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.¹⁰⁷² 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.

¹⁰⁷⁰ 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>.

¹⁰⁷¹ 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.

¹⁰⁷² 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), p.5 and "2009 Statistical Report," ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 21 No.1 (2010), p.5.

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 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.¹⁰⁷³ 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.¹⁰⁷⁴ Therefore, each host country has no choice but to establish a local arbitration system.¹⁰⁷⁵

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.^{1076 1077}

¹⁰⁷³ 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.

¹⁰⁷⁴ 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.

¹⁰⁷⁵ 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 JLCOM 107 (Fall 2011); Harry Liu, Yue Qiu, and King & Wood, “Recent Development in Arbitration Practice in China,” 876 PLI/Lit 71 (March 2012).

¹⁰⁷⁶ 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.

¹⁰⁷⁷ 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>.

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.¹⁰⁷⁸

However, this kind of provision is not easy because of the existence of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration¹⁰⁷⁹ and the UNCITRAL Arbitration Rules.¹⁰⁸⁰ 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.¹⁰⁸¹

Moreover, the existence of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention)¹⁰⁸² works as an additional safeguard to help calculate this type of country-risk.¹⁰⁸³ 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.¹⁰⁸⁴ 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.¹⁰⁸⁵ The national court sometimes invalidated the award because,

¹⁰⁷⁸ For instance, see, supra note 10.

¹⁰⁷⁹ 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.

¹⁰⁸⁰ 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>

¹⁰⁸¹ 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.

¹⁰⁸² 330 UNTS 3.

¹⁰⁸³ 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/NYConvention.html.

¹⁰⁸⁴ 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”

¹⁰⁸⁵ 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

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.¹⁰⁸⁶

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.¹⁰⁸⁷ 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.¹⁰⁸⁸

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.¹⁰⁸⁹

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.¹⁰⁹⁰ Moreover, the State usually has a

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).

¹⁰⁸⁶ 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 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>

¹⁰⁸⁷ *Chromalloy Aeroservices Inc. v. Ministry of Defence of the Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C.1996).

¹⁰⁸⁸ *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). 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.

¹⁰⁸⁹ 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 "IIA Issue Note," No.1, 2012.

¹⁰⁹⁰ 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

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.¹⁰⁹¹

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.¹⁰⁹² 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.¹⁰⁹³ As a result, many bilateral investment treaties now include an investor-State arbitration clause.¹⁰⁹⁴

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.

¹⁰⁹¹ 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.

¹⁰⁹² 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, Yoshihisa Hayakawa, *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).

¹⁰⁹³ 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.

¹⁰⁹⁴ See UNCTAD, *Quantitative data on bilateral investment treaties and double taxation treaties*, <http://archive.unctad.org/templates/webflyer.asp?intItemID=3150&lang=1> (visited 16 May 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, Jason Webb Yackee, “Conceptual Difficulties in the Empirical Study of Bilateral Investment Treaties,” 33 *Brook. J. Int’l L.* 405 (2007-2008) at 427.

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.

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.¹⁰⁹⁵

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.¹⁰⁹⁶ 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.¹⁰⁹⁷ 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

¹⁰⁹⁵ About the ratio of tied aids and untied aids in ODAs, See, Clay, Edward 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) p.8 at <http://www.oecd.org/dataoecd/51/35/44375975.pdf>.

¹⁰⁹⁶ 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.

¹⁰⁹⁷ 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).

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 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 supported.¹⁰⁹⁸ 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.¹⁰⁹⁹ 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.¹¹⁰⁰

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.¹¹⁰¹

¹⁰⁹⁸ Tokios Tokeles v. Ukraine (2005) 20 ICSID Rev-FILJ 205.

¹⁰⁹⁹ 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/iaa/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/iaa/docs/Compendium/en/136%20volume%205.pdf>).

¹¹⁰⁰ 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 Netherlands and Czech Republic. For more details, see <http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf>, especially paras. 229-230.

¹¹⁰¹ 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, Shotaro Hamamoto, “Victor Pey Casado and *President Allende* Foundation v. Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/98/2),” 56 (10) JCA Journal 4 (2009); Yasuhiro Okuda, “Plama Consortium Ltd v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24),” 56 (11) JCA Journal 10 (2009); Ichiro Araki, “Continental Casualty Co v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/09),” 56 (12) JCA Journal 2 (2009); Kazushige Ogawa, “Occidental Exploration and Production Co v. Republic of Ecuador (ICSID Case No. ARB/06/11),” 57 (1) JCA Journal 36 (2010); Shinpei Yamamoto, “Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/04/13),” 57 (2) JCA Journal 8 (2010); Naoki Iguchi, “Societe General v. Dominican Republic (LCIA Case No. UN7927),” 57 (3) JCA Journal 10 (2010); Naoki Idei, “Perenco Ecuador Ltd v. Republic of Ecuador (ICSID Case No. ARB/08/6),” 57 (3) JCA Journal 19 (2010); Yoko Nomiyama, “Malaysian Historical Salvors Sdn., Bhd. v. Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10),” 57 (4) JCA Journal 26 (2010); Yoshihisa Hayakawa, “Sempra Energy International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16),” 57 (5) JCA Journal 19 (2010); Shinichiro Hayakawa, “L.E.S.I. S.p.A. & ASTALDI S.p.A. v. Algeria (ICSID Case No. ARB/05/3),” 57 (6) JCA Journal 20 (2010); Isomi Suzuki, “Saipem S.p.A. v. People’s Republic of Bangladesh (ICSID Case No. ARB/05/7),” 57 (7) JCA Journal 18 (2010); Koji Nishimoto, “Renta 4 SVSA, Ahorro Co v. Russia (SCC Case No. 24/2007),” 57 (8) JCA Journal 18 (2010); Tomoko Ishikawa, “Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID Case No. ARB/03/29),” 57 (9) JCA Journal 26 (2010); Shimpei Yamamoto, “Romak S.A. v. Uzbekistan (PCA Case No. AA280),” 57 (10) JCA Journal 16 (2010); Shotaro Hamamoto, “Sempra Energy International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16),” 57 (10) JCA Journal 25 (2010); Isomi Suzuki, “Giovanna A Beccara and Others v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/5),”

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.¹¹⁰² 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.¹¹⁰³ 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.¹¹⁰⁴

57 (11) JCA Journal 20 (2010); Ichiro Araki, “Merrill & Ring Forestry v. Canada (UNCITRAL Case),” 57 (11) JCA Journal 29 (2010); Naoki Iguchi, “Vito G. Gallo v. Canada (Permanent Court of Arbitration),” 57 (12) JCA Journal 11 (2010); Kazushige Ogawa, “ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/08/2),” 57 (12) JCA Journal 18 (2010); Yoshihisa Hayakawa, “Mobil Corporation and Others v. Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/27),” 58 (1) JCA Journal 28 (2011); Takamichi Inose, “Europe Cement Investment and Trade S.A. v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB(AF)/07/2),” 58 (2) JCA Journal 18 (2011); Kazushige Ogawa, “Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Corporation v. Grenada (ICSID Case No. ARB/10/6),” 58 (3) JCA Journal 28 (2011); Tomoko Ishikawa, “Chemtura Corporation v. Canada (UNCITRAL Case),” 58 (4) JCA Journal 28 (2011); Shotaro Hamamoto, “Malicorp Limited v. Republic of Egypt (CIRDI No. ARB/08/18),” 58 (5) JCA Journal 27 (2011); Naoki Idei, “Fraport AG Frankfurt Airport Service Worldwide v. Republic of the Philippines (ICSID Case No. ARB/03/25 (Annulment Procedure)),” 58 (6) JCA Journal 30 (2011); Shimpei Yamamoto, “Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., Jerry Montour, Arthur Montour, Kenneth Hill v. United States of America (UNCITRAL Rules),” 58 (7) JCA Journal 32 (2011); Ichiro Araki, “Yury Bogdanov v. Republic of Moldova, SCC Arbitration No. V (114/2009),” 58 (8) JCA Journal 46 (2011); Takamichi Inose, “Eureko B.V. v. The Slovak Republic, PCA Case No. 2008-13 (UNCITRAL Rules)”, 58 (9) JCA Journal 32 (2011); Isomi Suzuki, “Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18”, 58 (10) JCA Journal 34 (2011); Naoki Iguchi, “GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/16”, 58 (11) JCA Journal 40 (2011); Takashi Koyama, “Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia (UNCITRAL Rules),” 58 (12) JCA Journal 46 (2011); Shotaro Hamamoto, “Italian Republic v. Republic of Cuba”, 59 (2) JCA Journal 22 (2012); Yoshihisa Hayakawa, “Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17”, 59 (3) JCA Journal 14 (2012); Shinpei Ishido, “Hochtief AG v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/31”, 59 (4) JCA Journal 22 (2012).

¹¹⁰² 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>.

¹¹⁰³ 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.

¹¹⁰⁴ 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, Yoshihisa Hayakawa, 58 (5) JCA Journal 5 (2010).

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.

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.¹¹⁰⁵ 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.

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 lawmaking-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?¹¹⁰⁶

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?

¹¹⁰⁵ See supra note 26.

¹¹⁰⁶ 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 საღაო საპითხების მოგვარებისას არბიტრაჟის, როგორც ერთ ერთი
მეხანიზმის გამოყენება რისკების შემცირების მიზნით – საინვესტიციის
სახელმწიფოებო არბიტრაჟის უახლესი სტრატეგია

წინასიტყვაობა

ბოლო ათწლეულის მანძილზე საერთაშორისო არბიტრაჟის სპეციფიკა გახლდათ ინვესტორ სახელმწიფოების მხრიდან საარბიტრაჟო საქმეების მატება საინვესტიციო ხელშეკრულების საფუძველზე. აღნიშნული ძირითადად განვითარებულ ქვეყნებში კორპორაციების (ივესტორი) და თვითონ მასპინძელი სახელმწიფოს შორის წარმოებს¹¹⁰⁷. ასეთი ტიპის საარბიტრაჟო საქმე საშუალებას აძლევს კორპორაციას თავი აარიდოს იმ დაცვით ბარიერებს, რომლებიც სუვერენული იმუნიტეტის დოქტრინას ემყარებიან 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 პირველ 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 ავლწერე, განსხვავებული ტრადიციული ტიპის საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟისგან. რათქმაუნდა, ხსენებული საინვესტიცია 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.

* ავტორი გახლავთ სამართლის პროფესორი რიკიუს უნივერსიტეტში, იაპონია და ასწავლის იაპონურ სამართალს. მაგალითად, საქმეების სრული რაოდენობა წლის განმავლობაში, რომელიც საერთაშორისო ბიზნეს დავების ცენტრში დარეგისტრირდა ბოლო ათწლეულის განმავლობაში მნიშვნელოვანწილად გაიზარდა. 1996 წლამდე, წელიწადში საქმეების რაოდენობა 5 არ აღემატებოდა, 1997 დან 2002 მდე მან 9-ს გადააჭარბა თუმცა 20 არ სცილდებოდა. 2002 –დან 2011 წლამდე საერთო რიცხვი ყოველთვის 20-ზე მეტი იყო, 2003, 2007 და 2011 30-ს აჭარბებდა. , 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). დოკუმენტი ხელმისაწვდომია

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>.

¹¹⁰⁷ 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 გავაიგიოთ.

ამავე ნაშრომში ასევე ახსნილია ის, თუ რატომ არის დღეს ინვესტორი ქვეყნის საარბიტრაჟო მოდელი ბიზნეს კორპორაციებისთვის ასეთი განსაკუთრებული მნიშვნელობის მოდელი. 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 თანამედროვე მსოფლიოში საერთაშორისო საინვესტიციო სამართლის გათვალისწინებით და როგორ 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.

და ბოლოს, ნაშრომი წამოჭრის ისეთ საკითხებს, როგორცაა სამომავლოდ აღნიშნული სტრატეგიის სავარაუდო ჩართულობა სხვა სფეროებში, ისევე როგორც სავარაუდო მიდგომას იმ გამოწვევების მიმართ, რომლებიც ამ ჩართულობითაა გამოწვეული.

ინვესტიციების განხორციელებისას სტატეგიული არბიტრაჟის გამოყენება

1. ბიზნეს კორპორაციების ჩანაფიქრი მიმართონ საინვესტიციო არბიტრაჟს

ბოლო ათი წლის მანძილზე საინვესტიციო არბიტრაჟის ფორმა შეიცვალა. უფრო ზუსტად რომ ვთქვათ, თვითონ “საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის” ფორმა მაინცდამაინც არ შეცვლილა¹¹⁰⁸. 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 ქვეყნებში¹¹⁰⁹.

ამის საპირისპიროდ, “საინვესტიციო არბიტრაჟი”, ანუ არბიტრაჟი ბიზნეს კორპორაციას (განვითარებულ ქვეყანაში – ინვესტორი) და ბიზნეს კორპორაციას შორის (განვითარებად ქვეყანაში – ადგილობრივი კორპორაცია) მეტწილად ბოლო ათწლეულის განმავლობაში იწყებს განვითარებას¹¹¹⁰. სტანდარტული სცენარი შემდეგში მიდგომარეობს. ინვესტორი ცდილობს ჩადოს საარბიტრაჟო განხილვის წინადადება საინვესტიციო ხელშეკრულებაში ადგილობრივ კორპორაციასთან, რომელიც მასპინძელ ქვეყანაშია. ეს იმის დასაზღვევად

¹¹⁰⁸ მაგალითად, არბიტრაჟის საერთაშორისო სასამართლო (საერთაშორისო სავაჭრო პალატა) არბიტრაჟის ერთ ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი ორგანო გახლდათ. მისი წესდება 1998 წელს შემუშავდა და მას მერე მთელს 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 იხილეთ <http://iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=42394>

¹¹⁰⁹ 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 გადააჭარბა. მეტი ინფორმაციისთვის იხილეთ ბმული: http://www.siac.org.sg/index.php?option=com_content&view=article&id=339&Itemid=73#international_cases

¹¹¹⁰ მაგალითად, მხარეების რაოდენობა აზიასა და წყნარი ოკეანის რეგიონში (იაპონიის გარდა) 2005 სა და 2009 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. " ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 17 No.1 (2006), p.5 and "2009 სტატისტიკური მოხსენება," ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 21 No.1 (2010), p.5..

ხორციელდება, რომ წარმოქმნილი დავის შემთხვევაში შესაძლოა ადგილობრივმა (მასპინძელი ქვეყნის) სასამართლოს 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 გადაწყვეტილების საქმეში – ჩემი, როგორც პრაქტიკოსი იურისტის აზრით, არის ამგვარად განსხვავებული იმ მიზეზისგან, რა მიზეზითაც ტრადიციულ საკომერციო არბიტრაჟს მიმართავენ. უკანასკნელ შემთხვევაში, ორივე მხარე არბიტრაჟს უსაჭირო დამატებითი სამართლებრივი დავებისგან თავის არიდების საშუალებად მიიხსენებენ 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 მათთვის 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. ზეწოლა 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 ზეწოლის 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 წარმოართება¹¹¹¹. თანამედროვე და მოქნილი საარბიტრაჟო სისტემის არსებობა არის პოტენციურად ძალიან მნიშვნელოვანი ფაქტორი, რომელიც ინვესტორის მიერ გასათვალისწინებელი ხდება, განსაკუთრებით მაშინ, როცა მას გადაწყვეტილების მიღება უწევს მასზე, თუ სად განახორციელოს ინვესტიციების დაბანდება, კერძოდ დააბანდოს თუ არა ინვესტიცია ამა თუ იმ ქვეყანაში¹¹¹². შესაბამისად, თითოეულ მასპიძელს ქვეყანას არ რჩება გამოსავალი, რომ არა ადგილობრივი საარბიტრაჟო სისტემის ჩამოყალიბება¹¹¹³.

მიუხედავ 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 ნიჩნავს იმას, 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 სისტემას¹¹⁴¹¹¹⁵.

¹¹¹¹ შესაძლებელია არსებობდეს სხვა ვარიანტიც: აღნიშნულის დასამტკიცებლად მხარეები არიყვენ უცხოურ საარბიტრაჟო ფორუმს. ამ ორი ვარიანტის შედარებით, პირველს დავების მოგვარების საქმეში მეტი კონტროლის შესაძლებლობები გააჩნია.

¹¹¹² მაგალითად, განვითარებისა და რეკონსტრუქციის ევრობული ბანკი სთავაზობს შეფასებას იმის დასადგენად შეესაბამება თუ არა განვითარებული ქვეყნების გარკვეული ნაწილი არბიტრაჟის საერთაშორისო ნაცად, აპრობირებულ პრაქტიკას. განვითარებადმა ქვეყნებმა აღნიშნული შედასება უნდა მიიღონ იმისთვის, რომ სხვა ბაზრებიდან ინვესტრების მოზიდვა შეძლონ. მეტი ინფორმაციისთვის იხილეთ ბმული: http://www.ebrd.com/pages/sector/legal/judicial_capacity/assessments.shtml

¹¹¹³ ისეთი მძღავრი განვითარებადი ქვეყანა, როგორცაა ჩინეთი ერთგვარეი წნეხის ქვეშ ექცევა. ჩინეთის სახალხო რესპუბლიკის ადრეულ ეტაპზე არბიტრაჟის სისტემა არ არსებობდა და ჩინეთში ინვესტორები ადგილობრივი სასამართლო გადაწყვეტილებების სუბიექტები გახლდნენ საკუთარი დავების გადასაწყვეტად. ძლიერი ზეწოლის შედეგად განვითარებული ქვეყნების მხრიდან, ჩინეთმა უცხოური საარბიტრაჟო სავაჭრო კომისია ჩამოაყალიბა, ჩინეთის საბჭოს დაქვემდებარებაში, რომელიც 1956 წელს საერთაშორისო ვაჭრობის მხარდასაჭერად დაფუძნდა საერთაშორისო ვაჭრობის საარბიტრო 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 JLCOM 107 (Fall 2011); Harry Liu, Yue Qiu, and King & Wood, "Recent Development in Arbitration Practice in China," 876 PLI/Lit 71 (March 2012)

¹¹¹⁴ magaliTad, 2012 წლის ცვლილებამდე, ჩინეთში ორი საარბიტრო 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 ჩინათის მკვიდრ პიროვნებებს მაგრამ მეორე მხლოდ ჩინელ მოქალაქებს 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 მხლოდ მკვიდრ არბიტრებს მიმართავდნენ მათ ადგილობრივ კომპანიებსა და ჩინურ ბიზნეს კომპანიებს შორის წარმოქმნილი დავების მოსავგვარებლად.

¹¹¹⁵ 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 დანიშნება. ჩვეულებრივი ამბავია ის, რომ მოდავე მხარეები ზედამხედველი არბიტრის დანიშნვაზე ვერ თანხმდებიან და შემდეგ CIETAC –ს თავმჯდომარე საბოლოოდ მას თავად დაამტკიცებს. თავმჯდომარე,

3. წინაღობა და სამართლებრივი კონტრიერიში

როცა ქვეყანა ჩამოაყალიბებს საარბიტრაჟო სისტემას, ის აამოქმედებს საიმპლემენტაციო სამართლებრივ მექანიზმს და შესაბამისი წესით საარბიტრაჟო ინსტიტუტს ჩამოაყალიბებს. საარბიტრაჟო კანონი და წესები შეიძლება იყოს ვრცელი და ჩახლართული, ამრიგად, ისეთი პირობების ჩართვა, რომლებიც ადგილობრივი კორპორაციებისთვის იმუშავებს ადგილობრივ სამართლებრივ სივრცეში, ასევე შესაძლებელია¹¹¹⁶.

თუმცა, ასეთი პირობის ჩარვა მარტივი არაა UNCITRAL მოდელის წყალობით საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის გათვალისწინებით¹¹¹⁷ თავისივე საარბიტრაჟო წესებით. აღნიშნული მოდელი შეიქმნა მსოფლიოში საარბიტრაჟო კანონების ჰარმონიზაციის მიზნით, ისევე როგორც განვითარებული ქვეყნებისთვის მზარდი დახმარების აღმოსაჩენად. UNCITRAL საარბიტრაჟო წესები¹¹¹⁸ ჩამოაყალიბდა 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, ივესტორისთვის მარტივია, ამ სტანდარტული სამართლებრივი ტექსტის გათვალისწინებით, დაიანგარიშოს მასპინძელ ქვეყანაში სამართლებრივი რისკების წარმოქმნის ალბათობა დავის გადაწყვეტის პირობებში¹¹¹⁹.

თუმცა, უცხოური საარბიტრო გადაწყვეტილებების სამართლებრივი აღსურლების აღიარების კონვენციის არსებობა (ნიუ იორკის კონვენცია¹¹²⁰) ქვეყანაში რისკის¹¹²¹ დათვლის კიდევ ერთი საიმედო საშუალებაა. გარდა ამისა, სანიმუშო საარბიტრაჟო პირობის არასებობა UNCITRAL საარბიტრაჟო წესებში მასპინძელი ქვეყნისგან რაიმე უნიკალური

რამდენადაც მე ვიცი ჩემი არბიტრაჟოში მიღებული პრაქტიკის გათვალისწინებით, ძირითადად ჩინეთის მკვიდრ ზედამხედველ არბიტრს აირჩევდა ხოლმე. შედეგად, საარბიტრაჟო ტრიბუნალის უმრავლესობა ჩინეთის მკვიდრ არბიტრებად კომპლექტდება, მაშინაც კი როცა უცხოური კორპორაცია საერთაშორისო საქმეებისთვის განკუთვნილ არბიტრების სიას მიმართავს. მეტი ინფორმაციისთვის იხილეთ: <http://www.cietac.org/index.cms>

¹¹¹⁶ მეტი ინფორმაციისთვის იხ. შენიშვნა 10

¹¹¹⁷ UNCITRAL მოდელის სამართალი საერთაშორისო კომერციულ სამართალთან დაკავშირებით (1985), 2006 წელს მიღებული შესწორებების გათვალისწინებით იხ. ბმულზე: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html, ინფორმაცია იმ ქვეყნებზე, რომლებმაც აღნიშნული მოდელის გათვალისწინებით სამართლებრივი ბაზა შეიმუშავეს იხ. ბმულზე: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html

¹¹¹⁸ UNCITRAL მა აღნიშნული პირველად 28 აპრილს 1976 წელს მიიღო, ხოლო 2010 წელს გადასინჯა. 2010 წლის წესები ძალაში 2010 წლის 15 აგვისტოს შევიდა;

¹¹¹⁹ მაგალითად, 7-ე 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

¹¹²⁰ 330 UNTS, 3,

¹¹²¹ 2012 წლის 14 აპრილის მიხედვით, კონვენციამ 146 მხარე-ქვეყანა გაიერთიანა. იხილეთ: <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

საარბიტრაჟო პირობების წამოყენების საშუალებას გამოორიცხავს, რომელიც თავის მხრივ ინვესტორისთვის არასასიკეთოდ იმუშავებს¹¹²². არ უნდა დაგვავიწყდეს ის ფაქტი, რომ UNICITRAL უშუალოდ გაეროს წევრი ქვეყნების მიერ გამოიყენება (რომელიც განვითარებად ქვეყნებსაც მოიცავს), თუმცა რეგულირდება რიგი სახელმწიფოების მიერ, რომლებიც განვითარებად ქვეყნებს მიეკუთვნებიან.

მაგრამ მაშინაც კი, როცა ხოციელებდა “სტანდარტიზებული” წესებისა და კანონების მიღება, წინააღმდეგობის გარკვეული ფორმების მაინც შეიმჩნევა. მაგალითად, არსებობს რიგი სამართლებრივი შემთხვევა, რომელშიაც ადგილობრივი სასამართლოები საკუთარი გადაწყვეტილებებით ან აუქმებენ ან ცდილობენ გააუქმონ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებები¹¹²³. ადგილობრივი სასამართლო ზოგჯერ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას, რადგან მათი ხედვით საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებები მიღებულ იქნა ერთი ან რამოდენიმე პროცედურული შეცდომების თანდართვით ან არბიტრაჟის გადაწყვეტილება ქვეყნის ინტერესებს (პოლიტიკას) ეწინააღმდეგებოდა. თუმცა, ინვესტორებს ზოგჯერ მიაჩნიათ, რომ ინვალიდაცია განცორციელდა იმიტომ, რომ არბიტრაჟის გადაწყვეტილება ადგილობრივი კორპორაციისა თუ მასპინძელი ქვეყნის ინტერესებს არ შეესაბამებოდა¹¹²⁴.

იმისთვის, რომ ასეთი ტიპის წინააღმდეგობას ჯეროვანი პასუხი გაეცეს, რიგ შემთხვევებში მხარეები შეეცადნენ გაუქმებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების პირობები სხვა, არამასპინძელი ქვეყნის ტერიტორიაზე ამოქმედებინათ. ქრომალოისა და ბესტელის 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 იცნო. აშშ სასამართლომ საბოლოოდ გაუქმებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ამოქმედება აშშ ტერიტორიაზე უზრუნველყო¹¹²⁵. მსგავსად, ბესტელი შემთხვევაში, ერთ ერთმა ბიზნეს კორპორაციამ გაერთიანებული ემირატების ტერიტორიაზე არსებულ იურიდიული პირის მიმართ საქმე აღძრა საარბიტრაჟო სასამართლოში – დუბაიში. კორპორაციამ ეს საქმე მოიგო და

¹¹²² სამოდელო არბიტრაჟის პირობა UNICITRAL საარბიტრაჟო წესებში გვთავაზობს:

“ნებისმიერი დავა, განაცხადი თუ წინააღმდეგობა, რომელიც კონტრაქტიდან მომდინარეობს (ან გარკვეული სამართლებრივი უზუსტობით), გაუქმება ან ძალადაკარგულად ცნობა, UNICITRAL 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...

¹¹²³ ქრომალოის და ბესტელის საქმე; იხილეთ შენიშვნები 20 და 21, ასეთი ინვალიდაციის კარგი მაგალითებია. დამატებით, არსებობს კიდევ რამოდენიმე საქმე, სადაც ეროვნულ სასამართლოებს არბიტრაჟის გადაწყვეტილებები გაუქმებიათ იქ, სადაც არბიტრაჟის სასამართლო არ ჩატარებულა; მაგალითად იხილეთ *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)...

¹¹²⁴ საერთაშორისო სავაჭრო პალატის არბიტრაჟმა ჩამოაყალიბა ერთ ერთი ქვე კომიტეტი 2008 წელს, რომელმაც მრავალ ქვეყანაში კვლევა უნდა ჩატარებინა არბიტრაჟის გადაწყვეტილებების მიღება აღსრულების მხრივ ნიუ იორკის კონვენციის წევრი ქვეყნების ფარგლებში. კვლევის პროექტის ერთ ერთი მიზანი იყო არბიტრარული გადაწყვეტილებებისადმი დამოკიდებულება ეროვნული სასამართლოების მხრიდან, განსაკუთრებით საბჭოს განვითარებადი ქვეყნების მაგალითზე. კვლევის პროექტთან დაკავშირებით მეტი ინფორმაციის მოსაძიებლად, რომელიც სუბ კომიტეტმა 2009 წელს გამოსხა, იხილეთ *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>

¹¹²⁵ *Chromalloy Aeroservices Inc. v. Ministry of Defence of the Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C.1996).

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 დააკმაყოფილა¹¹²⁶.

როგორც ზემოთ ავლწერეთ, ინვესტორსა და მასპინძელ ქვეყნებში სამართლებრივი წინაღობისა და კონტრიერიშის მაგალითები მოვიყვანეთ, კერძოდ გავითარებულნი და განვითარებადი ქვეყნების ჭრილში, კერძოდ თუ როგორ იქმნება და ფუნქციონირებს საარბიტრაჟო სისტემა¹¹²⁷.

სახელმწიფო როგორც მხარე და ინვესტორი ქვეყნის არბიტრაჟი

1. სახელმწიფო, როგორც საინვესტიციო პროექტის მხარე

ზემოთ აღწერილი მაგალითი წინაღობისა და სამართლებრივი კონტრიერიშის შესახებ ხშირად არ მოიცავს ივესტორსა და უშუალოდ სახელმწიფოს ურთიერთობას. დღეს, განსაკუთრებით განვითარებად ქვეყნებში, თვითონ სახელმწიფოა საინვესტიციო პროექტის ერთ ერთი მხარე. სახელმწიფო სუვერენული იმუნიტეტით სარგებლობს (სანამ ასეთის გამოყენების საშუალება ეძლევა). ეს კი ხშირ შემთხვევაში ინვესტორს, როგორც კერძო კორპორაციას, სამართლებრივი დავის პირობებში არათანაბარ მდგომარეობაში აყენებს¹¹²⁸. გარდა ამისა, სახელმწიფო მოლაპარაკებებისას უკეთეს პოზიციაშია წარმოდგენილი ადგილობრივი საინვესტიციო პროექტთან მიმართებით. ეს სპეციფიკა ხშირად სადუალებას ართმევს ინვესტორს ხელშეკრულების ფარგლებში საქმის გადაწყვეტის თანაბარუფლებიანობის აღსრულების პირობა ჩადოს, ანუ საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის საშუალება მესამე ქვეყანაში, რაც საინვესტიციო ხელშეკრულებით გამყარდება¹¹²⁹.

ეს მიუკერძოებლობა დავის გადაწყვეტის საქმეში ძირითადად კერძო ინვესტორსა და სახელმწიფოს შორის არსებული არათანაბარი მდგომარეობის არსებობის ფაქტს მიეწერება.

¹¹²⁶ იხ. დისკუსია შემდეგ ბმულზე: <http://www.whitecase.com/files/Publication/4ca80751-b790-4ece-8948-03548171b8bd/Presentation/PublicationAttachment/da4db4b0-513b-45a6-ab81-0681ca7e91dd/article_Arbitration_Polki_Ioann.pdf>.

¹¹²⁷ ბუნებრივია, წინაღობისა და უკუიერიშის სინამდვილე განვითარებულსა და განვითარებად 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 ივესტორი ქვეყნის (მხარის) სახით წარმოჩინდებიან თანამედრობე ინვესტიციების სამყაროში. სინამდვილეში, 2011 წელს საინვესტიციო სახელშეკრულებო არბიტრაჟის 46 ახალი საქმე დარეგისტრირდა, მაგრამ 11 საქმე აქედან განვითარებადი ქვეყნის ინვესტორი ხვედრით წილზე მოვიდა. მეთი მასალებისთვის იხ. “IIA Issue Note,” No.1, 2012....

¹¹²⁸ მიუხედავად იმისა, რომ ყვეანის 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 იწარმოა.

¹¹²⁹ მრავალ საინვესტიციო პროექტში კერძო ინვესტორსა და სახელმწიფო სააგენტოს შორის მასპინძელ ქვეყანაში, დავის გადაწყვეტილების შესახებ პირობა საინვესტიციო ხელშეკრულებაში ძირითადად ეხბა მასპინძელ ქვეყანაში არსებულ არბიტრარულ სასამართლო განხილვას იქვე არსებული საარბიტრაჟო წესების გათვალისწინებით. ასევე იხ. შენ. 8 და 9.

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 გააჩნიათ 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 სამართლებრივმოლაპარაკებითი პოზიციები უკავია.

ბიზნეს კორპორაციები გადასახადების სახით რიგ სახელმწიფოებს უზარმაზარ თანხებს უხდიან და მათ ლობირებას ახდენენ. დემოკრატიულობის მექანიზმი ხშირად ამ ლობირების ხელშემწყობიც კი არის¹¹³⁰. შედეგად, სახელმწიფოები განვითარებად ქვეყნებში ინვესტორების სახით წარმოჩინდებიან და თავად საინვესტიციო ხელშეკრულების საარბიტრაჟო სასამართლოც აქიდან 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 შესაბამისი 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 სამოუკიდებელ არბიტრაჟში მოლაპარაკების საწყებისთვის უბიძგებს. ლობირების შედეგად, რიგი განვითარებული ქვეყნები, რომელთაც სუვერენულობაც და მოლაპარაკების მხვრივაც ძლიერი პოზიციები გააჩნიათ ინვესტორი ქვეყნის სახით რიგ განვითარებად ქვეყნებთან არბიტრაჟის ჩატარების პირობებს აქტიურად ათანხმებენ¹¹³¹. შედეგად, ბევრი ორმხრივი

¹¹³⁰ ავტორმა მანამდე გამოუჩნა ნაშრომი, რომელიც იაპონიის კორპორატიულ სამართალში (რომელიც 2005 წელს იქნა მიღებული) სამხრივი 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. Yoshihisa Hayakawa, *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)

¹¹³¹ ერთ ერთ ნაშრომში ავტორმა მიმოიხილა უცხოური ბიზნეს კორპორაციებისა და იმ მთავრობების საქმიანობა, რომელთაც ბიზნეს კორპორაციები ლობირებდნენ 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 და ავსტრალიელ ბიზნეს კორპორაციებს ტაილანდში შვილობილი კომპანიების ქსელი უფრო მარტივად გაშალონ. ინვესტიციების დაცვისა და წახალისების შესახებ ხელშეკრულება ტაილანდს, გერმანიასა და ავსტრალიას შორის მოიცავს საარბიტრაჟო პირობას, რომელიც უცხოური ბიზნეს კორპორაციებსა და ტაილანდის სახელმწიფოს შორის შესაძლოდ წარმოქმნილ დავებს აგვარებს. მეტი ინფორმაციისთვის იხილეთ შენ. 25.

საინვესტიციო შეთანხმება დღეს ინვესტორი ქვეყნის მიერ ჩადებულ საინვესტიციო არბიტრაჟის წარმოების შესაძლებლობის შესახებ პირობის ჩართვას გაიზიარებს¹¹³².

ივესტორი 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 ტრიბუნალ ან ყოველ შემთხვევაში ტრიბუნალის უმრავლესობა მხოლოდ საქმესთან დაკავშირებულ ფაქტებს განსაზღვრავს და მათ შესაბამის კანონს შეუფარდებს. ამაზე დაყრდნობით, ისინი გადაწყვეტილებებს მიიღებენ: მაგალითად თუ სახელმწიფომ დაარღვია კონტრაქტი, ისინივე განსაზღვრავენ, თუ რამდენს დააკისრებენ სახელმწიფოს ინვესტორის დასაკმაყოფილებლად მის მიერ განცდილი ზარალის ასანაზღაურებლად. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, საინვესტიციო ხელშეკრულების არბიტრაჟი არის სამართლებრივი იარაღი მასზე, რომ განვითარებული ქვეყნებისთვის ბილო დაცვითი ხაზი მოიხსნას.

ინვესტორებისა და განვითარებული ქვეყნების გადმოსახედიდან, სუვერენულობის უპირატესობის მოხსნა (ისევე როგორც მოლაპარაკებისას მომგებიანი პოზიციის განეიტრალება) განვითარებადი ქვეყნისთვის აუცილებელია, რომ დავის გადაწყვეტის პროცესში “სამართლიანი” განხილვა წარიმართოს.

4. მკაფიო ჩრდილოეთ-სამხრეთის პრობლემა

ერთმნიშვნელოვნად არსებობს დიდი სხვაობა მატერიალური დოვლათის მხვრივ განვითარებულსა და განვითარებადი ქვეყნებს შორის. იმისდა მიუხედავად, რომ რიგი განვითარებადი ქვეყნების ეკონომიკური ზრდა შთამბეჭდავია, უთანასწორობის ჩრდილოეთ სამხრეთის პრობლემა მაინც აღსანიშნავია. ძალიან ბევრი განვითარებადი ბიზნეს კორპორაცია განვითარებულ ქვეყნებში იყენებს განვითარებად ყვეყნებს საწარმოო საფუძვლის სახით, რადგან მათ გააჩნიათ იაფი მუშა ხელი და გასაღების ბაზარი წარმოებული პროდუქციისთვის. მაშინაც კი, როცა განვითარებული ქვეყანა უზრუნველყოფს ოფიციალური განვითარების თანამშრომლობის დოკუმენტს (ODA) განვითარებად ქვეყანაში ინფრასტრუქტურის მშენებლობის მიზნით, ბიზნეს კორპორაციები განვითარებულ ქვეყანაში იზოგჯერ იგივე ინფრასტრუქტურული პროექტის ფარგლებში ძალიან დიდი მოგებას პოულობენ¹¹³³.

ამ ფონის მიუხედავად, განვითარებული ქვეყნები შესაძლოა მოიხიბლონ იმავე ტაქტიკის გამოყენებით, იმისთვის, რომ სწრაფად დაეწიონ განვითარებულ ქვეყნებს. ერთ ერთი ასეთი ტაქტიკაა, მაგალითად, მოიზიდონ ინვესტიციები სხვა უცხოური ქვეყნებიდან მათთვის – მათი საინვესტიციო პროექტებისთვის პრივილიგირებული პირობების შეთავაზებით, შემდეგ კი – როცა ინვესტორი საკუთარ პროექტს დაასრულებს და მისი

¹¹³² იხ. UNCTAD *Quantitative data on bilateral investment treaties and double taxation treaties*, <http://archive.unctad.org/templates/webflyer.asp?intItemID=3150&lang=1> (ეწვია 16 მაისს, 2012) (აღსანიშნავია ორხმრივი საინვესტიციო ხელშეკრულების მხარდი რიცხვი 385-დან 1989 ში, 2265-მდე 2003 სთვის, რამაც 176 ქვეყანა მოიცვა). იხ. ასევე ემპირიული კვლევა საინვესტიციო ხელშეკრულებებთან დაკავშირებით, სადაც საინვესტიციო არბიტრაჟის პირობა იყო ჩადებული... Jason Webb Yackee, “Conceptual Difficulties in the Empirical Study of Bilateral Investment Treaties,” 33 *Brook. J. Int’l L.* 405 (2007-2008) at 427... <http://www.oecd.org/dataoecd/51/35/44375975.pdf>

¹¹³³ შესაბამის პირობაზე დამყარებული დახმარების თანაფარდობა; იხ. Clay, Edward 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) p.8 at <http://www.oecd.org/dataoecd/51/35/44375975.pdf>

შესყიდვა გაცილებით ნაკლებ ფასად მოხერხდება, აღნიშნული პირობები შეცვალონ¹¹³⁴. კიდევ ერთი ტაქტიკაა¹¹³⁵, მაგალითად, მასპინძელ ქვეყანაში ეროვნული სასამართლოს გამოყენება მოხლოდ ადგილობრივი, ნაციონალური კომპანიების სასარგებლოდ თუკი რაიმე სადაო 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 ბერკეტი იმ წინააღმდეგობის საპირისპიროდ, რომელიც განვითარებადი ქვეყნებიდან მომდინარეობს.

III. ბიზნეს კორპორაციები, რომლებიც საერთაშორისო სამართლას 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 მხროვ განვითარებული ქვეყნები განვითარებად ქვეყნებთან ერთად თანაბარ მდგომარეობაში არიან წარმოდგენილები.

თუმცა, საინვესტიციო ხელშეკრულების საარბიტრაჟო საქმეების მკვეთრმა მატებამ საერთაშორისო სამართლის ფარგლებში არსებული სიტუაცია შეცვალა. მას მერე, რაც არსებული ხელშეკრულების ფარგლებში საინვესტიციო არბიტრაჟთან დაკავშირებული პირობა ჩაიღო, 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, ასი პროცენტით მეორე კორპორაციის შვილობილი მესამე ქვეყანაში და დედა კორპორაცია მისი, ანუ შვილობილი კორპორაციის ყველა ასპექტს აკონტროლებს. ასეთ შემთხვევაში, ჩაითვლება თუ არა ბიზნეს კორპორაცია “ნაციონალურ კორპორაციად” (მკვიდრად) კონტრაქტული სახელმწიფოს მიერ BIT –ს მიხედვით? გავლენიანი ICSID 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 სუბიექტი¹¹³⁶. ეს იმას ნიშნავს, რომ თუ BIT –ს ნაციონალობასთან დაკავშირებით რაიმე პირობა განსაზღვრული აქვს, რომელიც ამ ფორმალურ მიდგომას არ ეთანხმება, ამავე პირობის ფარგლებში განსაზღვრული ტესტის

¹¹³⁴ 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

¹¹³⁵ იხილეთ. 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)

¹¹³⁶ Tokios Tokelés v. Ukraine (2005) 20 ICSID Rev-FILJ 205

გამოყენება¹¹³⁷ მიზანშეწონილია. თუ BIT –ს ექსპრეს პირობა არ გააჩნია, ან პირობა, რომელიც რომელიც სახელმწიფოს ფარგლებში “არსებით კონტროლს” ეხება, კორპორაცია ჩაითვლება მკვიდრად იმ სახელმწიფოში, რომელთანაც ინკორპორირდება¹¹³⁸.

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 მიმართ¹¹³⁹.

¹¹³⁷ 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> მეორეს მხრივ, BIT-ს ნაწილი ერთ ან რამოდენიმე ტესტს საჭიროებს, აშშ 2004 წლის BIT-ის მოდელის ჩათვლით

<http://italaw.com/documents/USmodelbitnov04.pdf> ან კიდევ არსებითი ეკონომიკური საქმიანობის ადგილას სხდომის გამართვით, BIT შრი ღანკის მოდელი

<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/136%20volume%205.pdf>

¹¹³⁸ მიუხედავად იმისა, რომ იაპონიასა და ჩეხეთის რესპუბლიკას BIT არ აქვთ, იაპონიის კორპორაციამ შექმნილი ჩეხეთის წინააღმდეგ საარბიტრაჟო სარჩელის შეტანა. იაპონური კორპორაციამ (ნიმურა) ჰოლანდიაში ჩამოაყალიბა შეიღობილი კომპანია (სალუკი ინვესტმენტსი ბე), ხოლო მან თავის მხრივ ინვესტიციები ჩეხეთში დააბანდა. მას მერე, რაც წარმოიქმნა დავა, შეიღობილი 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 გვ. 229-230.

¹¹³⁹ ავტორი კვლევით პროექტში რიგ ექსპერტებთან ერთად ერთეულს, მათ შორისაა მოქმედი იურისტები და ბიუროკრატები, სადაც ციფრებით მიმდინარე რეჟიმში ICSID-ს გადაწყვეტილებათა გაანალიზება მიმდინარეობს, ისევე როგორც სხვა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების, ასევე ამ საქმეების გადახედვა რეგულარული რეჟიმით წარმოებს. იმისთვის, რომ იაპონიის ბიზნეს კორპორაციები და მოქმედი იურისტები საინვესტიციო სახელშეკრულებო არბიტრაჟით დაინტერესდნენ, საქმეების მიმოხილვა მათთვის იაპონურ ენაზე მოხსენებებში ყოველთვიურად წარმოებს (იურიდიული ჟურნალით), მეტი ინფორმაციისთვის იხ. Shotaro Hamamoto, “Victor Pey Casado and *President Allende Foundation v. Republic of Chile* (ICSID Case No. ARB/98/2),” 56 (10) JCA Journal 4 (2009); Yasuhiro Okuda, “*Plama Consortium Ltd v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24),” 56 (11) JCA Journal 10 (2009); Ichiro Araki, “*Continental Casualty Co v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/09),” 56 (12) JCA Journal 2 (2009); Kazushige Ogawa, “*Occidental Exploration and Production Co v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/11),” 57 (1) JCA Journal 36 (2010); Shinpei Yamamoto, “*Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/04/13),” 57 (2) JCA Journal 8 (2010); Naoki Iguchi, “*Societe General v. Dominican Republic* (LCIA Case No. UN7927),” 57 (3) JCA Journal 10 (2010); Naoki Idei, “*Perenco Ecuador Ltd v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/6),” 57 (3) JCA Journal 19 (2010); Yoko Nomiyama, “*Malaysian Historical Salvors Sdn., Bhd. v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10),” 57 (4) JCA Journal 26 (2010); Yoshihisa Hayakawa, “*Sempra Energy International v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16),” 57 (5) JCA Journal 19 (2010); Shinichiro Hayakawa, “*L.E.S.I. S.p.A. & ASTALDI S.p.A. v. Algeria* (ICSID Case No. ARB/05/3),” 57 (6) JCA Journal 20 (2010); Isomi Suzuki, “*Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh* (ICSID Case No. ARB/05/7),” 57 (7) JCA Journal 18 (2010); Koji Nishimoto, “*Renta 4 SVSA, Ahorro Co v. Russia* (SCC Case No. 24/2007),” 57 (8) JCA Journal 18 (2010); Tomoko Ishikawa, “*Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/03/29),” 57 (9) JCA Journal 26 (2010); Shimpei Yamamoto, “*Romak S.A. v. Uzbekistan* (PCA Case No. AA280),” 57 (10) JCA Journal 16 (2010); Shotaro Hamamoto, “*Sempra Energy International v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16),” 57 (10) JCA Journal 25 (2010); Isomi Suzuki, “*Giovanna A Beccara and Others v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/5),” 57 (11) JCA Journal 20 (2010); Ichiro Araki, “*Merrill & Ring Forestry v. Canada* (UNCITRAL Case),” 57 (11) JCA Journal 29 (2010); Naoki Iguchi, “*Vito G. Gallo v. Canada* (Permanent Court of Arbitration),” 57 (12) JCA Journal 11 (2010); Kazushige Ogawa, “*ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan* (ICSID Case No. ARB/08/2),” 57 (12) JCA Journal 18 (2010); Yoshihisa Hayakawa, “*Mobil Corporation and Others v. Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27),” 58 (1) JCA Journal 28 (2011); Takamichi Inose, “*Europe Cement Investment and Trade S.A. v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB(AF)/07/2),” 58 (2) JCA Journal 18 (2011); Kazushige Ogawa, “*Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production*

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 შემაჯავალი წევრების). ფაქტობრივად, საინვესტიციო არბიტრაჟის საქმეებზე მომუშავე მრავალი არბიტრი პროფესიონალია, სწორედ ის პირები რომლებიც საზღვრის ორივე მხარეს არსებული კომპანიების ბიზნეს დაგეგმვაზე¹¹⁴⁰ მუშაობდნენ. კერძო ბიზნეს სამყაროში ბიზნეს კონტრაქტის სავალდებულო პირობები ყველაზე ყურადსაღები (გასათვალისწინებელი) სინამდვილეა. თუ არბიტრი უცაბედად კერძო სამართალში “სადი აზრის” პრინციპს დაეყრდნობა, ასეთ შემთხვევაში კონტრაქტის პირობები კერძო კონტრაქტის სუბიექტებად ითარგმნება. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, “სადი 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 დაგეგმვის მოგვარების საშუალებად იყენებენ¹¹⁴¹. ბუნებრივია, რომ ბიზნეს კორპორაციები შეეცდებიან დანიშნონ ისეთი არბიტრი, რომელსაც გააჩნია უნარყ მარტივად გაიგოს საინვესტიციო პროექტის

Corporation v. Grenada (ICSID Case No. ARB/10/6),” 58 (3) JCA Journal 28 (2011); Tomoko Ishikawa, “Chemtura Corporation v. Canada (UNCITRAL Case),” 58 (4) JCA Journal 28 (2011); Shotoro Hamamoto, “Malicorp Limited v. Republic of Egypt (CIRDI No. ARB/08/18),” 58 (5) JCA Journal 27 (2011); Naoki Idei, “Fraport AG Frankfurt Airport Service Worldwide v. Republic of the Philippines (ICSID Case No. ARB/03/25 (Annulment Procedure)),” 58 (6) JCA Journal 30 (2011); Shimpei Yamamoto, “Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., Jerry Montour, Arthur Montour, Kenneth Hill v. United States of America (UNCITRAL Rules),” 58 (7) JCA Journal 32 (2011); Ichiro Araki, “Yury Bogdanov v. Republic of Moldova, SCC Arbitration No. V (114/2009)” 58 (8) JCA Journal 46(2011); Takamichi Inose, “Eureko B.V. v. The Slovak Republic, PCA Case No. 2008-13 (UNCITRAL Rules)”, 58 (9) JCA Journal 32(2011); Isomi Suzuki, “Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18”, 58(10) JCA Journal 34(2011); Naoki Iguchi, “GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/16”, 58(11) JCA Journal 40(2011); Takashi Koyama, “Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia (UNCITRAL Rules),” 58(12) JCA Journal 46(2011); Shotoro Hamamoto, “Italian Republic v. Republic of Cuba”, 59(2) JCA Journal 22 (2012); Yoshihisa Hayakawa, “Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17”, 59(3) JCA Journal 14(2012); Shinpei Ishido, “Hochtief AG v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/31”, 59(4) JCA Journal 22(2012).

