

МЕДИАЦИЯ, ОСНОВАННАЯ НА АВТОРИТЕТЕ

Амос Габриэли*, Нурит Цимерман**, Михаль Альберштейн***

Автореферат

В статье впервые описывается и определяется уникальная медиативная процедура – медиация, основанная на авторитете. Эта процедура была разработана одним из авторов настоящей статьи и характеризуется рассмотрением очень сложных конфликтов в многосторонних спорах, которые в основном передаются в медиацию судом. Медиация, основанная на авторитете, проводится оценочным методом, который сочетает в себе глубокую юридическую дискуссию с мягким диалогом, учитывающим эмоции и интересы и заканчивающимся медиативным соглашением, как правило после одной расширенной медиативной сессии.

Основываясь на сочетании наблюдений, сделанных в комнате медиации, и размышлений самого медиатора относительно развития метода и его составляющих, в статье предлагаются два новых аспекта для понимания уникальной роли авторитета в этом методе: первый - приведение сторон к определенному уровню согласия и высокой заинтересованности завершить процедуру заключением соглашения. Второй - формулировка новой концепции «реляционного авторитета», которая связана с межличностными взаимодействиями между медиатором и сторонами, и непосредственно между самими сторонами, как следствие влияния медиатора на процесс.

Медиация, основанная на авторитете, рассматривается в противовес двум основным текущим правовым феноменам: первый - это институционализация существующих методов медиации наряду с их неспособностью разрешать многие переданные им дела. Второй - это феномен сокращения количества вынесенных судебных решений при росте количества исков (vanishing trial) и более активное участие судей в урегулировании спора. Мы приведем аргументы касательно того, что уникальные характеристики медиации, основанной на авторитете, создают новый взгляд на отношения между медиацией и судебным разбирательством, что отличает её как от стандартной медиации, так и от способа, которым судьи проводят ориентированные на урегулирование процедуры в свете их судебной власти.

I. ВВЕДЕНИЕ

В этой статье исследуется противоречие между авторитетом и согласием, возникающее в работе профессиональной и квалифицированной третьей стороны, которая вовлекается в правовые споры и проводит медиативные процедуры, направленные на приведение сторон к соглашению. Мы уделяем основное внимание уникальной практике медиации, которая сочетает в себе различные элементы существующих подходов к медиации и которая была разработана одним из авторов этой статьи¹. Эта

* Амос Габриэли - юрист, арбитр и медиатор. Он является соискателем степени доктора наук на юридическом факультете университета Бар-Илан.

** Нурит Цимерман - преподаватель юридического факультета академического колледжа Сапир.

*** Михаль Альберштейн - профессор юридического факультета университета Бар-Илан. Мы хотим поблагодарить адвоката Ротем Теперберг за ее отличную исследовательскую и редакторскую помощь. Эта статья была частично спонсирована консолидированным грантом Европейской исследовательской комиссии («ЕИК») 647943/14 «Судебное разрешение конфликтов (СРК): изучение гибридов несостязательного правосудия» (2016–2021).

¹ При написании этой статьи мы объединились - медиатор, практикующий юрист, который разработал обсуждаемый здесь процесс медиации, и исследователи в области права и разрешения споров. Таким образом, статья характеризуется уникальной методологией, сочетающей саморефлексию медиатора с наблюдениями исследователей за тем же феноменом, которые основаны на наблюдениях, проводимых в комнате медиации, и беседах с медиаторами. В дополнение к этому описательному элементу статьи мы обсуждаем теоретические аспекты медиации, основанной на авторитете, и её связь с правовым миром. Предыдущая и предварительная

практика, или подход, характеризуется разрешением очень сложных конфликтов в многосторонних спорах, которые обычно передаются в медиацию судом². Такая медиация проводится оценочным методом³, включает в себя глубокое обсуждение соответствующих правовых материалов, и в то же время сочетает в себе мягкий диалог, учитывающий эмоции и интересы, и приводящий к соглашению между сторонами, как правило, по завершению одной расширенной и интенсивной медиативной сессии.

В свете уникальности данной медиативной методики и с учетом доказанного практического успеха, о чем будет сказано далее, на ум приходят три альтернативы: Является ли данная методика совершенно новым подходом к медиации? Улучшенная ли это и усовершенствованная модель существующего подхода к медиации? Или, возможно, мы наблюдаем феномен, который характеризуется и определяется, главным образом, личностью и стилем работы самого медиатора? Мы приведем доводы того, что речь идет о новом виде медиации, который включает в себя две другие упомянутые выше альтернативы. Мы покажем, как новая методика, описанная в настоящей статье, называемая далее «медиация на авторитете», предлагает новый взгляд на роль авторитета в медиации. Данная методика отражает переход от подходов, которые рассматривают авторитет как нечто внешнее по отношению к медиации и не играющее в ней никакой роли, к рассмотрению авторитета как важного инструмента в медиации, который расширяет данный процесс и его границы до тех пор, пока не переопределит медиацию как таковую.

Мы рассматриваем медиацию на авторитете в контексте двух ключевых явлений в нынешней правовой среде: во-первых, спустя сорок лет после медиативной революции медиация больше не считается альтернативным механизмом урегулирования спора, а скорее институционально интегрирована в работу судов⁴. И все же количество судебных дел, которые разрешаются в порядке медиации, остается низким по сравнению с количеством всех дел, которые разрешаются без вынесения оспариваемого решения⁵. Во-вторых, в Израиле и в других странах мы наблюдаем феномен «сокращения числа судебных решений»⁶: несмотря на большое количество судебных исков, число дел, проходящих через полный судебный процесс, резко сокращается, в том числе, среди прочего, вследствие судебных действий по разрешению споров и оказания содействия в урегулировании спора в зале суда⁷.