¹¹⁴⁰ არაა რთული დავადგინოთ თუ ვინ იყო არბიტრი თითოეულ ICSID გახსნილ საქმეში; იხ. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=ViewAllCases>

¹¹⁴¹ 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 არბიტრაჟში – როგორც მოსარჩელე მხარის მიერ დანიშნული არბიტრი. მეტი მასალისთვის გადაამოწმეთ 35 შენიშვნით მოყვანილი მონაცემთა ბაზა (ვებ გვერდზე).

ფაქტობრივი ისტორია (ფონი), ბიზნეს კორპორაციის რეალური ჩანაფიქრი აღნიშნული პროექტის ფარგლებში და თავად დავის წარმოშობის მიზეზი¹¹⁴².

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 საქმეები 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 პოზიცია; სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ახალი პერსპექტივის შემოტანა და საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის დაშვება საჯარო საერთაშორისო სამართლის სივრცეში ასევე ამ ცვლილების შედეგია.

5. სახელმწიფოები განვითარებულ ქვეყნებში ასევე ერთმანეთთან კონკურენციაში იმყოფებიან

განვითარებულ ქვეყნებში სუვერენულობის გარკვეული გამოვლინების ტიპი ასევე შეზღუდულია საერთაშორისო სახელმწიფოებო საინვესტიციო რეჟიმის მიხედვით. ასეთი ტიპის არბიტრაჟი მუშაობს კერძო სამართლის ე. წ. “სალი აზრის” შემოჭრით საერთაშორისო სამართლის პრაქტიკაში.

გარდა ამისა, არ უნდა დაგვაფიქვდეს, რომ განვითარებული ქვეყნებიც კი კერძო ბიზნეს კორპორაციებისთვის დახმარების გაწვევისათვის მიმართულ ზეწოლას განიცდიან. თანამედროვე მსოფლიოს ბიზნეს გარემოში, ბიზნეს კორპორაცია მარტივად აფუძნებს შვილობილ კომპანიას უცხო ქვეყანაში როგორც ერთგვარ პლატფორმას შემდგომი ინვესტირებისათვის – თუკი ის თვლის, რომ ეს ქვეყანა მისთვის საიმედო ბიზნეს გარემოს სთავაზობს¹¹⁴³. აუცილებლობის შემთხვევაში, ბიზნეს კორპორაციას 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 ითანამსრომლონ. შესაბამისად, ინვესტიციების მოსაზიდად განვითარებული ქვეყნები ერთმანეთთან კონკურენციაში იმყოფებიან.

განვითარებულ ქვეყნებში კონკურენცია მიმდინარეობს, ისინი ცდილობენ კერძო ბიზნეს კორპორაციების ზეწოლით საერთაშორისო სამართლის კუთხით ახალი სამართლებრივი წესრიგი შექმნან.

ბოლო შენიშვნები

საარბიტრაჟო სამუშაო ჯგუფის ბოლო საქმიანობის მახასიათებელია (UNCITRAL) განსაკუთრებით 45 დან 52 სესიებამდე, იგივე ბახრეინში 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,

¹¹⁴² კოლეგიის მუშაობის სტანდარტული ნაწილია გამოიკვლიოს ის დეტალები პოტენციურ არბიტრებისა, რომელიც მათ ისტორიას და საქმისადმი მიდგომას გულისხმობს და თუ ასეთებად შეირჩევიან – მათი ხედვის შესახებაც ინფორმაცია გაიღოს. იხ. Yoshihisa Hayakawa, 58 (5) JCA Journal 5 (2010).

¹¹⁴³ იხ. შენიშვნა 26

რომელსაც მსოფლიო დონის პრაქტიკა გააჩნდა და სხვადასხვა დიდი ბიზნეს კორპორაციებს წარმოადგენდა. არის ამრიგად ბაჰრეინის ჩართულობა გაეროს საკანონმდებლო პროცესში უშუალოდ ბაჰრეინის სახელმწიფოს ჩათულობის ტოლფასი? ან იქნებ სახელმწიფო ჩართულობა პირდაპირი მონაწილეობის მაჩვენებელია კერძო ბიზნეს სამართლის ფირმებისა თუ ბიზნეს კორპორაციების გაეროში საკანონმდებლო პროცესის მიმდინარეობისას¹¹⁴⁴?

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 გამოწვევას ბიზნეს კორპორაციებისთვის.

უნდა მოვეკიდოთ ამ ფენომენს, როგორც წინ გადადგმულ ნაბიჯს? თუ მივიჩნით იგი ქაოსად? ეს ფენომენი სხვა სფეროებზეც გავცეკვდება? როგორ უნდა შევხვდეთ ასეთი ტიპის გამოწვევებს?

¹¹⁴⁴ 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 წარმოადგენენ 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>.

KIMBERLEE K. KOVACH

**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 mediation [FN1] has increased remarkably over the last 20 years. [FN2] While other ADR processes such as arbitration, [FN3] neutral case evaluation, [FN4] and the summary jury trial [FN5] have been used increasingly more often, particularly within the court system, [FN6] mediation has become the most widely used. [FN7] And although the use of mediation is not without criticism, [FN8] particularly within family law matters, [FN9] the mediation boom continues. [FN10] 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 1989 [FN11] to over 2000 statutes in 1995. [FN12] 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. [FN13]

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. [FN14] One scholar has even recently labeled this entire new culture “liti-mediation” [FN15] 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, [FN16] others see it as inevitable, noting that the litigation system and ADR have common elements. [FN17] 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, [FN18] and few cases exist on issues such as Rule 16 good faith participation in pretrial conference [FN19] 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. [FN20] 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. [FN21] 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; [FN22] who should or might regulate the practice of ADR; [FN23] and what training and background neutrals must possess. [FN24]

My focus is not, however, on the neutral mediator or her behavior. Rather, it is on the other participants, [FN25] particularly the lawyer-representatives. [FN26] As the way we approach dispute resolution changed, literature became abundant with articles about the effect on courts and the legal system, [FN27] the parties, [FN28] and even the role of the lawyer as mediator. [FN29] Although lawyers were given new methods for addressing the disputes of their clients, very little was provided in the way of guidance. [FN30] 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, [FN31] 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. [FN32] No courses or other law school activity, with one exception, [FN33] 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 organized bar and CLE providers to offer this practical education, [FN34] 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. [FN35] Participants, and in particular attorney-advocates [FN36] find that old behaviors are no longer helpful nor appropriate. In fact, previously learned tactics can often damage the potential for resolution. [FN37] 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, [FN38] 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. [FN39]

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. [FN40] While controversial, and in some jurisdictions still unsettled, mandatory mediation is on the increase. [FN41] However, this article will not continue the debate

about 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, [FN42] 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, [FN43] others urge that mediation be a constant process across contexts. [FN44] Whether the dispute has been legalized [FN45] 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. [FN46] 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, [FN47] including the concept of good faith, [FN48] 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, [FN49] 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. [FN50]

B. Other Issues Distinguished from Good Faith

Many procedures which foster settlement through mediation exist. [FN51] These include obligatory attendance at a mediation; [FN52] payment of mediator's fee; [FN53] a required exchange of information; [FN54] and even the payment of a penalty if one does not do better at trial than at mediation. [FN55] Attendance at mediation along with an exchange of information are treated as critical elements of good faith. [FN56] 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. [FN57] 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. [FN58] 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, [FN59] 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. [FN60] 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, [FN61] however problematic. [FN62] 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. [FN63] 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. [FN64] This will be addressed in a later section. [FN65]

III. Current Status of Good Faith in Mediation

Although the issue of good faith in dispute resolution procedures has been addressed elsewhere, [FN66] the dilemma of conflicting positions on the matter of good faith which arose in Texas, [FN67] 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. [FN68] Reference to additional states and practices can be instructional.

The field of mediation, which has developed over twenty years, [FN69] is now viewed as having two distinct foci--community-based [FN70] and court-annexed. [FN71] However, prior to this development, mediation was used extensively in labor and collective bargaining matters. [FN72] 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. [FN73] 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. [FN74] An employer's failure to bargain as prescribed was seen as unfair. [FN75] Though often termed a duty to bargain in good faith, such conduct can also be seen as good bargaining practice. [FN76]

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. [FN77] Instead, the negotiator's duty is to “engage in discussion” and listen to proposals as well as provide basis for disagreement. [FN78] 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.” [FN79]

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. [FN80] For example, in Minnesota, in farmer-lender cases, there exists a clear obligation of good faith. [FN81] The statute, which concludes with a general catch-all phrase of “other similar behavior which evidences lack of good faith by the party,” [FN82] 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. [FN83] 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. [FN84] 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. [FN85]

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*. [FN86] 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.” [FN87] 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. [FN88]

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*. [FN89] 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. [FN90] 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. [FN91] 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. [FN92] Likewise, the Georgia Supreme Court acknowledged, in *Department of Transportation v. City of Atlanta*, [FN93] 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. [FN94] In a similar vein, Iowa's highest court in *Graham v. Baker* [FN95] 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. [FN96]

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 mediation [FN97] and a procedure for sanctions upon failure to comply. [FN98] In Maine, the legislature requires mediation in domestic relations cases to be in good faith. [FN99] 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. [FN100] Other states' statutes, such as those in Florida, Kansas and Washington, also include a good faith requirement for family law mediation. [FN101]

In addition to family law, other specialized applications of mediation have a requirement of good faith. Examples include mobile home mediation in Washington, [FN102] insurance claims in Florida, [FN103] and the mediation of labor matters for education in Kansas. [FN104] The Kansas statute also defines bad faith. [FN105] Perhaps the next step following the trend of required attendance at the mediation [FN106] 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. [FN107] FURTHERMORE, THE PLEADING MUST BE SIGNED BY THE PARTY. [FN108]

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. [FN109] 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 author [FN110] 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, [FN111] others, including scholars and courts, realize that without some requirement regarding participation, maybe even good faith, efforts to resolve the case may be futile. [FN112]

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, [FN113] have elsewhere gone on record as including good faith as part of mediation. [FN114]

And finally, many agreements which contain provisions requiring mediation of future disputes state and that the mediation is to be done in “good faith.” [FN115] 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 academic [FN116] and practice-oriented [FN117] 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. [FN118] 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. [FN119]

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. [FN120] 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. [FN121] 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.

Mediation facilitates negotiation; [FN122] 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. [FN123] 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. [FN124] The same rationale can apply to disputes in general, even though the presence of good faith or honesty in legal negotiation has been criticized. [FN125] 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; [FN126] 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. [FN127] In this instance, mediation would be fruitless. Where no desire or effort to settle exists in a distributive negotiation, [FN128] 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. [FN129] Although these tactics have been recognized as specific negotiation strategies to be employed, [FN130] others take a critical view of this conduct and urge change. [FN131] 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 problem [FN132]--particularly in litigation. [FN133] Much of mediation is done in a litigation context, the habitat of the adversary. [FN134] 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. [FN135] 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. [FN136] Noting that mediation may be different processes when involved in the court system, the phrase "liti-mediation" [FN137] 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. [FN138]

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, [FN139] 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. [FN140] 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. [FN141] 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. [FN142] Some will argue that misrepresentation and fraud are part of legal negotiation [FN143] 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 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, [FN144] it is imperative that the correct information is provided so that the assessment and evaluation have merit. [FN145] 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," [FN146] 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. [FN147] 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 parties are generally inclined to follow the court's directive, more specificity with regard to expected conduct would be helpful. [FN148]

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. [FN149] 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. [FN150] 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. [FN151]

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, [FN152] that is often the nature of legal concepts. [FN153] 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. [FN154] Although one alternative to good faith has been suggested, that is the concept of minimal meaningful participation [FN155] or just participation, [FN156] this too has been noted to be just as difficult to define with precision as the term good faith. [FN157]

Mediation itself is a definitional dilemma [FN158]--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. [FN159] 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. [FN160]

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 process. [FN161] Currently, a mediator is able to disclose only that a party has failed to appear for mediation. [FN162] 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. [FN163] 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. [FN164] 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. [FN165]

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. [FN166] 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; [FN167] others are not as enthusiastic. [FN168] 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 standards [FN169] and are also established by legal requirements. [FN170] When mediation statutes were first enacted in Texas, for example, a broad sweeping statement of the confidential nature of the process was made. [FN171] Yet a close examination of this statute gives way to confusion. [FN172] All statements within a mediation are not confidential—not if they are otherwise discoverable. [FN173] 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. [FN174] 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. [FN175]

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. [FN176] 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. [FN177]

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. [FN178] 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; [FN179] some object to the policy of non-voluntary ADR [FN180] 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 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. [FN181] 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. [FN182] Unfortunately, the adversarial model, with its ethics, is pervading the ADR arena. [FN183] Despite efforts and the introduction of non-adversarial methods, the legal culture is still resisting movement from adversariness. [FN184] 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. [FN185] 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. [FN186] These values include the avoidance of coercion, a fair proceeding, a proceeding calculated to achieve its purpose and respect for litigant autonomy. [FN187] 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. [FN188]

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, [FN189] 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. [FN190] 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. [FN191] 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. [FN192] In addition, efforts by the community centers were made in small claims courts. [FN193] 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 Code [FN194] 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 disputes) level, followed by court usage. [FN195] 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. [FN196]

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? [FN197] 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. [FN198]

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. [FN199] 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. [FN200] 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. [FN201] 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 *608 intent to deceive the other side or use the process for self-gain, [FN202] 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. [FN203] Improvement of communication between the individuals in the process is critical to these objectives. [FN204] 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.

In the settlement-focused context, mediation helps to lower or remove barriers to settlement. [FN205] 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. [FN206] Therefore, the process should be as fair as can be. Mediation is looked at as bargaining in the shadow of the law; [FN207] and as such the law demands honesty and a need for information, especially for lawyers. [FN208]

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, [FN209] as well as the popularity of Getting to Yes, [FN210] most of the world still resolves conflict in a win-lose and higher authority context. [FN211] 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. [FN212] 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; [FN213] consequently we must enact rules to manage conduct in mediation as well. [FN214] Then, after a time of experience, and hence learning, good faith in mediation may become an integral part of the lawyer's behavior.

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. [FN215] 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 controversy [FN216] 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. [FN217]

Good faith does not obligate the parties to possess a sincere desire to resolve the matter. [FN218] 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. [FN219]

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 secret [FN220] 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. [FN221] 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. 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. [FN222]

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. [FN223] 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. [FN224] 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. [FN225]

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. [FN226]

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.” [FN227] 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. [FN228]

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. [FN229] 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. [FN230] 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. [FN231] Furthermore, the insurance company's failure to communicate with the insured can also be grounds for a finding of bad faith on the part of the insurer. [FN232] 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 performance [FN233] to the need for good faith in precontractual negotiations. [FN234] 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. [FN235] Moreover, when entering into a transactional negotiation, a preliminary step to formation of a contract is establishment of the relationship between the parties. [FN236] 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." [FN237] 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, [FN238] others suggest that good faith in transactions can only be determined on a case-by-case basis. [FN239] Whether such conduct should be appraised through reasonable, fair, or decent standards, or community-based standards deals with another perspective. [FN240] 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." [FN241] 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 *615 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 actions which occur during the exchange segment of the negotiation. [FN242] Yet the mediation process really begins earlier. [FN243] Preparation and arrival for the mediation should be stages addressed by any good mediator. [FN244] 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; [FN245] and that a demonstration of good or bad faith is dependant on one's state of mind. [FN246] 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: [FN247] 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. [FN248] 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, [FN249] 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. [FN250] For a number of reasons, mediation must be essentially the same process; [FN251] 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. [FN252] 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, [FN253] for the process to be of any assistance, even in an evaluative mode, [FN254] 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.” [FN255]

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, [FN256] 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. [FN257] 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. [FN258]

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 court would likely be involved. If so, it is likely that the normal course of legal sanctions would be available--and advisable. [FN259] 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. [FN260] 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, [FN261] 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. [FN262] Ethical guidelines were enacted to prescribe conduct for the practicing attorney and have evolved over time. [FN263] The Model Code [FN264] was criticized as being too focused on litigation, and in 1983, the ABA enacted its Model Rules of Professional Conduct [FN265] with more focus on the lawyer's role in society. [FN266] 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, [FN267] although some argue otherwise. [FN268] It is precisely how one conducts himself in the advocate's role that dictates compliance with any standard. [FN269] Yet change of conduct within the adversarial system is not likely to be affected by ethical rules alone. [FN270] Perhaps redirecting conduct in mediation, as a truly separate paradigm for dispute resolution, can assist in redefining the role of lawyer. [FN271]

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 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, [FN272] 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. [FN273] 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. [FN274]

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];

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.

[FNa]. Lecturer, University of Texas School of Law; Chair-elect of the ABA Section of Dispute Resolution; B.S 1976, Ohio State University; J.D. 1979, Capital University.

[FN1]. 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.

[FN2]. See Judith Resnik, *Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, 10 Ohio St. J. on Disp. Resol. 211, 218 (1995).

[FN3]. Arbitration is an adversarial process by definition since the neutral makes a decision. See Goldberg et al., *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes* 199-200 (2d ed. 1992).

[FN4]. See generally David I. Levine, *Early Neutral Evaluation: A Follow-up Report*, 70 *Judicature* 236 (1987) (assessing the Northern District of California's experimental program of early neutral evaluation); Joshua D. Rosenberg & H. Jay Folberg, *Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis*, 46 *Stan. L. Rev.* 1487 (1994) (discussing the origins and development of early neutral evaluation).

[FN5]. For general discussion and background of the summary trial process, see James Alfini, *Summary Jury Trials in State and Federal Courts: A Comparative Analysis of the Perceptions of Participating Lawyers*, 4 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 213 (1989); Richard A. Posner, *The Summary Jury Trial and Other Methods of*

Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations, 53 U. Chi. L. Rev. 366 (1986); and Neil Vidmar & Jeffery Rice, Jury-Determined Settlements and Summary Jury Trials: Observations about Alternative Dispute Resolution in an Adversary Culture, 19 Fla. St. U. L. Rev. 89 (1991).

[FN6]. See Lucy V. Katz, Compulsory Alternative Dispute Resolution and Volunteerism: Two-Headed Monster or Two Sides of the Coin?, 1993 J. Disp. Resol. 1, 13; Resnik, *supra* note 2, at 218.

[FN7]. See John Lande, How Will Lawyering and Mediation Practices Transform Each Other?, 24 Fla. St. U. L. Rev. 839 (1997); Jeffrey W. Stempel, Reflections on Judicial ADR and the Multi-Door Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Overture or Fledgling Adulthood?, 11 Ohio St. J. on Disp. Resol. 297, 352-53 (1996).

[FN8]. See Margaret F. Brinig, Does Mediation Systematically Disadvantage Women?, 2 Wm. & Mary J. Women & L. 1, 6 (1995); Richard Delgado et al., Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution, 1985 Wis. L. Rev. 1359, 1361; Owen M. Fiss, Against Settlement, 93 Yale L.J. 1073, 1075 (1984); Trina Grillo, The Mediation Alternative: Process Dangers for Women, 100 Yale L.J. 1545, 1549 (1991).

[FN9]. See Penelope E. Bryan, Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power, 40 Buff. L. Rev. 441, 443 (1992).

[FN10]. States are continuing to enact statutes and implement new programs. See, e.g., N.C. Sup. Ct. R. 1-10 (1991) (amended 1996) (implementing mediated settlement conferences in superior court civil actions).

[FN11]. See Nancy H. Rogers & Craig A. McEwen, Mediation: Law, Policy, & Practice § 13:01 (2d ed. 1994).

[FN12]. See *id.*

[FN13]. See generally Edward F. Sherman, Court-Mandated Alternative Dispute Resolution: What Form of Participation Should Be Required?, 46 SMU L. Rev. 2079 (1993) (discussing the responsibilities of parties and their attorneys to participate in mandatory ADR).

[FN14]. See Rogers & McEwen, *supra* note 11, § 3:6.

[FN15]. See Lande, *supra* note 7, at 3-4.

[FN16]. See Carrie Menkel-Meadow, Pursuing Settlement in an Adversarial Culture: A Tale of Innovation Co-opted or “The Law of ADR”, 19 Fla. St. U. L. Rev. 1, 12 (1991); see also Rogers & McEwen, *supra* note 11, §§ 1:04, 13:01.

[FN17]. See Sherman, *supra* note 13, at 2082.

[FN18]. 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.

[FN19]. See Sherman, *supra* note 13, at 2089.

[FN20]. For a consideration of who should be making decisions about what real mediation is and, in particular, how it is practiced, see generally Kimberlee K. Kovach, *What Is Real Mediation, and Who Should Decide?*, 3 A.B.A. Disp. Resol. Mag. 5 (1996).

[FN21]. 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.

[FN22]. 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).

[FN23]. 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.

[FN24]. Difficulties arise because of the lack of consistency in training and education requirements. See Jay Folberg, *Certification of Mediators in California: An Introduction*, 30 U.S.F. L. Rev. 609, 609-10 (1996) (discussing a trend in California toward certification of mediators, rather than licensure); 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) [hereinafter SPIDR Report].

[FN25]. The term “participant” is used to refer to all those participating in the mediation, other than the mediator.

[FN26]. 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.

[FN27]. See generally James S. Kakalik et al., *An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation Under the Civil Justice Reform Act* (1996); Ronald J. Gilson & Robert H. Mnookin, *Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict between Lawyers in Litigation*, 94 Colum. L. Rev. 509 (1994) (exploring dilemma of prisoners in ADR the process); Carrie Menkel-Meadow, *Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)*, 83 Geo. L.J. 2663 (1995) (discussing how to know when to support or oppose a settlement).

[FN28]. See Craig A. McEwen & Richard J. Maiman, *Mediation in Small Claims Court: Achieving Compliance Through Consent*, 18 L. & Soc'y Rev. 11, 11 (1984) (associating the likelihood that parties will live up to their agreements more in mediation than in adjudication); Jessica Pearson & Nancy Thoennes, *Divorce Mediation: Reflections on a Decade of Research*, in *Mediation Research: The Process and Effectiveness of Third-Party Intervention* 9, 9-10 (Kenneth Kressel & Dean G. Pruitt eds., 1989) (discussing the use of non-adversarial approaches in contested child custody cases); Janice A. Roehl & Royer F. Cook, *Mediation in Interpersonal Disputes: Effectiveness and Limitations*, in *Mediation Research: The Process and Effectiveness of*

Third-Party Intervention, 31, 32 (Kenneth Kressel & Dean G. Pruitt eds., 1989) (discussing the effectiveness of resolution of disputes between conflicting parties).

[FN29]. See Leonard L. Riskin, *Toward New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation*, 26 *Ariz. L. Rev.* 329, 329-30 (1984); Leonard L. Riskin, *Mediation and Lawyers*, 43 *Ohio St. L.J.* 29, 29-30 (1982) [hereinafter Riskin, *Mediation and Lawyers*] (identifying mediators as the primary method to resolve disputes and lawyers growing involvement in this method of dispute resolution); Karen A. Zerhusen, *Reflections on the Role of the Neutral Lawyer: The Lawyer As Mediator*, 81 *Ky. L.J.* 1165, 1166 (1992-93).

[FN30]. Very little has been written directed to the lawyer advocate. But see Eric R. Galton, *Representing Clients in Mediation* at vii-xi (1994) (providing insight to trial lawyers in the mediation process); John S. Murray et al., *Processes of Dispute Resolution* (2d ed. 1996) (focusing on the role of lawyers in alternatives to litigation, such as negotiation, mediation, and arbitration); David Plimpton, *Mediation of Disputes: The Role of the Lawyer and How Best to Serve the Client's Interest*, 8 *Me. B.J.* 38, 38, 40-44 (1993) (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).

[FN31]. 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*].

[FN32]. See James H. Stark, *Preliminary Reflections on the Establishment of a Mediation Clinic*, 2 *Clin. L. Rev.* 457, 458 (1996). 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).

[FN33]. 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.

[FN34]. See *MacCrate Report*, supra note 31, at 273-317.

[FN35]. 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).

[FN36]. "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.

[FN37]. One must realize that in mediation it takes the agreement of the person across the table to reach a resolution.

[FN38]. But see Carrie Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World*, 38 *Wm. & Mary L. Rev.* 5, 6 (1996) (arguing that the adversary system is inadequate for satisfying important goals of any legal or dispute resolution system).

[FN39]. See generally Frank E.A. Sander & Stephen B. Goldberg, *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure*, 10 *Negotiation J.* 49 (1994) (detailing methods of matching ADR processes with specific case characteristics).

[FN40]. See Katz, *supra* note 6, at 1-2; Andreas Nelle, *Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework*, 7 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 287, 304 (1992); Resnik, *supra* note 2, at 218-19; Sherman, *supra* note 13, at 2085-86; David S. Winston, *Comment, Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: "You Can Lead A Horse to Water...."*, 11 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 187, 188 (1996).

[FN41]. See N.C. Gen. Stat. § 7A-38.1(f) (1995) (requiring parties and their representatives to attend a pretrial mediated settlement conference).

[FN42]. See Sherman, *supra* note 13, at 2081-84; Winston, *supra* note 40, at 188.

[FN43]. See Leonard L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 *Harv. Negotiation L. Rev.* 7, 84457 (1996); Lande, *supra* note 7, at 844-57. Both Lande and Riskin urge the pluralist concept of mediation with inclusion of all approaches.

[FN44]. See Kimberlee K. Kovach & Lela P. Love, "Evaluative" Mediation Is an Oxymoron, 14 *Alternatives to the High Cost of Litig.* 31, 31 (1996).

[FN45]. 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.

[FN46]. See *infra* Part VIII.E.1 (discussing rationale for giving good faith a constant definition in differing contexts).

[FN47]. See Sherman, *supra* note 13, at 2096; Winston, *supra* note 40, at 197.

[FN48]. See James J. Alfini, *Trashing, Bashing, and Hashing It Out: Is This the End of "Good Mediation"?*, 19 *Fla. St. U. L. Rev.* 47, 63 (1991); Sherman *supra* note 13, at 2089; Tony Biller, *Comment, Good Faith Mediation: Improving Efficiency, Cost, and Satisfaction in North Carolina's Pre-trial Process*, 18 *Campbell L. Rev.* 281, 292 (1996).

[FN49]. 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.

[FN50]. 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.

[FN51]. See Rogers & McEwen, *supra* note 11, § 7:06.

[FN52]. 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).

[FN53]. See Rogers & McEwen, *supra* note 11, § 7:06; Nelle, *supra* note 40, at 303; Sherman, *supra* note 13, at 2089.

[FN54]. See Rogers & McEwen, *supra* note 11, § 9; Sherman, *supra* note 13, at 2089.

[FN55]. 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).

[FN56]. See *infra* Part VIII.D (discussing factors which could be included in a rule or statute compelling good faith).

[FN57]. See Rogers & McEwen, *supra* note 11, § 7:03; Katz, *supra* note 6, at 41.

[FN58]. 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.

[FN59]. See John Feerick et al., *Standards of Professional Conduct in Alternative Dispute Resolution*, J. Disp. Resol. 95, 101 (1995); *Model Standards of Conduct for Mediators*, *supra* note 22, § I.

[FN60]. See Craig A. McEwen et al., *Bring in the Lawyers: Challenging the Dominant Approaches to Ensuring Fairness in Divorce Mediation*, 79 Minn. L Rev. 1317, 1323 (1995).

[FN61]. See Feerick, *supra* note 59, at 95.

[FN62]. See Carrie Menkel-Meadow, *Ethics in Alternative Dispute Resolution: New Issues, No Answers From the Adversary Conception of Lawyers Responsibility*, 38 S. Tex. L. Rev. 405, 44246 (providing an analysis of the problems with enacting ethical guidelines in ADR).

[FN63]. 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.

[FN64]. 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).

[FN65]. See *id.*

[FN66]. See Alfini, *supra* note 48, at 63-66; Sherman, *supra* note 13, at 2089; Biller, *supra* note 48, at 291.

[FN67]. 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).

[FN68]. See Alfini, *supra* note 48, at 63; Winston, *supra* note 40, at 197-201; Biller, *supra* note 48, at 297.

[FN69]. See Rogers & McEwen, *supra* note 11, § 5:02.

[FN70]. See Karen Grover Duffey, Introduction to Community Mediation Programs: Past, Present, and Future, in *Community Mediation: A Handbook for Practitioners and Researchers* 21, 26-27 (Karen Grover Duffey et al. eds., 1991); see also Edith B. Primm, The Neighborhood Justice Center Movement, 81 *Ky. L.J.* 1067, 1075 (1992-93) (discussing reviews of the history of the community based movement).

[FN71]. See Resnik, *supra* note 2, at 218-19 (looking at the development of court-annexed ADR).

[FN72]. See Rogers & McEwen, *supra* note 11, § 5:01.

[FN73]. See Jay M. Dade, Note, Negotiating in Good Faith: Management's Obligation to Maintain the Status Quo During Collective Bargaining Under the Railway Labor Act, 2 *J. Disp. Resol.* 395, 395 (1992).

[FN74]. See Archibald Cox, The Duty to Bargain in Good Faith, 71 *Harv. L. Rev.* 1401, 1405 (1958).

[FN75]. See *id.* at 1401.

[FN76]. See *id.* at 1403.

[FN77]. *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 Charles B. Craver, Effective Legal Negotiation and Settlement 173-75 (2d ed. 1993) (discussing Boulwareism technique); Sherman, *supra* note 13, at 2092-93 (referring to the approach known as Boulwarism).

[FN78]. Cox, *supra* note 74, at 1411.

[FN79]. *Id.* at 1412 (citing *NLRB v. American Nat'l Ins. Co.*, 343 U.S. 395, 404 (1952)).

[FN80]. See Leonard L. Riskin, Two Concepts of Mediation in the FMHA's Farmer-Lender Mediation Program, 45 *Admin. L. Rev.* 21, 34 (1993).

[FN81]. See *Minn. Stat. Ann.* § 583.27(1)(a) (West 1996).

[FN82]. *Id.* § 583.27(1)(a)(6).

[FN83]. *Id.* § 583.27(1)(a).

[FN84]. *Id.* § 83.27(2).

[FN85]. See *id.* § 583.27(6)(a),(b).

[FN86]. 824 S.W.2d 247 (Tex. App.--Houston [1st Dist.] 1992, no writ).

[FN87]. *Id.* at 249.

[FN88]. See *id.* at 251; see also Charles J. McPheeters, Note, Leading Horses to Water: May Courts Which Have the Power to Order Attendance at Mediation Also Require Good-Faith Negotiation?, 2 J. Disp. Resol. 377, 380 (1992).

[FN89]. 605 So. 2d 988 (Fla. Dist. Ct. App. 1992).

[FN90]. See *id.* at 989.

[FN91]. See Halaby, McCrea, & Cross v. Hoffman, 831 P.2d 902, 908 (Colo. 1992) (en banc).

[FN92]. See *id.*

[FN93]. 380 S.E.2d 265 (Ga. 1989).

[FN94]. *Id.* at 268.

[FN95]. 447 N.W.2d 397 (Iowa 1989).

[FN96]. *Id.* at 401.

[FN97]. Ind. Code Ann. tit. 34, Appendix on ADR, Rule 2.1 (West 1996).

[FN98]. *Id.* at Rule 2.11. But see *State v. Carter*, 658 N.E.2d 618, 622 (Ind. App. 1995) (finding no bad faith).

[FN99]. Me. Rev. Stat. Ann. tit. 19, § 214(4) (West 1995).

[FN100]. *Bennett v. Bennett*, 587 A.2d 463, 464 (Me. 1991).

[FN101]. Fla. Stat. Ann. § 627.745(d) (West 1996); Kan. Stat. Ann. § 72-5430(c)(4) (1992); Wash. Rev. Code § 59.20.080(2) (1996).

[FN102]. Wash. Rev. Code §59.20.080(2) (1996).

[FN103]. Fla. Stat. Ann. § 627.745(d) (West 1996).

[FN104]. Kan. Stat. Ann. §§ 72-5427, 72-5430(c)(4) (1992).

[FN105]. *Id.* § 72-5430 (1992).

[FN106]. *Rogers & McEwen*, *supra* note 11, § 7:06.

[FN107]. Originally Tex. H.B. 433, 74th Leg., R.S. (1995), now Tex. Fam. Code Ann. § 3.522 (Vernon Supp. 1997).

[FN108]. Tex. Fam. Code Ann. § 3.522(b) (Vernon Supp. 1997).

[FN109]. See, e.g., Tex. Fam. Code Ann. §153.0071 (Vernon 1995) (listing procedures for alternative dispute resolution in suits affecting the parent-child relationship); Stewart W. Gagnon, Family Law Mediation Training Seminar, South Texas College of Law (Aug. 17, 1995) (on file with author).

[FN110]. See Telephone Interview by Gretchen M. Umbeck with bill's author, Honorable John Montgomery (June 1995). For additional detail, see Gretchen M. Umbeck, Good Faith in Resolving Disputes in The Family Courts: What H.B. 433 May Mean to Mediation in Texas, at 6 (discussing good faith requirement proposed by HB 433) (unpublished manuscript on file with author).

[FN111]. See Sherman, *supra* note 13, at 2094, 2112.

[FN112]. See Katz, *supra* note 6, at 21; McPheeters, *supra* note 88, at 391.

[FN113]. See Alfini, *supra* note 48, at 65-66; Galton, *supra* note 30, at 178; Sherman, *supra* note 13, at 2089-94.

[FN114]. 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 Eric R. Galton & Kimberlee K. Kovach, 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).

[FN115]. See Joseph Shade, The Oil and Gas Lease and ADR: A Marriage Made in Heaven Waiting to Happen, 30 Tulsa L.J. 599, 645 (1995).

[FN116]. Murray et al., *supra* note 30, § 36.01.

[FN117]. See generally Kimberlee K. Kovach, *Mediation: Principles and Practice* 16-18 (West 1994).

[FN118]. See Lande, *supra* note 7, at 3-4.

[FN119]. See Kovach, *supra* note 117, at 16-18; Christopher W. Moore, *The Mediation Process* 15 (2d ed. 1996); Lon L. Fuller, *Mediation--Its Forms and Functions*, 44 S. Cal. L. Rev. 305, 325 (1971).

[FN120]. See Sherman, *supra* note 13, at 2082.

[FN121]. See Francis E. McGovern, 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).

[FN122]. *Id.* at 2083.

[FN123]. See *Detroit & Toledo Shore Line R.R. v. United Transp. Union*, 396 U.S. 142, 155 (1969).

[FN124]. *Id.* at 150.

[FN125]. See Steven Hartwell, *Understanding and Dealing with Deception in Legal Negotiation*, 6 Ohio St. J. on Disp. Resol. 171, 185, 194 (1991); cf. Gerald B. Westlaufer, *The Ethics of Lying in Negotiation*, 76 Iowa L. Rev. 1219, 1272 (1990) (lying is a permanent and pervasive element in advocacy and law in general); James J. White, *Machiavelli and the Bar: Ethical Limitations on Lying in Negotiation*, 1980 Am. B. Found. Res. J. 926, 926-27.

[FN126]. See generally Menkel-Meadow, *supra* note 38 (discussing the inadequacy of the adversary system in ADR).

[FN127]. Howard Bedlin & Paul Nejelski, *Unsettling Issues About Settling Civil Litigation: Examining "Doomsday Machines," "Quick Looks" and Other Modest Proposals*, 68 *Judicature* 9, 12 (1984).

[FN128]. 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.

[FN129]. 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).

[FN130]. See Craver, *supra* note 77, at 177, 180-81, 189-90.

[FN131]. See also Marc A. Wites, *The Franchisor as Predator: Encroachment and the Implied Covenant of Good Faith*, 7 U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y 305 (1996). See generally Nicola W. Palmieri, *Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations*, 24 *Seton Hall L. Rev.* 70, 76 (1993) (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).

[FN132]. See Gilson & Mnookin, *supra* note 27, at 511 (zealous advocacy promotes endless and wasteful fighting that enrich attorneys at clients' expense).

[FN133]. See Thomas M. Reavley, *Rambo Litigators: Pitting Aggressive Tactics Against Legal Ethics*, 17 *Pepp. L. Rev.* 637, 637 (1990) (discussing the propensity for lawyers to be unprofessional, nasty, and intimidating); see also Robert A. Kagan, *Do Lawyers Cause Adversarial Legalism? A Preliminary Inquiry*, 19 *L. & Soc'y Inquiry* 1 (1994).

[FN134]. See Jaqueline Nolan-Haley, *Court-Mediation and the Search for Justice Through Law*, 74 *Wash. U. L.Q.* 47, 57-63 (1996); Menkel-Meadow, *supra* note 16, at 13-17.

[FN135]. See John S. Dzienkowski, *Lawyering in a Hybrid Adversary System*, 38 *Wm. & Mary L. Rev.* 45, 53 (1996); Menkel-Meadow, *supra* note 16, at 13-17.

[FN136]. While purposes vary, even mere settlement seems undermined when bad faith or deception occurs.

[FN137]. Lande, *supra* note 7, at 4-11.

[FN138]. 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).

[FN139]. Most mediated agreements are treated legally as any other contract. See *Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154.071* (Vernon Supp. 1997).

[FN140]. The aggrieved side went to court the following day and obtained sanctions.

[FN141]. 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.

[FN142]. 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.

[FN143]. See Hartwell, *supra* note 125, at 185.

[FN144]. 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).

[FN145]. See generally Marjorie Corman Aaron, *The Value of Decision Analysis in Mediation Practice, 1995 Negotiation J.* 123 (discussing the evaluation procedures in mediation).

[FN146]. I wonder how many cases actually reach trial. As we know, most cases settle. Statistical studies of whether cases later settle could be enlightening.

[FN147]. See *infra* Part VIII.E.4 (discussing the importance of education to the mediation process).

[FN148]. See *infra* Part VIII.D (outlining a number of behaviors, and suggesting these are elements of good faith).

[FN149]. See Palmieri, *supra* note 131, at 72.

[FN150]. 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).

[FN151]. See *Gleason v. Lawson*, 850 S.W.2d 714, 718 (Tex. App.--Corpus Christi 1993, no writ).

[FN152]. See *supra* Part III; *infra* Part VIII.C.

[FN153]. See, e.g., *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964) (Stewart, J., concurring) (defining obscenity).

[FN154]. For example, to assume “neutrality” and “fairness” in mediation can be problematic and a source

of debate. See Nancy H. Rogers & Richard A. Salem, *A Student's Guide to Mediation and the Law* §§ 6.01-6.05 (Times Mirror Books ed., 1987) (discussing the tension between the mediator's duty to be fair and the duty to be neutral).

[FN155]. See Sherman, *supra* note 13, at 2096.

[FN156]. See Iowa Code Ann. § 654A.11(3)(b) (West 1995); *Graham v. Baker*, 447 N.W.2d 397, 400 (Iowa 1989).

[FN157]. See Winston, *supra* note 40, at 193-205.

[FN158]. See, e.g., Kovach, *supra* note 20, at 5; Riskin, *supra* note 43, at 8.

[FN159]. See Sherman, *supra* note 13, at 2089.

[FN160]. See *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964) (Stewart, J., concurring).

[FN161]. See *supra* Part III.

[FN162]. 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).

[FN163]. Compliance with the court's order is but one element of the good faith requirement. See *infra* Part VIII.

[FN164]. See *Ethical Guidelines for Mediators*, *supra* note 22, at Guideline 10.

[FN165]. 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.

[FN166]. 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).

[FN167]. For detailed discussions of confidentiality in mediation, see Edward F. Sherman, *Confidentiality in ADR Proceedings: Policy Issues Arising from the Texas Experience*, 38 S. Tex. L. Rev. 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*, 36 S. Tex. L. Rev. 579, 590-608 (1995) (explaining the ambiguities and contradictions in confidentiality provisions).

[FN168]. This author is one of them. See also Alan Kirtley, *The Mediation Privilege's Transition From Theory to Implementation: Designing A Mediation Privilege Standard to Protect Mediation Participants*, the

Process and the Public Interest, 1995 J. Disp. Resol. 1, 50 (discussing instances where confidentiality may or may not be appropriate); Said, *supra* note 167, at 590-608 (discussing exceptions to confidentiality).

[FN169]. See Feerick, *supra* note 59, at 95; Ethical Guidelines for Mediators, *supra* note 22, at Guideline 8.

[FN170]. 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).

[FN171]. See, e.g., Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §§ 154.053, 154.073 (Vernon Supp. 1997).

[FN172]. See Said, *supra* note 167, at 599-600.

[FN173]. See Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154.073(c) (Vernon Supp. 1997).

[FN174]. See Sherman, *supra* note 167, at 563.

[FN175]. See Okla. Stat. Ann. tit. 12, § 1805(F) (West 1996); Wash. Rev. Code Ann. § 5.60.070(1)(g) (West 1996).

[FN176]. See Kirtley, *supra* note 167, at 50; Sherman, *supra* note 168, at notes 3138 and accompanying text.

[FN177]. See *id.* at 50-51.

[FN178]. See Minn. Stat. Ann. § 583.27 (West 1996).

[FN179]. See Rogers & McEwen, *supra* note 11, § 7:06.

[FN180]. See Katz, *supra* note 6, at 45-51.

[FN181]. 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.

[FN182]. See Robert J. Condlin, Bargaining in the Dark: The Normative Incoherence of Lawyer Dispute Bargaining Role, 51 Md. L. Rev. 1, 3 (1992); Jonathan M. Hyman, Trial Advocacy and Methods of Negotiation: Can Good Trial Advocates Be Wise Negotiators?, 34 UCLA L. Rev. 863, 863-65 (1987).

[FN183]. See Menkel-Meadow, *supra* note 38, at 37.

[FN184]. See Dzienkowski, *supra* note 135, at 53.

[FN185]. See Sherman, *supra* note 13, at 2082.

[FN186]. *Id.* at 2081-82.

[FN187]. See *id.* at 2084-89, 2094.

[FN188]. Cf. Nolan-Haley, *supra* note 134, at 51 (arguing that mediated agreements should often approximate the legal rights of the parties). See generally Robert A. Bush & Joseph P. Folger, *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).

[FN189]. See Feerick, *supra* note 59, at 101.

[FN190]. See Goldberg et al., *supra* note 3, at 7; Jacqueline M. Nolan-Haley, *Court Mediation and the Search for Justice Through Law*, 74 *Wash. U. L.Q.* 47, 57-58 (1996); Kwang-Taeck Woo, *A Comparison of Court-Connected Mediation in Florida and Korea*, 22 *Brook. J. Int'l L.* 605, 606 (1997).

[FN191]. 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.

[FN192]. 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).

[FN193]. See Goldberg et al., *supra* note 3, at 300; Woo, *supra* note 190, at 607.

[FN194]. See *Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann.* § 154 (Vernon Supp. 1997).

[FN195]. See *Florida Compendium*, *supra* note 192, at 262-68.

[FN196]. This represents the efficiency model of mediation. See Sherman, *supra* note 13, at 2081; cf. Bush & Folger, *supra* note 188, at 33-55.

[FN197]. See Robert A. Baruch Bush, *What Do We Need a Mediator For?: Mediation's "Value-Added" For Negotiators*, 12 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 1, 1 (1996).

[FN198]. See *supra* Part IV (discussing how the absence of good faith would thwart most of the process goals).

[FN199]. See Bush & Folger, *supra* note 188, at 2.

[FN200]. See Bush, *supra* note 197, at 19-20.

[FN201]. See *Tex Civ. Prac. & Rem. Code Ann.* §154.053(a) (Vernon Supp. 1997).

[FN202]. See *infra* Part VIII.B. (citing additional examples of what bad faith in the process might entail).

[FN203]. 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).

[FN204]. See Bush, *supra* note 197, at 28-29.

[FN205]. See Bush, *supra* note 197, at 12-13; see also Robert H. Mnookin, *Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict*, 8 Ohio St. J. on Disp. Resol. 235, 248-49 (1993).

[FN206]. See Resnik, *supra* note 2, at 243-44.

[FN207]. See generally Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 Yale L.J. 950, 996 (1979) (suggesting that “private ordering” outside the courtroom is “bargaining in the shadow of the law” and may facilitate dispute resolution).

[FN208]. See Bush, *supra* note 197, at 22-23.

[FN209]. Peer mediation programs teach mediation skills to students as early as kindergarten.

[FN210]. Roger Fisher & William Ury, *Getting To Yes: Negotiating Agreement Without Giving In* (2d ed. 1991).

[FN211]. See Karl A. Slaikeu, *When Push Comes to Shove: A Practical Guide to Mediating Disputes* 4-10 (1996).

[FN212]. See Malcolm S. Knowles, *The Modern Practice of Adult Education: from Pedagogy to Androgogy* 45-58 (1980); Frank S. Bloch, *The Andragogical Basis of Clinical Legal Education*, 35 Vand. L. Rev. 321, 329 (1982).

[FN213]. Witness the number of rules which guide and direct the practice of law, including rules of procedure, evidence, and ethics.

[FN214]. Some, however, are already skeptical about the impact of ethics rule changes upon lawyers' behavior. See Menkel-Meadow, *supra* note 38, at 38-40.

[FN215]. See Palmieri, *supra* note 131, at 201-13 (noting a duty of good faith in German and Italian precontractual negotiations).

[FN216]. 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”).

[FN217]. 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).

[FN218]. See Cox, *supra* note 74, at 1414 (discussing court rulings that good faith included demonstration of a present desire to resolve the case).

[FN219]. *Id.*

[FN220]. 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.

[FN221]. 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).

[FN222]. See Seymour Swerdlow, *Freedom of Contract in Labor Law: Burns, H.K. Porter, and Section 8(d)*, 51 *Tex. L. Rev.* 1, 29-32 (1972).

[FN223]. See Cox, *supra* note 74, at 1414 (quoting *NLRB v. Montgomery Ward & Co.*, 133 F.2d 676, 686 (9th Cir. 1943)).

[FN224]. See *Rutland Ry. Corp. v. Brotherhood of Locomotive Eng'rs*, 307 F.2d 21, 40-41 (2d Cir. 1962).

[FN225]. 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).

[FN226]. See Cox, *supra* note 74, at 1418-25.

[FN227]. 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).

[FN228]. 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).

[FN229]. See Mark Gergen, *A Cautionary Tale About Contractual Good Faith in Texas*, 72 *Tex. L. Rev.* 1235, 1236-44 (1994); Jeffrey E. Thomas, *A Case Study of Bad Faith Refusal to Settle: A Doctrinal, Normative, and Practical Analysis of Missouri Law*, 64 *UMKC L. Rev.* 695, 697-99 (1996). See generally D. R. Richmond, *An Overview of Insurance Bad Faith Law and Litigation*, 25 *Seton Hall L. Rev.* 74, 74-80 (1994) (discussing bad faith in insurance litigation).

[FN230]. See *Arnold v. National County Mut. Fire Ins. Co.*, 725 S.W.2d 165, 167 (Tex. 1987).

[FN231]. See Ray Chester, *First Party Bad Faith: How to Spot It and What to Do With It*, in *Seminar for Nationwide Insurance Company* 3-5 (1994) (on file with author).

[FN232]. See *Fidelity & Cas. Co. v. Underwood*, 791 S.W.2d 635, 647 (Tex. App.--Dallas 1990, no writ).

[FN233]. See *Restatement (Second) of Contracts* § 205 (1992); Richard Speidel, *The "Duty" of Good Faith in Contract Performance and Enforcement*, 46 *J. Legal Ed.* 537 (1996) (outlining the top ten items to know in regard to good faith in contracts).

[FN234]. See G. Richard Shell, *Opportunism and Trust in the Negotiation of Commercial Contracts: Toward A New Cause of Action*, 44 *Vand. L. Rev.* 221, 222-25 (1991); Palmieri, *supra* note 131, at 72.

[FN235]. 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.

[FN236]. 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 Ian R. Macneil, Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law, 72 *Nw. U. L. Rev.* 854 (1977) (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.

[FN237]. See U.C.C. § 2-103(a)(2) (1996).

[FN238]. See Palmieri, *supra* note 131, at 79.

[FN239]. See *id.*

[FN240]. See *id.*

[FN241]. See *id.* at 83.

[FN242]. For the various stages of negotiation, see Donald G. Gifford, *Legal Negotiation: Theory and Applications* 8 (1989).

[FN243]. See Kovach, *supra* note 117, at 24.

[FN244]. See *id.* at 70-77.

[FN245]. See Sherman, *supra* note 13, at 2093.

[FN246]. See Swerdlow, *supra* note 222, at 30-36.

[FN247]. At the end of this article is a draft of a sample statute and a rule which could be used to institute the requirement.

[FN248]. See Craver, *supra* note 77, at 109-10.

[FN249]. See Rogers & McEwen, *supra* note 11, § 11.02; SPIDR Report, *supra* note 24, at 9.

[FN250]. Mediation will likely provide additional cost and time savings. See, e.g., John A. Ready, National Pre-Suit Mediation Program, ABA Sect. on Litig. & Conflict Management 7 (1997) (discussing a natural program to encourage pre-suit resolution in insurance claims).

[FN251]. See Kovach & Love, *supra* note 44, at 31-32; see also Lela P. Love, The Top Ten Reasons That Mediators Should Not Evaluate, 24 *Fla. St. U. L. Rev.* 937 (1997) (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 Ann M. Burr, Building Reform From the Bottom Up: Formulating Local Rules for Bankruptcy Court-Annexed Mediation, 12 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 311, 348 (1997) (stating that a

national bankruptcy court-annexed mediation rule would promote uniformity); Craig A. McEwen et al., *Bring in the Lawyers: Challenging the Dominant Approaches to Ensuring Fairness in Divorce Mediation*, 79 Minn. L. Rev. 1317, 1362 (1995) (discussing how mediation programs differ widely and significantly, challenging regulation advocates who see uniformity in mediation).

[FN252]. See Love, *supra* note 251.

[FN253]. See, e.g., Lande, *supra* note 7, at 855.

[FN254]. See generally Riskin, *supra* note 43.

[FN255]. See Campbell C. Hutchinson, *The Case for Mandatory Mediation*, 42 Loy. L. Rev. 85, 93 (1996).

[FN256]. 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); David E. Robbins, *Securities Mediation: An Expedious Alternative to Arbitration*, Practising Law Institute, *Securities Arbitration* § 16.02 (1996) (giving an example of a mediator's introductory remarks).

[FN257]. See generally Jeffrey Z. Rubin & Frank E.A. Sander, *When Should We Use Agents? Direct vs. Representative Negotiation*, 4 *Negotiation J.* 395 (1988) (“consider[ing] several key distinctions between direct and representative negotiations”).

[FN258]. For the effect on confidentiality, see *supra* notes 169-80 and accompanying text.

[FN259]. See *National Hockey League v. Metropolitan Hockey Club, Inc.*, 427 U.S. 639, 643 (1976) (noting that sanctions also serve as a deterrent).

[FN260]. 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.

[FN261]. See generally Kevin Merida & Barbara Vobejda, *Promoting Return to ‘Civil Society’; Diverse Group of Crusaders Looks for New Solutions to Social Problems*, *Wash. Post*, Dec. 15, 1996, at A01 (discussing recent trend toward resolving social problems with civility).

[FN262]. See John S. Dzienkowski, *Professional Responsibility Standards, Rules and Statutes* 1 (1995-96); see also Edgar H. Schein, *Professional Education: Some New Direction* 8-9 (1972).

[FN263]. See generally James E. Moliterno & John M. Levy, *Ethics of the Lawyer's Work* 52-61 (1993) (accounting the development of legal ethics rules).

[FN264]. *Model Code of Professional Responsibility* (1969) (providing framework for ethical behavior of lawyers to be adopted by United States jurisdictions).

[FN265]. See Dzienkowski, *supra* note 261, at 3.

[FN266]. See Moliterno & Levy, *supra* note 262, at 60.

[FN267]. See Carrie Menkel-Meadow, *Is Altruism Possible In Lawyering*, 8 Ga. St. U. L. Rev. 385, 386-88 (1992) (discussing the various roles of the lawyer, including that which includes caring).

[FN268]. See Condlin, *supra* note 182, at 78-80; Hyman, *supra* note 182, at 863-64.

[FN269]. See Hyman, *supra* note 182, at 864.

[FN270]. See Menkel-Meadow, *supra* note 38, at 40.

[FN271]. See *id.* at 10-12.

[FN272]. See Dzienkowski, *supra* note 135, at 58-59 (discussing the role of legal education in the move away from adversarialism).

[FN273]. See *id.* at 57-58.

[FN274]. Apologies to Robert Frost.

ადვოკატთა მოვალეობები და პასუხისმგებლობა დავის გადაწყვეტისას
კეთილსინდისიერება მედიაციის ტიპის, რეკომენდაციის თუ მოთხოვნის სახით
დადგენილი? ახალი ეთიკა

I. შესავალი

დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის მეთოდებისა (დაგ) და კონკრეტულად მედიაციის [FN1] გამოყენების სიხშირე მნიშვნელოვნად გაიზარდა ბოლო 20 წლის განმავლობაში. [FN2] მაშინ როცა დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის (დაგ) სხვა პროცესები, როგორცაა არბიტრაჟი, [FN3] საქმის ნეიტრალური შეფასება, [FN4] და ნაფიცი მსაჯულების შემაჯაბელი მოსმენა [FN5] სულ უფრო ხშირად გამოიყენება, განსაკუთრებით სასამართლო სისტემაში, [FN6] მედიაცია ამ პროცესებს შორის ყველაზე უფრო ფართოდ არის გამოყენებული. [FN7] და მიუხედავად იმისა, რომ მედიაციის გამოყენებასთან დაკავშირებითაც არსებობს გარკვეული კრიტიკა, [FN8] განსაკუთრებით ეს ეხება საოჯახო სამართლის საკითხებს, [FN9] მედიაციის ბუმი *577 გრძელდება. [FN10] დიდი რაოდენობით კანონები იქნა 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 დოკუმენტიდან [FN11] 1995 წელს 2000 გვერდიან საკანონმდებლო აქტად გარდაიქმნა. [FN12] დაგ-ის სასამართლო სისტემაში ინტეგრაცია ახლო წარსულში იქნა განხორციელებული, რასაც ხელი შეუწყო დაგ--ის სავალდებულო ხასიათის განმსაზღვრელი სასამართლოს წესებისა და განკარგულებების ამოქმედებამ. [FN13]

დაგ-ის ასეთი გავრცელების პირობებში, განსაკუთრებით სასამართლო სისტემაში, ჩვენ გახლავართ „დაგ-ის შესახებ კანონის“ თავდაპირველი შემუშავების მოწმენი. უნდა აღინიშნოს, რომ დაგ-ის მეთოდების სასამართლო სისტემაში უფრო ხშირ გამოყენებასთან ერთად აშკარაა სასამართლო სისტემის დრამატული ზეგავლენა დაგ-ზე. სასამართლო სისტემის ზეგავლენა გამოიხატება წესების, პროცედურებისა და დაგ-ის მარეგულირებელი ნორმების რაოდენობის გაზრდაში, რაც მოცემულ ალტერნატიულ პროცესებს ახლოვებს სასამართლო საქმის წარმოების პროცედურულ ასპექტებთან. [FN14] ერთმა მეცნიერმა ამ ახალ კულტურას სახელწოდებაც კი მოუძებნა „ლიტი-მედიაცია“ [FN15], ამ შემთხვევაში ადვოკატები მედიაციას განიხილავენ როგორც სასამართლო საქმის წარმოების უბრალოდ ერთ-ერთ შემდგომ ნაბიჯს ან საშუალებას, რომელსაც საქმის დასრულებამდე მივყავართ.

მაშინ როცა ზოგიერთნი დაგ-ის ლეგალიზაციას კრიტიკულად განიხილავენ, [FN16] სხვანი ამ პროცესს გარდაუვალად მიიჩნევენ, აღნიშნავენ რა, რომ სასამართლო წარმოებასა და მედიაციას გააჩნია საერთო ელემენტები. [FN17] 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 ზემოთ ხსენებულ

საკითხს, და ვიმოქმედო იმ დაშვების ფარგლებში, რომ სასამართლო და საკანონმდებლო ორგანოები გააგრძელებენ გადაწყვეტილებების მიღებას დაგ-ის გამოყენებასთან დაკავშირებულ მრავალ ძირეულ და მნიშვნელოვან საკითხზე, და ეს განსაკუთრებით შეეხება მედიაციას. უნდა აღინიშნოს, რომ დაგ-ის გამოყენებასთან დაკავშირებული „სატელიტური“ საქმის წარმოება არ არის მნიშვნელოვანი ხასიათის, [FN18] და სახეზეა მხოლოდ რამდენიმე საქმე, რომლებიც ეხება ისეთ წესებს როგორცაა წესი 16 კეთილსინდისიერი მონაწილეობა საქმის წინასწარი მოსმენისას [FN19] და სხვა მსგავს საკითხებს. მაგრამ რამდენადაც გრძელდება დაგ-ის ინტეგრაცია სასამართლო სისტემაში, შეიძლება დავუშვათ, რომ გარკვეული დრამატული ხდომილებების არ არსებობის პირობებში, საკითხების წამოჭრასთან ერთად, მათი გადაჭრა მოხდება სასამართლოებისა და სხვა წესების შემქმნელი ინსტიტუტების მიერ. [FN20] უნდა ვაღიაროთ, რომ სასამართლოები და კანონშემოქმედი ინსტიტუტები ნაკლებად იცნობენ დაგ-ის პროცესებს, მიუხედავად ამისა, იმედია, რომ მოცემული ტიპის ინსტიტუტების ცოდნის დონის ამაღლება შედეგად მოიტანს უფრო გაცნობიერებულ გადაწყვეტილებებსა და უფრო ზუსტ დებულებებს. მაგრამ უპირველეს ყოვლისა, მოცემული პრაქტიკის კონტექსტში წამოჭრილი პრობლემები უნდა გადაჭრან იმ ერთეულებმა, ვინც გათვითცნობიერებულია ამ პრაქტიკებში პრაქტიკოსებმა, თეორეტიკოსებმა და აკადემიური წრეების წარმომადგენლებმა. [FN21] 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.

დაგ-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 პროცესში მათი ქცევისას; [FN22] ვინ უნდა ან შეიძლება დაარეგულიროს დაგ-ის პრაქტიკა; [FN23] და რა სახის ტრენინგები/ მომზადება უნდა გაიარონ მათ ან რა სახის გამოცდილებას უნდა ფლობდნენ ისინი. [FN24]

თუმცა, ჩემი ნაშრომი არ არის კონცეპტირებული ნეიტრალურ მედიატორზე ან მის ქცევაზე. ჩემი ანალიზი უფრო შეეხება პროცესის სხვა მონაწილეებს, [FN25] განსაკუთრებით ადვოკატ-წარმომადგენლებს. [FN26] რადგანაც დავის გადაწყვეტისადმი ჩვენი მიდგომა შეიცვალა, ლიტერატურაში მრავლადაა სტატიები, რომლებიც ეხება ამ პროცესის ზემოქმედებას სასამართლოებსა და სასამართლო სისტემაზე, [FN27] მხარეებზე, [FN28] და ადვოკატის როგორც მედიატორის როლზეც კი. [FN29] თუმცა ადვოკატები აღჭურვილნი არიან მათი კლიენტების დავების გადაწყვეტის ახალი მეთოდებით, ძალიან მცირე მასალა იქნა მიწოდებული მათთვის სახელმძღვანელო მითითებების ფორმით. [FN30] როგორც ჩანს, ადვოკატებისგან და სხვა მხარეებისგან, რომლებიც მონაწილეობას იღებენ ამ ახალ და უცხო პროცესში მოელიან, თითქმის ავტომატურად, მათი ქცევის ცვლილებას პროცესის ნიუანსების შესაბამისად. თუმცა ეს არ შეესაბამება რეალობას. სამართლის სკოლებმაც კი, რომელთა ამოცანაა, ნაწილობრივ მაინც, სტუდენტის პრაქტიკული საქმიანობისთვის მომზადება, [FN31] გაზარდეს იმ კურსების რაოდენობა, რომელიც ეძღვნება დაგ-ის საკითხებს; მიუხედავად ამისა, ყურადღება მაინც მახვილდება დაგ-ის ზოგად მიმოხილვაზე, ან მედიატორის უნარების განვითარებაზე კლინიკურ კონტექსტში. [FN32] არც ერთი კურსი ან სამართლის სკოლის სხვა აქტივობა, ერთი გამონაკლისის

გარდა, [FN33] არ არის კონცეტირებული მედიაციის პროცესში ადვოკატის როლზე. მიუხედავად ამისა, სკოლის დამთავრებისა და ლიცენზიის მიღების შემდეგ, მრავალი ახალი ადვოკატი, განსაკუთრებით ტეხასის, ფლორიდის, კალიფორნიის, ჩრდილოეთ კაროლინის და ვირჯინიის შტატებში, საკუთარ თავს მედიაციის პროცესში აღმოაჩენს. თუმცა ამ ტიპის პრაქტიკული განათლების უზრუნველყოფა ორგანიზებული ადვოკატთა ასოციაციებისა და შემდგომი იურიდიული განათლების (CLE) ინსტიტუტების პასუხისმგებლობაა, [FN34] ამის განოხირციელება 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. [FN35] მონაწილეები, და განსაკუთრებით კი წარმომადგენელი-ადვოკატები [FN36] აღმოაჩენენ, რომ ძველი ტიპის ქცევები აღარ არის სასარგებლო და ადექვატური. უფრო მეტიც, ადრე ნასწავლი ტაქტიკის განხორციელებამ ხშირად შესაძლოა ზიანი მოუტანოს გადაწყვეტის პოტენციას. [FN37] ვაღიარებ, რომ ადვოკატთა მიდგომისა და ქცევის შეცვლა ძალზედ 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 მოწინააღმდეგე 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, [FN38] მედიაცია ფართოდ სწორედ იმიტომ გამოიყენება, რომ იგი ძალზედ განსხვავებულ ალტერნატივას გთავაზობს. სასამართლო საქმის წარმოების სისტემა, რომელიც ეფუძნება მოგება-წაგების 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 არის საუკეთესო საკითხის გადასაჭრელად. [FN39]

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 დაკავშირებული საკითხები

ა. კონცეპტუალური მონახაზი

მედიაციაში მონაწილეობის საკითხები, და განსაკუთრებით კეთილსინდისიერი მონაწილეობა, გადახლართულია დაგ-ში სავალდებულო ან ძალდატანებით მონაწილეობასთან. [FN40] სავალდებულო მედიაციის გამოყენების შემთხვევები იზრდება, მისი სადავო ხასიათის და ზოგი იურისდიქციის შემთხვევაში ჯერ კიდევ ჩამოუყალიბებლობის მიუხედავად. [FN41] ამ სტატიაში 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 გადაწყვეტილებით მედიაციას, [FN42] 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, [FN43] სხვა კომენტატორები ამტკიცებენ, რომ მედიაციის პროცესი უცვლელი უნდა იყოს კონტექსტის მიუხედავად. [FN44] მოხდა თუ არა დავის სასამართლოში გადატანა, ამან [FN45] არ უნდა გამოიწვიოს ცვლილებები პროცესის წარმართვაში. ამიტომ, თუმცა ქვემოთ წარმოდგენილი იდეები და არგუმენტები ძირითადად შეეხება სასამართლოს გადაწყვეტილებით 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. [FN46] 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.

რამდენიმე სტატია შეისწავლის შემდეგ საკითხს რას ნიშნავს დაგ-ში მონაწილეობის მიღება?, [FN47] კეთილსინდისიერების კონცეფციის ჩათვლით, [FN48] ამასთან აქცენტი კეთდება სასამართლოს მიერ დანიშნულ მედიაციის პროცესზე. თუმცა დაგ-თან დაკავშირებული პერიფერული საკითხების განხილვა ზოგადად აუცილებელია წარმოდგენის შესაქმნელად, მე აქცენტს მხოლოდ მედიაცაზე და არა დაგ-ის სხვა პროცესებზე გავაკეთებ; მრავალ ასეთ პროცესს ახასიათებს სასამართლო საქმის წარმოების მსგავსი ელემენტები. ყველაზე სუფთა ანუ კლასიკური მედიაციის პროცესი, [FN49] 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 დაგ-ის პროცესია. კეთილსინდისიერების პრინციპი სწორედ ამიტომ ყველაზე მნიშვნელოვანი და

აუცილებელი ელემენტია, რადგან პროცესი განსხვავდება სხვა ადრე ნასწავლი დავის გადაწყვეტის მეთოდისგან, სადაც შეჯიბრებითობის პრინციპია გამოყენებული. [FN50]

ბ. კეთილსინდისიერი მონაწილეობისგან განსხვავებული სხვა გამორჩეული საკითხები

არსებობს მრავალი პროცედურა, რომელიც გულისხმობს გადაწყვეტას მედიაციის საშუალებით. [FN51] ეს პროცედურები მოიცავს შემდეგს: მედიაციაზე სავალდებულო დასწრება; [FN52] მედიატორის გადასახადის გადახდა; [FN53] ინფორმაციის გაცვლის მოთხოვნა; [FN54] და თვით ჯარიმის გადახდა იმ შემთხვევაში, თუ რომელიმე მხარე ვერ აღწევს მედიაციასთან შედარებით უკეთეს შედეგს სასამართლო პროცესზე. [FN55] მედიაციაზე დასწრება და ინფორმაციის გაცვლა განიხილება როგორც კეთილსინდისიერი მონაწილეობის კრიტიკული ელემენტები. [FN56] თუმცა, საზღაურის გადახდა ან ჯარიმის გადახდა შეთანხმების მიუღწევადობის შემთხვევაში არ წარმოადგენს ასეთ ელემენტებს და განიხილება, როგორც საკითხები, რომლებიც არ უკავშირდება კეთილსინდისიერი მონაწილეობის პრინციპს.

საკითხის მოგვარების ხელშეწყობის მიზნით განხორციელებული რიგი ქმედებები იძულებითი ხასიათისაა. იძულება ხშირად განიხილება როგორც ელემენტი, რომელიც შეუთავსებელია მედიაციასთან. [FN57] იძულება შეიძლება სასამართლოდან მომდინარეობდეს; ამ შემთხვევაში მხარეებს ევალებათ 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. [FN58] 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 თვით-განსაზღვრება, მედიაციის პროცესის დედააზრი, დაკავშირებულია კეთილსინდისიერების პრინციპთან ისევე როგორც სამართლიანობის ცნება. თვით გამორკვევის მოთხოვნა შეიძლება პროცესისთვის დამახასიათებელ რეკვიზიტ კეთილსინდისიერებასთან შეუთავსებელი მოგვეჩვენოს. თუმცა თვითგამორკვევა გამოკვეთილად წარმოადგენს პროცესის საფუძველს, [FN59] ისიც ასევე აღიარებულია, რომ მრავალი მხარე არასკმარისად იცნობს მედიაციის პროცესს იმისათვის, რომ ესმოდეს ამ პროცესის ნიუანსები და ამ პროცესისთვის შესატყვისი კონკრეტული ქცევები. კეთილსინდისიერი 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.[FN60] 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, [FN61] რაც არ უნდა პრობლემატური იყოს ეს. [FN62] თუმცა, მხარეების მხრიდან კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა იწვევს მედიატორის როლის თავიდან განხილვის საჭიროებას, განსაკუთრებით არაკეთილსინდისიერი ქმედების მტკიცების შემთხვევაში. [FN63] შესაძლოა საჭირო გახდეს მედიატორის, როგორც მიუკერძოებელი პირის როლის, რომელიც მედიაციის შედეგებისადმი ნდობის განმაპირობებელია, გადახედვა, კომპრომისული ვარიანტის მოძიებისა და კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის დაკმაყოფილების მიზნით. [FN64] მოცემული საკითხი მოგვიანებით იქნება განხილული. [FN65]

III. მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის დღევანდელი სტატუსი

თუმცა დავების გადაწყვეტის პროცედურებში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის საკითხი სხვა ნაშრომებშიც არის განხილული, [FN66] კონფლიქტური პოზიციების დილემამ კეთილსინდისიერ მონაწილეობასთან დაკავშირებით, რომელიც ტეხასში წამოიჭრა, [FN67] დამატებითი 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. [FN68]

მედიაციის სფერო, რომელიც გასული ოცი წლის განმავლობაში განვითარდა, [FN69] ამ ეტაპზე განიხილება, როგორც ორი ფოკუსის მქონე საზოგადოებრივ საწყისებზე დაფუძნებული [FN70] და სასამართლოს მიერ დადგენილი. [FN71] მაგრამ, ამგვარ განვითარებამდე, მედიაცია ფართოდ გამოიყენებოდა შრომით და კოლექტიური გარიგებების საქმეებში. [FN72] 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. [FN73] და 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.

შრომითი ხასიათის მოლაპარაკებებში, კოლექტიური მორიგების პროცესის ვალდებულებები

მოიცავს გახსნილობას და საერთო საფუძვლების მიღწევის კეთილგონიერ მცდელობას, მაგრამ არ მოიცავს შეთანხმების მიღწევის ვალდებულებას. [FN74] დამსაქმებლის წარუმატებლობა მორიგების პროცესში განიხილება როგორც უსამართლო. [FN75] თუმცა ხშირად ეს პროცესი მოიხსენიება როგორც კეთილსინდისიერი მორიგების ვალდებულება, მოცემული ქცევა შეიძლება ასევე განხილული იქნას როგორც მორიგების დადებითი პრაქტიკა. [FN76]

დამატებითი განსაზღვრებების წარმოდგენის შემდეგ, NLRB (შრომითი ურთიერთობების ეროვნული საბჭო)-ი და სასამართლოები ამტკიცებდნენ, რომ კოლექტიური მორიგების შემთხვევაში შრომით მოლაპარაკებებში არ უნდა მომხდარიყო „მიიღე და დატოვე“ ტიპის მიდგომის გამოყენება.[FN77] ამის სანაცვლოდ, მოლაპარაკების მწარმოებლის ვალდებულებაა „დისკუსიაში აქტიური ჩართვა“ და წინადადებების მოსმენა, ისევე როგორც შეუთანხმებლობის საფუძვლების წარმოდგენა.[FN78] 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 კომპრომისს საკითხთან დაკავშირებით, რაც აქამდე მუდმივად უკუგდებული იყო.” [FN79]

ახლო წარსულში მიღებული დებულებები მედიაციის სავალდებულო გამოყენების შესახებ ასევე მიუთითებს კეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე. ერთ-ერთ კონკრეტულ სფეროს წარმოადგენს ფერმერი-მსესხებელის დავები. [FN80] მაგალითად, მინესოტაში, ფერმერი-მსესხებელის საქმეებში არსებობს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ნათელი ვალდებულება. [FN81] დებულებები, რომელიც შემდეგი ყოვლის მომცველი ფრაზით სრულდება “სხვა მსგავსი ქცევა, რომელიც ადასტურებს მხარის კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ნაკლებობას,” [FN82] განსაზღვრავს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მნიშვნელობას. კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ელემენტები მოიცავს შემდეგს: მედიაციის პროცესზე დასწრება და მონაწილეობის მიღება; ფინანსებთან დაკავშირებული სრული ინფორმაციის მოწოდება; დავის მოგვარების სრული უფლებამოსილების მქონე პირის დანიშვნა; წერილობითი დოკუმენტის წარმოდგენა ვალის რესტრუქტურირების ალტერნატივებისა და ამგვარი ალტერნატივების გამოყენების მიუღებლობის მიზეზების შესახებ; და კრედიტორის მიერ აუცილებელი ხარჯების გაცემა. [FN83] 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. [FN84] მაგრამ, სასამართლომ შეიძლება განიხილოს მედიატორის დასკვნები კეთილგონიერების პრინციპების დარღვევის შესახებ, და მიიღოს შესაბამისი ზომები/ დააწესოს სანქციები ამგვარი დარღვევის აღმოჩენის შემთხვევაში. [FN85]

რაც შეეხება კეთილსინდისიერ მონაწილეობას სასამართლოს მიერ დადგენილი მედიაციის საქმეებში, ტეხასის პირველი დონის სააპელაციო სასამართლომ პირველმა განიხილა ეს საკითხი დეკერი ლინდსეის წინააღმდეგ საქმეში (Decker v. Lindsey). [FN86] დეკერის საქმეში, სასამართლომ ხელი მოაწერა ბრძანების ფორმას, რომელიც სხვა საკითხებთან ერთად ითხოვდა მხარეების მიერ მედიაციის პროცესის გავლას და ამასთან ერთად „პროცესში კეთილსინდისიერ მონაწილეობას“. [FN87] დეკერის სასამართლომ, აღიარებს რა რომ პირველი ინსტანციის სასამართლოს გააჩნია უფლებამოსილება დაადგინოს მხარეების მიერ მედიაციის პროცესის დაწყება, ნათლად განაცხადა, რომ სასამართლო ვერ დაავალდებულებს მხარეებს კეთილსინდისიერი მონაწილეობა მიიღონ მათ

შორის გამართულ მოლაპარაკებებში. [FN88]

სხვა შტატებშიც გვაქვს დეკერის საქმის მსგავსი მაგალითები. ფლორიდამ აღიარა არვილი ცივილმარის წინააღმდეგ (*Avril v. Civilmar*) საქმეში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის არ-არსებობა სასამართლოს მიერ დადგენილ მედიაციაში. [FN89] არვილის საქმეში, პირველი ინსტანციის სასამართლომ გასცა სანქცია მოპასუხეზე სასამართლოს მიერ დადგენილი მედიაციის პროცესში გარიგების შეთავაზების გაკეთებაზე უარის განცხადების გამო. სააპელაციო სასამართლომ გააუქმა დადგენილება იმ ფაქტზე დაყრდნობით, რომ მედიაციის დებულებების შესაბამისად სანქციების გაცემა არის დაშვებული მხოლოდ მედიაციაზე არ გამოცხადების შემთხვევაში და არა მედიაციაში მონაწილეობის მიღებაზე ან მოლაპარაკებების წარმოებაზე უარის განცხადების შემთხვევაში. [FN90] 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. [FN91] 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. [FN92] ანალოგიურად, ჯორჯიის უზენაესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ ტრანსპორტის დეპარტამენტი ატლანტის წინააღმდეგ საქმეში (*Department of Transportation v. City of Atlanta*), [FN93] თუმცა პირველი ინსტანციის სასამართლოს შეეძლო დაედგინა მხარეების მიერ მედიაციის პროცესის განხორციელება, მას არ ქონდა ჯარიმის დაწესების უფლებამოსილება მხარეების მიერ შეთანხმების მიუღწევადობის შემთხვევაში. [FN94] ანალოგიურად, აიოვას უმაღლესმა სასამართლომ გრეჰემი ბეიკერის წინააღმდეგ (*Graham v. Baker*) საქმეზე [FN95] მიუთითა, რომ თუმცა დებულება მოითხოვდა მხარეების მედიაციის პროცესში მონაწილეობას, მონაწილეობა სრულედებოდა მათი დასწრებით მედიაციის პროცესზე მაშინაც კი, თუ ერთადერთი განცხადება ამ პროცესზე მიუთითებდა იმაზე, რომ პოზიციებზე მოლაპარაკება შეუძლებელი იყო. [FN96]

თუმცა სხვა იურისდიქციებში, დეკერის, არვილის და სხვა მაგალითებისგან განსხვავებით, არსებობს მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა, და ამ მოთხოვნის გამოყენების სიხშირე მატულობს. მაგალითად, ინდიანას შტატის წესები დაგ-ის წარმოების შესახებ შეიცავს როგორც დებულებას მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის შესახებ [FN97] ასევე ამ მოთხოვნის დაუკმაყოფილებლობის შემთხვევაში სანქციების შესახებ დებულებას. [FN98] კანონმდებელი მოითხოვს ადგილობრივ ურთიერთობებთან დაკავშირებულ საქმეებზე მედიაციის პროცესში კეთილსინდისიერ მონაწილეობას. [FN99] სასამართლომ შეიძლება სანქცია დაუწესოს მხარეს მედიაციის კეთილსინდისიერი მცდელობის არ არსებობის 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. [FN100] სხვა შტატების საკანონმდებლო აქტებით, როგორცაა ფლორიდის, კანზასისა და ვაშინგტონის აქტები, საოჯახო სამართლის სფეროში მედიაციის შემთხვევაშიც არის გათვალისწინებული კეთილსინდისიერი მონაწილეობის

მოთხოვნა. [FN101]

საოჯახო სამართლის გარდა, მედიაციის სხვა სპეციალიზებული გამოყენებისას ხდება კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის დაწესება. ამის მაგალითებია, ვაშინგტონში მობილურ სახლებთან დაკავშირებული მედიაცია, [FN102] სადაზღვევო სარჩელები ფლორიდაში, [FN103] შრომით სფეროში განათლების საკითხებზე მედიაცია კანზასში. [FN104] კანზასის საკანონმდებლო აქტი ასევე განსაზღვრავს არაკეთილსინდისიერიების ცნებას. [FN105] შესაძლოა, მედიაციის პროცესზე დასწრების მოთხოვნის დაწესების შემდეგ [FN106] 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 დაემლიათ 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 წამოადგენს 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. [FN107]

ამასთან ერთად შუამდგომლობას ხელი უნდა მოაწეროს მხარემ. [FN108] თუმცა საკანონმდებლო აქტში მოხსენიებულია „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა“, უმრავლეს შემთხვევაში მედიაცია არის პროცესი, რომელიც ტეხასის საოჯახო სასამართლოებში გამოიყენება. თუმცა გარკვეულ დონეზე ხდება არბიტრაჟის გამოყენებაც. [FN109] 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 ინტერვიუდან [FN110] 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 ზოგიერთნი ამტკიცებენ, რომ ეს დებულება არ შეესაბამება სასამართლო საქმის წარმოების არსებულ პრაქტიკას, [FN111] სხვები, მეცნიერებისა და სასამართლოების ჩათვლით, აღიარებენ, რომ მონაწილეობასთან დაკავშირებით, შესაძლოა კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ჩათვლით, გარკვეული მოთხოვნის არარსებობის პირობებში, დავის გადაჭრის მცდელობა შეიძლება უნაყოფო აღმოჩნდეს. [FN112]

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, [FN113] სხვა შემთხვევებში მიუთითებენ, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობა მედიაციის ნაწილია. [FN114]

და ბოლოს, მრავალი შეთანხმება, რომელიც შეიცავს დებულებას მომავალი დავების მედიაციის გზით გადაწყვეტის შესახებ, მიუთითებს, რომ მედიაცია უნდა განხორციელდეს „კეთილსინდისიერი მონაწილეობით“. [FN115] 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.

IV. კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არ არსებობასთან 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 აკადემიურ [FN116] თუ პრაქტიკაზე ორიენტირებულ [FN117] ლიტერატურაში მოიცავს კეთილსინდისიერ მონაწილეობას როგორც პროცესის შემადგენელ ნაწილს. მიუხედავად ამისა, დეკერის გადაწყვეტილების 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. [FN118] თუმცა კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის არსებობის შემთხვევაში მედიაცია განსხვავებულ პროცესად აღიქმებოდა, ისეთ პროცესად, რომელიც უფრო შეესაბამება ადრეულ განსაზღვრებებს, როგორცაა ორმხრივად დამაკმაყოფილებელი ან მისაღები გადაწყვეტის მიღწევაში მხარეების დახმარება და ინდივიდუალური პირებისათვის დახმარების აღმოჩენა მათი ურთიერთობებისა და მიდგომების ახლებური აღქმის მიღწევაში. [FN119]

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 დაგ-ის პროცედურებიც, როგორცაა შეფასება ან არბიტრაჟი, გამორჩეულია ტრადიციული სასამართლო პროცესებისგან და შესაბამისად, გამოიყენება განსხვავებული მიდგომა; მიუხედავად ზემოთ აღნიშნულისა ეს პროცესები ხასიათდება შეჯიბრებითობით. დაგ-ის უპირატესობების განხილვისას ძირითადად აქცენტი კეთდება სარგებელზე სასამართლოებისთვის და კერძოდ მომრიგებელი სასამართლოების შემთხვევაში; მაგრამ დადგენილია დაგ-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 გადაწყვეტები არის ზოგიერთი ასეთი თავისებურება, რომელიც დაგ-ს ახასიათებს. [FN120] უფრო მეტიც, დაგ-მა შეიძლება უზრუნველყოს უკეთესი შედეგი მხარეებისათვის, შეიძლება განამტკიცოს საჯარო სამართლის სისტემა და შესაძლოა შედეგად უფრო ცივილური საზოგადოება მოგვცეს. [FN121] შეიძლება თუ არა ამ ხერხებმა იარსებონ ისეთ გარემოში, სადაც არ არის წარმოდგენილი კეთილსინდისიერება? თუმცა დაგ-ის სხვა კომპონენტები, როგორცაა შეფასება და გამოცდა, შეიძლება დაფიქსირდეს მხარეების მიერ კეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე ვალდებულების აღების გარეშე, სხვა თავისებურებები, როგორცაა კოლაბორაცია დაუფლებამოსილების მინიჭება, ვერ იარსებენ. ამდენად დაგ-ის პოზიტიურმა ატრიბუტებმა, რომლებიც ყველაზე უფრო ხშირად მედიაციაში გვხვდება, შეიძლება ვერ იარსებონ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არსებობის გარეშე.

მედიაცია ახდენს მოლაპარაკების ფასილიტაციას; [FN122] შრომითი ხასიათის მოლაპარაკებების შემთხვევაში, დადგენილი იქნა, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის გარეშე არანაირი გადაწყვეტის მიღწევა არ იქნება შესაძლებელი, რადგან თითოეულ მხარეს შეუძლია ეკონომიკური იარაღი გამოიყენოს. [FN123] 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. [FN124] იგივე დასაბუთება შეიძლება იქნას გამოყენებული ზოგადად დავების შემთხვევაში, თუმცა კეთილსინდისიერება ან პატიოსნება იურიდიულ მოლაპარაკებებში კრიტიკის საგანია. [FN125] 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.[FN126] კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის არ არსებობის 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. [FN127] ამ შემთხვევაში მედიაცია უშედეგო იქნება. როდესაც დისტრიბუციული ტიპის მოლაპარაკებებში არ არსებობს მორიგების სურვილი ან მორიგებისკენ მიმართული ძალისხმევა, [FN128] 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. [FN129] თუმცა ამგვარი ტაქტიკა განიხილება როგორც მოლაპარაკების კონკრეტული სტრატეგია, რომელიც შეიძლება იქნას გამოყენებული, [FN130] სხვები კიტიკულად აფასებენ ამგვარ ქცევას და მოითხოვენ ცვლილებას ქცევაში. [FN131] მიმდინარე სასამართლო სარჩელის შემთხვევაში, ცვლილება შეიძლება უფრო რთული აღმოჩნდეს, რადგან დავა უკვე არსებობს. შედეგად, იმის ნაცვლად რომ ველოდოთ ცვლილებებს, შეიძლება საჭირო გახდეს ახალი წესის განხორციელება.

უფრო მეტიც, ხშირად ადვოკატები ამწვავებენ პრობლემას [FN132] კერძოდ სასამართლო საქმის წარმოებისას. [FN133] მედიაციის დიდი ნაწილი ხორციელდება სასამართლო საქმის წარმოების კონტექსტში, შეჯიბრებითობის პირობებში. [FN134] თუკი არსებობს გაგრძელების

ნებართვა, შედეგად მივიღებთ იმას, რაც ადრეც გვინახავს; მედიაციის მუტაცია შეჯიბრებითი ქცევის მოცვის მიზნით. ეს უკვე მრავალჯერ მომხდარა. [FN135] 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. [FN136] იმისათვის, რომ მედიაცია განხილული იქნას როგორც განსხვავებული პროცესი, გამოიყენება ტერმინი „ლიტი-მიტიგაცია“. [FN137] 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 მოწინააღმდეგე მხარის გადაღლა/გამოფიტვა, ეს ტაქტიკა მაშინ გამოიყენება, როდესაც ერთ-ერთი მხარე ფინანსურად უფრო ძლიერია მეორეზე. მედიაციის ჩანიშნამ ან სასამართლოსთვის მორიგებაზე მიმართვამ, მაშინ როდესაც არ არსებობს მორიგების განზრახვა, და როდესაც ორივე მხარე თანაბრად ინაწილებს ხარჯებს, შეიძლება გამოიწვიოს მეორე მხარის რესურსების ამოწურვა, შესაბამისად ფინანსურად შეზღუდულმა მხარემ არჩევანი უნდა გააკეთოს მედიაციის საფასურის გადახდასა და ადვოკატისთვის თანხის გადახდას შორის. [FN138]

კიდევ ერთი პრობლემური სიტუაციაა, როდესაც ადგილი აქვს თაღლითობას 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, [FN139] 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.

კიდევ უფრო სავალალო შედეგამდე მივყავართ 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. აშკარაა, რომ მხარე მედიაციას ესწრებოდა მორიგების ყოველგვარი განზრახვის გარეშე, რეალურად მხარის განზრახვა მედიაციის პროცესის სასამართლო პროცესში უპირატესობის მოპოვების მიზნით გამოყენება იყო. [FN140] 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 აშინებდა პროცესის ხელყოფისა და ცვლილებებისა. [FN141] 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. [FN142] ზოგიერთი იმის მტკიცებას შეეცდება, რომ დამახინჯებული ფაქტების წარმოდგენა და თაღლითობა იურიდიული მოლაპარაკების ნაწილია [FN143] 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. იმისთვის, რომ მედიაციამ კვლავ გააგრძელოს იმისკენ სწრაფვას, რომ 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 დამზებელი იქნება იმ ქმედებების შემოწმების 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 შეძლებს 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, [FN144] მნიშვნელოვანია, რომ სწორი ინფორმაცია იქნას მიწოდებული ღირებული შეფასების გასაკეთებლად. [FN145] 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, [FN146] მაგრამ ბევრი მხარე არ არის საკმარისად ინფორმირებული, შესაბამისად არ იციან 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 გვერდი-გვერდ დგანან. [FN147] თუმცა, თუ მხარეებს საშუალებას მივცემთ გამოცხადდენ 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 არ არსებობის ერთი ალტერნატივაა მხარეების წახალისება ხელი შეუწყონ მეორე მხარის მიერ კეთილსინდისიერებაზე ვალდებულების აღებას. ეს ვარიანტი შეიძლება ეხებოდეს იმ პირებს, რომლებიც ნებაყოფლობით პროცესში „წესების“ გამოწერისგან 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 ჭირდებათ იმის დასტური, რომ მეორე მხარე მოქმედებს კეთილსინდისიერად, თხოვნა შეიძლება გაჟღერებული 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 მთელს პროცესს. მაგრამ მას არ შეუძლია არაფრის გაკეთება იმ შემთხვევაში, თუ ერთ-ერთი მხარე გადაწყვეტს უგულვებელყოფს აღებული ვალდებულება ან შეცვალოს თავისი პოზიცია. უფრო მეტიც, კეთილსინდისიერების ახსნის ან განმარტების გარეშე, თითოეულ მხარეს შეიძლება განსხვავებული წარმოდგენა ჰქონდეს ამ ცნებაზე. მნიშვნელოვანია, რომ მხარეებს ნათლად ესმოდათ ტერმინის მნიშვნელობა. ზოგიერთი მედიატორი უხსნის მხარეებს, თუ რას ნიშნავს ცნება მათთვის. ამასთან არ უნდა უგულვებელყოფთ 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 მიეწოდებინა მხარეებისათვის ტერმინის დეტალური ახსნა.

თუმცა მხარეები ჩვეულებრივ ასრულებენ სასამართლოს დირექტივებს, უფრო კონკრეტული დირექტივა ქცევასთან დაკავშირებით ხელს შეუწყობდა პროცესს. [FN148]

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 ნაგულისხმევია. [FN149] კეთილსინდისიერი მონაწილეობის გულისხმობით, არც ერთ 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, ამკარაა, 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, მაინც ალბათ ასეთი რეკომენდაცია სასამართლოდან უნდა მოდიოდეს. ამგვარი რეკომენდაციის გასაკუთრებლად, სასამართლოში უნდა არსებობდეს წესები კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მნიშვნელობის განმარტებასა და კეთილსინდისიერი მონაწილეობის დამტკიცების დროისა და გზის შესახებ; სხვა შემთხვევაში შედეგად მხოლოდ კარგი ჟღერადობის რიტორიკას მივიღებთ.

სასამართლოს ან მედიატორის რეკომენდაცია უფრო ფორმალური და ძლიერი ხასიათისაა მხარეებს შორის გაჟღერებულ 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. [FN150]

რეკომენდაცია შეიძლება წარმოდგენილი იქნას 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 წარმოდგენილი იქნას 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 აღქმული იქნას 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. [FN151]

მეორეს 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 უგულვებელყონ რეკომენდაცია იმის ცოდნის პირობებში, რომ სასამართლო არ დააწესებს 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 კეთილსინდისიერად. 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 აღმოსაფხვრავად ან ამ მოთხოვნის შესაცვლელად. თუმცა სასამართლოები, განსაკუთრებით, სირთულეებს აწყდებიან კეთილსინდისიერი მონაწილეობის განსაზღვრისას, [FN152] მაგრამ ეს თავისებურება ხშირად ახასიათებს იურიდიულ ცნებებს. [FN153] ფაქტიურად, 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. [FN154] თუმცა შემოთავაზებული იყო კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ერთი ალტერნატივა მინიმალური გააზრებული მონაწილეობა [FN155] ან უბრალოდ მონაწილეობა, [FN156] ამ ალტერნატივების ზუსტი განსაზღვრაც რთული აღმოჩნდა. [FN157]

თავად მედიაცია განსაზღვრებითი ხასიათის დილემაა [FN158]--თუმცა არავინ არ არის ამ სირთულეების გამო პროცესის გაუქმების მომხრე. რეალურად, კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ზუსტი განსაზღვრების დაჟინებულმა 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. [FN159] 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 პრეცედენტი.

კეთილსინდისიერი მონაწილეობის შესწავლა სხვა კონტექსტში გვადლევს ამ ცნების განსაზღვრებისთვის საჭირო საწყის მასალას. მაგრამ საბოლოო ჯამში, შესაძლოა ეს უხამს ქცევას წააგავს შენ იცი მის შესახებ, როცა მას აწყდები. [FN160]

ბ. მედიატორის როლის კომპრომისი

თუმცა კეთილსინდისიერი მონაწილეობის განსაზღვრება შესაძლოა რაღაც ხარისხით სუბიექტური დარჩეს, რაც მედიატორის სატარებელი ტვირთია, ასეთი ტვირთი იმაზე მძიმე არ არის, რასაც მედიატორი ეზიდება მხარეების მიერ პროცესის დარღვევისას. [FN161] დღევანდელ დღეს, მედიატორს შეუძლია მხოლოდ გაამჟღავნოს, რომ მხარე არ გამოცხადდა მედიაციაზე. [FN162] კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არ არსებობის შესახებ შეტყობინება შეიძლება განხილული იქნას, როგორც ვალდებულებულება სასამართლოსთვის მხარეების მიერ მედიაციის

წესების დაცვის შესახებ შეტყობინების მიწოდების შესახებ. [FN163] ზოგიერთმა ინსტიტუტმა, მაგალითად, ტეხასის შტატის ადვოკატთა ასოციაციის დაგ-ის განყოფილებამ დაადგინა მედიატორის ვალდებულება, წახალისოს მხარეების მიერ ინფორმაციის გაზიარება და გაცვლა და არა ინფორმაციის დაფარვა. [FN164] თუმცა ეს შესაძლოა ინტერპრეტირებული იქნას როგორც ძალზედ დირექტიული ქმედება მედიაციის პროცესის კონტექსტში, რომელიც ეწინააღმდეგება მედიატორის არა-დირექტიულ როლს, მოცემული ასევე შეიძლება განხილული იქნას როგორც ქმედება, რომელიც ხელს უწყობს კომუნიკაციას და ინფორმაციის გაცვლას, რაც შეესაბამება მედიაციის პროცესს. [FN165]

მიუხედავად მედიატორის, როგორც ფასილიტატორის და არა შემფასებლის როლის განსაზღვრისას კონკრეტული დავის კონტექსტში, მე ასევე მწამს, რომ მედიატორს გააჩნია პროფესიონალური მოვალეობა დააწესოს პარამეტრები და გააკონტროლოს პროცესი. [FN166] 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; [FN167] თუმცა არსებობენ ისეთებიც, რომლებიც არ ავლენენ ასეთ ენთუზიაზმს. [FN168] მიუხედავად ამისა, გარკვეული გამოწვევების არსებობის შემთხვევაშიც კი, ყურადღების მიღმა ვერ დავტოვებთ მედიაციის კერძო/პიროვნულ ხასიათს; ეს ექვს გარეშეა, მედიაციის ძირითადი ატრიბუტია. მაგრამ ცხოვრებაში უმეტესი საკითხის მსგავსად, არაფერია აბსოლიტური. ხშირად მივდივართ დაბალანსების ტესტამდე. კონფიდენციალობის დებულებებს ვპოულობთ ეთიკურ სტანდარტებში [FN169] და ეს პრინციპი იურიდიულ მოთხოვნებშიც არის განსაზღვრული. [FN170] როდესაც ტეხასში პირველად მოხდა მედიაციის საკანონმდებლო აქტის ამოქმედება, გაკეთდა ფართო ყოვლისმომცველი განცხადება პროცესის კონფიდენციალური ხასიათის შესახებ. [FN171] თუმცა საკანონმდებლო აქტის უფრო ღრმა შესწავლა გარკვეულ დაბნეულობას იწვევს. [FN172] მედიაციის ფარგლებში ყველა განცხადება არ არის კონფიდენციალური -თუ განცხადებაში მოცემული ფაქტების სხვა გზით აღმოჩენა არის შესაძლებელი. [FN173] 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. [FN174] საკანონმდებლო აქტის უფრო თანამედროვე ვარიანტი აღიარებს ბალანსის აუცილებლობას; მაგალითად, მედიატორის წინააღმდეგ სასამართლო პროცესისას მედიაციის დეტალებთან დაკავშირებული ჩვენების აუცილებლობის შემთხვევაში. [FN175]

დადგენილია, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის არსებობისას, უნდა

არსებობდეს შესაბამისი გამონაკლისი კონფიდენციალობის წესიდან, რადგან მედიაციის პროცესში კომუნიკაცია წარმოადგენს მოლაპარაკებებში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არარსებობის არსებით მტკიცებულებას. [FN176] 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. [FN177]

ზემოთ მოცემული გარკვეულ პრობლემას ქმნის: თუკი გაკეთდა განცხადება არაკეთილსინდისიერი 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 ნეიტრალი მხარისგან მიღება, ამ შემთხვევაში, ასეთ მხარეს მედიატორი წარმოადგენს. სავარაუდოდ მედიატორები არ იქნებიან კონფიდენციალობის წესთან დაკავშირებული გამონაკლისის მომხრენი, ასევე მათ დიდ სიამოვნებას არ უნდა ანიჭებდეთ სასამართლოში წარდგენა მედიაციასთან დაკავშირებით ჩვენებების მისაცემად. ერთ-ერთი გამოსავალია, მოვთხოვოთ მედიატორს „დაადასტუროს“ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არსებობა/არ არსებობა ან წარმოადგინოს მხარეთა ქცევასთან დაკავშირებული საკონტროლო ჩამონათვალი. ანგარიშის ერთი ტიპი წარმოდგენილია მინესოტას საკანონმდებლო აქტში, სადაც მედიატორი ახდენს აფიდავიტის საკითხის წამოყენებას. [FN178] მაგრამ ეს მედიატორს ანიჭებს გადაწყვეტილების მიმღების 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 დაწესების 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. ძალზედ კონკრეტული, ვიწრო და შეზღუდული ხასიათის გამონაკლისების შემუშავებისას შექმნილი სიძნელეების *603 დაბალანსება მოხდება ამგვარი ვალდებულების შესაბამისი სარგებელით.

დ. სატელიტური საქმის წარმოების პრობლემა

სასამართლოებისთვის საკმაოდ რთული აღმოჩნდა საქმეების დაგ-ზე გადაცემა; [FN179] ზოგიერთი ამას ასაბუთებს დაგ-ის არა ნებაყოფლობითი ხასიათით [FN180] და სხვები კი დაგ-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 დაიმურონ პროცესის განხორციელებისას. მედიაციიდან გამომდინარე სატელიტური საქმის წარმოების თავიდან ასაცილებლად კანონმდებლებმა, სასამართლოებმა და სხვა მარეგულირებელმა ორგანოებმა ალბათ კიდევ ერთხელ უნდა გაუსვან ხაზი იმ ფაქტს, რომ მხარეები არ არიან ვალდებული გადაწყვიტონ დავა. მოლაპარაკებების ეკონომიკურმა ასპექტებმა, როგორცაა შეთავაზებები, პასუხი შეთავაზებაზე, არ უნდა განაპირობონ არაკეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე საჩივრების წარმოქმნა. კეთილსინდისიერი მონაწილეობა ეხება მონაწილეობის ფორმას და არა მონაწილეობის შინაარსს.