версия этой статьи была опубликована на иврите в журнале «*Hamishpat Law Review*». Мы благодарим редакцию за разрешение использовать переведенные разделы предварительной версии в данной статье.

² Большинство дел передается в медиацию с согласия сторон или по их собственной просьбе на разных этапах судебного процесса. В меньшинстве случаев стороны обращаются к медиации до начала судебных процедур.

³ См. Michal Alberstein, *Pragmatism And Law From Philosophy To Dispute Resolution* (2002); см. также Leonard L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 HARV. NEGOT. L. REV. 7, 26–28, 30–31 (1996) (описывающий как узкие, так и широкие оценочные направленности медиаторов).

⁴ Посредством различных судебных программ медиации, а также обязательного посредничества в некоторых правовых системах. См. Директиву 2008/52/ЕС Европейского парламента и Совета от 21 мая 2008 года по некоторым аспектам посредничества в гражданских и коммерческих делах (*Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects in Mediation in Civil and Commercial Matters*), 2008 O.J. (L 136) 3.

⁵ См.: Report of the Committee for the Examination of Ways to Enhance the Use of Mediation within Israeli Courts, 22-23 (2006) (Изра.).

⁶ Термин “*vanishing trial*” («исчезающее судебное разбирательство») был придуман Марком Галантером (Mark Galanter) См. Mark Galanter, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, 1J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 459 (2004). Обновленные данные о масштабах этого явления в израильских судах см.: Ayelet Sela & Limor Gabay-Egozi, *The Role of Judges in Adjudication, Settlement and Other Vanished Trials: Evidence from Civil Trial Courts* (Sept. 27, 2017) (неопубликованная рукопись) (в наличии у авторов).

⁷ Ознакомиться с предварительными результатами исследования деятельности судей по разрешению конфликтов в суде Tel Aviv Hashalom (Magistrate) можно здесь: Ayelet Sela, Nourit Zimmerman & Michal Alberstein, *Authority, Dispute Resolution and the Disenchanted image of Law: Courtroom Observation of Judges' Settlement Activities*, Harv.

Усилия судей по содействию в урегулировании споров и сокращению количества дел, разрешаемых посредством принятия судебного решения, с одной стороны, и медиация, играющая относительно незначительную роль в этой реальности, с другой стороны, создали благоприятную почву для развития гибридной модели, которую мы рассматриваем в настоящей статье⁸. Соглашение сторон является необходимым и включается на всех этапах данной методики, но в то же время эта модель предполагает более тесный диалог с судебным процессом, чем с традиционной медиацией. Основываясь на наших наблюдениях за этой новой методикой, мы рассмотрим ее уникальные черты, связанные с авторитетом. Мы докажем, что уникальность методики медиации на авторитете, отличающейся от традиционного посредничества (*прим. переводчика – здесь и далее термины «медиация» и «посредничество» употребляются как синонимы*) и от методов урегулирования спора, применяемых судьями в контексте их судебной власти, формирует новый взгляд на взаимоотношения медиации и судебной власти, а также на роль авторитета в содействии достижению основанных на согласии юридических результатов.

В части II статьи мы рассмотрим развитие различных моделей медиации и определим позицию медиации на авторитете по отношению к ним. В части III мы расскажем о развитии медиации на авторитете с точки зрения самого медиатора. В данной части будет описано, как медиация на авторитете развивалась посредством взаимодействия с судебным процессом и превращалась в гибридную модель, которая ставит под сомнение мнимое существующее различие между медиацией и вынесением судебного решения⁹. Медиация на авторитете использует сильные стороны права, но не боится игнорировать закон, если его жесткость препятствует соглашению сторон или когда соглашение на основе правовых норм настолько сложно, что влечет за собой возникновение нового юридического спора. Данная методика тесно связана с правом, но при этом сохраняет и использует определенную гибкость и уступчивость, которую обычно предлагает медиация на пути к достижению соглашения сторон.

В части IV мы представим предварительные выводы с места, основанные на наших наблюдениях в медиативной комнате, интервью с медиатором и юридических материалах, связанных с проводимыми им медиациями. Мы охарактеризуем данную методику в соответствии с типами споров и затрагиваемых тем, сфокусировавшись на авторитете, вытекающем из особой связи между правом и спором, которая возникает в рамках этой медиативной процедуры¹⁰.

В части V мы обсудим значение авторитета, возникающего в данной модели медиации, и предложим два различных способа его понимания. Первый заключается в том, что авторитет

Negotiation L. Rev. (готовится к публикации в 2019) (в наличии у авторов). См. также: Louise Otis & Eric H. Reiter, *Mediation by Judges: A New Phenomenon in the Transformation of Justice*, 6 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 351 (2006).

⁸ Эта модель может соответствовать современным медиативным практикам, применяемым медиаторами JAMS (Judicial Arbitration and Mediation Services, Inc., является американской коммерческой организацией альтернативных услуг по разрешению споров, включая посредничество и арбитраж – прим. переводчика), и была признана почетным судьей в отставке Даниэлем Вайнштейном, одним из основателей JAMS, как охватывающая его практику. См. JAMS Mediation Process, JAMS MEDIATION, ARB., ADR SERVS., <https://www.jamsadr.com/mediation> (последнее посещение - 4 ноября 2018); см. также Bar-Ilan University, ERC-JCR Project-01.02.17-Judge Daniel Weinstein & Adv. Amos Gabrieli, YOUTUBE (20 февраля 2017), https://www.youtube.com/watch?time_continue=3066&v=O9rytEzDO5A.

⁹ Lon L. Fuller, *Mediation—Its Forms and Functions*, 44 S. CAL. L. REV. 305 (1971); ROGER FISHER & WILLIAM L. URY, *GETTING TO YES: NEGOTIATION AGREEMENT WITHOUT GIVING IN* (Bruce Patton ed., 3d ed. 2011).

¹⁰ Как упоминалось ранее, одним из основных принципов медиации является то, что она представляет собой нейтральный и справедливый процесс, в котором право решать остается за сторонами. Результат медиации основан на автономном и осознанном согласии сторон без какого-либо обязательства принимать то или иное решение. Медиатор воспринимается нейтральным, непредвзятым и не имеющим предубеждений, и он должен осознавать, что у него недостаточно полномочий для определения результата медиации. См.: Jamie Henikoff & Michael Moffitt, *Remodeling the Model Standards of Conduct for Mediators*, 2 HARV. NEGOT. L. REV. 87, 101–08 (1997).

используется в целях приведения сторон к соглашению и окончанию спора. Второй относится к реляционному авторитету – взаимоотношениям носителя авторитета с теми, кто ему «подчиняется», взаимоотношениям, которые являются неформальными, не регулируются правилами и развиваются естественно в ходе их личного взаимодействия в медиативной комнате.

В части VI мы кратко обсудим некоторую возможную критику в адрес медиации на авторитете.

II. МОДЕЛИ МЕДИАЦИИ

Прагматичная медиация школы Фишера и Ури¹¹, основанная на принципах совместных переговоров, предполагает, что стороны скорее предпочтут совместный дискурс, направленный на решение проблем, чем состязательный дискурс, основанный на интересах, который характеризует судебный процесс. Такая модель медиации основана на последовательном движении к прагматическому разрешению проблемы путем удовлетворения потребностей сторон. Эта модель предполагает, что стороны выберут сотрудничество, поскольку они понимают недостатки конкурентных переговоров¹². В рамках указанной модели право становится актуальным в движении к соглашению только на этапе обращения к целевым критериям, а возможные юридические последствия являются частью ряда факторов, которые стороны принимают во внимание при выборе своих вариантов. Чем более несущественны юридические аспекты в процессе, тем больше автономии у сторон в ведении свободного диалога, который не имеет юридического значения или влияния. Согласно прагматичной модели, отдалённость от правового дискурса позволяет сторонам свободно блуждать в параллельном и правдивом поле интересов, чувств, потребностей и человеческого понимания.

Другие модели медиации могут придавать праву более значительную роль в процессе автономного принятия решений¹³. Также существуют некоторые оценочные модели, которые подчеркивают узконаправленные юридические решения, предлагаемые медиатором¹⁴.

В то же время, в сфере разрешения конфликтов такие прогрессивные модели, как трансформативная медиация, отдаляются от юридического мира и даже от прагматической концепции урегулирования спора. Как часть второго поколения движения по разрешению споров, куда включаются такие модели, как трансформативная медиация, восстановительное правосудие и гуманистическая медиация, процесс вмешательства третьей стороны (медиатора) концептуализируется как имеющий терапевтические черты¹⁵. Важность вмешательства заключается в придании силы сторонам - эмоционально, морально, а иногда даже духовно¹⁶ - и в укреплении их способности вести конструктивный диалог и принимать решения с минимальным вмешательством третьей стороны в возможные для достижения сторонами практические решения. Такие процедуры очень далеки от

¹¹ Fisher & Ury, сноска выше 9.

¹² Там же.

¹³ См. Lawrence R. Freedman & Michael L. Prigoff, *Confidentiality in Mediation: The Need for Protection*, 2 OHIO ST.J. ON DISP. RESOL. 37 (1986) (где описывается модель Ларри Фридмана, основанная на понимании возможных правовых решений и выбора между ними); STEPHEN B. GOLDBERG, ET. AL., *DISPUTE RESOLUTION: NEGOTIATION, MEDIATION AND OTHER PROCESSES*, 111-208 (4th ed. 2003).

¹⁴ Для обсуждения рассматриваемых оценочных моделей и вопроса о том, являются ли они на самом деле медиацией, см. часть V настоящей статьи.

¹⁵ MICHAL ALBERSTEIN, *ALTERNATIVE JUSTICE: MEDIATION, RESTORATION AND THERAPY THROUGH LEGAL MECHANISMS* (2015).

¹⁶ Ted Lewis & Marc S. Umbreit, *What is A Humanistic Approach to Mediation? An Overview*, *mediate.com* (May 2015), <https://www.mediate.com/articles/LewisUmbreit1.cfm>

юридического мира и подчеркивают свою истинную альтернативность по отношению к способу разрешения спора, основанному на авторитете и правах¹⁷.

Развитие медиации, основанной на авторитете, можно рассматривать как реакцию на возрастающую дистанцию между сферой разрешения конфликтов и сферой права. Саморазвитие сферы разрешения конфликтов при сохранении фундаментальной задачи ее основателей – дать альтернативу судебному процессу – повлекло за собой возникновение более сложных процедурных моделей, которые тем сложнее, чем сложнее разновидность конфликта, с которым они работают. Новые виды конфликтов связаны с кризисом в отношениях, причинением ущерба вследствие уголовных преступлений, а также с личностными конфликтами¹⁸. Во многих случаях акцент на этих типах конфликтов и прогрессивных моделях заставлял юристов, которые преимущественно работают с практическими разногласиями, уходить из мира медиации обратно в суды.