პოტენციური საქმის წარმოების თავიდან აცილების კიდევ ერთი გზაა რაციონალური ხასიათის სანქციების დაწესება კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის არ შესრულებაზე. მეორეს მხრივ, არაკეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე დაწესებული 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 არაზომიერად მკაცრი და ხელს უშლის არაკეთილსინდისიერ 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. [FN181] იურიდიული განათლების უკვე საწყის ეტაპზე სტუდენტები სწავლობენ კლიენტის მგზნებარე წარმოდგენის წესებს, რაც ხშირად ამართლებს რემბოს ტიპის ტაქტიკებს.

შესაბამისად ადვოკატები ექვის 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. [FN182] სამწუხაროდ შეჯიბრებითობის მოდელი თავისი ეთიკით დაგ-ის სფეროზე მაღლა დგას. [FN183] ძალისხმევისა და არა-შეჯიბრებითი ტიპის მოდელების შემოტანის მიუხედავად, იურიდიული კულტურა ჯერ კიდევ ეწინააღმდეგება ამ პროცესს. [FN184] ამიტომ, აუცილებელია კონკრეტული წესები, რაც სავალდებულოს გახდის შეჯიბრებითობის მოდელიდან განსვლას. შემდეგ საუკუნეს ვუახლოვდებით სამართლოს წარმოების ახალი პრაქტიკითა და ადვოკატობის ალტერნატიული გზებით, სადაც დავის გადაწყვეტის პარადიგმას არ წარმოადგენს სასამართლო პროცესი ან სასამართლო დარბაზი, შესაბამისად უნდა მოვახდინოთ ეთიკის თანამედროვე წესების ამოქმედებაც.

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. [FN185] ზემოთ აღნიშნული ეფუძნება იმ ფაქტს, რომ დაგ-ის ძირითადი მიზანია დაუსრულებელ სასამართლო პროცესებში მორიგების მიღწევა, და შესაბამისად ნებისმიერი მორიგება უნდა შეესაბამებოდეს მის კონტექსტს, სასამართლოს. [FN186] ეს ღირებულებები მოიცავს იძულების თავიდან აცილებას, სამართლიან საქმის წარმოებას, საქმის წარმოებას, რომელიც გათვლილია მისი მიზნის მიღწევაზე და სასამართლო პროცესის მხარის ავტონომიის პატივისცემას. [FN187] 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. [FN188]

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. დაგ-ი, და განსაკუთრებით მედიაცია დიდად აფასებს თვით-გამორკვევას ან მხარეების ავტონომიას, [FN189] 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

ექვივალენტურად.

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.

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)-ის შემდეგ. [FN190] ალტერნატივების გამოყენების საჭიროების საკითხი დადგა სასამართლოების მიერ მათთვის წარდგენილი ყველა დავის ეფექტიანად გადაჭრის უუნარობის გამო. საწყის ეტაპზე მედიაცია გამოიყენებოდა საზოგადოებრივი დავების გადასაწყვეტად იმ ეტაპამდე, როცა კონფლიქტი ესკალირდებოდა იმ სიტუაციამდე, როცა აუცილებელი იყო სასამართლო სისტემის ჩართვა. [FN191] საქმეების განხილვას ახორციელებდნენ მოხალისე 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. [FN192] ამასთან ერთად, საზოგადოებრივი ცენტრები ცდილობდნენ ამ მეთოდის გამოყენებას მცირე საჩივრების სასამართლოების სფეროში. [FN193] 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 მიიღო [FN194] 1987 წელს, რომელიც სასამართლოებს ანიჭებდა საქმეების დაგ-ზე გადაცემის უფლებმოსილებას. 1989 წელს დალასის ოლქის ადვოკატებმა მოუწიდეს 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 (არა ლეგალიზებული დავებისთვის) დონეზე დაიწყო, რასაც სასამართლოებში მეთოდის გამოყენება მოჰყვა. [FN195] 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. [FN196]

2. ამოცანა: მედიაციის ღირებულება

ახალი პროცესის შემოტანა ჩვეულებრივ წამოჭრის კითხვას რატომ? სხვა სიტყვებით, რა ღირებულებას მოუტანს მედიაცია მოლაპარაკებას? [FN197] პროცესის ღირსება მის იმ მიზნებში ძევს, რომელთა მიღწევაც ძალუძს პროცესს. მედიაციის პროცესის ამოცანები სხვადასხვაგვარია. მხარეების მიზნები შეიძლება განსხვავდებოდეს მედიატორის მიზნებისგან და შეიძლება არც ერთი მათგანი არ ემთხვეოდეს სასამართლოს მიზნებს. მიუხედავად ამისა, ამ მიზნების მისაღწევად აუცილებელია კეთილსინდისიერი მონაწილეობა. [FN198]

ზოგიერთი შეხედულებით დავის გადაწყვეტას უდიდესი მნიშვნელობა ენიჭება, მაშინ როცა სხვათა თავლსაზრისით გადაწყვეტა უკანა რიგის ამოცანაა, ყურადღება მახვილდება მხარეთათვის უფლებამოსილების მიინიჭებასა და აღიარებაზე. [FN199] მედიაციის მიზნებისა და სარგებლების კუთხით იურიდიული განათლების არ მქონე მონაწილეებისათვის ეს არის პროცესით დაკმაყოფილება. აქცენტი კეთდებოდა პროცესით დაკმაყოფილებაზე, რაც პროცედურული ხასიათის დაკმაყოფილებაა და არა არსებითი დაკმაყოფილება. [FN200] 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 დაგის საკანონმდებლო აქტი ხაზს უსვამს მედიატორის როლს, ხელი შეუწყოს მხარეთა შორის ურთიერთგაგებას. [FN201] 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 მოატყუნონ მეორე მხარე ან პროცესი საკუთარი სარგებლისთვის გამოიყენონ, [FN202] მაშინ მედიაციის პროცესით კმაყოფილების მიღწევა შეუძლებელი იქნება.

მედიაციის კიდევ ერთი მისიაა ფორუმის უზრუნველყოფა, რომლის საშუალებით და სადაც ინდივიდები აღიჭურვებიან უფლებამოსილებით და მოხდება მათი აღიარება. [FN203] მედიაციის პროცესში ინდივიდებს შორის კომუნიკაციის გაუმჯობესება ამ მიზნებისთვის კრიტიკულია. [FN204] 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 კონცეპტირების კონტექსტში მედიაცია დახმარებას უწევს მხარეებს გადაწყვეტის წინაშე არსებული ბარიერების შემცირებაში ან მოშორებაში. [FN205] ასევე

სასამართლოები სულ უფრო მეტად ემყარებიან მხარეთა შორის შეთანხმებას. სასამართლოების აზრით, დაგ-ის გზით მხარეები რიგდებიან და მორიგება წარმოადგენს სასამართლო გადაწყვეტილების ჩამნაცვლებელს. [FN206] ამიტომ, პროცესი მაქსიმალურად სამართლიანი უნდა იყოს. მედიაცია განიხილება როგორც გარიგება კანონის ჩრდილქვეშ; [FN207] და კანონი თავისთავად მოითხოვს პატიოსნებას და ინფორმაციის საჭიროებას, განსაკუთრებით ადვოკატებისათვის. [FN208]

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. მედიაცასთან დაკავშირებული განათლების გაფართოვების მიუხედავად, რაც მოიცავს სასამართლოებში თუ საბავშვო ბაღებში განათლებას, [FN209] და „კი“-ს მიღწევის პოპულარობის მიუხედავად, [FN210] მსოფლიოს დიდი ნაწილი კონფლიქტებს წყვიტავს მოგებული-წაგებულის და უფრო მაღალი ავტორიტეტის კონტექსტში. [FN211] 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. [FN212] 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 დაგ-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.

თუმცა მარტივია იმის თქმა, რომ მრავალი ადვოკატი ამას „უბრალოდ გააკეთებს“ საუბარია კეთილსინდისიერების დემონსტრირებაზე რადგან ეს აუცილებელია მედიაციის პროცესზე

კლიენტის ჯეროვანი წარმოდგენისთვის, გამოცდილება სხვა რეალობაზე მიგვითითებს. *610 სხვა კონტექსტში, ადვოკატები თავის ქცევაში ხელმძღვანელობენ წესებით; [FN213] შედეგად ჩვენ უნდა ავამოქმედოთ წესები მედიაციაში ქცევის სამართავადაც. [FN214] მომავალში, გამოცდილებისა 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. [FN215] 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. მაგრამ დავის დამაკმაკოფილებლად 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 წინააღდეგობა [FN216] ან რომ სავალდებულო კეთილსინდისიერი მონაწილეობის შემთხვევაში, შეთანხმება უფრო დიდი ალბათობით მიიღწევა. მე საკმაოდ დარწმუნებული ვარ, რომ არსებობს მრავალი შემთხვევა, სადაც არც ერთ 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. [FN217]

კეთილსინდისიერი მონაწილეობა არ ავალდებულებს მხარეებს გულწრფელად სურდეთ გადაჭრან პრობლემა. [FN218] გახსნილობა, რა თქმა უნდა სასარგებლოა მედიაციის პროცესისთვის, მაგრამ მხარის სულიერი მდგომარეობის შეფასება ძალზედ რთული და სუბიექტურია. [FN219]

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 „მათი კარტების გახსნას“. მიუხედავად იმისა, რომ საიდუმლოდ იმის შენახვა, რაც შესაძლოა არც არის საიდუმლო [FN220] 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 წასაწევად, 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. [FN221] 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 გამოვიყენოთ 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. [FN222]

თუმცა ზოგიერთი სასამართლო უფრო შორს წავიდა და ითხოვს არა მხოლოდ შეთანხმების მიღწევის სურვილს, არამედ საერთო საფუძვლების / გაგების მიღწევისათვის გაწეული გულწრფელი ძალისხმევის დემონსტრირებას. [FN223] ერთ-ერთ საქმეში აღნიშნული იყო, რომ კონკრეტულმა მოსამართლეებმა თავიანთი გამოცდილება უნდა გამოიყენონ იმის განსაზღვრავად, თუ რას წარმოადგენს მოლაპარაკების გონივრული საფეხურები, და საქმეში წარმოდგენილი იყო სახელმძღვანელო პრინციპები, როგორცაა უსამართლო მოულოდნელობების არარსებობა, შეხვედრები, ერთმანეთს შორის კამათის მოსმენა, და პოზიციების განმარტების ნათლად და პატიოსნად წარმოდგენა. [FN224] 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. [FN225]

ზოგიერთი მეცნიერი და სასამართლო მიიჩნევს, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის განსაზღვრების საუკეთესო გზაა იმის განცხადება, თუ რა არ არის კეთილსინდისიერი მონაწილეობა, ან ამის საწინააღმდეგოდ 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. [FN226]

კიდევ ერთმა შრომით ურთიერთობებთან დაკავშირებულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ „კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არ არსებობის დასადგენად აუცილებელია იმ ფაქტების დადგენა, რომელთა საფუძველზეც შეიძლება დასკვნის გაკეთება, რომ მხარე იწყებს და აგრძელებს მორიგების პროცესს სურვილითა და განზრახვით არანაირ შეთანხმებას არ მიაღწიოს.“ [FN227] კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არარსებობის დადგენა პრობლემის გადაჭრის განზრახვის არ არსებობით შესაძლოა შესატყვისი იყოს შრომითი ურთიერთობების კონტექსტში, მაგრამ შესაძლოა ძალზედ ძლიერი იყოს ზოგადად მედიაციის მიზნებისათვის. [FN228]

არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობა ასევე განმარტებულია სადაზღვევო კონტრაქტებთან მიმართებაში, როგორც დამზღვევის მიერ მისი დაზღვეულის მოთხოვნაზე/ სადაზღვევო ანაზღაურებაზე დაუსაბუთებელი უარის განცხადება. [FN229] რა თქმა უნდა მედიაციის პროცესს არ ახასიათებს სადაზღვევო ხელშეკრულების მსგავსი ფიდუციალური 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.[FN230] თუმცა სარჩელზე უარის განცხადება ყოველთვის არ ნიშნავს არაკეთილსინდისიერ ქმედებას, სადაზღვევო კომპანიის მიერ უსამართლო ქმედების განხორციელების ნიშნები შემდეგს მოიცავს: სარჩელზე უარის შემცველი განცხადება იურიდიულ და ფაქტიურ აზრს არის მოკლებული; სხვადასხვა შემთხვევაში სხვადასხვა მიზეზებია წარმოდგენილი; უარის თქმა მოხდა სარჩელის ძირეული შესწავლის გარეშე; სარჩელი შესწავლილი იქნა, მაგრამ შესწავლის მიზანი იყო უარის თქმის დასაბუთება და არა სარჩელის საფუძვლიანობის განსაზღვრა. [FN231] უფრო მეტიც, სადაზღვევო კომპანიის უუნარობა კომუნიკაცია აწარმოოს დაზღვეულთან ასევე შეიძლება განხილული იქნას როგორც დამზღვევის მხრიდან გამოვლენილი არაკეთილსინდისიერი ქმედების დადგენის საფუძველი. [FN232] 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, [FN233] ასევე წინა-საკონტრაქტო მოლაპარაკებებში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის აუცილებლობა. [FN234] ასევე სასარგებლო შეიძლება აღმოჩნდეს საკონტრაქტო ურთიერთობებში გამოყენებული ენა და ცნებები. ეს გასაგებია, რადგან ბევრი თუ არა ყველა მედიაციის შეთანხმება არის კონტრაქტი. [FN235] უფრო მეტიც ტრანზაქციული ტიპის მოლაპარაკებების დაწყებისას, კონტრაქტს წინ უძღვის მხარეებს შორის ურთიერთობის ჩამოყალიბება. [FN236] 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 მოვითხოვოთ ის, რაც თავიდანვე მოთხოვნას წარმოადგენდა? თუ დავუშვებთ გარკვეულ კავშირს საკონტრაქტო თეორიასთან, ჩვენ შეგვიძლია მივმართოთ ექტრაპოლაციას და მოვითხოვოთ კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის დაკონკრეტება. მაგალითად, უნიფორმული კომერციული კოდექსის (Uniform Commercial Code) შესაბამისად „კეთილსინდისიერი მონაწილეობა“ შემდეგი ელემენტებისგან შედგება: „ ფაქტიური პატიოსნება და ვაჭრობაში სამართლიანი გარიგების გონივრული კომერციული სტანდარტების შესრულება.“ [FN237] თუმცა ეს განსაზღვრება ბიზნესის რეალობაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის განმარტებისას სპეკულაციის საშუალებას იძლევა და ზოგიერთი კომენტატორი მიიჩნევს, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობა ნიშნავს, რომ მხარეები არ მოქმედებდნენ არაკეთილსინდისიერად, [FN238] სხვა კომენტატორები მიუთითებენ, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობა ტრანზაქციებში მხოლოდ ყველა შემთხვევისთვის ცალკე შეიძლება განისაზღვროს. [FN239] უნდა მოხდეს თუ არა ამგვარი ქცევის შეფასება გონივრული, სამართლიანი ან კარგად ჩამოყალიბებული სტანდარტების გამოყენებით, თუ საზოგადოებრივი სტანდარტებით, ეს კითხვა სხვაგანხილვის საგანია. [FN240] შესაძლოა ყველაზე სწორხაზოვანი პასუხს გვამღევს 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“. [FN241] 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, *615 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. [FN242] მაგრამ მედიაციის პროცესი უფრო ადრე იწყება. [FN243] მომზადება და მედიაციაზე გამოცხადება ის საფეხურებია, რომლებიც ასევე უნდა გაითვალისწინოს კარგმა მედიატორმა. [FN244] 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; [FN245] და იმით, რომ კეთილსინდისიერი ან არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობის დემონსტრირება დამოკიდებულია ადამიანის სულიერ მდგომარეობაზე. [FN246] ამდენად აუცილებელია ობიექტური სტანდარტები, რომლებიც არ ემყარება წინადადებების შინაარსს.

ქვემოთ წარმოდგენილია ის ფაქტორები, რომლებიც გათვალისწინებული უნდა იქნას

კეთილსინდისიერი მონაწილეობის უზრუნველყოფელ წესში ან საკანონმდებლო აქტში: [FN247] 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 დემონსტრირება, 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. [FN248] კეთილსინდისიერი მონაწილეობა გულისხმობს მედიაციაზე გახსნილი გონებითა და არა აუცილებლად პოზიციის შეცვლის პირობით გამოცხადებას; რაც ნიშნავს სულრვილს სხვების მიმართ იყო გახსნილი. შესაძლოა ძალიან ვიწრო ზღვარი არსებობს პოზიციის შეცვლის არ მოთხოვნასა 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 ავლნიშნოთ, რომ პროცესის ამოცანაა მოდავე მხარეებს შორის ინფორმაციის თავისუფალი გაცვლის ხელშეწყობა, რაც მედიაციის პროცესისთვის აუცილებელი კომუნიკაციისა და მონაწილეობის დამახასიათებელი ნიშანია.

ე. მედიაციის პროცესში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის შეტანა

1. ყოვლის მომცველი მოთხოვნის მნიშვნელობა

ყოვლის მომცველი 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, [FN249] 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, ან მედიაცია შეთანხმებას ან საკონტრაქტო დებულებებს ეხება. ამჟამად მრავალი მედიაცია სასამართლოს მიერ არის დადგენილი, ამ შემთხვევაში მედიაციას ადვოკატები ესწრებიან. მაგრამ რადგან უფრო და უფრო ხშირია მედიაციის გამოყენება შეთანხმებებისა და დაგ-ის დებულებების შემცველი კონტრაქტების შემთხვევაში, უფრო მეტი საქმე გადავა მედიაციაში სასამართლო საქმის წამოწყებამდე. [FN250] გარკვეული მიზეზების გამო, მედიაცია ერთი და იგივე პროცესს უნდა წარმოადგენდეს; [FN251] სხვა შემთხვევაში არ გვეცოდინება რაზე ვსაუბრობთ, როდესაც ვიყენებთ სიტყვას მედიაცია, *617 და მედიატორებს არ ეცოდინებათ, რას აკეთებენ. [FN252] 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 აბსოლიტურად განსხვავებული პროცესი სხვა შემთხვევაში. და თვით იმ პირებისათვის, რომელთაც მედიაციასთან დაკავშირებით პლურალისტული შეხედულება გააჩნიათ, [FN253] პროცესის სარგებლიანობისათვის, თვით შეფასების ფორმის გამოყენებისას, [FN254] მაინც უნდა არსებობდეს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის გარკვეული ელემენტები; სულ მცირე, ადგილი არ უნდა ქონდეს არაკეთილსინდისიერ მონაწილეობას. მედიაციის მიზნების განხორციელებაში წარმატების მისაღწევად, მონაწილეები „პროცესში კეთილსინდისიერად და გონივრული სახით უნდა ჩაერთონ“. [FN255]

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 ვაღიაროთ, 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 მისასალმებელ, შესავალ სიტყვაში [FN256] არკვევს მონაწილეთა პასუხისმგებლობით მიდგომას კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მიმართ. მედიატორები ზოგადად ასეთი თხოვნით მიმართავენ ყველა მონაწილეს, დავის მხარეებისა და მათი წარმოადგენლების, ან მოლაპარაკებებში მონაწილე აგენტების ჩათვლით, რომლებიც ჩვეულების იურისტები არიან. [FN257] ზოგადად მიღებულია მედიაციის განხორციელებაზე ხელშეკრულების ხელმოწერა, რომელიც შეიცავს დებულებას კეთილსინდისიერ მონაწილეობაზე.

პროცედურულად მედიატორს შეიძლება დაეკისროს ვალდებულება, აღასრულოს 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 მიაწოდოს სასამართლოს. მედიატორმა შეიძლება სასამართლოს გადაუგზავნოს ინფორმაციის საკონტროლო ჩამონათვალი, რომელიც შეესაბამება კონკრეტულ ობიექტურ კრიტერიუმებს. [FN258]

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. [FN259] არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობის საპასუხოდ მედიატორის ქცევის მაგალითები მოიცავს შემდეგს: მედიაციის შეწყვეტა, ხარჯების გადანაწილება, მედიაციის თავიდან დაწყება, ან სასამართლოსთვის შესაბამისი ინფორმაციის მიწოდება. თუმცა არც ერთი 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 დებულებებში.

3. ახალი ეთიკა: შემოთავაზება

მედიაციაში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა კანონმდებლობით, სასამართლო განკარგულებით, ადვოკატთა ქცევის კოდექსით ან მედიაციაში პრაქტიკის წესებით შეიძლება განისაზღვროს. [FN260] 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 და მორალური საკითხების გადახედვის კონტექსტში, [FN261] პრობლემის კოლაბორატიული ტიპის გადაწყვეტა ამ მიზნებს შეესაბამება.

ადვოკატის შემთხვევაში, ავტონომიური და თვით-რეგულირებადი პროფესიონალების უმრავლესობის მსგავსად, ქცევას ეთიკის წესები განსაზღვრავს. [FN262] ეთიკის წესები ამოქმედდა პრაქტიკაში მომუშავე ვეჟილებისათვის და მან დროთა განმავლობაში განვითარება განიცადა. [FN263] მოდელის კოდექსი [FN264] გაკრიტიკებული იქნა, როგორც დოკუმენტი, რომელიც ზედმეტ აქცენტს აკეთებდა სასამართლო საქმის წარმოებაზე და 1983 წელს ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციამ ამოქმედა პროფესიული ქცევის მოდელის წესები [FN265], სადაც ყურადღება საზოგადოებაში ადვოკატის როლზე მახვილდება. [FN266] მაგრამ სადავო არ არის, რომ წესები და ქცევის კოდექსები დადგენილია იმ ადვოკატებისთვის, რომლებიც მუშაობენ მოგებულ-წაგებულის დიქტომიის კონტექსტში. ის, რომ პირი ადვოკატის როლშია, არ ნიშნავს, რომ იგი ვერ

იმოქმედებს კეთილსინდისიერად, [FN267] თუმცა ზოგიერებს განსხვავებული პოზიცია გააჩნიათ. [FN268] პირის ქცევა ადვოკატის როლში განსაზღვრავს მის მიერ ნებისმიერი სტანდარტის დაცვას. [FN269] მაგრამ სავარაუდოდ მხოლოდ ეთიკის წესები ვერ მოახდენენ გავლენას ქცევის ცვლილებაზე შეჯიბრებით სისტემაში.[FN270] შესაძლოა მედიაში, როგორც დავის გადაწყვეტის ჭეშმარიტად განსხვავებულ პარადიგმაში, ქცევის მიმართულების შეცვლამ ხელი შეუწყოს ადვოკატის როლის ხელახალ განსაზღვრას. [FN271]

4. ძირეული ელემენტი: განათლება

მედიაში 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 მედიაში ცხადდებიან არაპრაქტიკული მოლოდინებით მედიატორის 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 არაფექტურია.

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 დაიწყოს, [FN272] და ძალისხმევა უნდა გასცდეს სამართლის სკოლებს. ანალოგიურად დაგ-ის შესახებ ინფორმაციის მიწოდება დაიწყეს განათლების სხვა სფეროებშიც, როგორცაა 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 “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

ვუწოდებთ ამას კეთილსინდისიერ მონაწილეობას, „გააზრებულ/აზრიან მონაწილეობას“, თუ რაიმე სხვა ტერმინს, მედიაციის პროცესში უნდა განისაზღვროს კონკრეტული ტიპის ქცევის მოთხოვნა. ამ ტიპის ვალდებულება უნდა შეიქმნას და იმოქმედდეს დაუყოვნებლივ სასამართლოს წესების, კანონმდებლობის ან ეთიკის ნორმების საშუალებით.

ნაკლები ძალისხმევაა საჭირო ადვოკატთა საზოგადოების დასარეგულირებლად, და რადგან ადვოკატთა ქცევა ზეგავლენას ახდენს მედიაში, ცვლილების პროცესი სწორედ ამ სფეროში

უნდა დაიწყოს. ადვოკატებმა უკვე მოახდინეს წესებით ან სტანდარტებით მართვის აუცილებლობისა და ჩვევების არსებობის დემონსტრირება. მაგრამ მოქმედი წესები არ შეესატყვისება დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის ზოგიერთ ფორმას, და განსაკუთრებით მედიაციას.[FN273] 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. [FN274]

ქვემოთ წარმოდგენილია უბრალო წინადადებები (შემოთავაზებები), რომელთა განხილვა და მათ შესახებ დებატები ჯერ არ განხორციელებულა. ისინი წარმოდგენილია დისკუსიის პროცესის ინიცირების მიზნით.

მოდელი წესი ადვოკატებისთვის, რომელიც მოითხოვს კეთილსინდისიერ მონაწილეობას მედიაციის პროცესში

წესი 1.7 კეთილსინდისიერი მონაწილეობა მედიაციაში

ადვოკატმა, რომელიც კლიენტის წარმომადგენელია, კეთილსინდისიერი მონაწილეობა უნდა მიიღოს მედიაციაში.

(a) მედიაციის წინ, ადვოკატი უნდა მოემზადოს, თავად გაეცნოს საკითხს და განიხილოს საკითხი კლიენტთან.

(b) მედიაციის პროცესში, ადვოკატმა უნდა დაიცვას სასამართლოს ან საკანონმდებლო აქტის ყველა წესი, რომელიც არეგულირებს მედიაციის პროცესს, ამასთან ადვოკატმა უნდა ურჩიოს თავის კლიენტს მოიქცეს ანალოგიურად.

(c) მედიაციის პროცესში, ადვოკატმა მედიატორს ან სხვა მონაწილეებს 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 მიიღონ.

“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;

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 არ გაკეთება; 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 არ არსებობას.

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 არ არსებობის 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.

[FNa]. სამართლის პროფესორი, ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის დავების გადაწყვეტის განყოფილების არჩეული თავმჯდომარე; ბაკალავრი 1976, ოჰაიოს სახელმწიფო უნივერსიტეტი; სამართლის დოქტორი, 1979, კაპიტალ უნივერსიტეტი.

[FN1]. თუმცა წინამდებარე სტატიაში გამოყენებული ლიტერატურა და შესაბამისად წყაროები ზოგადად დაგ-ს ეხება, ამ ნაშრომში ყურადღება გამახვილებულია ძირითადად მედიაციის პროცესზე. ნაშრომში ნაცადია სპეციფიურად მოცემული თემის განხილვა, რადგან მედიაცია განსხვავებული და უნიკალური პროცესია იურიდიულ სისტემასთან შედარებით. თუმცა კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ელემენტი ზიანს არ მოუტანს სხვა დაგ-ის პროცესებს, მის არსებობას მედიაციაში გადამწყვეტი მნიშვნელობა გააჩნია.

[FN2]. იხილეთ Judith Resnik, *Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, 10 Ohio St. J. on Disp. Resol. 211, 218 (1995).

[FN3]. არბიტრაჟი შეჯიბრებითობის ტიპის პროცესია, რადგან განსაზღვრებით ნეიტრალური პირი იღებს გადაწყვეტილებას. იხილეთ: Goldberg et al., *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes* 199-200 (2d ed. 1992).

[FN4]. ზოგადი ინფორმაციისთვის იხილეთ: David I. Levine, *Early Neutral Evaluation: A Follow-up Report*, 70 *Judicature* 236 (1987) (ნეიტრალური შეფასების ადრეულ საფეხურთან დაკავშირებით კალიფორნიის ჩრდილოეთ ოლქის ექსპერიმენტული პროგრამის შეფასება); Joshua D. Rosenberg & H. Jay Folberg, *Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis*, 46 *Stan. L. Rev.* 1487 (1994) (ადრეული ნეიტრალური შეფასების საწყისებისა და განვითარების განხილვა).

[FN5]. შემაჯამებელი სასამართლო პროცესის ზოგადი მიმოხილვისა და საფუძვლებისათვის, იხილეთ: James Alfini, *Summary Jury Trials in State and Federal Courts: A Comparative Analysis of the Perceptions of Participating Lawyers*, 4 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 213 (1989); Richard A. Posner, *The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations*, 53 *U. Chi. L. Rev.* 366 (1986); და Neil Vidmar & Jeffery Rice, *Jury-Determined Settlements and Summary Jury Trials: Observations about Alternative Dispute Resolution in an Adversary Culture*, 19 *Fla. St. U. L. Rev.* 89 (1991).

[FN6]. იხილეთ: Lucy V. Katz, *Compulsory Alternative Dispute Resolution and Volunteerism: Two-Headed Monster or Two Sides of the Coin?*, 1993 *J. Disp. Resol.* 1, 13; Resnik, *supra* note 2, at 218.

[FN7]. იხილეთ: John Lande, *How Will Lawyering and Mediation Practices Transform Each Other?*, 24 *Fla. St. U. L. Rev.* 839 (1997); Jeffrey W. Stempel, *Reflections on Judicial ADR and the Multi-Door Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Overture or Fledgling Adulthood?*, 11 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 297, 352-53 (1996).

[FN8]. იხილეთ: Margaret F. Brinig, *Does Mediation Systematically Disadvantage Women?*, 2 *Wm. & Mary J. Women & L.* 1, 6 (1995); Richard Delgado et al., *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution*, 1985 *Wis. L. Rev.* 1359, 1361; Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 *Yale L.J.* 1073, 1075 (1984); Trina Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 100 *Yale L.J.* 1545, 1549 (1991).

[FN9]. იხილეთ: Penelope E. Bryan, *Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power*, 40 *Buff. L. Rev.* 441, 443 (1992).

[FN10]. შტატები განაგრძობენ საკანონმდებლო აქტების მიღებასა და განხორციელებას. იხილეთ: e.g., *N.C. Sup. Ct. R.* 1-10 (1991) (შესწორებები შეტანილია, 1996) (უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეებში მედიატორული მორიგების სხდომების ჩატარება).

[FN11]. იხილეთ: Nancy H. Rogers & Craig A. McEwen, *Mediation: Law, Policy, & Practice* § 13:01 (2d ed. 1994).

[FN12]. იხილეთ იგივე.

[FN13]. ზოგადი ინფორმაციისთვის იხილეთ: Edward F. Sherman, Court-Mandated Alternative Dispute Resolution: What Form of Participation Should Be Required?, 46 SMU L. Rev. 2079 (1993) (სავალდებულო დაგ-ში მხარეებისა და მათი ადვოკატების მონაწილეობის პასუხისმგებლობის განხილვა).

[FN14]. იხილეთ: Rogers & McEwen, ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 3:6.

[FN15]. იხილეთ: Lande, ზემოთ მითითებული წყარო 7, გვ 3-4.

[FN16]. იხილეთ: Carrie Menkel-Meadow, Pursuing Settlement in an Adversarial Culture: A Tale of Innovation Co-opted or “The Law of ADR”, 19 Fla. St. U. L. Rev. 1, 12 (1991); ასევე იხილეთ: Rogers & McEwen, ზემოთ მითითებული წყარო 11, §§ 1:04, 13:01.

[FN17]. იხილეთ: Sherman, supra note 13, გვერდზე 2082.

[FN18]. ფლორიდისა და ტეხასის შტატები, და ახლო წარსულიდან ინდიანა ლიდერობენ სამოქალაქო საქმეებში სავალდებულო მედიაციის გამოყენებაში, მოცემულ შტატებში დაფიქსირებულია საქმეები, რომლებიც ეხება მედიაციის პრაქტიკასა და პროცედურებს.

[FN19]. იხილეთ: Sherman, ზემოთ მითითებული წყარო 13, გვ. 2089.

[FN20]. ზოგადი ინფორმაციისთვის საკითხზე ვინ უნდა იღებდეს გადაწყვეტილებას იმასთან დაკავშირებით, რა არის მედიაცია და კერძოდ, როგორ ხდება მისი პრაქტიკაში განხორციელება, იხილეთ: Kimberlee K. Kovach, What Is Real Mediation, and Who Should Decide?, 3 A.B.A. Disp. Resol. Mag. 5 (1996).

[FN21]. თუმცა ზოგ ინდივიდს ახასიათებს სამივე პერსპექტივა, მნიშვნელოვანია, რომ ყველა ასპექტი ადეკვატურად იყოს წარმოდგენილი, რაც იდეალურ შემთხვევაში ხელს უწყობს ფიქრს, დისკუსიას, დებატებს და გადაწყვეტილების მიღების პროცესებს.

[FN22]. რამდენჯერმე იყო ნაცადი ეთიკისა და ქცევის სტანდარტების მიღება. იხილეთ: 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 დაგ-ის განყოფილების, დავების გადაწყვეტის 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).

[FN23]. 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,

როგორცაა ფლორიდა, ვირჯინია და ჩრდილოეთ კაროლინა გარკვეული ძალისხმევა მიმართეს რეგულაციის საკითხებზე. იხილეთ: Fla. Sup. Ct. R. 10.120-.150 (1992). არა იურიდიული პროფესიის პირები ხშირად აკრიტიკებენ მათ.

[FN24]. სირთულეები წამოიჭრება ტრეინინგისა და განათლების მოთხოვნების არაერთგვაროვნების გამო. იხილეთ: Jay Folberg, Certification of Mediators in California: An Introduction, 30 U.S.F. L. Rev. 609, 609-10 (1996) (მედატორების 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].

[FN25]. ტერმინი „მონაწილე“ ეხება ყველას, ვინც მონაწილეობას იღებს მედიაციაში, გარდა მედატორისა.

[FN26]. ტერმინი „ადვოკატი-წარმომადგენელი“ გამოიყენება იმ იურისტის მიმართ, რომელიც წარმომადგენს მხარეს მედიაციის პროცესში და არა იურისტის მიმართ, რომელიც ასრულებს მედატორის როლს. ასევე იხილეთ შენიშვნა 36 და თანამდევი ტექსტი.

[FN27]. ზოგადი ინფორმაციისთვის იხილეთ: James S. Kakalik et al., An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation Under the Civil Justice Reform Act (1996); Ronald J. Gilson & Robert H. Mnookin, Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict between Lawyers in Litigation, 94 Colum. L. Rev. 509 (1994) (დაგ-ის პროცესში ტუსაღთა დილემის კვლევა); Carrie Menkel-Meadow, Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases), 83 Geo. L.J. 2663 (1995) (განხილვა როგორ უნდა განვსაზღვროთ, როდის უნდა დავუჭიროთ მხარი ან შევეწინააღმდეგოთ მორიგებას).

[FN28]. იხილეთ: Craig A. McEwen & Richard J. Maiman, Mediation in Small Claims Court: Achieving Compliance Through Consent, 18 L. & Soc'y Rev. 11, 11 (1984) (ასოცირდება იმის ალბათობასთან, რომ მხარეები უფრო დაიცავენ შეთანხმებას მედიაციის შემთხვევაში სასამართლო გადაწყვეტილებასთან შედარებით); Jessica Pearson & Nancy Thoennes, Divorce Mediation: Reflections on a Decade of Research, in Mediation Research: The Process and Effectiveness of Third-Party Intervention 9, 9-10 (Kenneth Kressel & Dean G. Pruitt eds., 1989) (ბავშვის მეურვეობასთან დაკავშირებულ დავებში არა-შეჯიბრებითობითი მიდგომების გამოყენების განხილვა); Janice A. Roehl & Royer F. Cook, Mediation in Interpersonal Disputes: Effectiveness and Limitations, in Mediation Research: The Process and Effectiveness of Third-Party Intervention, 31, 32 (Kenneth Kressel & Dean G. Pruitt eds., 1989) (კონფლიქტურ მხარეებს შორის დავების გადაწყვეტის ეფექტურობის განხილვა).

[FN29]. იხილეთ: Leonard L. Riskin, Toward New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation, 26 Ariz. L. Rev. 329, 329-30 (1984); Leonard L. Riskin, Mediation and Lawyers, 43 Ohio St. L.J. 29, 29-30 (1982) [შემდგომში Riskin, Mediation and Lawyers] (ადგენს მედიაციას, როგორც დავების გადაწყვეტის ძირითად მეთოდს და ადვოკატების მზარდ ჩართულობას დავების გადაწყვეტის ამ

მეთოდში); Karen A. Zerhusen, Reflections on the Role of the Neutral Lawyer: The Lawyer As Mediator, 81 Ky. L.J. 1165, 1166 (1992-93).

[FN30]. ძალიან მცირე წერილობითი მასალა არსებობს, რომელიც მიმართულია ადვოკატის მიმართ. მაგრამ იხილეთ: Eric R. Galton, Representing Clients in Mediation at vii-xi (1994) (გვაწვდის ინფორმაციას სასამართლო პროცესების შესახებ ადვოკატებთან მიმართებაში, რომლებიც მონაწილეობენ მედიაციის პროცესში); John S. Murray et al., Processes of Dispute Resolution (2d ed. 1996) (აქცენტი კეთდება ადვოკატების როლზე სასამართლო საქმის წარმოების ალტერნატივებში, როგორცაა მოლაპარაკება, მედიაცია და არბიტრაჟი); David Plimpton, Mediation of Disputes: The Role of the Lawyer and How Best to Serve the Client's Interest, 8 Me. B.J. 38, 38, 40-44 (1993) (განიხილავს დაგ-ის მზარდ როლს და დაგ-ის სხვადასხვა ფორმების მოკლე მიმოხილვა, რაც საშუალებას იძლევა ყურადღება გავამახვილოთ ადვოკატის როლზე მედიაციურ დავების გადაწყვეტაში).

[FN31]. იხილეთ: 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 ადვოკატობის ალტერნატივების საკითხებში) [შემდგომში MacCrate Report].

[FN32]. იხილეთ: James H. Stark, Preliminary Reflections on the Establishment of a Mediation Clinic, 2 Clin. L. Rev. 457, 458 (1996). AALS-ის ანგარიში (Association of American Law Schools) Clinical Section მიუთითებს, რომ ზოგიერთ სამართლის სკოლას გააჩნია მედიაციის კლინიკები, სადაც სტუდენტებს ეძლევათ საქმეების მედიაციის შესაძლებლობა. ამ სკოლების უდიდესი ნაწილი ასევე სთავაზობს სტუდენტებს დაგ-ის მიმოხილვის კურსს წელიწადში ერთხელ მაინც სიხშირით (ინფორმაცია ინახება ავტორთან).

[FN33]. 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 სასამართლო აქტივობებთან ერთად, რაც საშუალებას აძლევს სამართლის სტუდენტებს პრაქტიკაში გამოსცადონ და გამოამყვანონ უნარები, რომლებიც უკავშირდება კლიენტის წარმომადგენლობას მედიაციაში. კონკურსი, რომელიც სხვა კონკურსების მსგავსად ჩატარდა, აქცენტს არ აკეთებდა მედიატორზე, ყურადღება მახვილდებოდა ადვოკატსა და მის ეფექტურობაზე მედიაციის პროცესში. იმედია, რომ კონკურსი საბოლოოდ ეროვნულ სტატუსს მოიპოვებს და მისი დაფინანსება მოხდება ABA Law School Divisions -ს მიერ.

[FN34]. იხილეთ: MacCrate Report, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 31, გვ 273-317.

[FN35]. ეს, რა თქმა უნდა, პროცესისადმი ფასილიტატიური და „ყველასთვის მომგებიანი“ მიდგომის დაშვებით, იხილეთ შენიშვნა 19499 ქვემოთ და თანმხლები ტექსტი (მედიაციის

პროცესში სხვადასხვა მხარეების ამოცანების განხილვა).

[FN36]. “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.

[FN37]. უნდა გავიაზროთ, რომ მედიაციაში დავის გადასაწყვეტად საჭიროა მაგიდის მოპირდაპირე მხარეს მჯდომი პირის თანხმობა.

[FN38]. მაგრამ იხილეთ: Carrie Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World*, 38 *Wm. & Mary L. Rev.* 5, 6 (1996) (ამტკიცებს, რომ შეჯიბრებითობის ტიპის სისტემა არ არის ადეკვატური ნებისმიერი იურიდიული ან დავის გადაწყვეტის მნიშვნელოვანი ამოცანების დასაკმაყოფილებლად).

[FN39]. ზოგადი ინფორმაციისთვის იხილეთ: Frank E.A. Sander & Stephen B. Goldberg, *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure*, 10 *Negotiation J.* 49 (1994) (დეტალურად აღწერს დაგ-ის პროცესების საქმის კონკრეტულ მახასიათებლებთან შესაბამობის მიღწევის მეთოდებს).

[FN40]. იხილეთ: Katz, *ზემოთ მითითებული წყარო 6*, გვ 1-2; Andreas Nelle, *Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework*, 7 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 287, 304 (1992); Resnik, *ზემოთ მითითებული წყარო 2*, გვ 218-19; Sherman, *ზემოთ მითითებული წყარო 13*, at 2085-86; David S. Winston, *Comment, Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: “You Can Lead A Horse to Water....”*, 11 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 187, 188 (1996).

[FN41]. იხილეთ: N.C. Gen. Stat. § 7A-38.1(f) (1995) (მხარეებისგან და მათი წარმომადგენლებისგან მოითხოვება სასამართლოს პროცესის წინა მედიატორული მორიგების სხდომაზე დასწრება).

[FN42]. იხილეთ: Sherman, *ზემოთ მითითებული წყარო 13*, გვ. 2081-84; Winston, *ზემოთ მითითებული წყარო 40*, გვ. 188.

[FN43]. იხილეთ: Leonard L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 *Harv. Negotiation L. Rev.* 7, 84457 (1996); Lande, *ზემოთ მითითებული წყარო 7*, გვ. 844-57. ორივე Lande და Riskin ემხრობიან მედიაციის პლურალისტულ კონცეფციას ყველა მიდგომის გათვალისწინებით.

[FN44]. იხილეთ: Kimberlee K. Kovach & Lela P. Love, “Evaluative” Mediation Is an Oxymoron, 14 *Alternatives to the High Cost of Litig.* 31, 31 (1996).

[FN45]. დავის ლეგალიზაცია ტერმინია, რომელსაც ხშირად ვიყენებ იმის აღსაწერად, რა ხდება კონფლიქტთან დაკავშირებით, როდესაც მიმართავენ ადვოკატებს ან სასამართლო სისტემას.

[FN46]. იხილეთ ქვემოთ ნაწილი VIII.E.1 (განიხილავს განსხვავებულ კონტექსტებში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის უცვლელი განსაზღვრების დადგენის რაციონალურ საფუძვლებს).

[FN47]. იხილეთ: Sherman, ზემოთ მითითებული წყარო 13, გვ. 2096; Winston, ზემოთ მითითებული წყარო 40, გვ. 197.

[FN48]. იხილეთ: James J. Alfani, Trashing, Bashing, and Hashing It Out: Is This the End of “Good Mediation” ?, 19 Fla. St. U. L. Rev. 47, 63 (1991); Sherman ზემოთ მითითებული წყარო 13, გვ. 2089; Tony Biller, Comment, Good Faith Mediation: Improving Efficiency, Cost, and Satisfaction in North Carolina's Pre-trial Process, 18 Campbell L. Rev. 281, 292 (1996).

[FN49]. საკითხი რა არის მედიაცია ნაწილობრივ დეფინიციური ხასიათისაა; პროცესი, რომელზეც ამ სტატიაში მივუთითებ მედიატორს განიხილავს, როგორც ფასილიტატორს, რომელიც დახმარებას უწევს მხარეებს პრობლემის გადაჭრაში. თუმცა, როგორც ეს შემდგომშია აღნიშნული, კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნა აუცილებელია პროცესის სხვაგვარი ხედვის შემთხვევაშიც. იხილეთ შენიშვნა ქვემოთ 244-65 და თანმხლები ტექსტი.

[FN50]. 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.

[FN51]. იხილეთ: Rogers & McEwen, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 7:06.

[FN52]. იხილეთ: 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).

[FN53]. იხილეთ: Rogers & McEwen, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 7:06; Nelle, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 40, at 303; Sherman, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 13, at 2089.

[FN54]. იხილეთ: Rogers & McEwen, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 9; Sherman,

იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო13, at 2089.

[FN55]. იხილეთ: Rogers & McEwen, იხილეთ 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)..

[FN56]. იხილეთ ქვემოთ ნაწილი VIII.D (განიხილავს ფაქტორებს, რომლებიც შეიძლება შეტანილი იქნას კეთილსინდისიერი მონაწილეობის დამავალდებულებელ წესში ან საკანონმდებლო აქტში).

[FN57]. იხილეთ: Rogers & McEwen, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო11, § 7:03; Katz, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო6, at 41.

[FN58]. თუმცა ძალა არ ყოფილა გამოყენებული, ტეხასის ზოგიერთი მედიაციის შემთხვევებში, რომლებიც შემდეგი დილის 7 საათამდე გრძელდებოდა, მხარეები აღნიშნავდნენ, რომ მათ არ შეეძლოთ პროცესის დატოვება.

[FN59]. იხილეთ: John Feerick et al., Standards of Professional Conduct in Alternative Dispute Resolution, J. Disp. Resol. 95, 101 (1995); Model Standards of Conduct for Mediators, supra note 22, § I.

[FN60]. იხილეთ: Craig A. McEwen et al., Bring in the Lawyers: Challenging the Dominant Approaches to Ensuring Fairness in Divorce Mediation, 79 Minn. L Rev. 1317, 1323 (1995).

[FN61]. იხილეთ: Feerick, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო59, გვ. 95.

[FN62]. იხილეთ: Carrie Menkel-Meadow, Ethics in Alternative Dispute Resolution: New Issues, No Answers From the Adversary Conception of Lawyers Responsibility, 38 S. Tex. L. Rev. 405, 44246 (წარმოადგენს დაგ-ში ეთიკური მითითებების მიღებასთან დაკავშირებული პრობლემების ანალიზს).

[FN63]. იხილეთ ქვემოთ ნაწილი VIII.C. კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არარსებობის არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობით განსაზღვრისათვის, და პირიქით, როდესაც კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ნაკლებობის დემონსტრირება შეიძლება მოხდეს არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობის არსებობით.

[FN64]. იხილეთ ქვემოთ ნაწილი VII.B (განიხილავს მედიატორის როლისთვის დამახასიათებელ შინაგან კონფლიქტს მხარეებს შორის კომუნიკაციის ხელშეწყობასა და კონფიდენციალობას შორის მხარის მიერ მედიაციის პროცესის დაუცველობისას.).

[FN65]. იხილეთ იგივე

[FN66]. იხილეთ: Alfini, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო48, გვ. 63-66; Sherman, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო13, გვ. 2089; Biller, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო48, გვ. 291.

[FN67]. იხილეთ ქვემოთ შენიშვნა 101-06 და თანხმლები ტექსტი (განიხილავს კონფლიქტს შტატის საკანონმდებლო აქტსა და პრეცედენტულ სამართალს შორის საჭირო კეთილსინდისიერი მონაწილეობის კონტექსტში).

[FN68]. იხილეთ:Alfini, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო48, at 63; Winston, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო40, at 197-201; Biller, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 48, at 297.

[FN69]. იხილეთ: Rogers & McEwen, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო11, § 5:02.

[FN70]. იხილეთ: Karen Grover Duffey, Introduction to Community Mediation Programs: Past, Present, and Future, in *Community Mediation: A Handbook for Practitioners and Researchers* 21, 26-27 (Karen Grover Duffey et al. eds., 1991); ასევე იხილეთ: Edith B. Primm, *The Neighborhood Justice Center Movement*, 81 Ky. L.J. 1067, 1075 (1992-93) (განიხილავს საზოგადოებაზე დაფუძნებული მოძრაობის ისტორიის მიმოხილვას).

[FN71]. იხილეთ: Resnik, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 2, გვ. 218-19 (განიხილავს სასამართლოს მიერ დადგენილი დაგ-ის განვითარებას).

[FN72]. იხილეთ: Rogers & McEwen, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 5:01.

[FN73]. იხილეთ: Jay M. Dade, Note, *Negotiating in Good Faith: Management's Obligation to Maintain the Status Quo During Collective Bargaining Under the Railway Labor Act*, 2 J. Disp. Resol. 395, 395 (1992).

[FN74]. იხილეთ: Archibald Cox, *The Duty to Bargain in Good Faith*, 71 Harv. L. Rev. 1401, 1405 (1958).

[FN75]. იხილეთ იგივე: გვ. 1401.

[FN76]. იხილეთ იგივე: გვ. 1403.

[FN77]. Id. at 1411; იხილეთ: NLRB v. General Elec. Co., 418 F.2d 736 (2d Cir. 1969) (განიხილავს დამქირავებლის მიერ მოლაპარაკებისას გამოყენებულ მიიღე-ან-დატოვე მიდგომას); იხილეთ ასევე: Charles B. Craver, *Effective Legal Negotiation and Settlement* 173-75 (2d ed. 1993) (განიხილავს ბელვერაიზმის ტექნიკას); Sherman, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო13, at 2092-93 (განიხილავს მიდგომას, რომელიც Boulwarism-ის სახელით არის ცნობილი).

[FN78]. Cox, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო74, at 1411.

[FN79]. იგოვე. გვ. 1412 (citing NLRB v. American Nat'l Ins. Co., 343 U.S. 395, 404 (1952)).

[FN80]. იხილეთ: Leonard L. Riskin, Two Concepts of Mediation in the FMHA's Farmer-Lender Mediation Program, 45 Admin. L. Rev. 21, 34 (1993).

[FN81]. იხილეთ: Minn. Stat. Ann. § 583.27(1)(a) (West 1996).

[FN82]. იგოვე. § 583.27(1)(ა)(6).

[FN83]. იგოვე. § 583.27(1)(ა).

[FN84]. იგოვე. § 83.27(2).

[FN85]. იხილეთ იგოვე § 583.27(6)(ა),(ბ).

[FN86]. 824 S.W.2d 247 (Tex. App.--Houston [1st Dist.] 1992, no writ).

[FN87]. Id. at 249.

[FN88]. იხილეთ იგოვე: გვ 251; ასევე იხილეთ: Charles J. McPheeters, Note, Leading Horses to Water: May Courts Which Have the Power to Order Attendance at Mediation Also Require Good-Faith Negotiation?, 2 J. Disp. Resol. 377, 380 (1992).

[FN89]. 605 So. 2d 988 (Fla. Dist. Ct. App. 1992).

[FN90]. იხილეთ იგოვე: გვ. 989.

[FN91]. იხილეთ: Halaby, McCrea, & Cross v. Hoffman, 831 P.2d 902, 908 (Colo. 1992) (en banc).

[FN92]. იხილეთ იგოვე.

[FN93]. 380 S.E.2d 265 (Ga. 1989).

[FN94]. Id. at 268.

[FN95]. 447 N.W.2d 397 (Iowa 1989).

[FN96]. Id. at 401.

[FN97]. Ind. Code Ann. tit. 34, Appendix on ADR, წესი 2.1 (West 1996).

[FN98]. იგივე, წესი 2.11. მაგრამ ასევე იხილეთ: State v. Carter, 658 N.E.2d 618, 622 (Ind. App. 1995) (არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობის არარსებობის დადგენა).

[FN99]. Me. Rev. Stat. Ann. tit. 19, § 214(4) (West 1995).

[FN100]. Bennett v. Bennett, 587 A.2d 463, 464 (Me. 1991).

[FN101]. Fla. Stat. Ann. § 627.745(დ) (West 1996); Kan. Stat. Ann. § 72-5430(c)(4) (1992); Wash. Rev. Code § 59.20.080(2) (1996).

[FN102]. Wash. Rev. Code §59.20.080(2) (1996).

[FN103]. Fla. Stat. Ann. § 627.745(დ) (West 1996).

[FN104]. Kan. Stat. Ann. §§ 72-5427, 72-5430(c)(4) (1992).

[FN105]. Id. § 72-5430 (1992).

[FN106]. Rogers & McEwen, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო, 11, § 7:06.

[FN107]. თავდაპირველად Tex. H.B. 433, 74th Leg., R.S. (1995), ამჟამად Tex. Fam. Code Ann. § 3.522 (Vernon Supp. 1997).

[FN108]. Tex. Fam. Code Ann. § 3.522(ბ) (Vernon Supp. 1997).

[FN109]. იხილეთ მაგალითად, Tex. Fam. Code Ann. §153.0071 (Vernon 1995) (დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის პროცედურების ჩამონათვალი იმ საჩივრებში, რომელიც ეხება მშობელი-ბავშვს შორის ურთიერთობებს) Stewart W. Gagnon, Family Law Mediation Training Seminar, South Texas College of Law (Aug. 17, 1995) (ინახება ავტორის მასალებში).

[FN110]. იხილეთ სატელეფონო ინტერვიუ ჩატარებული Gretchen M. Umbeck-ის მიერ დოკუმენტის ავტორთან, Honorable John Montgomery (ივნისი1995). დამატებითი დეტალებისათვის, იხილეთ: Gretchen M. Umbeck, Good Faith in Resolving Disputes in The Family Courts: What H.B. 433 May Mean to Mediation in Texas, at 6 (განიხილავს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნას, რომელიც წარმოდგენილი იქნა HB 433-მერ) (გამოუქვეყნებელი ნაშრომი, ინახება ავტორის მასალებში).

[FN111]. იხილეთ: Sherman, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 13, at 2094, 2112.

[FN112]. იხილეთ: Katz, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 6, at 21; McPheeters, იხილეთ

ზემოთ მითითებული წყარო 88, at 391.

[FN113]. იხილეთ: Alfini, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 48, at 65-66; Galton, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 30, გვ. 178; Sherman, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 13, გვ. 2089-94.

[FN114]. იხილეთ: Alfini, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 48, გვ. 66 (ანგარიში მიუთითებს, რომ თუმცა არსებობს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ელემენტის აღსრულებასთან დაკავშირებული სირთულეები მედიაციაში, ადვოკატების უმრავლესობა კვლევაში ფიქრობს, რომ ეს ელემენტი აუცილებელია.); Murray et al., იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 30, გვ. 370. ზოგადი ინფორმაციისათვის იხილეთ: Eric R. Galton & Kimberlee K. Kovach, 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).

[FN115]. იხილეთ: Joseph Shade, The Oil and Gas Lease and ADR: A Marriage Made in Heaven Waiting to Happen, 30 Tulsa L.J. 599, 645 (1995).

[FN116]. Murray et al., იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 30, § 36.01.

[FN117]. ზოგადი ინფორმაციისათვის იხილეთ: Kimberlee K. Kovach, Mediation: Principles and Practice 16-18 (West 1994).

[FN118]. იხილეთ: Lande, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 7, გვ. 3-4.

[FN119]. იხილეთ: Kovach, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 117, at 16-18; Christopher W. Moore, The Mediation Process 15 (2d ed. 1996); Lon L. Fuller, Mediation--Its Forms and Functions, 44 S. Cal. L. Rev. 305, 325 (1971).

[FN120]. იხილეთ: Sherman, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 13, გვ. 2082.

[FN121]. იხილეთ: Francis E. McGovern, 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).

[FN122]. იგივე. გვ. 2083.

[FN123]. იხილეთ: Detroit & Toledo Shore Line R.R. v. United Transp. Union, 396 U.S. 142, 155 (1969).

[FN124]. იგივე. გვ. 150.

[FN125]. იხილეთ: Steven Hartwell, *Understanding and Dealing with Deception in Legal Negotiation*, 6 Ohio St. J. on Disp. Resol. 171, 185, 194 (1991); cf. Gerald B. Westlauffer, *The Ethics of Lying in Negotiation*, 76 Iowa L. Rev. 1219, 1272 (1990) (ტყუილი არის ზოგადად ადვოკატობისა და სამართლის მუდმივი და გავრცელებული ელემენტი); James J. White, *Machiavelli and the Bar: Ethical Limitations on Lying in Negotiation*, 1980 Am. B. Found. Res. J. 926, 926-27.

[FN126]. ზოგადი ინფორმაციისათვის იხილეთ: Menkel-Meadow, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 38 (განიხილავს დაგ-ში შეჯიბრებითობის სისტემის არაადექვატურობას).

[FN127]. Howard Bedlin & Paul Nejelski, *Unsettling Issues About Settling Civil Litigation: Examining "Doomsday Machines," "Quick Looks" and Other Modest Proposals*, 68 *Judicature* 9, 12 (1984).

[FN128]. ეს არის ნულოვანი ჯამისა და ფიქსირებული წილის მოლაპარაკება, რომელიც განსხვავდება მთლიანობითი ან კოლაბორაციული მიდგომისგან. იხილეთ: Craver, *supra* note 77, at 153-59 (აცხადებს, რომ არც ერთ 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, at 118-19.

[FN129]. იხილეთ: *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).

[FN130]. იხილეთ: Craver, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 77, at 177, 180-81, 189-90.

[FN131]. ასევე იხილეთ: Marc A. Wites, *The Franchisor as Predator: Encroachment and the Implied Covenant of Good Faith*, 7 U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y 305 (1996). ზოგადი ინფორმაციისათვის იხილეთ: Nicola W. Palmieri, *Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations*, 24 *Seton Hall L. Rev.* 70, 76 (1993) (პოზიციის უარყოფა, რომლის მიხედვითაც არ არსებობს ინფორმაციის გაცემის მოვალეობა ბიზნეს ტრანზაქციებში და იმის დემონტირება, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობისა და სამართლიანი მოპყრობის მოთხოვნები განაპირობებენ ინფორმაციის გაცემის საჭიროებას).

[FN132]. იხილეთ: Gilson & Mnookin, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 27, at 511 (გულმოდგინე ადვოკატობა მხარს უჭერს დაუსრულებელ და უაზრო ბრძოლებს, რაც ადვოკატებს კლიენტების ხარჯზე ამდიდრებს).

[FN133]. იხილეთ: Thomas M. Reavley, *Rambo Litigators: Pitting Aggressive Tactics Against Legal Ethics*, 17 *Pepp. L. Rev.* 637, 637 (1990) (განიხილავს ადვოკატების მიდრეკილებას იყვნენ არაპროფესიონალურები, თავნებანი და შეურაცხმყოფელნი); ასევე იხილეთ: Robert A. Kagan, *Do Lawyers Cause Adversarial Legalism? A Preliminary Inquiry*, 19 *L. & Soc'y Inquiry* 1 (1994).

[FN134]. იხილეთ:Jaqueline Nolan-Haley, Court-Mediation and the Search for Justice Through Law, 74 Wash. U. L.Q. 47, 57-63 (1996); Menkel-Meadow, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 16, გვ. 13-17.

[FN135]. იხილეთ:John S. Dzienkowski, Lawyering in a Hybrid Adversary System, 38 Wm. & Mary L. Rev. 45, 53 (1996); Menkel-Meadow, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 16, გვ. 13-17.

[FN136]. მიუხედავად იმისა რომ ამოცანები იცვლება, უბრალო მორიგებასაც კი ადგება ზიანი, როდესაც ადგილი აქვს არაკეთილსინდისიერ მონაწილეობას ან მოტყუებას.

[FN137]. Lande, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 7, at 4-11.

[FN138]. ზოგადი ინფორმაციისათვის იხილეთ: Jonathan D. Asher, აქცენტი სამართლიანობაზე: როდესაც დაბალი შემოსავლების მქონე მომხმარებლები დგებიან Court-Mandated ADR-ის წინაშე, დიდ ხარჯიანი სასამართლო საქმის წარმოების 14 ალტერნატივა. 119 (1996) (განიხილივას დაგ-თან დაკავშირებულ პრობლემებს დაბალ შემოსავლიანი მხარეების შემთხვევაში).

[FN139]. მედიაციური ხელშეკრულებების დიდი ნაწილი განიხილება როგორც კანონიერი სხვა ნებისმიერი კონტრაქტის მსგავსად. იხილეთ: Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154.071 (Vernon Supp. 1997).

[FN140]. დაზარალებულმა მხარემ მეორე დღესვე მიმართა სასამართლოს და მოიპოვა სანქციები.

[FN141]. Alfini, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 48, გვ. 47 (Albie Davis-ის სიტყვები); იხილეთ: Menkel-Meadow, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 16, გვ. 1-3. მოცემულ ავტორს და მის რამდენიმე კოლეგას მსგავსი შეხედულებები გააჩნია.

[FN142]. 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.

[FN143]. იხილეთ:Hartwell, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 125, at 185.

[FN144]. Cf. Kovach & Love, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 44, გვ. 45-62 (განიხილავს შეფასებითი მედიაციის ნაკლოვანებებს). ზოგადი ინფორმაციისათვის იხილეთ: Riskin, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 43 (განიხილავს მედიაციის სხვადასხვა ფორმებს, შეფასებითი მედიაციის ჩათვლით).

[FN145]. ზოგადი ინფორმაციისათვის იხილეთ: Marjorie Corman Aaron, *The Value of Decision Analysis in Mediation Practice*, 1995 *Negotiation J.* 123 (განიხილავს მედიაციაში შეფასების პროცედურებს).

[FN146]. 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 გადაწყვეტა.

[FN147]. იხილეთ ქვემოთ ნაწილი VIII.E.4 (განიხილავს მედიაციის პროცესისთვის განათლების მნიშვნელობას).

[FN148]. იხილეთ ქვემოთ ნაწილი VIII.D (განსაზღვრავს რამდენიმე ქცევას, და გამოხატავს ვარაუდს, რომ ეს ქცევები არის კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ელემენტები).

[FN149]. იხილეთ: Palmieri, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 131, გვ. 72.

[FN150]. ეს ეჭვს ქვეშ აყენებს სასამართლოს ავტორიტეტს. მაგრამ იხილეთ: McPheeters, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 88, გვ. 380-84 (განიხილავს სასამართლოს უნარს და უფლებამოსილებას გააკონტროლოს მხარეების ქცევა დაგ-ის პროცესში).

[FN151]. იხილეთ: Gleason v. Lawson, 850 S.W.2d 714, 718 (Tex. App.--Corpus Christi 1993, no writ).

[FN152]. იხილეთ ზემოთ მითითებული ნაწილი III; იხილეთ ქვემოთ ნაწილი VIII.C.

[FN153]. იხილეთ, მაგ., Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184, 197 (1964) (Stewart, J., თანმხვედრი) (უხამსობის დადგენა).

[FN154]. მაგალითად, დავუშვათ, რომ „ნეიტრალობა“ და „სამართლიანობა“ მედიაციაში შეიძლება აღმოჩნდეს პრობლემატური და ამასთან დებატების წყარო. იხილეთ: Nancy H. Rogers & Richard A. Salem, *A Student's Guide to Mediation and the Law* §§ 6.01-6.05 (Times Mirror Books ed., 1987) (განიხილავს დამაბულობას მედიატორის მოვალეობას იყოს სამართლიანი და მოვალეობას იყოს ნეიტრალური შორის).

[FN155]. იხილეთ: Sherman, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 13, გვ. 2096.

[FN156]. იხილეთ: Iowa Code Ann. § 654A.11(3)(ბ) (West 1995); Graham v. Baker, 447 N.W.2d 397, 400 (Iowa 1989).

[FN157]. იხილეთ: Winston, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 40, გვ. 193-205.

[FN158]. იხილეთ: e.g., Kovach, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 20, at 5; Riskin, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 43, გვ. 8.

[FN159]. იხილეთ: Sherman, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 13, at 2089.

[FN160]. იხილეთ: *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964) (Stewart, J., თანმხვედრი).

[FN161]. იხილეთ ზემოთ მითითებული ნაწილი III.

[FN162]. მრავალი სასამართლო მოითხოვს, რომ მედიატორმა წარმოადგინოს ანგარიში მხარეების გამოცხადების შესახებ. მკაცრი კონფიდენციალობის პუნქტების არსებობის შემთხვევაშიც, დასწრების დადასტურება არ არღვევს კონფიდენციალობის მოთხოვნებს. იხილეთ: *Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §§ 154.053, 154.073* (Vernon Supp. 1997).

[FN163]. სასამართლოს განკარგულების შესრულება კეთილსინდისიერი მონაწილეების მოთხოვნის მხოლოდ ერთი ელემენტია. იხილეთ ქვემოთ ნაწილი VIII.

[FN164]. იხილეთ მედიატორების ეთიკის სახელმძღვანელო მითითებები, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 22, მითითება 10.

[FN165]. განსხვავებული, მედიაციის სტილების დიქტომიასთან დაკავშირებული მიდგომებია პირდაპირი და არაპირდაპირი მიდგომები, რომელიც ეხება მედიატორის მიერ გამოყენებული ზეწოლისა და ძალდატანების ხარისხს. ზოგიერთი კომენტატორი არჩევს ამ მიდგომას. იხილეთ: Lande, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 7, at 30. სხვები იყენებენ ფასილატიტურ ან შეფასებით მიდგომას. იხილეთ: Kovach & Love, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 44, გვ. 31; Riskin, *Mediation and Lawyers*, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 29, გვ. 45-62. მაგრამ მე ორ მიდგომას ანალოგიურად ვერ აღვიქვამ, იმ გაგებით, რომ ფასილიტატორი მედიატორი მაინც შეიძლება იყოს საკმაოდ დირექტიული და შეფასებითი მედიატორი შეიძლება იყოს არა-დირექტიული, მაგრამ მაინც წარმოადგინოს შეფასება.

[FN166]. იხილეთ: Moore, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 119, გვ 17-18; Kovach, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 117, გვ 29 (ხაზს უსვამს იმ ფაქტს, რომ მედიატორი აკონტროლებს პროცესს მიუხედავად იმისა, რომ მხარეები აკონტროლებენ მედიაციის შინაარსს).

[FN167]. მედიაციაში კონფიდენციალობის დეტალური განხილვისთვის, იხილეთ: Edward F. Sherman, *Confidentiality in ADR Proceedings: Policy Issues Arising from the Texas Experience*, 38 S. Tex. L. Rev. 539, 54471. ასევე იხილეთ: Rogers & McEwen, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 11, §§ 9:01-9:11; Irene Said, კომენტარი, *The Mediator's Dilemma: The Legal Requirements Exception to Confidentiality under the Texas ADR Statute*, 36 S. Tex. L. Rev. 579, 590-608 (1995) (განმარტავს კონფიდენციალობის დებულებების ორაზროვნებასა და წინაღმდეგობრივ ხასიათს).

[FN168]. ავტორი ერთ-ერთი მათგანია. See also Alan Kirtley, *The Mediation Privilege's Transition From Theory to Implementation: Designing A Mediation Privilege Standard to Protect Mediation Participants, the Process and the Public Interest*, 1995 J. Disp. Resol. 1, 50 (განიხილავს სემთხვევებს, როდესაც კონფიდენციალობა შეიძლება იყო ან შეიძლება არ იყოს მისაღები); შესაბამისად, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 167, გვ. 590-608 (განიხილავს გამოანკლისებს კონფიდენციალობის მოთხოვნის კონტექსტში).

[FN169]. იხილეთ: Feerick, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 59, at 95; ეთიკური მითითებები მედიატორებისათვის, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 22, at მითითება 8.

[FN170]. 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).

[FN171]. See, e.g., Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §§ 154.053, 154.073 (Vernon Supp. 1997).

[FN172]. See Said, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 167, at 599-600.

[FN173]. იხილეთ: Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154.073(c) (Vernon Supp. 1997).

[FN174]. იხილეთ: Sherman, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 167, at 563.

[FN175]. იხილეთ: Okla. Stat. Ann. tit. 12, § 1805(F) (West 1996); Wash. Rev. Code Ann. § 5.60.070(1)(g) (West 1996).

[FN176]. იხილეთ: Kirtley, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 167, at 50; Sherman, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 168, შენიშვნა 3138 და თანხმლები ტექსტი.

[FN177]. იხილეთ: id. at 50-51.

[FN178]. იხილეთ: Minn. Stat. Ann. § 583.27 (West 1996).

[FN179]. იხილეთ: Rogers & McEwen, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 7:06.

[FN180]. იხილეთ: Katz, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 6, at 45-51.

[FN181]. მნიშვნელოვანია, ყურადღება გავამახვილოთ კლიენტის ამოცანებზე და მიზნებზე სასამართლო საქმის წარმოებასა და მორიგებაში. იხილეთ: Menkel-Meadow, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 27, at 2672-73. მნიშვნელოვანია ყურადღება გავამახვილოთ კლიენტის ამოცანებზე და მიზნებზე სასამართლო საქმის წარმოებასა და მორიგებაში. იხილეთ: Sander &

Golberg, იხილეთ ზემოთ მითითებული 39, at 50.

[FN182]. იხილეთ: Robert J. Condlin, *Bargaining in the Dark: The Normative Incoherence of Lawyer Dispute Bargaining Role*, 51 Md. L. Rev. 1, 3 (1992); Jonathan M. Hyman, *Trial Advocacy and Methods of Negotiation: Can Good Trial Advocates Be Wise Negotiators?*, 34 UCLA L. Rev. 863, 863-65 (1987).

[FN183]. იხილეთ: Menkel-Meadow, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 38, at 37.

[FN184]. იხილეთ: Dzienkowski, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 135, at 53.

[FN185]. იხილეთ: Sherman, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 13, at 2082.

[FN186]. იგივე, გვ. 2081-82.

[FN187]. იგივე., გვ. 2084-89, 2094.

[FN188]. Cf. Nolan-Haley, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 134, at 51 (ამტკიცებს, რომ მედიაციურმა ხელშეკრულებებმა უნდა განსაზღვროს მხარეების იურიდიული უფლებები). ზოგადი ინფორმაციისთვის იხილეთ: Robert A. Bush & Joseph P. Folger, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition* (1994) (განმარტავს მედიაციის როლს მორალურ განვითარებაში იმით, რომ მხარს უჭერს ადამიანების მიერ რთულ და ხშირად მტკივნეულ შედეგებზე ძლიერი და თანაგრძნობით აღსავსე რეაგირების დემონსტრირებაში).

[FN189]. იხილეთ: Feerick, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 59, at 101.

[FN190]. იხილეთ: Goldberg et al., იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 3, at 7; Jacqueline M. Nolan-Haley, *Court Mediation and the Search for Justice Through Law*, 74 Wash. U. L.Q. 47, 57-58 (1996); Kwang-Taek Woo, *A Comparison of Court-Connected Mediation in Florida and Korea*, 22 Brook. J. Int'l L. 605, 606 (1997).

[FN191]. იხილეთ: Duffey, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 70, at 26-32. რეფერალების ნაწილი მირებული იქნა პოლიციიდან და პროკურატურიდან. იხილეთ: Primm, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 70, at 1067-68.

[FN192]. იხილეთ: Goldberg et al., იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 3, at 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).

[FN193]. იხილეთ: Goldberg et al., იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 3, at 300; Woo, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 190, გვ. 607.

- [FN194]. იხილეთ: Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154 (Vernon Supp. 1997).
- [FN195]. იხილეთ: Florida Compendium, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 192, გვ. 262-68.
- [FN196]. ეს წარმოადგენს მედიაციის ეფექტიანობის მოდელს. იხილეთ: Sherman, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო
- [FN197]. იხილეთ: Robert A. Baruch Bush, What Do We Need a Mediator For?: Mediation's "Value-Added" For Negotiators, 12 Ohio St. J. on Disp. Resol. 1, 1 (1996).
- [FN198]. იხილეთ ზემოთ მითითებული ნაწილი IV (განიხილავს, თუ როგორ დააზარალებს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არარსებობა პროცესის უმეტეს ამოცანებს).
- [FN199]. იხილეთ: Bush & Folger, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 188, გვ. 2.
- [FN200]. იხილეთ: Bush, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 197, გვ. 19-20.
- [FN201]. იხილეთ: Tex Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §154.053(ა) (Vernon Supp. 1997).
- [FN202]. იხილეთ ქვემოთ ნაწილი VIII.B. (წარმოადგენს იმის დამატებით მაგალითებს, თუ რა შეიძლება გამოიწვიოს პროცესში არაკეთილსინდისიერმა მონაწილეობამ).
- [FN203]. იხილეთ: Bush & Folger, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 188, at 3; ასევე იხილეთ: Bush, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 197, გვ. 29-31 (განიხილავს უფლებასილების მინიჭებისა და აღიარების ცნებებს. როგორც მედიაციის პროცესში მისაღწევ ღირებულ პროდუქტებს).
- [FN204]. იხილეთ: Bush, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 197, გვ. 28-29.
- [FN205]. იხილეთ: Bush, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 197, გვ 12-13; ასევე იხილეთ: Robert H. Mnookin, Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict, 8 Ohio St. J. on Disp. Resol. 235, 248-49 (1993).
- [FN206]. იხილეთ: Resnik, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 2, at 243-44.
- [FN207]. See generally Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, 88 Yale L.J. 950, 996 (1979) (ამტკიცებს, რომ „კერძო განკარგულება“ სასამართლო დარბაზის გარეთ არის „მორიგება კანონის ჩრდილის ქვეშ“ და შეიძლება ხელი შეუწყოს დავის გადაწყვეტას).
- [FN208]. იხილეთ: Bush, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 197, at 22-23.

[FN209]. მედიაციის პროგრამები ანვითარებენ მედიაციის უნარებს მოსწავლეებში თვით საბავშვო ბაღშიც კი.

[FN210]. Roger Fisher & William Ury, *Getting To Yes: Negotiating Agreement Without Giving In* (2d ed. 1991).

[FN211]. იხილეთ: Karl A. Slaikeu, *When Push Comes to Shove: A Practical Guide to Mediating Disputes* 4-10 (1996).

[FN212]. იხილეთ: Malcolm S. Knowles, *The Modern Practice of Adult Education: from Pedagogy to Androgogy* 45-58 (1980); Frank S. Bloch, *The Andragogical Basis of Clinical Legal Education*, 35 *Vand. L. Rev.* 321, 329 (1982).

[FN213]. მთელი რიგი წესები, რომლებიც მართავენ და წარმართავენ კანონის განხორციელებას, პროცედურების, მტკიცებულებების და ეთიკის წესების ჩათვლით.

[FN214]. ზოგიერთნი უკვე სკეპტიკურად განიხილავენ ეთიკის წესების ცვლილების ზემოქმედებას ადვოკატთა ქცევაზე. იხილეთ: Menkel-Meadow, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 38, გვ. 38-40.

[FN215]. იხილეთ: Palmieri, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 131, გვ. 201-13 (მიუთითებს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ვალდებულებაზე გერმანულ და იტალიურ წინა-საკონტრაქტო მოლაპარაკებებში).

[FN216]. იხილეთ: *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“).

[FN217]. იხილეთ ზემოთ ნაწილი Part VIII.A.2.; ასევე იხილეთ: Bush & Folger, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 188, გვ 2-4 (განიხილავს მედიაციის ძალას, გარდაქმნას ადამიანები უფლებამოსილების მინიჭებისა და აღიარების გზით).

[FN218]. იხილეთ: Cox, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 74, at 1414 (განიხილავს სასამართლოს დადგენილებებს იმასთან დაკავშირებით, რომ კეთილსინდისიერი მონაწილეობა მოიცავდა საქმის გადაწყვეტის არსებული სურვილის დემონტრირებას).

[FN219]. იგივე.

[FN220]. 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.

[FN221]. იხილეთ: Craver, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 77, გვ. 189-90, 194-201 (განიხილავს სხვადასხვა მოლაპარაკების თამაშს და ტექნიკას, რომელიც მოიცავს დაუფარავ თანამშრომლობას ან კეთილგანწყობილ ქცევას, მაგრამ რომელთა გამოყენება შეჯიბრის მიზნებით ხორციელდება).

[FN222]. იხილეთ: Seymour Swerdlow, Freedom of Contract in Labor Law: Burns, H.K. Porter, and Section 8(d), 51 Tex. L. Rev. 1, 29-32 (1972).

[FN223]. იხილეთ: Cox, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 74, გვ.1414 (ციტირებულია NLRB v. Montgomery Ward & Co., 133 F.2d 676, 686 (9th Cir. 1943)).

[FN224]. იხილეთ: Rutland Ry. Corp. v. Brotherhood of Locomotive Eng'rs, 307 F.2d 21, 40-41 (2d Cir. 1962).

[FN225]. იხილეთ: 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).

[FN226]. იხილეთ:Cox, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 74, გვ. 1418-25.

[FN227]. იხილეთ:American Airlines v. Air Line Pilots Ass'n, Int'l, 169 F. Supp. 777, 794 (S.D.N.Y. 1958); ასევე იხილეთ: NLRB v. Reed & Prince Mfg. Co., 205 F.2d. 131, 134 (1st Cir. 1953) (ნებისმიერი აზრიანი დათმობებისგან თავის შეკავება შეიძლება იყოს არაკეთილსინდისიერი მონაწილეობის ნიშანი).

[FN228]. იხილეთ: Sherman, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 13, at 2091 (ამტკიცებს, თუ რატომ არ არის კეთილსინდისიერი მონაწილეობის ძლიერი თხოვნა ისევე იმპერატიული ხასიათისა, როგორც ეს კოლექტიურ მორიგებებს ახასიათებს).

[FN229]. იხილეთ:Mark Gergen, A Cautionary Tale About Contractual Good Faith in Texas, 72 Tex. L. Rev. 1235, 1236-44 (1994); Jeffrey E. Thomas, A Case Study of Bad Faith Refusal to Settle: A Doctrinal, Normative, and Practical Analysis of Missouri Law, 64 UMKC L. Rev. 695, 697-99 (1996). ზოგადი ინფორმაციისთვის იხილეთ: D. R. Richmond, An Overview of Insurance Bad Faith Law and Litigation, 25 Seton Hall L. Rev. 74, 74-80 (1994) (განიხილავს არაკეთილსინდისიერ მონაწილეობას სადაზღვევო სასამართლო საქმის წარმოებაში).

[FN230]. იხილეთ: Arnold v. National County Mut. Fire Ins. Co., 725 S.W.2d 165, 167 (Tex. 1987).

[FN231]. იხილეთ: Ray Chester, First Party Bad Faith: How to Spot It and What to Do With It, in Seminar for Nationwide Insurance Company 3-5 (1994) (ინახება ავტორის მასალებში).

[FN232]. იხილეთ: Fidelity & Cas. Co. v. Underwood, 791 S.W.2d 635, 647 (Tex. App.--Dallas 1990, no writ).

[FN233]. იხილეთ: Restatement (Second) of Contracts § 205 (1992); Richard Speidel, The “Duty” of Good Faith in Contract Performance and Enforcement, 46 J. Legal Ed. 537 (1996) (ასახელებს კეთილსინდისიერი მონაწილეობის იმ ათ მთავარ ელემენტს, რომლის შესახებაც ცოდნა უნდა გაგვაჩნდეს კონტრაქტებში).

[FN234]. იხილეთ: G. Richard Shell, Opportunism and Trust in the Negotiation of Commercial Contracts: Toward A New Cause of Action, 44 Vand. L. Rev. 221, 222-25 (1991); Palmieri, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 131, at 72.

[FN235]. მრავალი შტატის საკანონმდებლო აქტით განსაზღვრულია, რომ მედიაციური შეთანხმება არ განსხვავდება სხვა კონტრაქტისგან მისი აღსრულების თვალსაზრისით. იხილეთ: Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 154.071 (Vernon 1995); Rogers & McEwen, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 11.01.

[FN236]. იხილეთ: 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, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 234, გვ 225-26, 252-55; ასევე იხილეთ Ian R. Macneil, Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law, 72 Nw. U. L. Rev. 854 (1977) (განიხილავს 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.

[FN237]. იხილეთ: U.C.C. § 2-103(ა)(2) (1996).

[FN238]. იხილეთ: Palmieri, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 131, გვ. 79.

[FN239]. იხილეთ იგივე.

[FN240]. იხილეთ იგივე.

[FN241]. იხილეთ იგივე. გვ. 83.

[FN242]. მოლაპარაკების სხვადასხვა ეტაპებისათვის, იხილეთ: Donald G. Gifford, Legal Negotiation: Theory and Applications 8 (1989).

[FN243]. იხილეთ: Kovach, supra note 117, გვ. 24.

[FN244]. იხილეთ იგივე. გვ.70-77.

[FN245]. იხილეთ: Sherman, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 13, გვ. 2093.

[FN246]. იხილეთ: Swerdlow, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 222, გვ. 30-36.

[FN247]. ამ სტატიის ბოლოს წარმოდგენილია საკანონმდებლო აქტის მაგალითის მონახაზი და წესები, რომლებიც შეიძლება გამოყენებული იქნას მოთხოვნის დასაწესებლად.

[FN248]. იხილეთ: Craver, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 77, გვ. 109-10.

[FN249]. იხილეთ: Rogers & McEwen, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 11, § 11.02; SPIDR Report, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 24, გვ. 9.

[FN250]. სავარაუდოდ მედიაცია უზრუნველყოფს დამატებითი დროისა და თანხების დაზოგვას. იხილეთ, მაგ. John A. Ready, National Pre-Suit Mediation Program, ABA Sect. on Litig. & Conflict Management 7 (1997) (განიხილავს ბუნებრივ პროგრამას, რომელიც ხელს უწყობს სადაზღვევო სარჩელების სასამართლოს წინა გადაწყვეტებს).

[FN251]. იხილეთ:Kovach & Love, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო44, გვ. 31-32; ასევე იხილეთ: Lela P. Love, The Top Ten Reasons That Mediators Should Not Evaluate, 24 Fla. St. U. L. Rev. 937 (1997) (მიუთითებს, რომ როდესაც იურისტები განუმარტავენ კლიენტებს მედიაციის უპირატესობებს, და როდესაც სასამართლოები ქმნიან მედიაციის პროგრამებს, მომხმარებლებმა უნდა იცოდნენ რას იღებენ ამ პროცესიდა). ზოგადი ინფორმაციისთვის, იხილეთ: Burr, Building Reform From the Bottom Up: Formulating Local Rules for Bankruptcy Court-Annexed Mediation, 12 Ohio St. J. on Disp. Resol. 311, 348 (1997) (მიუთითებს, რომ ეროვნული ბანკროტობის სასამართლოს მიერ დადგენილი მედიაციის წესები ხელს შეუწყობდა ერთგვაროვნებას); Craig A. McEwen et al., Bring in the Lawyers: Challenging the Dominant Approaches to Ensuring Fairness in Divorce Mediation, 79 Minn. L. Rev. 1317, 1362 (1995) (განიხილავს, როგორ განსხვავდება პროგრამები ფართოდ და მნიშვნელოვნად, რაც პრობლემებს უქმნის რეგულაციის მომხრეებს, რომლებიც ერთგვაროვნებას ხედავენ მედიაციაში)

[FN252]. იხილეთ: Love, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო251.

[FN253]. იხილეთ, მაგ: Lande, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 7, გვ. 855.

[FN254]. ზოგადი ინფორმაციისთვის იხილეთ: Riskin, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო, გვ. 43.

[FN255]. იხილეთ: Campbell C. Hutchinson, The Case for Mandatory Mediation, 42 Loy. L. Rev. 85, 93 (1996).

[FN256]. იხილეთ: Kovach, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 117, გვ. 82-85 (განიხილავს მედიატორის შესავალი სიტყვის შინაარსს); ასევე იხილეთ: Galton, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 30, § 4.1 გვ. 26-27 (განიხილავს მედიატორების შესავალ სიტყვებს); David E. Robbins, *Securities Mediation: An Expedient Alternative to Arbitration*, Practising Law Institute, *Securities Arbitration* § 16.02 (1996) (გვაწვდის მედიატორის შესავალი სიტყვის მაგალითს).

[FN257]. ზოგადი ინფორმაციისთვის იხილეთ: Jeffrey Z. Rubin & Frank E.A. Sander, *When Should We Use Agents? Direct vs. Representative Negotiation*, 4 *Negotiation J.* 395 (1988) (“განიხილავს რამდენიმე ძირითად განსხვავებას პირდაპირ და წარმომადგენლობით მოლაპარაკებებს შორის”).

[FN258]. კონფიდენციალობის მიზნებისათვის, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 169-80 და თანხმლები ტექსტი.

[FN259]. იხილეთ: *National Hockey League v. Metropolitan Hockey Club, Inc.*, 427 U.S. 639, 643 (1976) (მიუთითებს, რომ სანქციები ასევე ასრულებს შეფერხების ფუნქციას).

[FN260]. არსებობს ტენდენცია იმისა, რომ სრული შტატის მასშტაბით ინტერ-დისციპლინარულმა სააგენტოებმა ზედამხედველობა გაუწიონ დაგ-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.

[FN261]. ზოგადი ინფორმაციისთვის იხილეთ: Kevin Merida & Barbara Vobejda, *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).

[FN262]. იხილეთ: John S. Dzienkowski, *Professional Responsibility Standards, Rules and Statutes* 1 (1995-96); ასევე იხილეთ: Edgar H. Schein, *Professional Education: Some New Direction* 8-9 (1972).

[FN263]. ზოგადი ინფორმაციისთვის იხილეთ: James E. Moliterno & John M. Levy, *Ethics of the Lawyer's Work* 52-61 (1993) (ითვალისწინებს იურიდიული ეთიკის წესების განვითარებას).

[FN264]. *Model Code of Professional Responsibility* (1969) (გვაწვდის ადვოკატების ეთიკური ქცევის ჩარჩო-მონახაზს, რომელიც მიღებული უნდა იქნას აშშ-ს იურისდიქციაში).

[FN265]. იხილეთ: Dzienkowski, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 261, გვ. 3.

[FN266]. იხილეთ: Moliterno & Levy, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 262, გვ. 60.

[FN267]. იხილეთ: Carrie Menkel-Meadow, Is Altruism Possible In Lawyering, 8 Ga. St. U. L. Rev. 385, 386-88 (1992) (განხილავს ადვოკატის სხვადასხვა როლებს, ზრუნვის ჩათვლით).

[FN268]. იხილეთ: Condlin, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 182, გვ. 78-80; Hyman, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 182, გვ. 863-64.

[FN269]. იხილეთ: Hyman, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 182, გვ 864.

[FN270]. იხილეთ: Menkel-Meadow, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 38, გვ 40.

[FN271]. იხილეთ იგივე წყარო, გვ. 10-12.

[FN272]. იხილეთ: Dzienkowski, იხილეთ ზემოთ მითითებული წყარო 135, გვ 58-59 (განხილავს იურიდიული განათლების როლს შეჯიბრებითობის უკუგდების პროცესში)>

[FN273]. იხილეთ იგივე წყარო, გვ. 57-58.

[FN274]. ბოდიშს ვუხდის Robert Frost-ს.

38 S. Tex. L. Rev. 575

ADR (MEDIATION) IN JAPAN AND IN THE UNITED STATES

1. Introduction

The Japanese society has been characterized by dispute avoidance and amicable settlement of dispute 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 build on the Buddhism and Confucianism brought from China and Korea by the 10th century. Japan's isolation lasted until 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 the conciliation is the rule and the litigation is the 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 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 the litigation was the standard and the 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, 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, the Buddhism and the Confucianism, both of which profoundly influenced Japanese culture and society throughout the following centuries. Confucianism which emphasized the harmony in society played the central role in the governance of the country ever since until the mid-19th century. It is said, however, that the true basis of the 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 Netherland and China was permitted. This long period of peace and isolation fostered a unique Japanese culture in all aspects of the society. Legal culture was not an exception.

Eminent American legal scholar, John Henry Wigmore, 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 at that period by three prominent features, namely the principle of conciliation, the principle of clandestinity and the principle of *stare decisis*.¹¹⁴⁵

* Prof. Emeritus of Kyoto University, Japan

¹¹⁴⁵ John Henry Wigmore, A Panorama of the World's Legal Systems (1936) 488 et seq. (in VII Japanese Legal System (III) Third Period). 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, that were England and Japan.

We are concerned here only with the principle of conciliation.¹¹⁴⁶ Judge's principal role was to reconcile the parties in favor of a settlement rather than to decide the cases. This was nothing but a reflection of the prevalent social norm at 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 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 be both 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 kind of effort to settle the dispute before it reached the available official channel. When it finally reached the court with an approval of the community, the judge again made a great effort to settle the case because a 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. The social and political elites in the new regime neither wanted to change the Japanese society fundamentally. Their declared policy was: "Western technique with Japanese spirit." European styled judiciary was established and the European substantive laws (French and later German civil code, etc.) were gradually introduced. Judges' attitude toward the 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 French practice at that time¹¹⁴⁷, it was quickly adopted in the newly created French styled judiciary under the Japanese name of "*Kankai*" which was Japanese translation of "*tentative de conciliation*" in French. 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 where 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.¹¹⁴⁸ 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. 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 has been brought to the court.

When, after the World War I, the urban population expanded because of an economic growth, a 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 Agricultural Tenancy Conciliation Law was enacted to cope with the disputes caused by a lowering price of agricultural products. 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

¹¹⁴⁶ See for more details of this aspect, Dan F. Henderson, *Conciliation and Japanese Law* vol. I (pre-1868 law and practice), vol. II (post-1868 developments) (1964, U. Tokyo Pr.).

¹¹⁴⁷ Cuche & Vincent, *Procédure Civile et Commerciale* 325 (12th ed., 1960).

¹¹⁴⁸ 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.

economic downfall in Japan. In order to save the debtors, Temporary Conciliation Law for Money Debts was enacted in 1932 to be enforced only for three years. Because the system was popular, it was made a permanent system in 1934. The Japanese war in China brought about many disputes among the family members of dead soldiers concerning pension, support, etc. In 1937, Domestic Relations Conciliation Law was enacted. Activated war-time mining industry caused serious mining pollution problems. A 1939 amendment to the pre-existing Mining Law created the new Mining Pollution Disputes Conciliation system. During the 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 case.¹¹⁴⁹

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 the money lenders and the 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, the *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 certain number of “conciliators” selected from the citizenry by various standards. The pool comprises retired businessperson, 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 the family courts two conciliators are always a man and a woman. The committee will hold several sessions with the parties with or without the judge. When a successful settlement is achieved, it is officially recorded and becomes enforceable through the execution procedure like a judgment. In addition to the summary courts and family courts, the district courts also handle the *Chotei* cases and hold a pool of conciliators. 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 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

The number of lawsuits per capita in Japan is certainly less than that in other industrialized countries. The rapid Economic development in the post-War period did not bring about any significant increase in the

¹¹⁴⁹ 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.

number of lawsuits. This is an interesting legal-sociological topic for a comparative study. In my view, 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 the judges, attorneys and legal scholars. Japanese solution has been the amicable settlement of disputes by the parties themselves or with a 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 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 the justice in the compromised settlement of disputes rather than in the solution given by a straight forward application of the rules of law.¹¹⁵⁰ 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.¹¹⁵¹

3. Developments in the USA and its 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 the mediation to the litigation. I talked about the practice of *Chotei* in the courts. 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 popular method of dispute resolution in and outside of 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 are 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, 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 the Family Courts for all kind of family disputes (also District Court to certain extent). Toward the end of the last century,

¹¹⁵⁰ 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 Japanese statue of Justice standing without blindfold in the grand hall of the Supreme Court must look at the possible outcome before wielding her sword down. J.C. Smith, *Ajase and Oedipus: Idea of the Self in Japan and Western Legal Consciousness*, 20 U.B.C. L. Rev. 341 (1986).

¹¹⁵¹ The expression of ADR originally included the arbitration as well as the mediation and conciliation. But today it means more often only the latter because the arbitration, especially the international commercial arbitration, has become for a good reason a process just as litigious as litigation in court. Therefore, the arbitration is excluded from the discussion here.

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 preexisting 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.¹¹⁵²

There was much optimism about the future of the *Chotei* in the private sector. But to the 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.¹¹⁵³ 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 a 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 the similar potency to their agreement, they have to resort to *Chotei* or other court proceeding.¹¹⁵⁴ 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 a considerable popularity. In the hindsight, it was inevitable that the newly created ADR institutions with a fragile public and private supports could not attract 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

American ADR emerged from the “litigation explosion” when only the arbitration was an alternative to litigation. While the arbitration was becoming another litigious method, ADR became synonymous to the mediation and conciliation. In Japan, from a long time ago in history, the mediation and conciliation were the standard and the litigation was the 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 amount 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 be made, the judges were eager to reach the best solution available within the limit of the law by using possible interpretative techniques and by seeking desirable facts to be found.

Japanese emphasis on mediatory solution seems based on the belief that the best solution can be obtained through a mutual negotiation rather than a straight forward 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

¹¹⁵² 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 a 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.

¹¹⁵³ Exceptionally successful is the financial service dispute resolution provided by the financial industry groups.

¹¹⁵⁴ 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).

beyond imagination of legislator. Therefore, the best solution must be devised on the case by case basis. This is made possible by a particularistic approach to individual case rather than a universalistic approach of applying the pre-existing general rules of (substantive) law. 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 aspect of ADR. I have asked many American experts in the ADR theories including Prof. Frank Sander of Harvard Law School, one of the initiator and founder 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, the litigation is the principal and the mediation or conciliation is merely an alternative to it. Under this terminology itself, the litigation is place higher. Under such value system, there is no wonder that ADR is valued only for its speed and low costs.

Japanese approach is fundamentally different. Japan's traditional standard was mediation and conciliation. 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 by help of a mediator finally failed. In this sense, the litigation can be said to be the alternative to the 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 in 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.¹¹⁵⁵

Some American theorists see a revival of equity in the ADR. One author writes in a 2004 article¹¹⁵⁶ 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 article¹¹⁵⁷ 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 "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.

¹¹⁵⁵ 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.

¹¹⁵⁶ Jacqueline M. Nolan-Haley, *The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound*, 6 *Cardozo J. Conflict Resol.* 57 (Fall, 2004), at 5, 6.

¹¹⁵⁷ Thomas O. Main, *ADR: The New Equity*, 74 *U. Cin. L. Rev.* 329 (Winter, 2005), at 398, 400.

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. 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.¹¹⁵⁸ 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 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 amount 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 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.

¹¹⁵⁸ Lon Fuller, *Mediation: Its Form and its Functions*, 44 S. Cal. L. Rev. 305 (1971).

იასუში თანიგში

დავის დაბაწყვების ალტერნატიული მეთოდი (შუამდგომლობა) იასონიასა და შვერტიხულ შტატებში

1. შესავალი

იასონური 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.

იასონიამ, როგორც იზოლირებულმა კუნძულმა, საუკუნეების მანძილზე შეინარჩუნა საკუთარი დამოუკიდებლობა, რაც მათ კულტურულ საწყისებზე, ბუდიზმისა და კონფუციანელობაზე იყო დაფუძნებული, ეს კი მათ ჩინეთიდან და კორეიდან მე-10 საუკუნიდან შემოიტანეს. იასონიის იზოლაცია მე-19 საუკუნის შუამდე გაგრძელდა, სანამ იასონია ოფიციალურად შეუერთდებოდა მსოფლიო საზოგადოებას და დაიწყო მოდერნიზაციის პროცესი. იასონური 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. შეერთებული შტატებში ღრმად სწამდათ, რომ სწორედ დავა იყო სტანდარტი და მორიგება გამონაკლისი. ასე იყო შეერთებულ შტატებში, თუმცა ე.წ მოძრაობა დავის დაგაწყვეტის 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 ასევე იასონიაშიც კი.

ამრიგად, ამ ორი ქვეყნის შედარება საკმაოდ საინტერესო პერსპექტივებს წარმოგვიდგენს.

ქვემოთ საუბარი იქნება იასონიის მოკლე ისტორიასა და იქ არსებულ ამჟამინდელ სიტუაციაზე. ასევე შეერთებულ შტატებზე განხორციელებული დაკვირვების შემდეგ, საკმაოდ საინტერესო შედარებითი დაკვირვება იქნება წარმოდგენილი.

2. იასონური ტრადიცია

მე-6 საუკუნეში იასონიამ, პირდაპირ ჩინეთიდან და/ან კორეიდან მიიღო ბუდიზმი და კონფუციანელობა, რომლებმაც დიდი გავლენა იქონიეს იასონურ კულტურასა და საზოგადოებაზე მომდევნო საუკუნეების მანძილზე. კონფუციანელობამ, რომელმაც საზოგადოებაში ჰარმონიულობის ჩამოყალიბებას შეუწყო ხელი, ასევე მთავარი როლი

ითამაშა ქვეყნის მმართველობის კუთხით მე-19 საუკუნის შუა წლებიდან მოყოლებული დღემდე. ნათქვამია, რომ ამჟამინდელი იაპონური საზოგადოებაყალიბდებოდა 250 წლის მანძილზე ტოკუგავა შოგუნთას პერიოდში (1603-1868), რაც ცნობილია როგორც მეიძის რესტავრაციის ხანა. ეს გახლდათ 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 გახდა 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-ის წინა პერიოდის იაპონური სასამართლო სისტემა. მან, იმ პერიოდის იაპონიის სასამართლო სისტემა შემდეგნაირად დაახასიათა: მორიგების პრინციპი, გასაიდუმლოების პრინციპი და პრინციპი – *stare decisis*.¹¹⁵⁹ (რაც იმას ნიშნავდა, რომ წინა პრეცედენტებზე დაყრდნობით მომხდარიყო განაჩენის გამოტანა). ჩვენ აქ შეკრებილნი ვართ იმისათვის, რომ მოვრიგდეთ.¹¹⁶⁰ მოსამართლის უმთავრესი ფუნქცია თავად საქმის ვითარების განსაზღვრა კი არა, მხარეების მორიგება იყო. ეს იყო სხვა არაფერი, გარდა ფართოდ გავრცელებული სოციალური ნორმების გამოხატულებისა. 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 უმაღლე ადკვეთილი მტყუნ-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 სხოვრების ისეთი წესი, რომელშიც დავების ადვილი 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 ელერდა: „დასავლური მეთოდები იაპონური სულისკვეთებით.“ ევროპული

*ემერიტუს პროფესორი, კიოტოს უნივერსიტეტი, იაპონია.