Одним из таких примеров является модель нарративной медиации, впервые разработанная Уинслейдом и Монком¹⁹, которая продвигает медиативный дискурс к интерпретирующей парадигме и по-новому определяет роль медиатора. Эта модель представляет собой динамический процесс, без структуры, правил или программы, которые известны заранее. Медиатор слушает стороны и реагирует на их изложение фактов (нарративы) и действия, обеспечивая внимательность и рефлексивность²⁰. Основной характеристикой нарративной медиации является её ориентация на язык и дискурс, а главная роль медиатора заключается в том, чтобы создать доверие между сторонами (которое определяется как «вмешательство»), проанализировать первоначальный спорный нарратив и создать альтернативный нарратив, в котором конфликт уменьшается или даже исчезает. Цель нарративного посредничества – провести стороны через образовательный процесс, в котором они научатся бросать вызов своим собственным представлениям о правах в рамках их культурной среды. Эта модель требует культурного мышления, глубокого социального дискурса и отказа от традиционных социальных парадигм.

В отличие от типичных характеристик медиативных моделей, описанных в данной главе, развитие медиации на авторитете предлагает альтернативу, которая происходит из правовых оснований, в поисках юридических решений, учитывающих соглашение сторон и их интересы за рамками права. Эта модель тесно связана с уменьшением количества оспариваемых судебных решений и феноменом «снижающегося числа судебных решений», который превращает правовое поле в сферу соглашений и договоренностей, весьма близких с судебным процессом. Столкновение авторитетного медиатора с миром разрешения споров основано на его статусе как адвоката и правового эксперта. Поэтому в основе развития медиации на авторитете лежит создание таких инструментов и решений, которые вытекают из сферы урегулирования споров, но в то же время тесно связаны с юридическим миром. Сочетание, которое является результатом этого интуитивного, но систематического развития, будет рассмотрено в настоящей статье как юридическая отрасль медиации, заслуживающая изучения и дальнейшего развития. Уникальные характеристики авторитетности как части модели объясняют, как по окончании добровольной, не влекущей применения каких-либо санкций, процедуры²¹ стороны могут

¹⁷ Robert A. Baruch Bush, *Mediation and Adjudication, Dispute Resolution and Ideology: An Imaginary Conversation*, 3 J. CONTEMP LEGAL ISSUES 1 (1989); HOWARD ZEHR, CHANGING LENSES: A NEW FOCUS FOR CRIME AND JUSTICE (1990); ROBERT A. BARUCH BUSH & JOSEPH P. FOLGER, THE PROMISE OF MEDIATION: THE TRANSFORMATIVE APPROACH TO CONFLICT (2^d ed. 2004).

¹⁸ Michal Alberstein and Jay Rothman *Individuals, Groups, Intergroups: Theorizing about the Role of Identity in Conflicts* 28 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 631 (2013).

¹⁹ См. John Winslade & Gerald Monk, NARRATIVE MEDIATION: A NEW APPROACH TO CONFLICT RESOLUTION (1st ed. 2000).

²⁰ Более подробное описание данной модели приводится здесь: MICHAL ALBERSTEIN, THE JURISPRUDENCE OF MEDIATION, 292-397 (2007) (Изр.)

²¹ Термин «санкция» наделяет медиатора определенной коэргитивной силой, что может привести к реальным негативным последствиям. Есть те, кто утверждает, что такая сила действительно существует у медиаторов,

прийти к соглашению, которое зачастую кардинально отличается от их позиции в начале этой медиации²². В теории традиционной медиации такое различие часто объясняется отсылкой к скрытым интересам, которые раскрываются посредством медиации и тем самым полностью изменяют очертания спора (обращаясь к вопросам, которые не были подняты при отсылке к отношениям, эмоциональным потребностям, предубеждениям, и т.д.)²³. С другой стороны, такое кардинальное изменение позиций и готовность сторон отказаться от своих первоначальных требований в процедуре медиации на авторитете объясняется уникальными авторитарными элементами данного процесса, о которых упоминалось ранее: выработка приверженности к достижению соглашения и принятие в этой части авторитета медиатора; включение правовых элементов, эмоциональный дискурс и спокойный диалог между медиатором и сторонами. В данном аспекте, медиация на авторитете черпает свои убедительные методы из традиционной медиации, но в то же время предлагает уникальную форму этого метода, в большей степени приспособленную к правовым нормам и состязательной сфере.

III. МЕДИАЦИЯ НА АВТОРИТЕТЕ: СТАНОВЛЕНИЕ ГИБРИДНОЙ МОДЕЛИ

А. Развитие медиации на авторитете

Первопричины, которые легли в основу новой модели, были как внешними, так и внутренними. Внешне новое восприятие судов относительно медиации создало необходимость в процедуре медиации, которая была бы ориентирована на результат (а не на процесс). Израильская правовая система в поисках способов справиться с растущим числом обращений и неразрешенных дел выявила большое количество дел, возвращающихся в суды после неудачных медиаций²⁴, несмотря на то, что медиация могла улучшить отношения между сторонами и позитивно повлиять на видение сторонами спора. Мы докажем, в свете увеличения числа медиаторов, которые ранее были судьями²⁵, что принимая во внимание результаты таких медиаций, с точки зрения судов, традиционная медиация не смогла реализовать свои цели.