¹¹⁵⁹ John Henry Wigmore, *A Panorama of the World's Legal Systems* (1936) 488 et seq. (in VII Japanese Legal System (III) Third Period). *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.

¹¹⁶⁰ See for more details of this aspect ამ ასპექტთან დაკავშირებით მეტი ინფორმაციისათვის იხ., Dan F. Henderson, *Conciliation and Japanese Law Vol. I (pre-1868 law and practice), Vol. II (post-1868 developments)* (1964, U. Tokyo Pr.).

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 პრაქტიკისათვის¹¹⁶¹, ის სასწრაფო წესით მიიღეს ფრანგულ პრაქტიკაზე დაფუძნებული სასამართლო სისტემის დოკუმენტის შექმნისას იაპონიაში და მას იაპონური სახელი “*Kankai*” უწოდეს. დავების მოსაგვარებლად სწორედ “*Kankai*”-ს იყენებდნენ და მხოლოდ უკიდურეს შემთხვევაში, 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.¹¹⁶² 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 დოზით “*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 ვალების 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 დაღუპული სამხედრო მოსამსახურეების ოჯახის წევრები კომპენსაციებთან თუ პენსიებთან

¹¹⁶¹ Cuche & Vincent, Procédure Civile et Commerciale 325 (12th ed., 1960).

¹¹⁶² ცხადი იყო, რომ იმ დროისათვის ერთ-ერთი ყველაზე ცნობილი და გავლენიანი სამართალმცოდნე *Cu egi Kankai*ს შემორებას ადანაშაულებდა, დავის მოგვარების ძველი იაპონური ტრადიციის დაკარგვასა და გადაგვარებაში.

დაკავშირებით ა.შ. 1937 წელს საშინაო ურთიერთობების მარეგულირებელი კანონი შევიდა ძალაში. ომიანობის პერიოდის სამთო სამუშაოების (მაღაროში) 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.¹¹⁶³ 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, ზემოსხენებული მორიგების სისტემა არსებობას მაინც აგრძელებდა.

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 კატასტროფის წინააღმდეგ მომჩივანებთან გასამკლავებლად, რაც გამოწვეულ იქნა დიდი მიწისძვრებითა და ცუნამით, სპეციალური კანმდებლობა შემუშავდა – იმ მომჩივანთა საჩივრების მოსაგვარებლად, რომლებიც აღნიშნული კატასტროფების მსხვერპლად გვევლინებიან.

ზემოსხენებული 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: ბუღალტრები, მკვლევარები, შემფასებლები, ადვოკატები, დიასახლისები (გასაკუთრებით საოჯახო დავებისას) 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

¹¹⁶³ ამ სისტემამ არსებობა მეორე მსოფლიო ომის შემდეგაც გააგრძელა და ახლად შექმნილმა უზენაესმა სასამართლომ, 1946 წელს, ახალი კონსტიტუციის მიღების შემდეგ, ის არაკონსტიტუციურად ცნო.

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 ხოლმე, თუმცა ბოლო პერიოდში ციფრები გაიზარდა და საგულისხმოა ისიც, რომ მსხვილი კომერციული დაგების განხილვაც უკვე აქ ხდება.

სასამართლო დაგების 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
შაოჯახო სას.	136,292	51.9%	20,759+679,434

იაპონიაში 1 სულ მოსახლეზე სასამართლო დაგების 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 ღრმადაა 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. დაგების 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.

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 იპოვნოს მოცემული კანონმდებლობის ფარგლებში.

ამრიგად, შეიძლება ითქვას, რომ იაპონელები ტრადიციულად ცდილობენ სარჩელიდან გამოსავალი კვლავ კომპრომისულ გადაწყვეტაში იპოვონ, ვიდრე უზენაესი კანონის მთელი სიმკაცრე გამოიყენონ.¹¹⁶⁴

1970 წელს, შეერთებულ შტატებში დავის დაგაწვევების 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 მაწუხებს.¹¹⁶⁵

3. მოვლენათა განვითარება შეერთებულ შტატებში და მათი ზეგავლენა

მოძრაობადავის დაგაწვევების ალტერნატიული მეთოდის (ADR) შემოღებისა და დამკვირვებისათვის 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 მიმიწვიეს, რათა იაპონურ გამოცდილებაზე მესაუბრა, მათ ჰქონდათ ინფორმაცია, რაოდენ უპირატესი გახლდათ მედიაცია 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 დაგაწვევების ალტერნატიულმა მეთოდმა (ADR) უფრო კონკრეტულად კი, სხვადასხვა ტიპის მედიაციამ საკმაოდ პოპულარობა მოიპოვა სასამართლო დავების მოგვარების კუთხით, დაწყებული წვრილმანი დავიდან დამთავრებული ბიზნეს დისპუტებით. დავის დაგაწვევების ალტერნატიული მეთოდის (ADR) პოპულარობამ ქვეყანაში მრავალი მსგავსი ტიპის დაწესებულების 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 რაღაცა დოზით ზეგავლენას იაპონურ მეთოდზეც კი ახდენს.

¹¹⁶⁴ 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 ძიებაშია. J.C. Smith, Ajase and Oedipus: Idea of the Self in Japan and Western Legal Consciousness, 20 U.B.C. L. Rev. 341 (1986).

¹¹⁶⁵ 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.

როგორც თხრობის დასაწყისში რამდენიმეჯერ აღინიშნა, იაპონური მედიაციისათვის დადგენილი წესი ე.წ. “Choeti” -, 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 სასამართლოს შექმნას ეხებოდა, რაც “Choeti”-ს -ზე ერთგვარი დანამატი იქნებოდა. რეკომენდაციების გათვალისწინებით, 2004 წელს ე.წ. დავის დაგაწვევების ალტერნატიული მეთოდის (ADR) შესახებ კანონი ძალაში შევიდა და მასზე დაყრდნობით კერძო სექტორში 100-მდე მედიაციის სამსახური ჩამოყალიბდა.¹¹⁶⁶

კერძო სექტორში მედიაციის სამსახურის შექმნას ოპტიმისტურად აფასებდნენ. თუმცა ისიც უნდა ითქვას, რომ აღნიშნული პრეცედენტის შექმნამ ჯერ-ჯერობით დიდი პოპულარობა ვერ მოიხვეჭა. ამ სამსახურებში წარმოდგენილი ქვისები სასამართლოში განსახილველ დავებთან შედარებით უმნიშვნელოა.¹¹⁶⁷ საქმიანობაშია, 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 სურთსაქმეს გასაჩივრების საშუალება მიეცეს, მაშინ იგი “Choeti” -ში უნდა შეიტანონ.¹¹⁶⁸ საინტერესოა, რამდენად მჭიდრო კავშირი იყო სასამართლო სისტემის რეფორმის შემუშავებულ 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 იპონიის შემთხვევაში საქმე სხვაგვარად იყო, რადგან “Choeti” -ი იქ დიდი პოპულარობით სარგებლობდა. აქედან გამომდინარე, 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.

¹¹⁶⁶ ADR-ის ძირითადი კანონის მიხედვით, დავების მოგვარების კერძო დაწესებულებების შექმნა, გარდა იუსტიციის სამინისტროს დასტურისა, საჭიროებს მთლიანი სასამართლო შემადგენლობის პროცესში ჩართვას. ადრე არსებულმა ზოგიერთმა დაწესებულებამ, როგორცაა იაპონიის სავაჭრო საარბიტრაჟო ასოციაცია, მთავრობის დასტურის საფიქველზე შეძლო მედიაციის სამსახურის შექმნა, რომელიც კომერციული დისპუტების მოსაგვარებისაკენ იყო მიმართული.

¹¹⁶⁷ გამონაკლისის სახით შეიძლება ითქვას, რომ ფინანსურ საკითხებთან დაკავშირებული დავების გადაწყვეტა ამ სამსახურის მიერ წარმატებული იყო.

¹¹⁶⁸ 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).

4. შედარებითი დაკვირვებები

ამერიკაში დავის დაგაწვევების ალტერნატიული მეთოდის (ADR) დასამკვიდრებლად მოძრაობა ე.წ. „დავების აფეთქების“ საპასუხოდ დაიწყო, იმ პერიოდში, როდესაც დავების ალტერნატივად მხოლოდ არბიტრაჟი ითვლებოდა. მანამ სანამ, არბიტრაჟი მორიგ სადაო მეთოდად ჩამოყალიბდებოდა, დავების დაგაწვევების 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 გაუკეთესო გამოსავალი თავად მხარეებს შორის შეთანხმების მიღწევა იყო, მესამე მხარის ჩარევის გარეშე. სოციალური 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 დაგაწვევების ალტერნატიული მეთოდის (ADR) ხიბლი, დისპუტებისადმი ინდივიდუალურ მიდგომაში მდგომარეობს, როდესაც დავის მოგვარება მხარეებს შორის გაცილებით მარტივია, ფორმალურ მომრიგებლობასთან შედარებით.

დავის დაგაწვევების ალტერნატიული მეთოდის (ADR) პოპულარობამ ამერიკაში დამაფიქრა იმის შესახებ, თავად ამერიკელი ხალხისათვის, რამდენად ფასეული იყო ამ მეთოდის ასპექტები. ამის შესახებ მე გამოვიკითხე ამ სფეროს ამერიკელი ექსპერტები, მათ შორის, ჰარვარდის სამართლის სკოლის პროფესორი – ფრანკ სანდერი, რომელიც დავის დაგაწვევების ალტერნატიული მეთოდის (ADR) მოძრაობის ერთ-ერთი ინიციატორი იყო ამერიკაში. მათი პასუხები თითქმის ერთფეროვანი იყო: მათთვის დავის დაგაწვევების 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 დაგაწვევების 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 დაგაწვევების 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 იწვევს 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 „მიუკერძოებლობის 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 ყოველდღიურობაში.¹¹⁶⁹

ზოგიერთი ამერიკელი თეორიტიკოსი დავის დაგაწვევების ალტერნატიული მეთოდში (ADR) სწორედ „სამართლიანობის სამართალის“ ჩანასახებს ხედავს. 2004 წელს გამოქვეყნებულ სტატიაში ერთ-ერთი ავტორი წერს:¹¹⁷⁰

„მიუკერძოებლობის 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:¹¹⁷¹

„როდესაც ოფიციალური სამარტლო განაჩენი აუტანელი ხდებოდა, დავის დაგაწვევების ალტერნატიული მეთოდის (ADR) შემორება და დავების გადაწყვეტის უფრო მოქნილი მექანიზმი შესთავაზა საზოგადოებას. ავებიდან გამოსავლის ძიება კი ამ მეთოდით გაცილებით დაბალბიოჯეტიანი 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.

¹¹⁶⁹ მაგალითად, ნაფიც მსაჯულთა მცირე ჟიურის უფლებამოსილებას შეერთებული შტატების კონსტიტუცია იმ შემთხვევაში ანიჭებს თუ საქმე ტრადიციული საჯარო კანონმდებლობის განვილვის საგანია. ხოლო სხვა შემთხვევაში – არა.

¹¹⁷⁰ Jacqueline M. Nolan-Haley, *The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound*, 6 *Cardozo J. Conflict Resol.* 57 (Fall, 2004), at 5, 6.

¹¹⁷¹ Thomas O. Main, *ADR: The New Equity*, 74 *U. Cin. L. Rev.* 329 (Winter, 2005), at 398, 400.

5. დასკვნა

რა ხდება შეერთებულ შტატებსა და იაპონიაში საკითხთან მიმართებაში. ორივე ქვეყანაში დავის დაგაწვევების ალტერნატიული მეთოდი (ADR), იგივე მედიაცია და მომრიგებლობა პოპულარობით სარგებლობს. მიუხედავად იმისა, რომ ორივე მათგანში ისტორიული წარსული სხვადასხვა შინაარსისაა, რაც მედიაციის მიმართულებით გაკეთდა მაინც ერთმანეთის მსგავსია. მეთოდის განვითარების პირველ ეტაპზე, ჰარვარდის სამართლის სკოლის პროფესორმა – ლონ ფულერმა, რომელიც ასევე დავის დაგაწვევების ალტერნატიული მეთოდის (ADR) მოძრაობის შემსწავლელი სპეციალური ჯგუფის წევრიც იყო საინტერესო სტატია გამოაქვეყნა:¹¹⁷² მან დისპუტები 2 ჯგუფად დაყო: მულტიცენტრული და მონოცენტრული დავები. პირველის შემთხვევაში, ეს არის ოჯახური დავები, როდესაც მარტივი სამართლებრივი კანონები უძლურია, ხოლო მეორე შემთხვევაში, ეს არის ბიზნეს/კომერციული კონტრაქტების შედეგად წარმოშობილი დისპუტები.

როდესაც სტატია წავიკითხე, ვიფიქრე, რომ როგორც ჩანს სახელშეკრულებო დისპუტიკი ვერ იქნება მულტიცენტრული იაპონიაში. თუმცა ზემოხსენებული ამერიკელი პროფესორების დასკვნების მიხედვით, შემიძლია ვთქვა, რომ ამერიკაში სახელშეკრულებო დისპუტები შეიძლება მულტიცენტრულად ჩათვალოს. საზოგადოებრივი დავა კი ადვილი საქმე არ არის, ის სოციოლოგებისა და ანთროპოლოგებისათვის შესწავლის სერიოზულ საგანს წარმოადგენს. რა შინაარსისაც 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. ამგვარი 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 გადაწვევების 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.

¹¹⁷² Lon Fuller, Mediation: Its Form and its Functions, 44 S. Cal. L. Rev. 305 (1971).

MICHAEL TSUR

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

¹¹⁷³ 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: PostDisaster Strategies*.

themselves, let alone facilitate the emotional aspect of 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 quasiADR 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' 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.

მედიკალიზაცია

დაბ (დავების არბიტრაჟული გადაჭრა) კატასტროფის შემდეგების სათანადოდ 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 დავის ეფექტური გადაწყვეტა აუცილებელი იყო.

ისტორიულ და ახლო წარსულშიც დავის გადაწყვეტა უმთავრესად ადგილობრივი, მუნიციპალური, რეგიონალური, ეროვნული, ფედერალური თუ საერთაშორისო სუვერენული სამართლებრივი სისტემებით წარმართებოდა; ან არა-სუვერენული მესამე მხარეების, კერძო აგენტების მიერ, რომლებსაც ან დავაში მონაწილე მხარეების მიმართავდნენ, ან ის ინტერესთა ჯგუფები ნიშნავდნენ (ავალუდნენ), რომელთა მიმართაც მხარეები დაქვემდებარებულ დამოკიდებულებაში ან სხვაგვარ კავშირში იმყოფებოდნენ. დავის გადაწყვეტის ამ სხვადასხვა მექანიზმში ნიშანდობლივია მხარეების მიერ გადაწყვეტილებების ექსტერნალიზაცია. მხარეები უარს ამბობენ შეთანხმების მიღწევის საკუთარ შესაძლებლობაზე, ერთობლივად ირჩევენ დავის საგანს და გადადიან შერჩეულ 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 გადაწყვეტის პროცესისთვის აუცილებელი პირადი ურთიერთმოქმედებისთვის საჭირო ინტელექტუალური და ემოციონალური 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 დავის ინტერნალიზებული გადაწყვეტის მიმართ ექსტერნალიზებული გადაწყვეტის უპირატესობისკენ. არაპროფესიონალის ენაზე, ეს შეიძლება “სისტემისადმი მინდობად” იქნეს მიჩნეული.

დავის გადაწყვეტისას სავსებით ბუნებრივი და მოსალოდნელია, რომ საწინააღმდეგო

¹¹⁷⁴ მიქაელ ცური, მედიაციის და კონფლიქტების მოგვარების ინსტიტუტის დამფუძნებელი და დირექტორი, იერუსალიმი. მედიაციის და მოლაპარაკების წარმოების ადიუნქტ-პროფესორი, ბიზნესის სკოლა და იერუსალიმის ჰებრეუს უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტი. წარმართველი კონსენსუსის მიმდევარაში: მოლაპარაკება კონფლიქტების მოგვარება N.Y. კონფლიქტების მართვის და კრიზისულ ვითარებებში მოლაპარაკების წარმოების სპეციალისტი. წინამდებარე სტატია დაიწერა ბ-ნი შაი მედკერის, ადვოკატი და მედიატორი, დახმარებით. წინამდებარე სტატია დაიწერა კარდოზო(ს) კონფლიქტების მოგვარების ჟურნალის 2007 წლის სიმპოზიუმისთვის, *დაბ შედეგად: კატასტროფის შემდგომი სტრატეგიები*.

გადაწყვეტის შემთხვევაში მხარე/მხარეები შედეგით უკმაყოფილონი იყვნენ, და ამან, თავის მხრივ, არ უნდა შეასუსტოს ექსტერნალური გადაწყვეტის, როგორც დავის გადაწყვეტის უპირატესი მექანიზმის სტატუსი. მაგრამ რა, თუკი ტრიბუნალის შედეგი უკმაყოფილოს ამასთანავე იმ მხარესაც ტოვებს, რომლის სასარგებლო გადაწყვეტაც იქნა მიღებული? სავარაუდოდ, ეს ტრიბუნალსა და ყველა მხარეს შორის ნდობის რღვევის უღებს საფუძველს, რაც, თავის მხრივ, ექსტერნალური გადაწყვეტის მათეულ დასაბუთებას ამსხვრევს. თუ ეს არაერთგზის და ფართო მასშტაბით მოხდება, სოციალური საფუძველი ექსტერნალიზებული გადაწყვეტისთვის საფრთხის ქვეშ აღმოჩნდება, რაც დასაბამს მისცემს დავის გადაწყვეტის ალტერნატიულ მექანიზმების წარმოშობას. როგორც ჩანს, გასული რამდენიმე ათწლეულის მანძილზე თანამედროვე დასავლურ საზოგადოებებს და მათ სამართლებრივ სისტემებს შორის ნდობის ასეთ ფართომასშტაბიან დარღვევას ნამდვილად ჰქონდა ადგილი, რამაც ალტერნატიული დავის გადაწყვეტის (დაბ) სხვადასხვა ფორმის წარმოშობა გარდაუვლად განაპირობა.

დაბ-ს გაჩენის ბიძგს წარმოადგენს სამართლებრივი სისტემის წარუმატებლობა თავისი ფუნქციის როგორც მხარდ 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 ხანგრძლივიმა 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, უღაო 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/ემოციონალური შეზღუდულობა შემდგომში გამოიხარებოდა მათი ზოგად ტენდენციაში ყოფილიყვნენ რეტროსპექტიულნი გადაწყვეტილი დავის შემდგომი შედეგების სათანადოდ გათვალისწინების გარეშე. ეს მხარეებს წარსულში “ჩფლობილებს” ტოვებდა, აჩერებდა რა მათ დავის ნეგატიური ასპექტებზე, არ შეეძლო სამომავლო დადებით პერსპექტივებს 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 შეეძლონ, 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 ღაბ 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 ექსტერნელური გადაწყვეტის და მისი შედეგების საფუძვლად 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, ღაბ 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 გაწონასწორებული 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.

ღაბ-ს უმნიშვნელოვანეს ელემენტს მხარეებზე რეჟიოსორის, ეი შუამავლის ძალაუფლების ნაკლებობა (არ არსებობა) 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 ვალდებულნი რომ დარჩნენ პროცესში უფრო დიდხანს, ვიდრე ეს მათ სურთ, და 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, რომ 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 ღაბ სათანადოდ გაძლოის 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 ხელეწიფებათ. 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 ღაბ უპირველესყოფლისა 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, ღაბ მხარეებისთვის მეტად პრაქტიკულ მეთოდს იძლევა, რომ კონტროლირებად და გონივრულ ვადებში მიაგნონ მათთვის საუკეთესო გადაწყვეტილებებს იმ სპეციფიურ გარემოებებში, რომელშიც იმყოფებიან.

შეიძლება ითქვას, რომ მხარეებისთვის ღაბ ფაქტობრივად არ წყვეტს (ავგარებს) დავას, არამედ უფრო უძველეს სწავლების პროცესს, რომელშიც მხარეები თავად არიან მოცემული ინსტრუმენტები, უპირველესყოფლისა წონასწორობის აღმდგენი, გადაწყვეტის დამოუკიდებლად მისაღწევად და დადებითი გვერდითი ეფექტების დიდი არჩვენის გამოსაყენებლად, რომელიც გადაწყვეტის გრძელვადიანი წარმატების აღბათობას გააძლიერებს. ღაბ უბრალოდ სათანადო პირობებს უზრუნველყოფს, რომელშიც მხარეებს მათი დავებისთვის საუკეთესო გადაწყვეტის მიწოდება შეუძლიათ.

ღაბ კატასტროფის შედეგების სათანადოდ ლიკვიდაცია

ადამიანის დინამიკა (მამოძრავებელი ძალები), რომელიც საერთოა დავათა უმეტესობისთვის, მისი აღძვრა და გადაწყვეტა კატასტროფების დროს უკიდურესობებამდეა მიყვანილი და განსაკუთრებულ ყურადღებას მოითხოვს.

ადამიანები ღარტყმას 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 ღარტყმის 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 მიძიმე 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 გამოწვეული ღარტყმის 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 ღარტყმის 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 ემოციონალური 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, გადარჩენილებისთვის მისაკუთვნიებული ზარალის ადეკვატური კომპენსაციის განსაზღვრის ირგვლივ იტრიალებს.

კატასტროფულ ვითარებებში დავების გადაწყვეტის უკიდურეს საჭიროებას ორი განუყოფელი (ნიშანდობლივი) ასპექტი გააჩნია. პირველი გადაწყვეტის საჭიროების მქონე არსებული დავების რაოდენობა სისტემისთვის პრაქტიკულ გამოწვევას წარმოადგენს, რაც უარყოფითად მოქმედებს პროცესის ხარისხზე და შესაძლებელია ის ფაქტიურად განუხორციელებადიც კი გახადოს. მეორე როგორც მზგავს ვითარებაში მყოფ მრავალთა შორის ერთ-ერთი, თითოეული გადარჩენილი სამართლიანად გრძნობს, რომ ის არის ნაწილი ჯგუფის და განეკუთვნება თავის “კატასტროფის თანამომქმეებს” 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 (გაურცელებული) ინსტრუმენტებით და რესურსებით განიცდის, ნათლად ჩანს, რომ კატასტროფასთან დაკავშირებული დავის მოგვარების ნებისმიერი მცდელობა ადეკვატურისგან საერთოდ ფუჭი თუ არა, ადეკვატურისგან შორს მდგომი იქნება. გარდა იმისა, რომ სამართლებრივ სისტემას წარმოუდგენელი მოცულობის სამართალწარმოების პროცესების დასრულება გადარჩენილთა რეაბილიტაციისთვის საჭირო გონივრულ ვადაში არასდროს შეუძლია; გადარჩენილების ჯგუფისთვის მიყენებული დიდი ემოციონალური 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.

ღაბ 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 ყურადგების დათმობას და მათი მდგომარეობის მიმართ თანაგრძნობის გამოხატვას შეუძლია მათი ემოციონალური რესურსების გაზარდა და წონასწორობის აღდგენაში დახმარება, ისე რომ მათ შეძლონ კატასტროფის მიუხედავად ფუნქციონირება და პოტენციური უნარების აღდგენა, რომლებიც წინასწარ დაგეგმივისთვის და საბოლოო ფეხზე დადგომისთვის არის საჭირო. ეს არის გადამწყვეტი მომენტი, მას შემდეგ რაც “გადარჩენილის მდგომარეობაში” იმყოფებიან, გადარჩენილები მიდრეკუილნი არიან, რომ ხალიდან 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) ღაბ ორივეში, როგორც პრინციპებში, ასევე პრაქტიკაში რამდენიმე კორექტირებას მოითხოვს. ღაბ-ს ფუძემდებლური ელემენტი, რომ მხარეებმა აიღონ პასუხისმგებლობა იმ ვითარებაზე,

რომელშიც არიან, თავის თავში მოიცავს შემდეგს: გარდაუვალი, ნამდვილი კატასტროფის და გადარჩენილების გულრწველი 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 ღაბ-ს აგენტთან ურთიერთობის სურვილის გამოთქმა შეუძლია, რომელიც უნდა იქნეს წარდგენილი და აღქმული, როგორც ნეიტრალური ელემენტი, და რომელიც, მიუხედავად იმისა, რომ “სისტემის” მიერ გამოგზავნილია, არ არის მისი წარმომადგენელი, არამედ უფრო დამოუკიდებელი აგენტია, რომელიც ფლობს ძირითადს, რაც გადგენილისთვის 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 ყურადგება მიმართოს და მიაპყროს მომავლისაკენ და მათი საუკეთესო ინტერესისთვის საჭირო გასატარებელი ღონისძიებებისკენ, და ეს ყოველივე რეალისტურ ვადებში შეასრულოს.

პრაქტიკულ დონეზე მნიშვნელოვანია, რომ ღაბ-ს აგენტებმა შეთავაზებული გადაწყვეტებისთვის 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.

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, დაზას სექტორის მაცხოვრებლები იყვნენ ისინი, ვინც მისი უშუალო შედეგების პირისპირ აღმოჩნდნენ.

მათთვის ეს ფაქტიურად 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 დაზას სექტორი, წარმატებას მიაღწია. ბასის და მისი გუნდის მიერ გამოყენებული სტრატეგია იყო გასახლების “შემდეგ დღეზე” და მომავალზე ფოკუსირება, ცდილობდნენ რა, რომ გასახლებულებს ემოციონალური წინააღმდეგობისთვის გვერდი აეველოთ და პრაქტიკულ თანამშრომლობასა და თანხმობაში ყოფილიყვნენ.

დაზას გათავისუფლებამ, როგორც ღაბ-ს მცდელობამ, მარცხი განიცადა ორი ძირითადი მიზეზის გამო.

პირველ რიგში, იონათან ბასი, ამ შემთხვევაში ღაბ-ს აგენტი, გადასახლებულებში ნდობას არასდროს იმსახურებდა და მუდმივად მოღალატე მთავრობის მაცნედ აღიქმებოდა. ბასიმ ვერ მოახერხა დამოუღიდებელი იდენტობის (პიროვნების, ინდივიდის), ნამდვილი შუამავლის სახით წარდგომა და ამით დააბრკოლა თავისი შესაძლებლობა, რომ გადარჩენილების ყურადგება და კონცენტრირება თავად კატასტროფიდან მომავლ პერსპექტივაზე ფიქრზე გადაეტანა. აღნიშნულმა ნდობაზე-დამყარებული პროცესისთვის შესაძლებლობა (შანსი) აღარ დატოვა და არსებობს მტკიცებულება, რომ გადასახლებულებთან უთიერთობა დიდწილად მიშზე და ეჭვზე იყო დამყარებული.

მეორეც, როგორც ჩანს, “პროცესის შერბილების” მცდელობისას გაცემული იყო დაპირებები და აღებული იყო ვალდებულებები, აშკარად არარეალისტური და, შესაბამისად, მხარდაჭერის არ მქონე, 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 ღაბ-ს აგენტის პირდაპირ შედეგად შეიძლება შეფასდეს.

ამასთანავე იყო ძალიან არასტაბილური თითქმის არ არსებული თვალყურისდევნების მექანიზმი, რამაც საბოლოო ჯამში მრავალი ადამიანი ყურადგების გარეშე დატოვა და კიდევ უფრო მეტი ეჭვი და უნდობლობა გამოიწვია. ამ კვაზი-ღაბ-ს მარცხის უარყოფითი შედეგები შემცირებისგან შორსაა და, როგორც ჩანს, მოდავე გადასახლებულთაგან მრავალთათვის აღნიშნული ნდობის დარღვევა შესაძლოა, აღდგენას აღარ დაექვემდებაროს.

პერსპექტივები და წინადადებები

დავიწყეთ რა კატასტროფის შედეგების გამკლავებასთან დაკავშირებული გამოწვევებისა და ჩართული შუამავლების მოთხოვნების გააზრება, უკვე შეგვიძლია, რომ ღაბ-ის პროცესები სათანადოდ შეეცვალოთ. თუ გაეითვალისწინებთ, რომ სათანადოდ შესრულებული (დანერგილი), ღაბ 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, ღაბ-ს 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 შევიმუშავებთ 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 ღაბ-ის მეთოდს. დღევანდელ მსოფლიოზე დაკვირვება, თუ როგორი გახდა ის და საით მიდის, აშკარად გვიბიძგებს, რომ ამ ინსტრუმენტების და მეთოდების განვითარების გამოწვევებს წინააღმდეგობა გავუწიოთ და გავუმკლავდეთ.

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 ECOMMERCE 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%.¹¹⁷⁶ 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.¹¹⁷⁷ Today e-commerce is a trillion-dollar industry, with global ecommerce sales passing the trillion dollar mark for the first time in 2012.¹¹⁷⁸

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.¹¹⁷⁹

Online Dispute Resolution and How It Is Conducted

ODR involves the use of dispute resolution techniques over the Internet.¹¹⁸⁰ Although ODR most commonly resolves e-commerce or other Internet-related disputes,¹¹⁸¹ it also resolves traditional off-line

¹¹⁷⁵ ADR Director and Mediation Clinic Professor, University of Houston.

¹¹⁷⁶ 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).

¹¹⁷⁷ U.S. Census Bureau, E-Stats (May 25, 2007), <http://www.census.gov/eos/www/2005/2005reportfinal.pdf>. (last visited Oct. 16, 2008).

¹¹⁷⁸ <http://mashable.com/2013/02/05/ecommerce-sale-top-1-trillion-worldwide> (2013).

¹¹⁷⁹ 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].

¹¹⁸⁰ See Lucille M. Ponte & Thomas D. Cavenagh, Cyberjustice: Online Dispute Resolution (ODR) for E-Commerce 18 (2005); Ethan Katsh & Janet Rifkin, Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace 10 (2001) (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, 58 Bus. Law. 415, 434 (2002) [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”); Louise Ellen Teitz, Providing Legal Services for the Middle Class in Cyberspace: The Promise and Challenge of On-line Dispute Resolution, 70 Fordham L. Rev. 985, 986 (2001) (“The Internet merely accelerated the acceptance of alternative dispute resolution while making it available to the masses ...”).

¹¹⁸¹ See Robert J. Ambrogi, Virtual Justice: Resolving Disputes Online, Bench & B. of Minn., Feb. 2005, at 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-commerce” or “electronic commerce”

disputes.¹¹⁸² ODR includes formal judicial proceedings as well as arbitration, mediation, and negotiation, provided they occur over the Internet.¹¹⁸³ Online mediation, in particular, involves the use of traditional

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.

¹¹⁸² Arno R. Lodder & John Zeleznikow, *Developing an Online Dispute Resolution Environment: Dialogue Tools and Negotiation Support Systems in a Three-Step Model*, 10 *Harv. Negot. L. Rev.* 287, 300 (2005) (“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; Aashit Shah, *Using ADR to Resolve Online Disputes*, 10 *Rich. J.L. & Tech.* 25, 32-33 (2004) (arguing that online mediation is best suited for basic contract disputes, e-commerce disputes, domain name disputes, and intellectual property disputes); Joseph W. Goodman, *The Pros and Cons of Online Dispute Resolution: An Assessment of Cyber-Mediation Websites*, 2003 *Duke L. & Tech. Rev.* 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 Mary Shannon Martin, Note, *Keep It Online: The Hague Convention and the Need for Online Alternative Dispute Resolution in International Business-to-Consumer E-Commerce*, 20 *B.U. Int’l L.J.* 125, 150, 153 (2002) (arguing ODR is most effective when used to resolve online e-commerce disputes).

¹¹⁸³ See generally Ponte & Cavenagh, *supra* note 10. See also Richard Magnus, *The Confluence of Law and Policy in Leveraging Technology: Singapore’s Judiciary’s Experience*, 12 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 661 (2004) (discussing the use of technology in Singapore’s judicial processes, including the creation of a virtual court); Jagruti Chauhan, *Online Dispute Resolution Systems: Exploring E-Commerce and E-Securities*, 15 *Windsor R. Legal & Soc. Issues* 99, 103-08 (2003) (comparing the use of blind-bidding, mediation, and med-arb programs in resolving securities disputes); Lucille M. Ponte, *The Michigan Cyber Court: A Bold Experiment in the Development of the First Public Virtual Courthouse*, 4 *N.C. J.L. & Tech.* 51 (2002) (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); Nicolas de Witt, *Online International Arbitration: Nine Issues Crucial to Its Success*, 12 *Am. Rev. Int’l Arb.* 441 (2001). 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. William Krause, *Do You Want to Step Outside? An Overview of Online Alternative Dispute Resolution*, 19 *J. Marshall J. Computer & Info. L.* 457, 465 (2001). 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 Katherine Meyers, *Domain Name Dispute Resolution in U.S. Courts: Should ICANN Be Given Deference?*, 43 *B.C. L. Rev.* 1177, 1193 (2002). 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); Zohar Efroni, *The Anticybersquatting Consumer Protection Act and the Uniform Dispute Resolution Policy: New Opportunities for International Forum Shopping?*, 26 *Colum. J.L. & Arts* 335, 351 (2003) (noting ICANN has been successful if measured by the number of resolved cases); A. Michael Froomkin, *ICANN’s “Uniform Dispute Resolution Policy”--Causes and (Partial) Cures*, 67 *Brook. L. Rev.* 605, 670-711 (2002) (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, INTENTIONAL 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 CUSTOMERS, 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 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.

mediation techniques in an online environment.¹¹⁸⁴ Like traditional mediation, online mediation may be conducted using facilitative, evaluative, or transformative techniques.¹¹⁸⁵ Unlike traditional mediation, however, the technology used to conduct the mediation may have a tremendous impact on its success at settling the dispute.¹¹⁸⁶ 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.¹¹⁸⁷ Before 1995, ODR was largely unnecessary because military and academic institutions were the primary users of the Internet.¹¹⁸⁸ 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.¹¹⁸⁹ In response, governments, universities, and private organizations encouraged and supported ODR's development.¹¹⁹⁰

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.¹¹⁹¹ In the e-commerce

Dell, Inc., Dell's Online Policies, <http://www.dell.com/termsandconditions> (last visited June 18, 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.

¹¹⁸⁴ Ponte & Cavenagh, *supra* note 10, at 63; Lucille M. Ponte, *Throwing Bad Money After Bad: Can Online Dispute Resolution (ODR) Really Deliver the Goods for the Unhappy Internet Shopper?*, 3 *Tul. J. Tech. & Intell. Prop.* 55, 75-79 (2001) [hereinafter Ponte, *Throwing Bad Money*].

¹¹⁸⁵ 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).

¹¹⁸⁶ 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.").

¹¹⁸⁷ 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.").

¹¹⁸⁸ 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.").

¹¹⁸⁹ 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).

¹¹⁹⁰ 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, 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.").

¹¹⁹¹ Mohamed Wahab, *Globalisation and ODR: Dynamics of Change in E-Commerce Dispute Settlement*, 12 *INT'L J. L. & INFO. TECH.* 123, 152 (2004).

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).¹¹⁹² [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.¹¹⁹³ 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.¹¹⁹⁴ 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.¹¹⁹⁵ 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.¹¹⁹⁶

EBay is an online auction site with over 125 million registered users and where over 24 million items are offered for sale each day.¹¹⁹⁷ EBay makes it possible for sellers to sell to buyers who may be located anywhere.¹¹⁹⁸ EBay itself is not a party to any transaction and, in general, assumes no responsibility for problems that arise between buyers and sellers.¹¹⁹⁹ 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 Resolution¹²⁰⁰ 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.¹²⁰¹

Several months after the completion of the University of Massachusetts pilot project, EBay selected SquareTrade.com to be its dispute resolution provider.¹²⁰² SquareTrade's approach to ODR differed from the University of Massachusetts approach in two ways, each of which represented an important advance in ODR.¹²⁰³ First, before providing a human mediator, SquareTrade added a technology-supported negotiation process in which parties could try to resolve the dispute themselves before requesting a mediator.¹²⁰⁴ Second, SquareTrade employed the Web rather than email as the means for communicating with and working with the disputants.¹²⁰⁵

¹¹⁹² Melissa Conley Tyler & Di Bretherton, Online Alternative Dispute Resolution, 7 *Vindobona J. Int'l Com. L. Arb.* 199, 203 (2003).

¹¹⁹³ 49 *NYLSLR* 271; New York Law School Law Review: BRINGING ONLINE DISPUTE RESOLUTION TO VIRTUAL WORLDS: CREATING PROCESSES THROUGH CODE. (2004-2005).

¹¹⁹⁴ See Id.

¹¹⁹⁵ See Id.

¹¹⁹⁶ See Id.

¹¹⁹⁷ See Id.

¹¹⁹⁸ See Id.

¹¹⁹⁹ 49 *NYLSLR* 271; New York Law School Law Review: BRINGING ONLINE DISPUTE RESOLUTION TO VIRTUAL WORLDS: CREATING PROCESSES THROUGH CODE. (2004-2005).

¹²⁰⁰ The Center for Information Technology and Dispute Resolution, at <http://www.umass.edu/dispute> (last visited Aug. 29, 2004).

¹²⁰¹ Ethan Katsh et al., E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of eBay Law, 15 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 705, 710 (2000).

¹²⁰² 49 *NYLSLR* 271; New York Law School Law Review: BRINGING ONLINE DISPUTE RESOLUTION TO VIRTUAL WORLDS: CREATING PROCESSES THROUGH CODE. (2004-2005).

¹²⁰³ See Id.

¹²⁰⁴ See Id.

¹²⁰⁵ See Id.

The manner in which SquareTrade employs the Web illustrates how even relatively small changes in how communication occurs can have large consequences.¹²⁰⁶ Most of the people who file complaints with SquareTrade have already tried to negotiate via email and have reached impasse.¹²⁰⁷ Not only do parties seem more willing to negotiate via the Web than via email but the negotiations are more frequently successful.¹²⁰⁸ 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.¹²⁰⁹ 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.¹²¹⁰ 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.¹²¹¹

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.”¹²¹² 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.¹²¹³ There are no algorithms at work that analyze responses and thus this is only a first step toward a more sophisticated online negotiation process.¹²¹⁴ 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).¹²¹⁵

When Web-based negotiation fails, SquareTrade provides a human mediator for a fee of twenty dollars.¹²¹⁶ 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.¹²¹⁷ The EBay model allows for efficient dispute resolution, which by its own definition allows for consumer empowerment.¹²¹⁸

Ecommerce

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.¹²¹⁹ Electronic commerce draws on technologies such as mobile commerce, electronic funds transfer, supply chain management, Internet marketing, online transaction processing, electronic data interchange (EDI), inventory management systems, and automated data collection systems.¹²²⁰ 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

¹²⁰⁶ See Id.

¹²⁰⁷ See Id.

¹²⁰⁸ See Id.

¹²⁰⁹ 49 NYLSLR 271; New York Law School Law Review: BRINGING ONLINE DISPUTE RESOLUTION TO VIRTUAL WORLDS: CREATING PROCESSES THROUGH CODE. (2004-2005).

¹²¹⁰ See Id.

¹²¹¹ See Id.

¹²¹² See Id.

¹²¹³ See Id.

¹²¹⁴ See Id.

¹²¹⁵ 49 NYLSLR 271; New York Law School Law Review: BRINGING ONLINE DISPUTE RESOLUTION TO VIRTUAL WORLDS: CREATING PROCESSES THROUGH CODE. (2004-2005).

¹²¹⁶ See Id.

¹²¹⁷ See Id.

¹²¹⁸ See Id.

¹²¹⁹ http://en.wikipedia.org/wiki/Electronic_commerce.

¹²²⁰ See Id.

range of technologies such as e-mail, mobile devices social media, and telephones as well.¹²²¹ Electronic commerce is generally considered to be the sales aspect of e-business.¹²²² 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).¹²²³ 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.¹²²⁴ 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.¹²²⁵ Any measures to regulate these policy concerns must be included within the country's legal framework directing ecommerce.¹²²⁶ 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.¹²²⁷ 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.¹²²⁸

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.¹²²⁹

"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)?"¹²³⁰ 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 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.¹²³¹

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

¹²²¹ See Id.

¹²²² See Id.

¹²²³ See Id.

¹²²⁴ [https://blu172.mail.live.com/default.aspx?id=64855\(2013\)](https://blu172.mail.live.com/default.aspx?id=64855(2013)).

¹²²⁵ See Id.

¹²²⁶ See Id.

¹²²⁷ See Id.

¹²²⁸ See Id.

¹²²⁹ 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].

¹²³⁰ 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> (last visited Oct. 14, 2008) [hereinafter OECD Background Report].

¹²³¹ Id.

without undue cost or burden to the consumer.”¹²³² The OECD is an international group which includes members from thirty democracies, including most EU Member States and the U.S.¹²³³

At the regional level, the European Commission has issued two reports, one covering the use of arbitrators in cross-border consumer disputes¹²³⁴ and the other discussing the facilitation of resolving disputes by mutual consent of the parties¹²³⁵ (i.e., through mediation, automated negotiation, etc.).¹²³⁶ The report governing the use of arbitrators includes seven principles, including principles of “independence; transparency; adversarial proceedings; effectiveness; legality; liberty and representation.”¹²³⁷ 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.”¹²³⁸

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.¹²³⁹ 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.¹²⁴⁰

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.¹²⁴¹ 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).¹²⁴² EEJ-Net required participating Member States to provide centralized “clearing houses” where consumers could gain information and assistance on the alternative dispute resolution process.¹²⁴³ 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.”¹²⁴⁴ 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.¹²⁴⁵

The U.S. has not adopted a similar campaign, despite the FTC's recommendation to “encourage initiatives to better inform consumers.”¹²⁴⁶ 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

¹²³² See *Id.*

¹²³³ OECD Recommendation on Consumer Dispute Resolution and Redress, 2 (2007), <http://www.oecd.org/dataoecd/43/50/38960101.pdf> (last visited Oct. 13, 2008). <http://www.oecd.org/dataoecd/43/50/38960101.pdf> (last visited Oct. 13, 2008).

¹²³⁴ Commission Recommendation of 30 March 1998 (EC) on the Principles Applicable to the Bodies Responsible for Out-of-Court Settlement of Consumer Disputes 1998 O.J. (L 115) 32, available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:115:0031:0034:EN:PDF> (last visited Oct. 10, 2008).

¹²³⁵ Commission Recommendation of 4 April 2001 (EC) on the Principles for Out-of-Court Bodies Involved in the Consensual Resolution of Consumer Disputes, available at http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/adr/acce_just12_en.pdf (last visited Oct. 10, 2008) [hereinafter EC Recommendation Principles].

¹²³⁶ See Melissa Conley Tyler & Di Bretherton, *Seventy-Six and Counting: An Analysis of ODR Sites* 6-7 (2003), available at <http://www.odr.info/unece2003/pdf/Tyler.pdf> (last visited Oct. 10, 2008) (listing the different methods of dispute resolution used by various ODR websites in the United States and the European Union).

¹²³⁷ OECD Background Report, *supra* note 13, at 16.

¹²³⁸ *Id.*

¹²³⁹ Federal Trade Commission, *Consumer Protection in the Global Electronic Marketplace*, available at <http://www.ftc.gov/bcp/icpw/lookingahead/lookingahead.shtm> (last visited Oct. 16, 2008) [hereinafter FTC Report].

¹²⁴⁰ See Cynthia A. Savage, *Culture and Mediation: A Red Herring*, 5 *Am. U. J. Gender & L.* 269, 291 (1996).

¹²⁴¹ OECD Background Report, *supra* note 13, at 19-20.

¹²⁴² *Id.*

¹²⁴³ *Id.* at 20.

¹²⁴⁴ See *Id.*

¹²⁴⁵ See *Id.* at 16.

¹²⁴⁶ FTC Report, *supra* note 25.

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.¹²⁴⁷

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.¹²⁴⁸ Of the advantages, cost savings and convenience are the most obvious.¹²⁴⁹ 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.¹²⁵⁰ 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.¹²⁵¹ ODR also potentially provides for better communication.¹²⁵² It provides parties the ability to edit their communication over impulsive responses in face to face mediation.¹²⁵³ Finally, there is no need to worry about what court will have jurisdiction over a dispute.¹²⁵⁴ Since disputants bind themselves via agreement, jurisdictional issues can be avoided.¹²⁵⁵ Conversely, ODR also has some arguable disadvantages.¹²⁵⁶ ODR is best suited to a limited range of disputes.¹²⁵⁷ These issues need to basically be limited to issues to monetary compensation or replacement of goods.¹²⁵⁸ Also, the parties never get to develop a personal connection with the mediator and as such may not trust the mediator as much.¹²⁵⁹ Some pundits also believe that unless the services are free they will still remain cost prohibitive.¹²⁶⁰ Additionally, it may be harder to ensure participants of the security of confidential information.¹²⁶¹

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?¹²⁶²

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. ODR is generally extolled for its efficiency, cost-effectiveness and its ability to increase access to the justice system by disadvantaged groups.¹²⁶³ The benefits of online dispute resolution are most easily illuminated when ODR is

¹²⁴⁷ ABA Task Force, *supra* note 4, at 26-27.

¹²⁴⁸ 5 APPALJL 275, *Appalachian Journal of Law: FUSSES THAT FIT ONLINE: ONLINE MEDIATION IN NON-COMMERCIAL CONTEXTS*, Spring 2006 (292).

¹²⁴⁹ *See Id.*

¹²⁵⁰ *See Id.*

¹²⁵¹ *See Id.*

¹²⁵² *See Id.*

¹²⁵³ 5 APPALJL 275, *Appalachian Journal of Law: FUSSES THAT FIT ONLINE: ONLINE MEDIATION IN NON-COMMERCIAL CONTEXTS*, Spring 2006 (292).

¹²⁵⁴ *Id.*

¹²⁵⁵ *Id.*

¹²⁵⁶ 27 JMARJL 81, *John Marshall Journal of Computer & Information Law: VIRTUAL VENUES: IMPROVING ONLINE DISPUTE RESOLUTION AS AN ALTERNATIVE TO COST INTENSIVE*, Fall 2009 (82).

¹²⁵⁷ *Id.*

¹²⁵⁸ *See Id.*

¹²⁵⁹ *See Id.*

¹²⁶⁰ *See Id.*

¹²⁶¹ *See Id.*

¹²⁶² *See Id.* at 31.

¹²⁶³ *See, e.g., Llewellyn Joseph Gibbons, 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.* 1, 4-5 (2002); Alboukrek, *supra* note 3, at 425.

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.¹²⁶⁴ 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.¹²⁶⁵ 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.¹²⁶⁶

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.¹²⁶⁷ 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.¹²⁶⁸ 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.¹²⁶⁹ Due process rights need to be respected, but that is not sufficient, consumers need to perceive that their rights are being respected too.¹²⁷⁰ Hence, due process requirements and counterpoise are paramount when there is power imbalance between the disputants.¹²⁷¹ In this regard, key

¹²⁶⁴ Gibbons, *supra* note 37, at 4.

¹²⁶⁵ See, e.g., *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S. 186, 216 (1977); *Int'l Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, 320 (1945).

¹²⁶⁶ See Lucille M. Ponte, *Boosting Consumer Confidence in E-Business: Recommendations for Establishing Fair and Effective Dispute Resolution Programs for B2C Online Transactions*, 12 *Alb. L.J. Sci. & Tech.* 441, 456 (discussing the difference between U.S. and EU approaches to consumer protection).

¹²⁶⁷ Gibbons, *supra* note 37, at 4-5.

¹²⁶⁸ Rule (2002) *ibid* 237. Regarding the importance of perception in the resolution of a dispute see R. Fisher, W. Ury, and B. Patton *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.

¹²⁶⁹ See *Id.*

¹²⁷⁰ See *Id.*

¹²⁷¹ See *Id.*

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.¹²⁷² Judicial enforcement or self-enforcement mechanisms are also required for the success of ODR services.¹²⁷³

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.¹²⁷⁴ 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.¹²⁷⁵ 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.¹²⁷⁶

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.¹²⁷⁷ 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.¹²⁷⁸ Transparency should be complemented with additional mechanisms to ensure impartiality, such as systems to handle complaints when procedures were not followed.¹²⁷⁹

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.¹²⁸⁰ Although, in some circumstances economic incentives may 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.¹²⁸¹

¹²⁷² Id.