На внутреннем уровне модель развивалась благодаря развивающейся способности медиатора создавать авторитет в рамках процедуры медиации в результате его взаимодействия со сторонами. Это развитие включало метод проб и ошибок, а также использование в процедуре основных элементов правовых оснований для соглашения.

Практика, которую мы здесь описываем, началась как часть работы одного из авторов в качестве юриста, а затем в качестве арбитра, занимающегося делами, которые передавались ему

которые занимаются международными спорами. См.: Omer Shapira, *The Paradox of Power within Mediation: Strength and Weakness in the Relationship between the Mediator and the Parties*, 6 KIRYAT HAMISHPAT 371, 393-96 (2006) (Изра.). См. также DEBORAH M. KOLB, WHEN TALK WORKS: Profiles of Mediators, 417-18 (1997) (где говорится, как в процессах урегулирования спора и медиации, проводимых медиатором Колборн в сфере муниципального жилищного строительства, она пытается убедить стороны, но также упоминает, что альтернативой этому является активизация реальной санкции, которую она может использовать в своей альтернативной роли управляющей процедурой).

²² В различных статьях по-разному описываются различные медиативные способы урегулирования конфликта, включая различные методы и тактики, которые используются в этом процессе, а также вопрос почему и каким образом происходит этот процесс. См.: Robert H. Mnookin, *Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict*, 8 OHIO St. J. ON DISP. RESOL. 235, 247-49 (1993).

²³ Для описания всеобъемлющих нарративов движений по альтернативным способам урегулирования споров, а также того, как использование таких различных методов создает новое понимание конфликтов и процессов смены позиций, см.: Alberstein, *сноска выше* 15.

²⁴ KARNI PERLMAN, DISPUTE RESOLUTION – Applying NON-ADVERSARIAL AND THERAPEUTIC JUSTICE 145,165 (2015) (Изра.); The Committee for the Examination of the Ways to Enhance the Use of Mediation within Israeli Courts, *сноска выше* 5, стр.22-23.

²⁵ См. Peter H. Schuck, *The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent Orange Example*, 53 U. Chi. L. Rev. 337 (1986); Mordehai Mironi, *On the Limitations of Conciliation and the New Message of Mediation*, 6 DIN UDVARIM 487, 504 (2012) (Изра.); Perlman, *сноска выше* 24, стр.145, 165.

судом. Успех в качестве арбитра был основан на его способности принимать решения, а также на его юридической репутации и юридических знаниях²⁶. В то же время, в случаях, когда арбитр обнаруживал существующую неопределенность или двусмысленность в отношении правового исхода или обстоятельств дела, он считал лучшим вариантом побудить стороны к урегулированию спора. Способность арбитра уравновесить то, что он считал «идеальной справедливостью» (комбинация интуитивного впечатления от фактов и реакции на вред или несправедливость), с возможным судебным исходом, создавала то, что с точки зрения сторон называлось сбалансированным соглашением. Основываясь на рефлексии арбитра, соглашение рассматривалось предпочтительнее псевдо-судебного решения (в случае, когда эти два варианта сравнивались с возможным судебным решением по делу, выносимым судьей).

Арбитр начал представлять сторонам возможные правовые сценарии исходя из правовой ситуации, сложностей доказывания, проблем в судебных прениях и иных недостатков, которые могут снизить способность стороны доказать свою позицию. Именно поэтому большинство арбитражей фактически заканчивалось согласованными решениями. Представляется, что передача дела арбитру самим судом, ожидания сторон от участия в ином процессе урегулирования споров и авторитетный способ дискуссии – все эти элементы в совокупности помогли сторонам найти консенсус. Это было похоже на то, что происходит в суде, когда стороны приходят к соглашению после того, как судья выскажет свое мнение о деле и обоснованности требований сторон²⁷.

Частью развития этой уникальной арбитражной практики было вдумчивое обсуждение между арбитром и сторонами касательно доказательной и правовой базы спора, что давало возможность глубокому и критическому процессу размышления, результат которого мог варьироваться от 0 до 100, в отличие от традиционной медиации, которая ведет речь только о компромиссе. Таким образом, заявитель не ожидает удовлетворения части своих требований, так же как ответчик не ждет, что требования к нему будут обязательно уменьшены. Источником этого диалектизма является общее представление медиаторов о медиации, которое рассматривает в качестве основной социальной цели прекращение конфликта между сторонами и создание новых юридически обязательных отношений между ними, под некоторыми условиями содействующих их деловым или другим отношениям.

Активный подход арбитра (медиатора) воспринимался и сторонами, и им самим как естественный, поскольку медиативные элементы данного процесса не были результатом организованного тренинга по медиации, и находились под влиянием в основном прагматической модели медиации (а не трансформативной). Результатом на практике стала гибридная модель, основанная на новой концепции авторитета, которая базируется на авторитетности, но в то же время она шире, она также подразумевает дискуссию по существу дела подобно дискуссии в судебном процессе, но в то же время завершается соглашением, основанным на полной автономии сторон и их полном понимании его содержания и последствий. Это создало новую основу для медиации, что позволило иметь дело с очень сложными делами и создавать сложные соглашения.

Развитие в практике урегулирования споров²⁸, использование авторитета, природа которого до

²⁶ В данном контексте интересно изучить развитие деятельности медиатора Колборн, которая первоначально была назначена церковью и государством на Гавайях ответственной за установление политик и правил, а также уполномоченной по регулированию муниципального жилищного строительства. Из данного статуса, наделенного внешней властью, она превратилась в медиатора или, по ее словам, в «миротворца». См.: Kolb, *сноска выше* 21, стр.417-18.

²⁷ В связи с этим мы будем разделять процедуру “Med-Arb” (сочетание медиации и арбитража) и медиативный процесс, описываемый в настоящей статье. См.: John Blankenship, *Developing Your ADR Attitude: Med-Arb, a Template for Adaptive ADR*, 42 TENN. B. J. 28 (2006).

²⁸ Понятие арбитража превращает медиацию из промежуточного этапа в мире права в альтернативный способ разрешения споров. См. Jacqueline Nolan Haley, *Mediation: The “New Arbitration,”* 17 HARV. NEGOT. L. REV. 61, 63-73 (2012) (в которой автор объясняет медиацию как феномен, воспринимаемый судами как «новый арбитраж»).

конца не была ясна и который еще не использовался в процедурах медиации, стало приемлемым для сторон, поскольку оказалось эффективным инструментом разрешения споров, которые ранее воспринимались как неразрешимые посредством медиации. Стороны осознали, что данная специфическая процедура приносит доказанные результаты, и поэтому они признали авторитет в качестве необходимого и существенного элемента процедуры медиации. Это было очевидно, как для сторон, так и для их адвокатов, которые поняли, что главной целью данного медиативного процесса являлось достижение соглашения; факт, о котором, казалось, забыли в иных известных им альтернативных процедурах урегулирования споров. Кроме того, дискурс, который развивался в данной модели медиации, подобно дискурсу в судебном процессе, был им понятен и тем самым вовлекал адвокатов в процесс. Как следствие, подозрительное отношение к медиации, характерное для многих юристов, уменьшилось, и они стали активными и значимыми участниками процесса поиска договоренностей, который они рассматривали как правовую реальность²⁹. Это было связано с тем, что медиативный процесс включал и отражал с самого начала комплексную нейтральную оценку на ранней стадии возможных исходов судебного процесса (нейтральная оценка на ранней стадии)³⁰. Важная роль юридических представителей стала еще более значимой в случаях медиации по сложным делам, которые включали в себя сложные юридические вопросы в отсутствие ясной судебной практики.

Включение юристов в качестве необходимых и важных участников медиации, в отличие от других моделей медиации, которые, как правило, сводят к минимуму их роль, создало дискурс, очень похожий на судебный процесс. В то же время, в отличие от судебного процесса, медиация на авторитете не имеет никаких ограничений в способности отражать сторонам их собственные позиции. Медиатор является активным участником, ведущим и инициирующим дискуссию, и ему не нужно использовать косвенные, подразумеваемые и скрытые техники, чтобы создать процедуру, нацеленную на достижение соглашения³¹.

Стороны осознали, что при относительно низких затратах они могли бы прекратить юридический спор, даже если сам процесс медиации не помог бы им улучшить отношения, как можно было бы ожидать от более традиционных процедур медиации. Юристы обнаружили, что они могут с высокой степенью уверенности обещать своим клиентам, что результатом медиации станет соглашение, отражающее на практике правовую реальность.

Это та точка, в которой рассматриваемая модель медиации, созданная под авторитетным куполом арбитража, дистанцировалась от компромисса и стала процедурой, результат которой может быть каким угодно. Процедура медиации может привести к тому, что истец полностью откажется от своего иска, когда осознает, что судебное решение может быть менее выгодным; или, с другой стороны, может привести к тому, что истец получит больше, чем он мог бы получить по оспариваемому судебному решению, что в силу ряда процессуальных ограничений сделало бы невозможным использовать все предполагаемые средства защиты. С учетом изложенного, медиация

²⁹ Литература о медиации в одних случаях рассматривает юристов как ненужных и даже приносящих вред, а в других случаях считает их ключевыми игроками процесса медиации, без которых достижение соглашения невозможно. См.: Nancy A. Welsh, *The Current Transitional State of Court-Connected ADR*, 95 MARQ. L. REV. 873, 874-75 (2012) (где обсуждаются негативные последствия включения юристов в обязательные медиативные процедуры). Для иного мнения см.: Carrie Menkel-Meadow, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving*, 31 UCLA L. REV. 754, 763 (1984); Carrie Menkel-Meadow, *The Lawyer as Problem Solver and Third Party Neutral: Creativity and Non-Partisanship in Lawyering*, 72 TEMP. L. REV. 785 (1999).

³⁰ Wayne D. Brazil, et al., *Early Neutral Evaluation: An Experimental Effort to Expedite Dispute Resolution*, 69 JUDICATURE 279 (1985); Wayne D. Brazil, *Early Neutral Evaluation of Mediation? When Might ENE Deliver More Value?*, 14 DISP. RESOL. MAG. 10 (2007).

³¹ См.: Shapira, *сноска выше* 21, стр.393-96.

позволяла обсудить финансовое средство правовой защиты в иске о выселении или в иске о привлечении к ответственности по обязательству о ведении отчетности по счетам.

Уникальное столкновение судов, ориентированных на вынесение судебного решения, и механизма разрешения споров, который развивался в формально-правовой сфере, привело к возникновению исключительной процедуры медиации, объединившей в себе в различной степени элементы традиционных моделей медиации и создавшей новую концепцию авторитета, которую мы обсудим далее.