¹²⁷³ See Id.

¹²⁷⁴ Mary Shannon Martin, Keep it Online: The Hague Convention and the Need for Online Alternative Dispute Resolution in International Business-to-Consumer E-Commerce, 20 B.U. Int'l L.J. 125, 157 (2002).

¹²⁷⁵ Elizabeth G. Thornburg, Going Private: Technology, Due Process, and Internet Dispute Resolution, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 153 (2000).

¹²⁷⁶ Tyler & Bretherton, supra note 6, at 208.

¹²⁷⁷ Consumers International (2001) *ibid*.

¹²⁷⁸ Katsh and Rifkin (2001) *op. cit.* 41.

¹²⁷⁹ Consumers International (2001) *op. cit.*

¹²⁸⁰ C. Rule, Online Dispute Resolution for Businesses. B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts (San Francisco, Jossey Bass, 2002).58.

¹²⁸¹ *Ibid.* <<http://www.cybersettle.com>>.

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.¹²⁸² 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.¹²⁸³ This removes bias concerns of private financial support; yet this may result in a heavy burden for taxpayers.¹²⁸⁴ 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.¹²⁸⁵ 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.¹²⁸⁶ 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.¹²⁸⁷ This is particularly difficult when there is an imbalance of power between the parties. Participation may also vary depending on the chosen ODR procedure.¹²⁸⁸ 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.¹²⁸⁹ 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.¹²⁹⁰

Katsh and Rifkin observe that businesses may be reluctant to offer ODR in case their customers would interpret that disputes arise often.¹²⁹¹ They suggest that ODR may enhance trust in a transaction if consumers are well informed, not just about their rights, but assuring them that they have also the tools to enforce them.¹²⁹² For ODR to be trust building, it needs to be advertised appropriately. ODR is frequently offered in the context

¹²⁸² Rule (2002) op. cit. 119 and 294. United Nations Conference on Trade and Development, 'Online Dispute Resolution: E-Commerce and Beyond' in E-Commerce and Development Report (2003) p. 190.

¹²⁸³ For more information see Hörnle (2009) op. cit. 76.

¹²⁸⁴ Hill (2008) op. cit. p. 318 and 391.

¹²⁸⁵ 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.

¹²⁸⁶ See Recommendation (1998) op. cit. VI principle of liberty. See also Annex [q] Directive 1993/13/EC.

¹²⁸⁷ See Id.

¹²⁸⁸ See Recommendation (1998) op. cit. VI principle of liberty. See also Annex [q] Directive 1993/13/EC.

¹²⁸⁹ See Id.

¹²⁹⁰ I. Ramsay, 'Consumer Redress and Access to Justice' in International Perspectives on Consumers' Access to Justice (Cambridge University Press, New York, 2006) 34.

¹²⁹¹ Katsh and Rifkin (2001) op. cit. 87.

¹²⁹² Ibid. See also E. Katsh, 'Online Dispute Resolution: Designing New Legal Processes for Cyberspace' Proceedings of the WebSci'09: Society On-Line, 18-20 March 2009, Athens, Greece. p. 3.

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.¹²⁹³

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.¹²⁹⁴ While the U.S. tends to focus more on issues like fraud and cyber-crime,¹²⁹⁵ 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.¹²⁹⁶ 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.¹²⁹⁷ 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,¹²⁹⁸ and the Federal Trade Commission's international discourse on the need for greater consumer protections,¹²⁹⁹ 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 player¹³⁰⁰ - 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.¹³⁰¹ 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.¹³⁰² This pro-business stance on commercial transactions is not surprising; it is merely an extension of America's contract law principles in traditional face-to-face retail

¹²⁹³ J. Nadler, 'Electronic Mediated Dispute Resolution and E-Commerce' (2001) 17 *Negotiation Journal* 333.

¹²⁹⁴ See, e.g., John R. Aguilar, *Over the Rainbow: European and American Consumer Protection Policy and Remedy Conflicts on the Internet and a Possible Solution*, 4 *Int'l J. Comm. L. & Pol'y* 1, 1 (Winter 1999/2000), available at http://www.ijclp.net/ijclp_web-doc_4-4-2000.html (last visited Oct. 24, 2008); see also Ponte, *supra* note 40.

¹²⁹⁵ Aguilar, *supra* note 49, at 37-38.

¹²⁹⁶ *Id.* at 20-21.

¹²⁹⁷ *Id.* at 33-34.

¹²⁹⁸ See ABA Task Force, *supra* note 4.

¹²⁹⁹ See FTC Report, *supra* note 25.

¹³⁰⁰ Ponte, *supra* note 40.

¹³⁰¹ Ponte, *supra* note 40.

¹³⁰² *Id.* at 456-57.

transactions.¹³⁰³ 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.¹³⁰⁴

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.¹³⁰⁵

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.¹³⁰⁶ The aim is to provide businesses and consumers with some assurance of legal certainty.¹³⁰⁷ The “Internal Market Clause,” which states services is subject to the law of the member state where the service is provider is established.¹³⁰⁸ The directive is aimed at increasing cooperation between member states and enhancing self-regulation.¹³⁰⁹ 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).¹³¹⁰

The “Regulation on Online Dispute Resolution” (ODR Regulation) is designed to create a single EU ODR system.¹³¹¹ This would allow ecommerce users from all member states to resolve all disputes online without having to go to court.¹³¹² The ODR system is linked to the national member state ADR entities adhering to the commission’s rules.¹³¹³ The goal is to create an ADR system based on a common set of rules.¹³¹⁴ This would call for ODR facilitators with similar training and skills in each member state.¹³¹⁵ Any resulting settlements would be required to be delivered within thirty days.¹³¹⁶ The problem is that the ADR procedures for resolving consumer disputes based on ecommerce transactions is incomplete and confusing.¹³¹⁷

¹³⁰³ 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).

¹³⁰⁴ Ponte, *supra* note 40, at 456-57.

¹³⁰⁵ Aguilar, *supra* note 49, at 22.

¹³⁰⁶ http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/directive/index_en.htm (2013).

¹³⁰⁷ See *Id.*

¹³⁰⁸ See *Id.*

¹³⁰⁹ See *Id.*

¹³¹⁰ See *Id.*

¹³¹¹ http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court (2013).

¹³¹² See *Id.*

¹³¹³ See *Id.*

¹³¹⁴ See *Id.*

¹³¹⁵ See *Id.*

¹³¹⁶ See *Id.*

¹³¹⁷ *Id.*

Historically, half of the existing ADR schemes offer the ability to submit complaints online, but the ability to utilize ODR is missing.¹³¹⁸ Until resolved, this takes away the saving of time and expedited facilitated communication designed by the online process.¹³¹⁹

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.¹³²⁰

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.¹³²¹

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.”¹³²² 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.¹³²³

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.¹³²⁴ 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.¹³²⁵ 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.¹³²⁶ 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.¹³²⁷ 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.¹³²⁸

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.¹³²⁹ Furthermore, the United States allows mandatory arbitration agreements between consumers and business at the contract formation stage,¹³³⁰ whereas the European Union only permits arbitration agreements to be entered into after the dispute arises.¹³³¹

¹³¹⁸ Id.

¹³¹⁹ See Id.

¹³²⁰ See Brussels Regulation, *supra* note 4.

¹³²¹ OECD Background Report, *supra* note 13, at 16.

¹³²² Id.

¹³²³ Id. at 20.

¹³²⁴ Aguilar, *supra* note 49, at 33-34.

¹³²⁵ 49 NYLSLR 271, *New York Law School Law Review: BRINGING ONLINE DISPUTE RESOLUTION TO VIRTUAL WORLDS: CREATING PROCESSES THROUGH CODE, 2004-2005* (277).

¹³²⁶ Id.

¹³²⁷ Id.

¹³²⁸ Id.

¹³²⁹ Ponte, *supra* note 40.

¹³³⁰ Id. at 456, n. 53.

¹³³¹ 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.¹³³² Second, a treaty between the U.S. and EU – two of the largest e-commerce players, respectively¹³³³ - 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

¹³³² 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.

¹³³³ Ponte, supra note 40, at 456.

inexpensive way to resolve their conflict. As such, any such 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.¹³³⁴ 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.¹³³⁵ 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.¹³³⁶ 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 1849.¹³³⁷ 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 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

¹³³⁴ Dunoff, Ratner & Wippman, *supra* note 109, at 36.

¹³³⁵ Churchill, Winston (1946). *Speech to the Academic Youth (Speech)*. Zürich, Switzerland.

¹³³⁶ See *Id.*

¹³³⁷ On the role of E. de Jouy against V.Hugo, see *Les aventures militaires, littéraires et autres de Etienne de Jouy de l'Académie française* by Michel Faul (Editions Segquier, France, 2009 ISBN 978-2-84049-556-7).

out for each other across the seas."¹³³⁸ 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.

¹³³⁸ See Id.

დავების ონლაინ გადაწყვეტა ბიზნესსა და მომხმარებელს შორის ელექტრონული კომერციის სფეროში არსებული დავებისათვის

ელექტრონული კომერცია უთუოდ ცვლის მომხმარებლებისა და ბიზნესების ფუნქციებს. განვითარებულ ქვეყნებში "პირისპირ" ტრანზაქციები უკვე აღარ ითვლება ნორმად და პროდუქტებისა და მომსახურებების გაყიდვებსა და შესყიდვებში ბიზნესები სულ უფრო მეტად არიან დამოკიდებულნი ინტერნეტზე. მთელს მსოფლიოში iTunes დომინირებს მუსიკის გაყიდვებში, "ამაზონი" ელექტრონული წიგნებისა და თითქმის ყველა ტიპის სამომხმარებლო პროდუქტის გაყიდვაში, EBay მსოფლიო მამტაბით 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.¹³³⁹ 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.¹³⁴⁰ დღეისათვის, ელექტრონული კომერცია წარმოადგენს ტრილიონი დოლარის მოცულობის სფეროს, თავისი გლობალური ელექტრონული კომერციული გაყიდვებით, რომელმაც ტრილიონი დოლარის ნიშნულს პირველად 2012 წელს მიაღწია.¹³⁴¹

იმ გარემოში, სადაც მაუსის მარტივი დაწკაპუნებით, 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.¹³⁴²

¹³³⁹U.S. Census Bureau News, Quarterly Retail E-Commerce Sales: 3rd Quarter 2007, <http://www.census.gov/mrts/www/data/pdf/07Q3.pdf>. (ბოლო ვიზიტი Oct. 24, 2008).

¹³⁴⁰U.S. Census Bureau, E-Stats (May 25, 2007), <http://www.census.gov/eos/www/2005/2005reportfinal.pdf>. (ბოლო ვიზიტი Oct. 16, 2008).

¹³⁴¹<http://mashable.com/2013/02/05/ecommerce-sale-top-1-trillion-worldwide> (2013).

¹³⁴²იხ. 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> [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 [შემდგომში Brussels Regulation].

ონლაინ დავების გადაწყვეტა და პროცესის მიმდინარეობა

ონლაინ დავების გადაწყვეტა(ODR) მოიცავს ინტერნეტ სივრცეში დავების გადაწყვეტის ტექნიკების გამოყენებას.¹³⁴³ თუმცა, ონლაინ დავების გადაწყვეტა უფრო მეტად აგვარებს ელექტრონული კომერციის საკითხებს ან სხვა, ინტერნეტთან დაკავშირებულ, დავებს,¹³⁴⁴ ის ასევე წყვეტს ე.წ. "ოფ-ლაინ" დავებსაც.¹³⁴⁵ ონლაინ დავების გადაწყვეტა მოიცავს ფორმალურ სასამართლო პროცესებს, ასევე არბიტრაჟს, მედიაციას და მოლაპარაკებას იმ დავებთან დაკავშირებით, რომლებიც ინტერნეტში წარმოიშვა.¹³⁴⁶ ონლაინ მედიაცია განსაკუთრებით მოიცავს

¹³⁴³ იხ. Lucille M. Ponte & Thomas D. Cavenagh, *Cyberjustice: Online Dispute Resolution (ODR) for E-Commerce* 18 (2005); Ethan Katsh & Janet Rifkin, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace* 10 (2001) (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*, 58 *Bus. Law.* 415, 434 (2002) [შემდგომში A.B.A. Task Force] (განსაზღვრა ODR as "ინტერნეტისა და სხვა ვებ-გვერდების, ასევე, კომპიუტერული ტექნოლოგიების გამოყენების ჩათვლით, ADR" ხელშეწყობისათვის); Louise Ellen Teitz, *Providing Legal Services for the Middle Class in Cyberspace: The Promise and Challenge of On-line Dispute Resolution*, 70 *Fordham L. Rev.* 985, 986 (2001) ("ინტერნეტმა უბრალოდ დააჩქარა დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის მიღება, გახდა რა ის ხელმისაწვდომი მასებისათვის").

¹³⁴⁴ იხ. Robert J. Ambrogi, *Virtual Justice: Resolving Disputes Online*, *Bench & B. of Minn.*, Feb. 2005, at 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." A.B.A. Task Force, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 10, at 425.

¹³⁴⁵ Arno R. Lodder & John Zeleznikow, *Developing an Online Dispute Resolution Environment: Dialogue Tools and Negotiation Support Systems in a Three-Step Model*, 10 *Harv. Negot.L. Rev.* 287, 300 (2005) ("არ არსებობს რაიმე მიზეზი, თუ რატომ არ შეიძლება გადაწყდეს ე.წ. "ოფ-ლაინ" დავები ონლაინ რეჟიმში."); A.B.A. Task Force, *supra* note 10, at 434; Teitz, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 10, at 991; Aashit Shah, *Using ADR to Resolve Online Disputes*, 10 *Rich. J.L. & Tech.* 25, 32-33 (2004) (საბუთდება, რომ მედიაცია ყველაზე უკეთ ერგება ძირითადი შეთანხმების დავებს, ელექტრონული კომერციის დავებს, დომენის დასახელების დავებს, და ინტელექტუალური საკუთრების დავებს); Joseph W. Goodman, *The Pros and Cons of Online Dispute Resolution: An Assessment of Cyber-Mediation Websites*, 2003 *Duke L. & Tech. Rev.* 4, ¶ 1 ("ონლაინ დავების გადაწყვეტას შესაძლოა ქონდეს 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"). მაგრამიხილეთ Mary Shannon Martin, Note, *Keep It Online: The Hague Convention and the Need for Online Alternative Dispute Resolution in International Business-to-Consumer E-Commerce*, 20 *B.U. Int'l L.J.* 125, 150, 153 (2002) (საბუთდება, რომ ონლაინ დავების გადაწყვეტა ყველაზე ეფექტურია, როდესაც ხდება მისი გამოყენება ონლაინ ელექტრონული კომერციის დავების გადაწყვეტისას).

¹³⁴⁶ იხ. ზოგადად Ponte & Cavenagh, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 10. იხ. ასევე Richard Magnus, *The Confluence of Law and Policy in Leveraging Technology: Singapore's Judiciary's Experience*, 12 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 661 (2004) (სინგაპურის სასამართლო პროცესების ტექნოლოგიის გამოყენების განხილვა, ვირტუალური სასამართლოს შექმნის ჩათვლით); Jagruti Chauhan, *Online Dispute Resolution Systems: Exploring E-Commerce and E-Securitys*, 15 *Windsor R. Legal & Soc. Issues* 99, 103-08 (2003) (ბრმად ვაჭრობის, მედიაციის, და შუამავლობით და საარბიტრაჟო პროგრამების შედარება ფასიან ქაღალდებთან დაკავშირებული დავების გადაწყვეტისას); Lucille M. Ponte, *The Michigan Cyber Court: A Bold Experiment in the Development of the First Public Virtual Courthouse*, 4 *N.C. J.L. & Tech.* 51 (2002) (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); Nicolas de Witt, Online International Arbitration: Nine Issues Crucial to Its Success, 12 Am. Rev. Int'l Arb. 441 (2001).

ერთ-ერთი ყველაზე კარგად ცნობილი ონლაინ დავების გადაწყვეტის სისტემა არის მინიჭებული სახელებისა და ნომრების ინტერნეტ კორპორაციის[ICANN]უნიფიცირებული დავების გადაწყვეტის პროცესი, რომელმაც შექმნა ონლაინ სისტემა დომეინ სახელებთან დაკავშირებული დავების გადაწყვეტის მიზნით. William Krause, Do You Want to Step Outside? An Overview of Online Alternative Dispute Resolution, 19 J. Marshall J. Computer & Info. L. 457, 465 (2001). პროცესი გავს არა-ვალდებულებით 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. იხილეთ Katherine Meyers, Domain Name Dispute Resolution in U.S. Courts: Should ICANN Be Given Deference?, 43 B.C. L. Rev. 1177, 1193 (2002).თუმცა, სახელებისა და ნომრების ინტერნეტ კორპორაციამ (ICANN)წარმატებით გადაწყვიტა დავების დიდი ნაწილი, და ეს ძალიან მკაცრადაც გაკრიტიკდა. იხილეთ Lodder&Zelesnikow, *ib. ზემოთ მითითებული წყარო*12, at 299 (უნდა აღინიშნოს, რომ სისრულეში მოყვანილ იქნა 6000 დავა, ხუთი წლის განმავლობაში); Zohar Efroni, The Anticybersquatting Consumer Protection Act and the Uniform Dispute Resolution Policy: New Opportunities for International Forum Shopping?, 26 Colum.J.L. & Arts 335, 351 (2003) (აღსანიშნავია ICANN წარმატებული იყო, თუ მოვახდენთ მის შეფასებას გადაწყვეტილი საქმეების რაოდენობის მიხედვით); A. Michael Fromkin, ICAAN's "Uniform Dispute Resolution Policy"--Causes and (Partial) Cures, 67 Brook.L. Rev. 605, 670-711 (2002) (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 საწესდებო სამართლის, საზოგადო სამართლის, საერთაშორისო კანონდარღვევის და სამართლიანი სარჩელების ჩათვლით) DELL-სა და მომხმარებელს, მის აგენტებს, თანამშრომლებს, ხელმძღვანელებს, უფლებამონაცვლეებს, მეგვიდრეებს, 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 დაშვებულიგამოყენებადი სამართლებრივი ნორმის მიერ, მესამე მხარეებთან ურთიერთობის გზით, რომლებიც არ არიან ამ ხელშეკრულების ხელმომწერნი), Dell-ის რეკლამირებასთან ან ნებისმიერ შესამაბის შესყიდვასთან დაკავშირებით,უნდა ექსკლუზიურად და საბოლოოდ გადაწყდეს ეროვნული საარბიტრაჟო ფორუმის(NAF) მიერ წარმოებული სავალდებულო არბიტრაჟის გზით,მოქმედი პროცედურული კოდექსის თანახმად (ხელმისაწვდომია ინტერნეტის საშუალებით შემდეგ ბმულზე: <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 უფლებამოსილნი 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 სახელმწიფოთაშორის კომერციას, და ეს უნდა მართული იყოს ფედერალური საარბიტრაჟო კანონის შესაბამისად 9 U.S.C.ნაწილი1-16 (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 იურისდიქციულ სასამართლოში საქმის აღძვრისათვის საჭირო სარეგისტრაციო შენატანის თანხას. თითოეულმა მხარემ უნდა თითონვე 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 გაწერილი ხელშეკრულება შენათანებთან დაკავშირებით, არბიტრმა შესაძლოა დააწესოს გონივრული შესატანები საქმის მომგები მხარისათვის, კანონის შესაბამისად შენატანის ცვლილების სტანდარტების ფარგლებში.

ტრადიციული მედიაციის ტექნიკების გამოყენებას ონლაინ გარემოში.¹³⁴⁷ ტრადიციული მედიაციის მსგავსად, ონლაინ მედიაცია შესაძლოა განხორციელდეს ფასილიტატიური, შემფასებლური ან ტრანსფორმაციული ტექნიკების გამოყენების საშუალებით.¹³⁴⁸ თუმცა, ტრადიციული მედიაციისაგან განსხვავებით, მედიაციის ჩატარების მიზნით გამოყენებულმა ტექნოლოგიამ შესაძლოა უზარმაზარი ზემოქმედება მოახდინოს დავეების წარმატებით გადაწყვეტაზე.¹³⁴⁹ ბევრი მიმართებით, ონლაინ მედიაციის ჩატარებისათვის საჭირო ტექნოლოგიის ხელმისაწვდომობამ, შესაძლოა, მოგვცეს განსხვავება დავეების გადაწყვეტის მცდელობასა და იმ ფაქტის გაცნობიერებას შორის, რომ პროცესი მიმდინარეობს

Dell, კორპორაცია., Dell-ის ონლაინ პოლიტიკები, <http://www.dell.com/termsandconditions> (last visited June 18, 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. იქვე.

რამოდენიმე სხვა საქმე არაპირდაპირ მოიცავდა ონლაინ დავეების გადაწყვეტას. მაგალითად, Carmel-ში v. Fleischman, No. B168437, 2005 WL 2143542, at *7 (Cal. Ct. App. Sept. 7, 2005), მხარეები, უძრავი ქონების ტრანზაქციისას, შეთანხმდნენ, რომ შეჯიბრებით სასამართლო პროცესში მოგებულ მხარეს (არბიტრაჟი იქნება ეს თუ სასამართლო საქმის წარმოება) შეუძლია დაფაროს ადვოკატის მომსახურების ჰონორარი წაგებული მხარის საშუალებით. თუმცა, ეპირობა შეთანხმებული არ იქნება, თუმხარეები პირველ რიგში "არ დაეთანხმებიან ამ ხელშეკრულების გარეთ მათ შორის წარმოქმნილი ნებისმიერი დავის ან სარჩელის შუამდგომლობას, ან ნებისმიერ საბოლოო ტრანზაქციას, არბიტრაჟისათვის ან სასამართლოსათვის მიმართვამდე." იქვე. მედიაციის მოთხოვნების დაკმაყოფილებისათვის, მხარეთაგან ერთ-ერთმა აღძრა სასამართლო პროცესი ონლაინ მედიაციის პროვაიდერთან, SquareTrade-თან დაკავშირებით. იქვე. მოიხედავად ამისა, მეორე მხარე არასოდეს არ გამოეხმაურა პროცესში მონაწილე მეორე მხარის, SquareTrade-ის მიერ გაგზავნილ ელექტრონულ ფოსტას. მხარეები არასოდეს შუამავლობდნენ ონლაინ რეჟიმში, თუმცა, მხარეები შეთანხმდნენ, რომ პერსონალურად იშუამდგომლებდნენ მოგვიანებით თარიღზე. იქვე. *8.-ზე. რადგანაც, არ წარმოიშვა მედიაციის პროცესი, წაგებულმა მხარემ თავი შეიკავა ადვოკატის მომსახურების ჰონორარის გადახდის შუამდგომლობისაგან. იქვე. რაიონულმა სასამართლომ დაადგინა ადვოკატის მომსახურების ჰონორარი იმის საფუძველზე, რომ წაგებული 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.

¹³⁴⁷ Ponte & Cavenagh, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 10, at 63; Lucille M. Ponte, Throwing Bad Money After Bad: Can Online Dispute Resolution (ODR) Really Deliver the Goods for the Unhappy Internet Shopper?, 3 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 55, 75-79 (2001) [შემდგომში Ponte, Throwing Bad Money].

¹³⁴⁸ იხ. Gibbons et al., იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 6, at 32-35 (აღწერა, თუ როგორ შეიძლება მედიაციის თითოეული ფორმა წარმართოს ონლაინ რეჟიმში); Ponte, Throwing Bad Money, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 14, at 75-78 (ფასილიტატიური მედიაციის გამოყენების აღწერა).

¹³⁴⁹ იხ. Katsh & Rifkin, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 10, at 93-116 (ტექნოლოგიის, როგორც "მეთხე მხარის" განხილვა ონლაინ მედიაციაში); Gibbons et al., იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 6, 35 -ში (აღსანიშნავია, რომ ტექნოლოგია შესაძლოა გამოყენებულ იქნას შემდეგნაირად, "დაამორო მხარეები ფსიქოლოგიურად, შეახვედრო მხარეები, დააჩქარო პროცესი, ან შეანელო პროცესი"); Katsh, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 8, at 285 ("თუმცა, "ეთხე 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.").

არაკორექტულად.¹³⁵⁰ 1995 წლამდე, ონლაინ დავების გადაწყვეტიყო ძალზედ უსარგებლო, რადგანაც სამხედრო და აკადემიური დაწესებულებები იყვნენ ინტერნეტის ძირითადი მომხმარებლები.¹³⁵¹ რამდენადაც ინტერნეტმა მოიპოვა პოპულარობა და გახდა კომერციალიზებული, დაიწყო ონლაინ დავების წარმოშობა. შედეგად, დადგა დავების ეფექტურად გადაწყვეტის ფორუმის საჭიროება.¹³⁵² პასუხად, მთავრობებმა, უნივერსიტეტებმა და კერძო ორგანიზაციებმა სტიმული მისცეს და მხარი დაუჭირეს ონლაინ დავების გადაწყვეტის განვითარებას.¹³⁵³

ონლაინ დავების გადაწყვეტა წარმოიშვა, როგორც მომხმარებლებსა და ცალკეული ქვეყნების ბიზნესებს შორის დაბალი ღირებულების და საზღვრებს გარეთა ელექტრონული კომერციის დავების გადაწყვეტის თეორიული ლიდერი.¹³⁵⁴ ელექტრონული კომერციის კონტექსტში, ონლაინ დავების გადაწყვეტა წარმოადგენს მომხმარებლებსა და ბიზნესებს შორის დავების გადაწყვეტას რეალური საშუალებების გამოყენებით, რაც მათ ერთად მიიყვანს თავდაპირველ პრიორიტეტამდე - ინტერნეტამდე. დავების გადაწყვეტის არსებული მეთოდები ცვალებადობს ფორმალური - არბიტრაჟიდან - არაფორმალურ - მედიაციამდე, მხარეთა შორის პირდაპირ მოლაპარაკებებამდე და ავტომატურ მოლაპარაკებებამდე ("ფასის ბრმად შეთავაზება", ე.წ. "blind-bidding" – Ex. Cyber Settle).¹³⁵⁵ დღეისათვის, ონლაინ დავების გადაწყვეტის ერთ-ერთი ყველაზე ძლიერი და წარმატებული მაგალითია EBay -ის მიერ შემუშავებული პროგრამა.

EBay-ის მაგალითი:

ონლაინ დავების გადაწყვეტის იდეა წარმოიშვა იმის გაცნობიერების შედეგად, რომ ონლაინ დავების რაოდენობა გაიზარდებოდა ონლაინ აქტივობების გააქტიურების

¹³⁵⁰ შეიძლება განსაკუთრებით რეალობას შეესაბამებოდეს, თუ მხარეები ცხოვრობენ ერთმანეთისაგან დიდი მანძილის დაშორებით. იხ. Goodman, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 12, 14 ("In 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.")

¹³⁵¹ 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.")

¹³⁵² იხ. იქვე at 54-57; Katsh, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 8, at 276-77 (განმარტებულია, რომ ერთხელ კომერციულმა საქმიანობებმა დაიწყეს ადგილის დაკავება ინტერნეტში, დავები გაიზარდა და ამ დავების გადაწყვეტისათვის საჭირო გახდა ეფექტური გზების ძიება).

¹³⁵³ იხ. A.B.A. Task Force, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 10, at 434-35 (აღსანიშნავია, რომ ევრო კავშირმა და ამერიკის შეერთებულმა შტატებმა გამოსცეს ოფიციალური განაცხადები, რომლებიც ავალდებულებდა მათ, გამოეყენებინათ სამართლიანი და ეფექტური ონლაინ დავების გადაწყვეტა, ასევე, გამოეყენებინათ ფედერალური სავაჭრო კომისიის ონლაინ ფორუმი, რათა მომხმარებლებს შეძლებოდათ ელექტრონული კომერციის ტრანზაქციებთან დაკავშირებული საჩივრების შეტანა); Katsh & Rifkin, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 10, at 58-61; Katsh, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 8, at 277 ("[T]he ინტერნეტი წარმოადგენდა პრობლემის ნაწილს, სადაც ხდებოდა დავების წარმოშობა, მაგრამ ის ასევე წარმოადგენდა გადაწყვეტის ნაწილსაც, იმ მოცულობით, რამდენადაც ეს შეიძლებოდა ონლაინ რეჟიმში დავებზე გამოხმაურება.")

¹³⁵⁴ Mohamed Wahab, Globalisation and ODR: Dynamics of Change in E-Commerce Dispute Settlement, 12 INT'L J. L. & INFO. TECH. 123, 152 (2004).

¹³⁵⁵ Melissa Conley Tyler & Di Bretherton, Online Alternative Dispute Resolution, 7 Vindobona J. Int'l Com. L. Arb. 199, 203 (2003).

პარალელურად.¹³⁵⁶ შესაბამისად, რაც უფრო მეტ ტრანზაქციას და ინტერაქტიუობას აქვს ადგილი ონლაინ რეჟიმში, მით მეტ დავას ექნება ადგილი.¹³⁵⁷ ამასთან ერთად, გასაგები იყო, რომ ინტერნეტს, სანამ ის ინფორმაციის წყაროს წარმოადგენდა, შეეძლო ინფორმაციაზე დამოკიდებული საქმიანობების მხარდაჭერა, როგორცაა დავების გადაწყვეტა.¹³⁵⁸ სხვა სიტყვებით, ინტერნეტი წარმოადგენდა იმ პრობლემის ნაწილს, რომელშიც ხდებოდა დავების წარმოქმნა, მაგრამ ასევე ის წარმოადგენდა გადაწყვეტის ნაწილსაც, დავების დაკმაყოფილებისთვის აუცილებელი რესურსების მოპოვების თვალსაზრისით.¹³⁵⁹

EBay წარმოადგენს ონლაინ აუქციონის ვებ გვერდს 125 მილიონზე მეტი რეგისტრირებული მომხმარებლით, სადაც ყოველდღიურად გასაყიდად წარმოდგენილია 24 მილიონზე მეტი ნივთი.¹³⁶⁰ EBay გამყიდველებს აძლევს შესაძლებლობას პროდუქტი მიიყიდვი მყიდველს, მსოფლიოს ნებისმიერი წერტილიდან.¹³⁶¹ EBay თავისთავად არ წარმოადგენს რაიმე გარიგების მხარეს და, ზოგადად, არ იღებს რაიმე პასუხისმგებლობას საქონლის მყიდველებსა და გამყიდველებს შორის წარმოქმნილ პრობლემებზე.¹³⁶² 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,¹³⁶³ განეხორციელებინა საპილოტო პროექტი, რომელიც შეაფასებდა დავების გადაწყვეტის პროცესის სიცოცხლიუნარიანობას 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 ორ კვირიანი პერიოდის განმავლობაში.¹³⁶⁴

მასაჩუსეტსის უნივერსიტეტის საპილოტო პროექტის დასრულებიდან რამდენიმე თვის შემდეგ, EBay-მ შეარჩია SquareTrade.com, როგორც მისი დავების გადაწყვეტის პროვაიდერი.¹³⁶⁵ SquareTrade-ის მიდგომა ონლაინ დავების გადაწყვეტის მიმართ განსხვავდებოდა მასაჩუსეტსის უნივერსიტეტის მიდგომისაგან ორი მიმართებით, რომელთაგან თითოეული წარმოადგენდა მნიშვნელოვან უპირატესობას ონლაინ დავების გადაწყვეტაში.¹³⁶⁶ პირველი, ადამიანური რესურსის, როგორც მედიატორის წარმოდგენამდე, SquareTrade-მა ჩართო ტექნოლოგიური მხარდაჭერა მოლაპარაკების პროცესში. მხარეებს შეეძლოთ მიემართათ მცდელობისთვის, თავად გადაეწყვიტათ დავები, მედიატორის მოთხოვნამდე.¹³⁶⁷ მეორე,

¹³⁵⁶49 NYLSLR 271; New York Law School Law Review: BRINGING ONLINE DISPUTE RESOLUTION TO VIRTUAL WORLDS: CREATING PROCESSES THROUGH CODE. (2004-2005).

¹³⁵⁷ იხ. იქვე

¹³⁵⁸ იხ. იქვე

¹³⁵⁹ იხ. იქვე

¹³⁶⁰ იხ. იქვე

¹³⁶¹ იხ. იქვე

¹³⁶²49 NYLSLR 271; New York Law School Law Review: BRINGING ONLINE DISPUTE RESOLUTION TO VIRTUAL WORLDS: CREATING PROCESSES THROUGH CODE. (2004-2005).

¹³⁶³ ინფორმაციული ტექნოლოგიებისა და დავების გადაწყვეტის ცენტრი, იხ. შემდეგ ბმულზე: <http://www.umass.edu/dispute> (ბოლო ვიზიტი Aug. 29, 2004).

¹³⁶⁴Ethan Katsh et al., E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of eBay Law, 15 Ohio St. J. on Disp. Resol. 705, 710 (2000).

¹³⁶⁵49 NYLSLR 271; New York Law School Law Review: BRINGING ONLINE DISPUTE RESOLUTION TO VIRTUAL WORLDS: CREATING PROCESSES THROUGH CODE. (2004-2005).

¹³⁶⁶ იხ. იქვე

¹³⁶⁷ იხ. იქვე

SquareTrade-ი მოდავე მხარეებთან სამუშაოდ და მათთან საკომუნიკაციო საშუალებადუფრო მეტად იყენებდავებ-ს, ვიდრე ელექტრონული ფოსტას.¹³⁶⁸

გზა, რომლითაც SquareTrade იყენებს ვებ-ს, აჩვენებს, თუ კომუნიკაციაში წარმოქმნილ რამდენად მცირე ცვლილებებს შეუძლიათ რამდენად დიდი შედეგის მოტანა.¹³⁶⁹ იმ პირთა უმრავლესობას, რომლებიც მიმართავენ SquareTrade-ს, უკვე ნაცადი აქვთ საკუთარი ძალებით საკითხის ელექტრონული ფოსტის საშუალებით მოგვარება და დგანან გამოუვალი მდგომარეობის წინაშე.¹³⁷⁰ ჩანს, რომ მხარეებს არა მხოლოდ ურჩევნიათ მოლაპარაკებების ვებ-ის საშუალებით წარმოება, ელექტრონული ფოსტის გამოყენებასთან საშუალებით, არამედ ამ ტიპის მოლაპარაკებებიუფრო, ხშირ შემთხვევაში, წარმატებულია.¹³⁷¹ SquareTrade-ის მიერ შემუშავებული ვებ გვერდი უზრუნველყოფს თამასუქის ეგზემპლარის კომპლექტის უფრო სტრუქტურირებულ ნაკრების გაცვლას მხარეთა შორის, ვიდრე ამას შეიძლება ადგილი ჰქონდეს ელექტრონული ფოსტის გამოყენებისას. SquareTrade-ს დადგენილი აქვს, რომ თითქმის ყველა EBay-ს დავა დაახლოებით ათ კატეგორიად შეიძლება დავყოთ.¹³⁷² ეს იძლევა იმ ფორმების შექმნის საშუალებას, რომელსაც ავსებენ მხარეები და ეს ფორმები ნათელყოფს და ხაზს უსვამს ორივე საკითხს: რა ყოფს მხარეებს და რომელი გადაწყვეტებია ყველაზე სასურველი მათთვის.¹³⁷³ სანამ მხარეებს უჩნდებათ თავიანთი წუხილების 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 გაღიზიანება და მტრობა ორ მხარეს შორის.¹³⁷⁴

თავისი განსაზღვრებით, მოლაპარაკება წარმოადგენს ორ მოდავე მხარეთა შორის ურთიერთობას, მესამე მხარის დასწრების გარეშე. SquareTrade-ის გზით ვებ-ის გამოყენება ახალ ელემენტს ჰმატებს ტრადიციულ მოლაპარაკებას, როგორცაა მაგალითად "ვირტუალური დასწრება".¹³⁷⁵ ვებ გვერდი, განსაკუთრებით კი გამოყენებული ფორმები, ქმნის წარსულ და მომავალ კომუნიკაციას და ასევე ქმნის გარკვეულ ღირებულებას, რომელიც შესაძლოა სხვაგვარად უზრუნველყოფილი იქნას მედიატორის მიერ.¹³⁷⁶ არ არსებობს რაიმე ალგორითმები მუშაობის პროცესში, რომელიცაკეთებს გამოხმაურებების ანალიზს და, ამგვარად, ეს არის პირველი ნაბიჯი უფრორაფინირებული ონლაინ მოლაპარაკებების პროცესისაკენ.¹³⁷⁷ 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 გადაწყვეტის პროტოკოლმა უნდა მოუტანოს სარგებელი ნეიტრალურ მესამე მხარეს (მედიატორს).¹³⁷⁸

¹³⁶⁸ იხ. იქვე

¹³⁶⁹ იხ. იქვე

¹³⁷⁰ იხ. იქვე

¹³⁷¹ იხ. იქვე

¹³⁷² 49 NYLSLR 271; New York Law School Law Review: BRINGING ONLINE DISPUTE RESOLUTION TO VIRTUAL WORLDS: CREATING PROCESSES THROUGH CODE. (2004-2005).

¹³⁷³ იხ. იქვე

¹³⁷⁴ იხ. იქვე

¹³⁷⁵ იხ. იქვე

¹³⁷⁶ იხ. იქვე

¹³⁷⁷ იხ. იქვე

¹³⁷⁸ 49 NYLSLR 271; New York Law School Law Review: BRINGING ONLINE DISPUTE RESOLUTION TO VIRTUAL WORLDS: CREATING PROCESSES THROUGH CODE. (2004-2005).

როდესაც ვებ-ით წარმოებული მოლაპარაკებები განიცდის წარუმატებლობას, SquareTrade უზრუნველყოფს ადამიანურ რესურსს, მედიატორის სახით, მომსახურებისათვის ოც დოლარიანი გასამრჯელოთი.¹³⁷⁹ ვებ-ის ინტერფეისი ისევე 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.¹³⁸⁰ EBay-ის მოდელი იძლევა დავების ეფექტურად გადაწყვეტის საშუალებას, რომელიც, თავისი განსაზღვრებით, იძლევა მომხმარებლისათვის უფლებამოსილებების მინიჭების შესაძლებლობას.¹³⁸¹

ელექტრონული კომერცია

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.¹³⁸² ელექტრონული კომერცია მოიცავს ტექნოლოგიებს, როგორებიცაა მობილური 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.¹³⁸³ 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.¹³⁸⁴ ელექტრონული კომერცია ძირითადად განიხილება, როგორც ელექტრონული ბიზნესის გაყიდვის ასპექტი.¹³⁸⁵ 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" ვებ გვერდებზე, ონლაინ კატალოგებით, რომელიც ზოგჯერ თავს იყრის "ვირტუალურ საფოსტო ყუთში"; 2) დემოგრაფიულ მონაცემთა შეკრება და გამოყენება ვებ-ის კონტაქტების და სოციალური მედიის, ელექტრონულ მონაცემთა ურთიერთ-გაცვლის (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).¹³⁸⁶ ამ საინფორმაციო ფურცლის ნაწილი ფოკუსირებული იქნება "ბიზნესი მომხმარებლისათვის" (B2C) კონცეფციაზე.

ელექტრონულ კომერციასთან დაკავშირებული პრობლემების გადაჭრისას, არსებობს გარკვეული სახელმწიფოებრივი პოლიტიკის საკითხები, რომელზე ფოკუსირებაც აუცილებელია

¹³⁷⁹ იხ. იქვე

¹³⁸⁰ იხ. იქვე

¹³⁸¹ იხ. იქვე

¹³⁸² http://en.wikipedia.org/wiki/Electronic_commerce.

¹³⁸³ იხ. იქვე

¹³⁸⁴ იხ. იქვე

¹³⁸⁵ იხ. იქვე

¹³⁸⁶ იხ. იქვე

ნებისმიერი მთავრობის მიერ რეგულაციების მომზადების პროცესში, დავების გადაწყვეტის მიზნით.¹³⁸⁷ 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.¹³⁸⁸ წარმოდგენილი პოლიტიკის საკითხების რეგულირების მიზნით გასატარებელი ნებისმიერი ღონისძიება უნდა ჯდებოდეს ქვეყნის სამართლებრივ ჩარჩოებში, რომელიც არეგურებს ელექტრონულ კომერციას.¹³⁸⁹ 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.¹³⁹⁰ 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.¹³⁹¹

ელექტრონული კომერციის 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.¹³⁹²

“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)"¹³⁹³ შემთხვევებში. ჯერჯერობით, ონლაინ დავების გადაწყვეტის კარგად კონტროლირებადი სისტემის შექმნა და შენარჩუნება, ისევ აღიარებულია ყველა დასავლური ქვეყნების მიერ, როგორც ყველაზე გადამწყვეტი ნაბიჯი ელექტრონულ ბაზარზე მომხმარებელთა ნდობის გაზრდისა და, ამგვარად, ელექტრონული კომერციის საყოველთაო

¹³⁸⁷ [https://blu172.mail.live.com/default.aspx?id=64855\(2013\)](https://blu172.mail.live.com/default.aspx?id=64855(2013)).

¹³⁸⁸ იხ. იქვე

¹³⁸⁹ იხ. იქვე

¹³⁹⁰ იხ. იქვე

¹³⁹¹ იხ. იქვე

¹³⁹² 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].

¹³⁹³ 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> (ბოლო ვიზიტი Oct. 14, 2008) [შემდგომში OECD Background Report].

დონის გაზრდაში. მრავალი მცდელობა იქნა მიმართული ნებაყოფლობითი ან "კვაზი-საკანონმდებლო" პრინციპების გაუმჯობესებისაკენ.¹³⁹⁴

საერთაშორისო დონეზე, ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაციამ (OECD) /ელექტრონული კომერციის სახელმძღვანელო/, ასევე, საერთაშორისო სტანდარტების ორგანიზაციამ (ISO) წარმოადგინა შემდეგი რეკომენდაცია: "ონლაინ დავების გადაწყვეტის მექანიზმებმაუნდა უზრუნველყონ დავების სამართლიანი, დროული და ეფექტური გადაწყვეტა, მომხმარებელზე ყოველგვარი ნამეტი ან ზედნადები ხარჯებისდაკისრების გარეშე."¹³⁹⁵ ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაცია წარმოადგენს საერთაშორისო ჯგუფს, რომლის წევრები არიან ოცდაათი დემოკრატიული ქვეყანა, უმეტესი ევროკავშირის წევრი ქვეყნებისა და ამერიკის შეერთებული შტატების ჩათვლით.¹³⁹⁶

ევროკომისიამ რეგიონალურ დონეზე გამოსცა ორი ანგარიში, რომელთაგანაც ერთი ეხება საზღვრებს გარეთ მომხმარებელთა დავებში არბიტრაჟის გამოყენებას¹³⁹⁷, ხოლო მეორე განიხილავს მხარეთა ურთიერთშეთანხმების საფუძველზე დავების გადაწყვეტის ხელშეწყობას¹³⁹⁸ (მაგალითად, მედიაციას ავტომატური მოლაპარაკებების გზით, და ა.შ.).¹³⁹⁹ ანგარიში, რომელიც არეგულირებს არბიტრაჟის გამოყენებას, მოიცავს შვიდ პრინციპს: "დამოუკიდებლობა; გამჭვირვალობა; შეჯიბრებითი სასამართლო საქმის წარმოება; ეფექტიანობა; თავისუფლება და წარმომადგენლობა."¹⁴⁰⁰ მეორე ანგარიში, რომელიც არეგულირებს სასამართლოს გარეთ საქმის წარმოებას მხარეთა შორის ურთიერთშეთანხმების ხელშეწყობის მიზნით, "მოიცავს ოთხ პრინციპს: მიუკერძოებლობა; გამჭვირვალობა; ეფექტიანობა; და პროცედურის სამართლიანობა."¹⁴⁰¹

შვიდი წლის წინ, ამერიკის შეერთებული შტატების ფედერალურმა სავაჭრო კომისიამ (FTC) გამოსცა რეკომენდაციები და ყურადღება გაამახვილას ხვადასხვა დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის მექანიზმების პროცესუალური გარანტიების საჭიროებებზე, ონლაინ დავების გადაწყვეტის (ODR) ჩათვლით.¹⁴⁰² ფედერალური სავაჭრო კომისიის ანგარიში, მიუხედავად იმისა, რომ არ არის ვალდებულებებით დატვირთული და განხორციელებული ამერიკის შეერთებული

¹³⁹⁴ იქვე

¹³⁹⁵ იხ. იქვე

¹³⁹⁶ OECD Recommendation on Consumer Dispute Resolution and Redress, 2 (2007), <http://www.oecd.org/dataoecd/43/50/38960101.pdf> (ბოლო ვიზიტი Oct. 13, 2008). <http://www.oecd.org/dataoecd/43/50/38960101.pdf> (ბოლო ვიზიტი 13, 2008).

¹³⁹⁷ Commission Recommendation of 30 March 1998 (EC) on the Principles Applicable to the Bodies Responsible for Out-of-Court Settlement of Consumer Disputes 1998 O.J. (L 115) 32, ხელმისაწვდომია შემდეგ ბმულზე: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:115:0031:0034:EN:PDF> (ბოლო ვიზიტი Oct. 10, 2008).

¹³⁹⁸ Commission Recommendation of 4 April 2001 (EC) on the Principles for Out-of-Court Bodies Involved in the Consensual Resolution of Consumer Disputes, ხელმისაწვდომია შემდეგ ბმულზე: http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/adr/acce_just12_en.pdf (ბოლო ვიზიტი Oct. 10, 2008) [შემდგომში EC Recommendation Principles].

¹³⁹⁹ იხ. Melissa Conley Tyler & Di Bretherton, Seventy-Six and Counting: An Analysis of ODR Sites 6-7 (2003), ხელმისაწვდომია შემდეგ ბმულზე: <http://www.odr.info/unece2003/pdf/Tyler.pdf> (last visited Oct. 10, 2008) (ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირში სხვადასხვა ონლაინ დავების გადაწყვეტის ვებ-გვერდების მიერ გამოყენებული დავების გადაწყვეტის სხვადასხვა მეთოდების ნომენკლატურა).

¹⁴⁰⁰ OECD Background Report, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13, at 16.

¹⁴⁰¹ იქვე

¹⁴⁰² Federal Trade Commission, Consumer Protection in the Global Electronic Marketplace, ხელმისაწვდომია შემდეგ ბმულზე: <http://www.ftc.gov/bcp/icpw/lookingahead/lookingahead.shtm> (last visited Oct. 16, 2008) [hereinafter FTC Report].

შტატების ფედერალური მთავრობის მიერ, გვთავაზობსონლაინ დავების გადაწყვეტის სისტემაში პროცესუალური გარანტიების უპირატესი მნიშვნელობის საყოველთაო აღიარებას აშშ-ს მიერ.¹⁴⁰³

ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაციასთან და სხვა საერთაშორისო ორგანიზაციებთან ერთად, ევროკავშირს ელექტრონულ კომერციასა და საზღვრებს გარეთა დავებში გააჩნია დავების გადაწყვეტის ალტერნატიული პროგრამების ხელშემწყობი ძლიერი პოლიტიკა.¹⁴⁰⁴ 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).¹⁴⁰⁵ EEJ-Net-მამოსთხოვა მონაწილე წევრ ქვეყნებს, უზრუნველყოთ ცენტრალიზებული "საკლირინგო პალატა", სადაც მომხმარებლები შეძლებდნენ დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის პროცესებთან დაკავშირებით ინფორმაციისა და მხარდაჭერის მიღებას.¹⁴⁰⁶ 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 ევროპელი მომხმარებლების უზრუნველყოფა მომსახურებების სრული სპექტრით, ინფორმაციული საშუალებებისა და დავების გადაწყვეტის ჩათვლით.¹⁴⁰⁷ იმისათვის, რომ იყო "ევროპის მომხმარებელთა ცენტრების ქსელის" ნაწილი, ევროკავშირის წევრმა სახელმწიფოებმა უნდა მიიღონ პროცესუალური გარანტიები, რომელიც გამოკვეთილად აღნიშნული ორ ზემოთხსენებულ ევრო კომისიის რეკომენდაციაში დავების გადაწყვეტის თაობაზე.¹⁴⁰⁸

ამერიკის შეერთებულმა შტატებმა არ მიიღო მსგავსი კამპანია, მიუხედავად ფედერალური სავაჭრო კომისიის რეკომენდაციისა, "ხელი შეეწყოს ინიციატივისათვის, მომხმარებლების უკეთ ინფორმირების მიზნით".¹⁴⁰⁹ ამერიკის ადვოკატთა ასოციაცია (ABA), სავარაუდოდ, 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 გადაწყვეტის მომსახურების პროვაიდერების მიერ მომზადებული რეკომენდირებული მოწინავე პრაქტიკები", რომელშიც ასოციაცია შეეხო მომხმარებელთათვის და ბიზნესებისათვის მრავალი ინფორმაციული სტრუქტურების ნაკლებობას, რითაც მეტად დასაბუთდა ელექტრონული კომერციისა და ონლაინ დავების გადაწყვეტის - როგორც ერთ-ერთი "ყველაზე დიდი პრობლემის" ელექტრონული კომერციის დავების გადაწყვეტაში - ალტერნატივების საჭიროება.¹⁴¹⁰

ონლაინ დავების გადაწყვეტის სისტემის სარგებლები და ნაკლოვანებები განხილულ იქნა აკადემიური ჟურნალის სტატიებში, ასევე, საერთაშორისო ორგანიზაციების ანგარიშებში, როგორცაა, მაგალითად, ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაცია

¹⁴⁰³ ib. Cynthia A. Savage, Culture and Mediation: A Red Herring, 5 Am. U. J. Gender & L. 269, 291 (1996).