В. *Определение, структура и особенности*

В отличие от традиционной медиации, медиация на авторитете тесно связана с судом, который передает спор, и, возможно, даже получает свои полномочия от суда³². Медиация проводится таким образом, что рассматривается закон, а также возможные юридические результаты, соглашение утверждается судом и может даже создать прецедент в посредничестве, касающемся аналогичных обстоятельств, или в посредничестве, в котором участвуют одни и те же стороны³³.

Эта модель подходит представляемым сторонам, чьи юристы присутствуют в комнате медиации. Она включает в себя авторитарные элементы, которые соответствуют динамике, характерной для многих встреч в зале суда, когда судья стремится привести стороны к соглашению, даже если он уполномочен вынести решение³⁴. Поэтому мы рассмотрим наличие и использование этого конкретного типа авторитета³⁵, который развивается в работе нейтральной третьей стороны, которая вмешивается в правовой спор по приглашению сторон, и основан на их стремлении к добровольной процедуре урегулирования их спора.

Медиация на авторитете характеризуется включением полномочий, которые как связаны, так и не связаны с авторитетностью и надежностью самого медиатора³⁶. Этот авторитет частично

³² Благодаря уникальным характеристикам медиации на авторитете судьи передают в нее дела, в которых участвует несколько сторон, сложные и способные создать судебный прецедент или имеющие значительное общественное значение, а также апелляции, которые рассматриваются в окружных судах и Верховном суде. В целом, медиация на авторитете обеспечивает разрешение дел, которые традиционно рассматривались (судами и юристами) как немедиабельные. См. Aharon Barak, *On Mediation*, 3 SHAAREI MISHPAT 9, 10 (2002) (Изра.): «Существуют случаи, когда достижение соглашения между сторонами невозможно. Судебное решение необходимо. В других случаях, соглашение между сторонами возможно, но желательнее, чтобы суд вынес решение для создания общедоступного прецедента».

³³ Смотри выступления адвокатов в протоколе судебных слушаний по делу 65143-12- 15 CC (TA) Alias v. Verint systems LTD., (16.11.16) (неопубликованный протокол, копия находится у авторов) (Изра.) (Pliner, J.) («Мы заслушали комментарий суда относительно передачи дела в медиацию в присутствии медиатора [...] который рассматривал аналогичное дело (Galamidi)»). Это дело закончилось медиативным соглашением от 02.10.2017.

³⁴ Perlman, сноска выше 24, стр. 5-17, 29-37, 45-46, 61-81, 169-243. См. также: Yitzchak Zamir, *Mediating Public Conflicts*, 7 LAW & GOV. 119 (2004) (Изра.), в которых автор обсуждает, позволяет ли израильский закон судьям в отставке работать медиаторами.

³⁵ Следует различать общие полномочия и полномочия (авторитет) выносить решение. Другие авторы используют слова «власть» или «влияние» при обсуждении работы медиатора. См.: Sharira, *сноска выше* 21, стр. 386-387 («В области социальной психологии проявляется большой интерес к значению власти, тому, как она создается, мотивам и способам ее использования. Френч и Рейвен (French & Raven) определили социальную власть как потенциальную способность влиять на другого человека, то есть возможность оказывать влияние. Влияние определяется как применение силы одним человеком [...] для того, чтобы вызвать изменения, в том числе изменения в поведении, мнениях, целях, потребностях и ценностях»). См.: John R. P. French Jr. & Bertman H. Raven, *The Bases of Social Power*, in *STUDIES IN SOCIAL POWER* 150,152 (Dorwin Cartwright ed., 1959).

³⁶ Мы предполагаем, что в любой существующей форме медиации присутствуют элементы авторитета, но в контексте рассматриваемой медиации мы стали свидетелями феномена с уникальными элементами авторитета, а широкое применение таких элементов требует от медиатора авторитетности. Таким образом, существует

проистекает из достижения соглашения под руководством медиатора в рамках состязательного дискурса между сторонами и основан на предварительном понимании сторонами важности достижения соглашения³⁷. На основе этого соглашения (чтобы договориться) возникает другая форма авторитета, основанная на отношениях между сторонами и медиатором (мы определим это как «реляционный авторитет»). Этот тип авторитета создается в результате того, как стороны воспринимают нейтральную третью сторону (в результате его действий или репутации), а также динамики, создаваемой в медиативной комнате. Это своего рода случайный авторитет, который формируется в каждой отдельной процедуре медиации, и его форма зависит от уникальных характеристик каждого спора и сторон, являющихся его частью.

В этом контексте можно считать, что любой медиатор, практикующий инструменты авторитетной модели, установит авторитет в своей собственной форме. Однако мы все же можем определить общие параметры, которые не зависят от какого-либо конкретного медиатора, и которые проявляются в любой процедуре медиации, основанной на авторитетности. Это репутация³⁸, богатый практический опыт применения данного метода, что развивает способность успешно варьировать между юридическим и эмоциональным дискурсами; глубокое юридическое понимание и способность использовать право как инструмент медиации; тесная связь с судом и сильная приверженность медиатора к собственному предложению³⁹.