¹⁴⁰⁴ OECD Background Report, ib. ზემოთ მითითებული წყარო 13, at 19-20.

¹⁴⁰⁵ იქვე

¹⁴⁰⁶ იქვე 20.

¹⁴⁰⁷ ib. იქვე

¹⁴⁰⁸ ib. იქვე 16.

¹⁴⁰⁹ FTC Report, ib. ზემოთ მითითებული წყარო 25.

¹⁴¹⁰ ABA Task Force, ib. ზემოთ მითითებული წყარო 4, at 26-27.

(OECD), და სხვადასხვა მომხმარებელთა დაცვის ჯგუფების კვლევებში, რომელთაგანაც მხოლოდ მცირეოდენის დასახელება შეგვიძლია. ონლაინ დავების გადაწყვეტის უპირატესობები მოიცავს ხარჯების შემცირებას და ხელსაყრელ პირობებს, უკეთეს კომუნიკაციასა და კომპლექსური საკანონმდებლო საკითხების თავიდან აცილებას.¹⁴¹¹ უპირატესობათაგან, ხარჯების შემცირება და ხელსაყრელი პირობები ყველაზე მეტად ნათელია.¹⁴¹² ხარჯების დაზოგვის სარგებელი წარმოიშობა ისეთი ფაქტორების საჭიროების ნაკლებობიდან, როგორცაა ოთახის ქირაობა, მოგზაურობა, გადასახადი დამგეგმავი კოორდინატორისათვის ან ნებისმიერი სხვა ადმინისტრაციული გადასახადის გადახდა "პირისპირ" მედიაციისათვის ან სხვადავების ალტერნატიული გადაწყვეტის (ADR) მომსახურებისათვის.¹⁴¹³ მხარეებს, რომელთაც გააჩნიათ კომპიუტერები, თავიანთი სახლის დატოვებაც კი არ ესაჭიროებათ, ხოლო თუ არ გააჩნიათ კომპიუტერი, მაშინ შესაძლებელია კომპიუტერთან წვდომის მიღწევამცირე გადაადგილების შემდეგ.¹⁴¹⁴ ასევე, ონლაინ დავების გადაწყვეტა პოტენციურად უზრუნველყოფს უკეთეს კომუნიკაციას.¹⁴¹⁵ ის უზრუნველყოფს მხარეებს თავიანთი კომუნიკაციის რედაქტირების შესაძლებლობით "პირისპირ" მედიაციაში იმპულსური გამოხმაურების საპირისპიროდ.¹⁴¹⁶ საბოლოო ჯამში, არ არის საჭირო ვიდარდოთ იმის თაობაზე, თუ რომელ სასამართლოს ექნება დავების წარმოების კომპეტენცია.¹⁴¹⁷ მოდავე მხარეები საკუთარ თავზე იღებენ ვალდებულებებს შეთანხმების ფარგლებში, შესაბამისად სამართლებრივი საკითხები თავიდან შეიძლება იქნას აცილებული.¹⁴¹⁸ საპირისპიროდ, ონლაინ დავების გადაწყვეტას ასევე გააჩნია რიგი არგუმენტირებული ნაკლოვანებები.¹⁴¹⁹ ონლაინ დავების გადაწყვეტა საუკეთესოდ ერგება დავების ლიმიტირებულ დიაპაზონს.¹⁴²⁰ ეს საკითხები შეზღუდულია ფულად კომპენსაციასთან ან საქონლის ჩანაცვლებასთან დაკავშირებულ საკითხების შემთხვევაში.¹⁴²¹ ამასთან, მხარეებს არასოდეს არ გააჩნიათ მედიატორთან პირადი კავშირის დამყარების საშუალება, და შესაბამისად არ უყალიბდებათ ნდობა მედიატორის მიმართ.¹⁴²² ზოგიერთ სწავლულს ასევე სწამს, რომ თუ ეს მომსახურებები არ იქნება უფასო, ამგვარი მომსახურებები მიმზიდველი არ იქნება დაკავშირებული ხარჯების გამო.¹⁴²³ ამასთან ერთად, შესაძლოა უფრო რთული აღმოჩნდეს მონაწილეთა კონფიდენციალური ინფორმაციის დაცვის უზრუნველყოფა.¹⁴²⁴

¹⁴¹¹ 5 APPALJL 275, Appalachian Journal of Law: FUSSES THAT FIT ONLINE: ONLINE MEDIATION IN NON-COMMERCIAL CONTEXTS, Spring 2006 (292).

¹⁴¹² იხ. იქვე

¹⁴¹³ იხ. იქვე

¹⁴¹⁴ იხ. იქვე

¹⁴¹⁵ იხ. იქვე

¹⁴¹⁶ 5 APPALJL 275, Appalachian Journal of Law: FUSSES THAT FIT ONLINE: ONLINE MEDIATION IN NON-COMMERCIAL CONTEXTS, Spring 2006 (292).

¹⁴¹⁷ იქვე

¹⁴¹⁸ იქვე

¹⁴¹⁹ 27 JMARJL 81, John Marshall Journal of Computer & Information Law: VIRTUAL VENUES: IMPROVING ONLINE DISPUTE RESOLUTION AS AN ALTERNATIVE TO COST INTENSIVE, Fall 2009 (82).

¹⁴²⁰ იქვე

¹⁴²¹ იხ. იქვე

¹⁴²² იხ. იქვე.

¹⁴²³ იხ. იქვე.

¹⁴²⁴ იხ. იქვე.

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 - შემცირებული, იმავდროულად, იყოს იმდენად უნივერსალური, რომ ორივე - ამერიკის შეერთებული შტატები და ევროკავშირი შეთანხმდნენ მის საიმედოობაზე და გამოყენებაზე?¹⁴²⁵

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, ღირებულების მიერ სამართლებრივ სისტემასთან ხელმისაწვდომობის გაზრდის უნარის გამო.¹⁴²⁶ ონლაინ დავების გადაწყვეტის სარგებლები უფრო ადვილად და გასაგებად განმარტებულია ონლაინ დავების გადაწყვეტის შედარებისას ტრადიციულ სასამართლო საქმის წარმოებასთან. ონლაინ დავების გადაწყვეტა უზულებელყოფს 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.¹⁴²⁷ ამერიკის შეერთებულ შტატებში, პერსონალური სამართლებრივი საკითხებისთვის დამახასიათებელი ორაზროვნება, როგორცაა "მინიმალური კონტაქტი" და "გამიზნული სარგებელი", აღმოფხვრილია ონლაინ დავების გადაწყვეტის საშუალებით.¹⁴²⁸ ამის მსგავსად, ევროკავშირის შემოღობვა ბიზნესებსა და მომხმარებლებს შორის კონტრაქტული მოლაპარაკებების გამჭვირვალობასა და სამართლიანობასთან დაკავშირებით ასევე ვრცელდება დავების გადაწყვეტის პროცესზე.¹⁴²⁹

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 სტრესის საერთო დონეს,

¹⁴²⁵ იხ. იქვე, 31.

¹⁴²⁶ იხ. მაგალითად, Llewellyn Joseph Gibbons, *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.* 1, 4-5 (2002); Alboukrek, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 3, at 425.

¹⁴²⁷ Gibbons, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 3, at 4.

¹⁴²⁸ იხ. მაგალითად, *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S. 186, 216 (1977); *Int'l Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, 320 (1945).

¹⁴²⁹ იხ. Lucille M. Ponte, *Boosting Consumer Confidence in E-Business: Recommendations for Establishing Fair and Effective Dispute Resolution Programs for B2C Online Transactions*, 12 *Alb. L.J. Sci. & Tech.* 441, 456 (მომხმარებლის დაცვის საკითხებში ამერიკის შეერთებული შტატებისა და ევროკავშირის მიდგომების განსხვავებების განხილვა).

რაც ასე ნიშანდობლივია კონფლიქტის გადაწყვეტაში. თუმცა, დავების გადაწყვეტის მეთოდების ფართო სპექტრის ფარგლებში, არ არის ადვილი იმის ზუსტად განსაზღვრა, თუ რომელ მეთოდს გააჩნია "პირისპირ" კომუნიკაციის ნაკლებობით გამოწვეული ნაკლოვანებებისაქცენტუალიზაციის ან შემცირების ტენდენცია. ნებისმიერ შემთხვევაში, ონლაინ დავების გადაწყვეტის სამი სარგებელი- ეფექტურობა, რენტაბელობა და საკანონმდებლო სისტემასთან გაზრდილი ხელმისაწვდომობა - და ორი ხელის შემშლელი ფაქტორი - კომპრომენტირებული პროცედურული და არსებითი სავალდებულო სამართლებრივი პროცედურები და შემცირებული საკომუნიკაციო სიგნალები- ხელს შეუწყობს ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირს შორისრაციონალური შეთანხმებას სპეციფიურდეტალებთან დაკავშირებით. თუმცა, ონლაინ დავების გადაწყვეტის სარგებლები და ნაკლოვანებები თავისთავად სუსტია განსხვავებული წესების, პრაქტიკების და ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირს შორის მომხმარებელთა დაცვის ზოგადი თეორიის საფუძვლიანი განხილვებისა და ანალიზის მნიშვნელოვანებასთან შედარებით.

ონლაინ დავების გადაწყვეტა ასევე უზრუნველყოფს დროის დაზოგვის რიგ პროცედურულ სარგებლებს; მას ასევე გააჩნია სამართლებრივ სისტემასთან გაზრდილი ხელმისაწვდომობის გაცხადებული უპირატესობა, ხარჯების მკვეთრად შემცირების გზით. ონლაინ დავების გადაწყვეტის მომსახურების ხარჯი, რომელიც დაკავშირებულია მედიაციის საშუალებით ურთიერთშეთანხმების მიღწევის მიზნით აბრიტრაჟისათვის დავის გადაცემასთან ან მხარეთათვის ფორუმის უზრუნველყოფასთან, წამოადგენს ნამდვილად უმნიშვნელო წვრილმანს, ძვირადღირებულ სასამართლო საქმის წარმოებასთან შედარებით, განსაკუთრებით საერთაშორისო ფორუმში.¹⁴³⁰ თუმცა, ზემოთხსენებულიარ ნიშნავს იმას, რომ ონლაინ დავების გადაწყვეტას არ ახასიათებს პრობლემები, რომელიც მოიცავს შესაბამისსამართლებრივ 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, ურთიერთობენ რა მრავალ საქმესთან დაკავშირებით ნებისმიერ მოცემულ დროს.¹⁴³¹ ეს ზრდის დისბალანსს, სადაც ბიზნესები აკეთებენ უფრო საფუძვლიან არჩევანს, ვიდრე მომხმარებლები. ამ მიზეზით, უმჯობესი იქნებოდა, თუ გარეშე ორგანოები დააწესებდნენ სტანდარტებს, რომელიც უზრუნველყოფდა პროცედურულ სამართლიანობას "ბიზნესი მომხმარებლისათვის"(B2C) პროცესებში.¹⁴³² უნდა აღიარებულ იქნას შესაბამისი სამართლებრივი პროცედურის უფლებები, მაგრამ ეს არ არის საკმარისი, მომხმარებლებს ესაჭიროებათ იმის შეგრძნება, რომ მათი უფლებებიც აღიარებული და დაფასებულია.¹⁴³³ აქედან გამომდინარე, შესაბამისი სამართლებრივი პროცედურების მოთხოვნები და ურთიერთბალანსი უზენაესია მაშინ, როდესაც არსებობს ძალათა

¹⁴³⁰Gibbons, *ib. ზემოთ მითითებული წყარო 37, at 4-5.*

¹⁴³¹Rule (2002) იგივე წყაროდან 237. დავების გადაწყვეტის პროცესებში აღქმის მნიშვნელობის შესახებ, იხილეთ R. Fisher, W. Ury, and B. Patton *Getting to YES: Negotiating Agreement Without Giving In.* (2nd ed) (London, Random House Business Books, 1999) 22-30. ჩამოტვირთულია შემდეგი ბმულიდან: ijlit.oxfordjournals.org ლეიჩესტერის უნივერსიტეტში, ოქტომბერში 13, 2010.

¹⁴³²*ib. იქვე*

¹⁴³³*ib. იქვე*

დისბალანსი მოდავე მხარეებს შორის.¹⁴³⁴ ამ მიმართებით, მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული მთავარი პროცედურული საკითხები: მიუკერძოებლობის საჭიროება, მესამე ნეიტრალური მხარის შერჩევა, წარმომადგენლობა ინკვიზიტორ პროცედურებში და ონლაინ დავების გადაწყვეტის პროვაიდერების ზედამხედველობა.¹⁴³⁵ სასამართლო მორიგების ან თვით-ზეგავლენის მექანიზმები ასევე აუცილებელია ონლაინ დავების გადაწყვეტის მომსახურების წარმატებისათვის.¹⁴³⁶

ონლაინ დავების გადაწყვეტის ყველაზე თანმიმდევრული და დამარწმუნებელი კრიტიკა შესაბამისად წარმოიშობა შესაბამისი სამართლებრივი პროცედურებიდან. ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირში, შესაბამისი სამართლებრივი პროცედურების არგუმენტები აშკარად ძალზედ მნიშვნელოვანია ტრადიციული სამართლებრივი სისტემის ნებისმიერი შეთავაზებული მოდიფიკაციებისა ან ალტერნატივების ღირებულებებისა და ნაკლოვანებების შეფასებისას. მოსაზრებები "შესაბამის სამართლებრივ პროცედურებთან" დაკავშირებით, მხარეთა კონფონტაციისა და მოწმეების, ასევე, ნაფიც მსაჯულთა მიერ გასამართლების უფლების და მტკიცებულების წარმოდგენის შესაძლებლობის ჩათვლით, ყველა ეს წარმოდგენს ამერიკის შეერთებული შტატების სამართლებრივი სისტემის მახასიათებლებს, რომელიც შესაძლოა შეილახოს ონლაინ დავების გადაწყვეტის სისტემის მიერ, რომელიც ხშირ შემთხვევაში იყენებს ცალკეულ გადაწყვეტილების მიმღებებს და უარყოფს დახმარებისათვის მიმართვას ან სამართლებრივ ზედამხედველობას, გარდა გამონაკლისი შემთხვევებისა.¹⁴³⁷ შესაძლოა მიმზიდველი იყოს ამ ტიპისგამოწვევების ჩამოწერა, 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 გადაწყვეტის ძიების ძირითადი არსი, რომელსაც, შესაძლოა, ორივე დაეთანხმოს. ევროკავშირში სავალდებულო საარბიტრაჟო დებულების შემცველი კონტრაქტების ავტომატური ანულირების პრაქტიკის პირობებში, არსებობს ონლაინ დავების გადაწყვეტის სისტემის შექმნის საჭიროება, რომელიც არის როგორც კლიენტებისადმი კეთილგანწყობილი, ისე შესაძლებლობის ფარგლებში უზრუნველყოფს ტრადიციული სასამართლო სისტემის პროცესუალურ გარანტიებს. ფაქტიურად, ევრო კომისიამ ნათელი გახადა, რომ ის არ დაუჭერს მხარსდავების ალტერნატიული გადაწყვეტის სისტემას, რომელიც მოითხოვს, რომ ყველა დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის საშუალებები იყოს გამოყენებული, საქმის სასამართლოსთვის გადაცემამდე.¹⁴³⁸ გარდა სავალდებულო დავების გადაწყვეტის საკითხებისა და არსებითი სამართლიანობისა ონლაინ დავების გადაწყვეტის პროგრამებში, ონლაინ დავების გადაწყვეტის სხვა შორსმჭვრეტელი და დამაჯერებელი კრიტიკა უკავშირდება ადამიანური ხასიათისა და პოტენციური უთანხმოების ფუნდამენტალურ საკითხებს.¹⁴³⁹

¹⁴³⁴ იხ. იქვე

¹⁴³⁵ იქვე

¹⁴³⁶ იხ. იქვე

¹⁴³⁷ Mary Shannon Martin, Keep it Online: The Hague Convention and the Need for Online Alternative Dispute Resolution in International Business-to-Consumer E-Commerce, 20 B.U. Int'l L.J. 125, 157 (2002).

¹⁴³⁸ Elizabeth G. Thornburg, Going Private: Technology, Due Process, and Internet Dispute Resolution, 34 U.C. Davis L. Rev. 151, 153 (2000).

¹⁴³⁹ Tyler & Bretherton, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 6, at 208.

დაფინანსება

პირველი იდენტიფიცირებული გამოწვევა, რომლისწინაშეც აღმოჩნდა ონლაინ დავეების გადაწყვეტა "ბიზნესი მომხმარებლისათვის" (B2C) სფეროში, არის ონლაინ დავეების გადაწყვეტის 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 გადაწყვეტის მომსახურების პროვაიდერების დამოუკიდებლობა, განსაკუთრებით კი "ბიზნესი მომხმარებლისათვის" ტრანზაქციებში, სადაც ცალმხრივი გადასახადების მოდელი, ზოგადად მიღებული გზაა მომხმარებელთა მონაწილეობის ხელშეწყობისათვის.¹⁴⁴⁰ იმისათვის, რომ თავიდან იქნას აცილებული მიუკერძოებლობის განცდა, Katsh და Rifkin შემოთავაზებით, ონლაინ დავეების გადაწყვეტის პროვაიდერმა ნათლად უნდა განაცხადოს ბიზნესიდან რაიმე დაფინანსების შესახებ.¹⁴⁴¹ გამჭვირვალობა უნდა გაიზარდოს სხვა მექანიზმების გამოყენებითაც, მიუკერძოებლობის უზრუნველყოფისათვის, ასეთი მექანიზმებია - საჩივრების მართვის სისტემები პროცედურების დარღვევის შემთხვევებისთვის.¹⁴⁴²

დავეების გადაწყვეტის პრაქტიკის ყველაზე მეტად ეთიკური წესების მიხედვით დავეების გადაწყვეტის 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.¹⁴⁴³ თუმცა, ზოგიერთ შემთხვევაში, მატერიალურმა მასტიმულირებელმა ფაქტორებმა შესაძლოა შექმნას პრობლემა ადამიანის მიერ მართული ონლაინ დავეების გადაწყვეტის პროცესის ნეიტრალიტეტისას; იგივე არაობიექტური ფაქტორები ვერ იჩენს თავს ისეთ ონლაინ დავეების გადაწყვეტის პროცესში, სადაც ხდება ავტომატური პროცესების გამოყენება, მაგალითად როგორცაა CyberSettle.com.¹⁴⁴⁴

თუ ონლაინ ბიზნესისათვის მიჩნეულია, რომ ონლაინ დავეების გადაწყვეტის გამოყენება აუცილებელია პროცესის განვითარებისათვის, შესაბამისად ბიზნესი მოახდენს მის სუბსიდირებას. სწორედ ამ მოვლენასთან გვაქვს საქმე EBay-ს შემთხვევაში, რომელმაც დააფინანსა SquareTrade თავისი ონლაინ აუქციონებისადმი ნდობის გაზრდის მიზნით. "Consumers International" ამტკიცებს, რომ ონლაინ დავეების გადაწყვეტის 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 გადაწყვეტა.¹⁴⁴⁵ უსაფუძვლო საჩივრები ასევე შეიძლება იქნეს თავიდან აცილებული ადმინისტრაციული გადასახადის დაწესებით, რომელიც შეიძლება იყოს დაბრუნებადი, თუ მომხმარებელი მთლიანად ან ნაწილობრივწარმატებას მიაღწევს.

¹⁴⁴⁰ Consumers International (2001) იგივე წყაროდან.

¹⁴⁴¹ Katsh and Rifkin (2001) op. cit. 41.

¹⁴⁴² Consumers International (2001) ციტირებული.

¹⁴⁴³ C. Rule, Online Dispute Resolution for Businesses. B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts (San Francisco, Jossey Bass, 2002).58.

¹⁴⁴⁴ იმავე წყაროდან. <<http://www.cybersettle.com>>.

¹⁴⁴⁵ 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) p. 190.

ზოგიერთი წარმატებული ონლაინ დავების გადაწყვეტის პროვაიდერები, როგორცაა ავსტრიული "ინტერნეტ ომბუდსმენი", სარგებელს იღებს სახელმწიფო დაფინანსებიდან.¹⁴⁴⁶ ამ გზით თავიდან აცილებულია კერძო ფინანსური მხარდაჭერის უარყოფითი გავლენა; ამასთან ერთად, შედეგად შეიძლება მივიღოთ მძიმე ტვირთი გადასახადის გადამხდელთათვის.¹⁴⁴⁷ ზოგიერთი სამართლებრივი დავების გადაწყვეტა აღქმულია, როგორც აუცილებელი სახელმწიფო მომსახურება. ამის კარგი მაგალითი არის ესპანეთი, სადაც კანონი კრძალავს დავების გადაწყვეტის მომსახურების ოპერაციების განხორციელებას მოგების მიღების მიზნით.¹⁴⁴⁸ თუმცა, ეს მიდგომა აფერხებს კერძო ონლაინ დავების გადაწყვეტის ინსუსტრიის განვითარებას. შესაძლოა არგუმენტრებულად დავადასტუროთ, რომ მოგების მიღების მიზნით განხორციელებული ონლაინ დავების გადაწყვეტის მომსახურება, როგორც ელექტრონული კომერციის ფორმა, შესაძლოა დაშვებულ იქნას გამჭვირვალე მომსახურების მოწოდების მთელი პერიოდის განმავლობაში, რასაც მეთვალყურეობას გაუწევს 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 გამოწვევა არის მხარეთა დარწმუნება, ენდონ და გამოიყენონ ონლაინ დავების გადაწყვეტის მომსახურება.¹⁴⁴⁹ მიუხედავად იმისა, რომ ინდივიდუალური პირი წარადგენს საჩივარს ონლაინ დავების გადაწყვეტის მომსახურებაზე, რომელიც არ არის კავშირში მეორე მხარესთან, რეალური გამოწვევა არის მხარის დარწმუნება, მიიღოს მონაწილეობა პროცესში.¹⁴⁵⁰ ეს განსაკუთრებით რთულია, როდესაც არსებობს ძალთა დისბალანსი მხარეთა შორის. მონაწილეობა ასევე შესაძლოა ცვალებადობდეს, რაც დამოკიდებულია შერჩეულ ონლაინ დავების გადაწყვეტის პროცედურაზე.¹⁴⁵¹ 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.¹⁴⁵² 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

¹⁴⁴⁶For more information see Hörnle (2009) ციტირებული. 76.

¹⁴⁴⁷Hill (2008) ციტირებული. გვ. 318 და 391.

¹⁴⁴⁸იხ. სტატია 4 -დან 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.

¹⁴⁴⁹იხ. Recommendation (1998) ციტირებული. VI principle of liberty. იხ. ასევე Annex [q] Directive 1993/13/EC.

¹⁴⁵⁰იხ. იქვე

¹⁴⁵¹იხ. Recommendation (1998) ციტირებული. VI principle of liberty. იხ. ასევე Annex [q] Directive 1993/13/EC.

¹⁴⁵²იხ. იქვე

კონფრონტაციული. დამატებითი მასტიმულირებელი ფაქტორები შესაძლოა შეიქმნას მხარეთა მონაწილეობის წახალისების 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.¹⁴⁵³

Katsh და Rifkin-ის თვალსაზრისით ბიზნესებს შესაძლოა ქონდეთ არასასურველი განწყობა ონლაინ დავების გადაწყვეტის შეთავაზებისადმი იმ შემთხვევაში, თუ მათი მომხმარებლები განმარტავენ, რომ დავების წარმოშობას ხშირად აქვს ადგილი.¹⁴⁵⁴ 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.¹⁴⁵⁵ ნდობის ფაქტორის უზრუნველყოფის მიზნით, ონლაინ დავების გადაწყვეტის პროცესს ესაჭიროება შესაბამისი რეკლამირება. ონლაინ დავების გადაწყვეტა, ხშირ შემთხვევაში, შეთავაზებულია წევრი პროგრამების კონტექსტში - ასე მაგალითად Trustmark. მოვაჭრეები ძირითადად 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.¹⁴⁵⁶

ზოგადად, ამერიკის შეერთებული შტატებისა და ევროკავშირის ელექტრონულ კომერციას შორის სხვაობა ევროკავშირის მიერ ხასიათდება, როგორც უფრო მომხმარებლის დაცვაზე ორიენტირებული, აშშ-სთან შედარებით.¹⁴⁵⁷ მაშინ, როდესაც აშშ განიზრახავს ისეთ საკითხებზე კონცენტრირებას, როგორცაა თაღლითობა და კიბერ დანაშაული,¹⁴⁵⁸ ევროკავშირმა აამოქმედა ბევრი თავისი პოლიტიკის ინიციატივები, ელექტრონულ ბაზარზე მომხმარებელთა ნდობის შექმნის გზით ელექტრონული კომერციის საერთო დონის გაზრდის საბოლოო მიზნის მისაღწევად.¹⁴⁵⁹ 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 ერთი 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

¹⁴⁵³ . Ramsay, I 'Consumer Redress and Access to Justice' in International Perspectives on Consumers' Access to Justice (Cambridge University Press, New York, 2006) 34.

¹⁴⁵⁴ Katsh და Rifkin (2001) ციტირებული. 87.

¹⁴⁵⁵ იგივე წყაროდან. იხ. ასევე E. Katsh, 'Online Dispute Resolution: Designing New Legal Processes for Cyberspace' Proceedings of the WebSci'09: Society On-Line, 18-20 March 2009, Athens, Greece. p. 3.

¹⁴⁵⁶ J. Nadler, 'Electronic Mediated Dispute Resolution and E-Commerce' (2001) 17 Negotiation Journal 333.

¹⁴⁵⁷ იხ. მაგალითად, John R. Aguilar, Over the Rainbow: European and American Consumer Protection Policy and Remedy Conflicts on the Internet and a Possible Solution, 4 Int'l J. Comm. L. & Pol'y 1, 1 (Winter 1999/2000), ხელმისაწვდომია http://www.ijclp.net/ijclp_web-doc_4-4-2000.html (last visited Oct. 24, 2008); იხ. ასევე Ponte, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 40.

¹⁴⁵⁸ Aguilar, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 49, 37-38-ზე.

¹⁴⁵⁹ იქვე, 20-21.

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 რეგულირებადი და მინიმალისტური.¹⁴⁶⁰ 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 ასოციაციის¹⁴⁶¹ და ფედერალური ვაჭრობის კომისიის საერთაშორისო განცხადებების მიუხედავად.¹⁴⁶² 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, საშუალო მომხმარებელი, რომელიც ახორციელებს დაბალი ღირებულების პროდუქტების შესყიდვას ონლაინ რეჟიმში და რომელსაც გააჩნია მკაცრად შეზღუდულისა ბაზრობა ძალაუფლება ელექტრონული ბიზნესების შემთხვევაში, არ გაითვალისწინებს შესაძლებლობას, რომლითაც ფედერალურ მთავრობას შეუძლია მომხმარებელთა უფრო მკაცრად დაცვის უზრუნველყოფა, ანმკაცრ პროტექციონისტულ რეჟიმს, ევროკავშირში - მსოფლიოში მეორე უდიდესი ელექტრონული კომერციის მოთამაშე¹⁴⁶³ - არსებული რეჟიმის მსგავსად. მსგავსად ამისა, საშუალო მომხმარებელი შესაძლოა არც ფიქრობდეს, რომ მომხმარებელთა დაცვის ჯგუფები ყოველდღიურ 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 ძალიან მცირეოდენი მასტიმულირებელი ფაქტორი გააჩნია უფრო მეტად მომხმარებელთა დაცვის რეჟიმის მისაღებად.

ევროკავშირისაგან განსხვავებით, ამერიკის ელექტრონული კომერციის რეგულაციის სისტემამ მომხმარებელს აკისრებს ვალდებულებას, კარგად შეისწავლოს დამატებითი ვადები და პირობები, რომელიც მოცემულია წვრილი შრიფტით, მომხმარებელთან დადებული სტანდარტული ფორმის კონტრაქტში.¹⁴⁶⁴ დღემდე აშშ არ ითხოვს ელექტრონული ბიზნესების გამჭვირვალობას და სრულად გამოვლენას იმ მომენტამდე, სანამ საქონლის გაყიდვასთან დაკავშირებული კონტრაქტიარ ჩაითვლება დასრულებულად.¹⁴⁶⁵ ამ პრო-ბიზნესის პოზიცია, კომერციულ ტრანზაქციებთან დაკავშირებით, მოულოდნელი არ არის; უბრალოდ, ეს არის ამერიკის კონტრაქტის კანონის გავრცობა ტრადიციულ პირისპირ საცალო

¹⁴⁶⁰ იქვე 33-34-ზე.

¹⁴⁶¹ იხ. ABA Task Force, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 4.

¹⁴⁶² იხ. FTC Report, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 25.

¹⁴⁶³ Ponte, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 40.

¹⁴⁶⁴ Ponte, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 40.

¹⁴⁶⁵ იქვე, 456-57-ზე.

ტრანზაქციებში.¹⁴⁶⁶ 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.

ყოველგვარ ეჭვს გარეშეა, 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 არსებულისათამაშო მოედნის ბალანსირების საშუალებით, მომხმარებლის მყარად დაცვის კანონებისა და პოლიტიკების გზით.

აშშ-საგან 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.¹⁴⁶⁷

შესაძლოა ზემოთ აღნიშნული ემსახურებოდეს სათამაშო მოედნის გაუმჯობესებას, რაც აისახა ევროკავშირში, ელექტრონული კომერციისა და, განსაკუთრებით, ონლაინ დავების გადაწყვეტის დარეგულირების მიზნით, მწარმოებლური პოლიტიკის ინიციატივების მართვის ალების პროცესში. მაშინ, როდესაც აშშ მთავრობა ორჭოფობს ინტერნეტის დარეგულირების საკითხთან დაკავშირებით, ევროკავშირმა არ მისცა ნება ამ ახალ საშუალებას, შეესუსტებინამისი მარეგულირებელი საქმიანობის დონე. ევროკავშირმა მიიღო პოლიტიკა, რომლითაც ფართოვდება მომხმარებლის დაცვის კანონი ტრადიციულ პირისპირ ტრანზაქციებთან მიმართებაში, და მოიცავს ინტერნეტში წარმოშობილ ტრანზაქციებსაც.¹⁴⁶⁸

ამგვარად, ელექტრონული კომერციის დირექტივით ევროკავშირის ელექტრონული კომერციის სისტემაში შეტანილი ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი წვლილი იყო ყველა წევრი 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.¹⁴⁶⁹ მიზანს წარმოადგენს ბიზნესების და მომხმარებლების უზრუნველყოფა სამართლებრივი სიცხადის რაიმე სახის გარანტიით.¹⁴⁷⁰ "შიდა ბაზრის მუხლი" - მომსახურებები ექვემდებარება იმ წევრი ქვეყნის კანონს, რომელშიც არის შექმნილი მომსახურების მომწოდებელი.¹⁴⁷¹ დირექტივა მიმართულია წევრ ქვეყნებს შორის ურთიერთ თანამშრომლობის გაზრდისა და თვით რეგულირების გაფართოებისკენ.¹⁴⁷² დირექტივის მიერ დაფარული მომსახურებები მოიცავს: 1) ონლაინ პუბლიკაციებს; 2) პროდუქტებისა და სერვისების ონლაინ

¹⁴⁶⁶ 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).

¹⁴⁶⁷ Ponte, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 40, 456-57-ზე.

¹⁴⁶⁸ Aguilar, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 49, 22-ზე.

¹⁴⁶⁹ http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/directive/index_en.htm (2013).

¹⁴⁷⁰ იხ. იქვე.

¹⁴⁷¹ იხ. იქვე.

¹⁴⁷² იხ. იქვე.

გაყიდვებს; 3) ონლაინ რეკლამირებას; 4) პროფესიონალურ სერვისებს; 5) ინტერნეტ და გასართობ სერვისებს; და 6) უფასო სერვისებს (გარდარეკლამისა).¹⁴⁷³

"ონლაინ დავების გადაწყვეტის რეგულაცია" (ODR რეგულაცია) შემუშავდა ცალკეული ევროკავშირის "ონლაინ დავების გადაწყვეტის სისტემის შექმნისათვის."¹⁴⁷⁴ ეს საშუალებას მისცემს ყველა წევრი ქვეყნის ელექტრონული კომერციის მომხმარებლებს, გადაჭრან ყველა დავა ონლაინ რეჟიმში, სასამართლოში წასვლის საჭიროების გარეშე.¹⁴⁷⁵ ონლაინ დავების გადაწყვეტის სისტემა დაკავშირებულია წევრი ქვეყნების დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის (ADR) ორგანიზაციებთან, რომლებიც იცავენ კომისიის წესებს.¹⁴⁷⁶ მიზანი არის დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის სისტემის შექმნა, რომელიც დაფუძნებული იქნება ინსტრუქციათა ერთიან პაკეტზე.¹⁴⁷⁷ ეს ხდის აუცილებელს, რომ თითოეული წევრი ქვეყნის ონლაინ დავების გადაწყვეტის ფასილიტატორებს ქონდეთ გავლილი მსგავსი ტრენინგები და გააჩნდეთ შესაბამისი უნარები.¹⁴⁷⁸ მოთხოვნილია, რომ ნებისმიერი საბოლოო გადაწყვეტილება მიღებულ იქნას ოცდაათი დღის განმავლობაში.¹⁴⁷⁹ პრობლემა არის ის, რომ დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის ელექტრონული კომერციის ტრანზაქციებზე დაფუძნებული მომხმარებელთა დავების გადაწყვეტის პროცედურები არის არასრული და ბუნდოვანი.¹⁴⁸⁰

ისტორიულად, არსებული დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის სქემების ნაწილი იძლევა საჩივრების ონლაინ რეჟიმში წარმოდგენის შესაძლებლობას, მაგრამ ონლაინ დავების გადაწყვეტის გამოყენების შესაძლებლობა არ არსებობს.¹⁴⁸¹ საკითხის გადაწყვეტამდედროს მოგების სარგებელი იკარგება და ფერხდება ონლაინ პროცესებში ფასიტილირებული კომუნიკაცია.¹⁴⁸²

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 ბრუსელის რეგულაციის სახელით საქვეყნოდ ცნობილი ფორმა.¹⁴⁸³

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 რამოდენიმე რეკომენდაცია დავების გადაწყვეტის პროცესში პროცესუალურ გარანტიებზე, მათ შორის, "დამოუკიდებლობის; გამჭვირვალობის; შეჯიბრებითი ხასიათის სასამართლო საქმის წარმოების; ეფექტურობის; კანონიერების; თავისუფლებისა და წარმომადგენლობის" პრინციპებზე, პროცესუალურ ქმედებებში არბიტრაჟამდე.¹⁴⁸⁴

ევროკავშირმა ასევე წარმოადგინა რეკომენდაციები პროცესუალური გარანტიების უზრუნველყოფის მიზნით, რომელსაც მედიატორები იყენებენ დავების გადაწყვეტისას და

¹⁴⁷³ იხ. იქვე.

¹⁴⁷⁴ http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court (2013).

¹⁴⁷⁵ იხ. იქვე.

¹⁴⁷⁶ იხ. იქვე.

¹⁴⁷⁷ იხ. იქვე.

¹⁴⁷⁸ იხ. იქვე.

¹⁴⁷⁹ იხ. იქვე.

¹⁴⁸⁰ იქვე.

¹⁴⁸¹ იქვე.

¹⁴⁸² იხ. იქვე.

¹⁴⁸³ იხ. Brussels Regulation, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 4.

¹⁴⁸⁴ OECD Background Report, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 13, at 16.

რომელიც მოიცავს “ოთხ პრინციპს: მიუკერძოებლობა; გამჭვირვალობა; ეფექტურობა; და პროცედურის სამართლიანობა.”¹⁴⁸⁵ 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.¹⁴⁸⁶

ზემოთხსენებულ 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.¹⁴⁸⁷ 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.¹⁴⁸⁸ ამიტომაც, ონლაინ დავების გადაწყვეტის წყარო აშკარად მარტივად გასაგებია, სახელდობრ, რაც უფრო მეტი ტრანზაქცია და ინტერაქცია განხორციელდება ონლაინ რეჟიმში, მით მეტი დავის წარმოშობას ექნება ადგილი.¹⁴⁸⁹ ამასთან ერთად, გასაგები იყო, რომ ინტერნეტს, სანამ ის წარმოადგენდა ინფორმაციის წყაროს, უნდა შეძლებოდა ინფორმაციაზე დამოკიდებული საქმიანობების მხარდაჭერა, როგორცაა მაგალითად დავის გადაწყვეტა.¹⁴⁹⁰ სხვა სიტყვებით, ინტერნეტი წარმოადგენდა პრობლემის ნაწილს, რომელშიც ის ქმნიდა დავებს, მაგრამ ის ასევე იყო გადაწყვეტის ნაწილი, თავისი რესურსით, ონლაინ რეჟიმში გამოხმაურებოდა დავებს.¹⁴⁹¹

როგორც ზემოთ იქნა აღნიშნული, ევროკავშირის პოლიტიკა შესაძლოა დახასიათდეს, როგორც პრო-მომხმარებლური, მისი უპირატესი განხილვის საგანს წარმოადგენს მომხმარებლებსა და ბიზნესებს შორის არსებული სათამაშო მოედნის გაწონასწორება და გამჭვირვალობის რეჟიმის ხელშეწყობა, ასევე, ელექტრონული კომერციის არეალში ყველა შესაბამისი საკონტრაქტო პირობის გამოვლენა.¹⁴⁹² უფრო მეტიც, ამერიკის შეერთებული შტატები უშვებს სავალდებულო საარბიტრაჟო შეთანხმებებს მომხმარებლებსა და ბიზნესებს შორის, კონტრაქტის ფორმირების პროცესში,¹⁴⁹³ მაშინ, როდესაც ევროკავშირი უშვებს მხოლოდ საარბიტრაჟო შეთანხმებებს, რომელიც ძალაში შედის დავის წარმოშობის შემდეგ.¹⁴⁹⁴

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

¹⁴⁸⁵ იქვე

¹⁴⁸⁶ იქვე at 20.

¹⁴⁸⁷ Aguilar, *ib. ზემოთ მითითებული წყარო* 49, at 33-34.

¹⁴⁸⁸ 49 NYLSLR 271, *New York Law School Law Review: BRINGING ONLINE DISPUTE RESOLUTION TO VIRTUAL WORLDS: CREATING PROCESSES THROUGH CODE, 2004-2005* (277).

¹⁴⁸⁹ იქვე

¹⁴⁹⁰ იქვე

¹⁴⁹¹ იქვე

¹⁴⁹² Ponte, *ib. ზემოთ მითითებული წყარო* 40.

¹⁴⁹³ იქვე at 456, n. 53.

¹⁴⁹⁴ Brussels Regulation, *ib. ზემოთ მითითებული წყარო* 4, art. 17(1).

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.¹⁴⁹⁵ მეორე, შეთანხმებამ ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირს შორის - ორი უდიდესი მოთამაშე ელექტრონულ კომერციაში, შესაბამისად¹⁴⁹⁶ - შესაძლოა სტიმული მისცეს სხვა ქვეყნებს მიზანძრავ მოთამაშეებს. შესაძლოა, შეთანხმება დაიწყოს 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 - მრეწველობა, რამდენადაც შესაძლებელია, იქნება თვით-რეგულირებადი. 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 ვებ-გვერდის გამოყენების საშუალებით. შედარებით უფრო მცირე ელექტრონულ ბიზნესები კი იყენებენ სამომხმარებლო ბლოგებს და რეიტინგულ ვებ-გვერდებს, 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 სარგებლები ამდვილად მრავალია.

¹⁴⁹⁵ 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.

¹⁴⁹⁶ Ponte, იხ. ზემოთ მითითებული წყარო 40, 456-ზე.

შეთანხმება მიაღწევს ამ სფეროში ეფექტურობისა და პროგრესისამერიკულ მიზანს, მაშინ, როდესაც პარალელურად, მიღწეული იქნება ევროკავშირის მომხმარებლის ეფექტური დაცვის მიზანი. ეს მისცემს გლობალურ ელექტრონულ ბიზნესებს ერთგვაროვნების შეგრძნებას, რამდენადაც ისინი იმპქმედებენ 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 გადაწყვეტის 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

სამართლე 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 დაიწყეს 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.¹⁴⁹⁷ საბოლოო ჯამში, ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროკავშირს შორის

¹⁴⁹⁷Dunoff, Ratner & Wipman, *ib. ზემოთ მითითებული წყარო* 109, 36-ზე.

არსებული ელექტრონული კომერციის საქმეებში საზღვრებს გარეთ დავების გადაწყვეტასთან 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 გადაწყვეტა აგვარებს სამართლებრივ საკითხებს, გართულებული კითხვების აღმოფხვრის გზით, მაგალითად, რომელ სასამართლოს და ქვეყანას მიმართოს მომხმარებელმა შუამდგომლობისათვის, და, საბოლოოდ, რომელი ქვეყნის კანონები მართავს დავას. უფრო მეტიც, საერთაშორისო ფორუმში სასამართლო საქმის წარმოებასთან დაკავშირებული ხარჯი შესაძლოა შემცირდეს ინტერნეტით დავების გადაწყვეტის 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 რამ.

დასკვნა

ამერიკული და ევროკავშირის ელექტრონული კომერციის დავების გადაწყვეტის საკითხის ანალიზი აჩვენებს, რომ ჯერ კიდევ უნდა მიღწეულ იქნას დიდი პროგრესი ელექტრონული კომერციის საზღვრებს გარეთა დავების გადაწყვეტის რეგულაციაში. თუმცა, აშშ-სა და ევროკავშირს გააჩნიათ აშკარად განსხვავებული თეორიები ელექტრონული კომერციის რეგულაციასთან, კონტრაქტის ფორმირებასთან და მომხმარებლის დაცვასთან დაკავშირებით, ორივე მათგანი სრულიად უნარიანია, მივიდნენ შეთანხმებამდე დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის შესაბამის კურსთან დაკავშირებით. ნებისმიერ შემთხვევაში, ამგვარი კურსისათვის საუკეთესო მექანიზმი არის შეთანხმება, საუკეთესო გზა დავების გადაწყვეტის მომსახურების უზრუნველყოფისათვის არის ონლაინ დავების გადაწყვეტა (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.¹⁴⁹⁸ ამ სიტყვაში, რომელიც მან წარმოსთქვა მეორე მსოფლიო ომის

¹⁴⁹⁸ ვინსტონ ჩერჩილი (1946). აკადემიური ახალგაზრდობის (გამოსვლა) შეკრებაზე წარმოთქმული სიტყვა. ციურიხი, შვეიცარია.

დასრულების შემდეგ, ჩერჩილმა დაასკვნა: "ჩვენ უნდა შევექმნათ რაღაც ევროპის გაერთიანებული შტატების მსგავსი. მხოლოდ ამ გზითასობით მილიონ მუშაკს შეეძლება მარტივი სიხარულისა და იმედების ხელახლა შექმნა, რომელიც ხდის სიცოცხლეს იმდენად ღირებულს ხდის, რომ ადამიანს უჩნდება ცხოვრების სურვილი."¹⁴⁹⁹ სავარაუდოდ არ არისშესაძლებელი ელექტრონული კომერცის, როგორც მარტივი კონცეფციის ან მექანიზმის განსაზღვრა, რომელიც ხდის სიცოცხლეს იმდენად ღირებულსგახდის, 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 გამოიყენავიქტორ ჰიუგომ, იმ გამოსვლის ჩათვლით, რომელსაც ადგილი ჰქონდა 1849 წელს პარიზში გამართულ საერთაშორისო მშვიდობის კონგრესზე.¹⁵⁰⁰ ჰიუგო მხარს უჭერდა "უზენაესი, სუვერენული სენატის შექმნას, რაც ევროპისთვის იქნებოდა იგივე, რაც ინგლისისთვის პარლამენტი"; მან თქვა, "დადგება დღე, როდესაც ჩვენი კონტინენტის ყველა ერი შექმნის ევროპის სამოს... დადგება დღე, როდესაც ჩვენ უნდა დავინახოთ... ამერიკის შეერთებული შტატები და ევროპის გაერთიანებული შტატები პირისპირ, რომელთაც კავშირი ექნებათ ერთმანეთთანსაზღვრებს მეორე მხარეს."¹⁵⁰¹ 1849 წელს ელექტრონული კომერციაიყო 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 წარმოიშვასევროპის გაერთიანებული შტატები. ეს ხე დღემდე იზრდება ბედნიერად მისონ 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 გადაწყვეტისათვის. ონლაინ დავების გადაწყვეტა უზრუნველყოფს ეკონომიკურ ეფექტურობასა და დროის დაზოგვის მექანიზმებს, რაც ხელს უწყობს ამ მექანიზმის საზღვრებს გარეთ გასვლას ელექტრონული კომერცის დავების გადაწყვეტის მიზნით და, ამგვარად, ქმნის თანმიმდევრული რეგულაციებისა და მისი აღსრულების საშუალებების შექმნის საჭიროებას.

ონლაინ დავების გადაწყვეტა მოიცავს დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის პროტოკოლის უმრავლეს სახეობას. არსებითად, ეს მექანიზმიშექმნილიასხვადასხვა ქვეყნებიდან და/ან ევროკავშირის წევრი ქვეყნებიდან მომხმარებლებსა და ბიზნესებს შორის წარმოქმნილი დაბალი ღირებულების და უცხოური ელექტრონული კომერცის დავების მოგვარებისათვის. ყველა არსებული პროტოკოლიდან, მედიაცია შეასრულებდა ამ დავების გადაწყვეტის ყველაზე გამოსადეგი ონლაინ მექანიზმის როლს. ყველა ელექტრონულბიზნესს, რომელიც მოიცავს მომხმარებლის საქმიანობას აშშ-და და ევროკავშირს შორის, ან ევროკავშირის წევრი ქვეყნების

¹⁴⁹⁹ იხ. იქვე

¹⁵⁰⁰ როლში E. de Jouy ვ. ჰიუგოს წინააღმდეგ, იხ. *Les aventures militaires, littéraires et autres de Etienne de Jouy de l'Académie française* by Michel Faul (Editions Segquier, France, 2009 ISBN 978-2-84049-556-7).

¹⁵⁰¹ იხ. იქვე+

ფარგლებში, მოეთხოვებათ ონლაინ დავების გადაწყვეტის მედიაციის პროგრამის უზრუნველყოფა, რომელიც გამოიყენება სამომხმარებლო საქონლის გაყიდვის შედეგად გამოწვეული ნებისმიერი დავის გადაწყვეტისათვის. ონლაინ დავების გადაწყვეტის პროცესის კერძოდ შენარჩუნების პირობებში, ის ისევ რჩება ეფექტური და ეკონომიკური თვალსაზრისით ეფექტურ საშუალებად ამ დავების გადაწყვეტისათვის. ყოველგვარ ეჭვს გარეშეა, რომ ადგილი ექნება შემთანხმებლურ პროცედურულ და არსებითი სამართლებრივი პროცედურის საკითხებს და შემცირებულ კომუნიკაციას. თუმცა, დავების დიდი მოცულობის გადაწყვეტის 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 გადაწყვეტასთან შედარებით, ონლაინ მედიაციის გამოყენებას უფრო არსებითი მნიშვნელობა ენიჭება ელექტრონული ბიზნესების და მომხმარებლების დიდი უმრავლესობისთვის, რომლებიც ყიდულობენ მათ საქონელს.