В отличие от традиционной медиации, дискурс в медиации на авторитете не фокусируется на поиске креативных решений, способных принести выгоду всем сторонам⁴⁰. Хотя эти традиционные парадигмы, по-видимому, повышают исполнимость осмысленного соглашения, даже с точки зрения выгоды для социального порядка, некоторые вопросы требуют прояснения: во-первых, способность медиатора повышать число возможных решений благодаря его оригинальности. Во-вторых, готовность сторон видеть благо в решении, которое не отвечает их первоначальным устремлениям. И, наконец, способность проводить различие между правовой реальностью, с которой стороны начали, и продвигать возможные решения, не вытекающие из нее и даже порой противоречащие возможным правовым решениям. Обратите внимание, что способность приводить стороны к соглашению, которое сводит на нет возможный юридический результат, требует процесса преобразования восприятия сторонами своего собственного блага⁴¹. Совершенно не ясно, как медиация, которая ограничена во времени и проводится под надзором суда и в соответствии с установленными законом сроками, обеспечивает необходимые условия для достижения такой трансформации.

гордиев узел между личностью медиатора и уникальным способом использования элементов авторитета в процедуре медиации. В связи с этим, мы можем допустить существование авторитетного посредника вне медиации на авторитете и наоборот.

³⁷ Парадигма заключается в том, что медиация развивает другой тип дискурса, который не является состязательным. Предполагается, что в рамках медиации, которая фокусируется на открытом диалоге, основанном на интересах, нет места для состязательного дискурса, который фокусируется на правах и правовых вопросах. В действительности, мы будем утверждать, что переход из суда в медиативную комнату, по крайней мере, в начале процесса, и до того, как медиатор начнет работать над изменением дискурса, сопровождается состязательным тоном.

³⁸ В отличие от личностного аспекта такой репутации, мы рассматриваем ее как достоинство самого процесса.

³⁹ Margaret Shaw, *Mediators Proposals: Let me Count the Ways*, 18 DISP. RESOL. MAG., Winter 2012, стр.27, 29.

⁴⁰ Fisher & Uri, *сноска выше* 9.

⁴¹ Глубокие изменения в восприятиях сторон позволяют им выработать новое понимание конфликта и возможных путей его разрешения, что характерно для трансформативной медиации, которая подчеркивает важность расширения возможностей сторон и оказания им помощи в повышении способности контролировать свое собственное будущее. Только в этом смысле авторитетный элемент медиации, который мы обсуждаем в данной статье, фактически формирует процесс расширения личных возможностей, а не уклонения сторон от решения, в условиях, когда третье лицо является тем, кто принимает решение.

Медиация на авторитете не является форумом свободных переговоров, который не ограничен никакими правилами или отделен от правовой реальности. Скорее, она способствует юридической дискуссии, которая не уходит от гуманистических и даже эмоциональных аспектов, которая учитывает важнейшие интересы сторон и реальную исполнимость посредством формальной юридической процедуры. Например, когда одна сторона твердо стояла на своей позиции, потому что была уверена, что закон на ее стороне, или потому что адвокаты в этом ее убедили, медиатор не побоялся высказать противоположное мнение с детальным анализом правовой ситуации, таким образом, что истец отказался бы от своих требований или предоставил ответчику средства правовой защиты, которые не были включены в его первоначальный иск.

В этой модели стороны и их адвокаты должны прийти в медиацию настолько подготовленными, как если бы они предстали перед судом в слушаниях. В основном это связано с тем, что большинство дел заканчиваются соглашением уже по окончании первой встречи⁴². Другие модели медиации предполагают, что медиатору не обязательно и даже не следует читать заявления сторон, чтобы достичь соглашения⁴³. Вопреки этому мнению, в рамках медиации на авторитете стороны должны представить медиатору все материалы дела, и им может быть дополнительно предложено изложить позицию по конкретным аспектам, чтобы обеспечить медиатору информативную и взвешенную оценку спора.

На протяжении раннего периода перехода от арбитража к медиации большинство дел передавалось медиатору нижестоящими судами (судами первой инстанции), и медиатор проводил две-три медиации в день. В более чем 95 % случаев было достигнуто соглашение. Это способствовало созданию модели и узаконило авторитет медиатора как неотъемлемую часть процесса. Процедура медиации на авторитете, при которой медиатор высказывает четкое мнение относительно результата, требует от него большой осторожности в действиях, чтобы стороны могли достичь соглашения самостоятельно, а не под каким-либо давлением⁴⁴. Поэтому все медиации проводились только в присутствии адвокатов, которые могли отразить сторонам предполагаемую реальность и юридическую оценку, предоставленную медиатором (без его присутствия), таким образом, чтобы стороны могли свободно оценить, наряду со своими юристами, различные варианты, их значение и последствия⁴⁵.

Иногда, когда на пути соглашения стояли эмоциональные или поведенческие факторы, медиатор мог сидеть со сторонами без присутствия их адвокатов. Но это было возможно только с одобрения адвокатов, которые позднее были проинформированы медиатором о ходе переговоров. Частью авторитета медиатора, по отношению к адвокатам, помимо его полного ознакомления с

⁴² На основе данных, собранных за годы практики одного из авторов этой статьи и проанализированных с целью объяснения новой модели, предложенной в данной статье, мы обнаружили, что более чем в 90 % случаев стороны пришли к соглашению, и в 80 % этих случаев соглашение было достигнуто уже после одной медиативной сессии. Например, за 2012 - 2015 годы было заключено 344 соглашения по результатам единственной медиативной сессии из числа 430 дел, переданных из суда в медиацию.

⁴³ См., например: Riskin *сноска выше* 3, стр. 28-29; Alberstein, *сноска выше* 21, стр. 181 («Современное посредничество обычно характеризуется деятельностью по урегулированию спора, которая не основана на правовых позициях и требованиях сторон, а скорее основана на интересах и решении проблем»).

⁴⁴ SARAH BEN-ARZI, THE MEDIATOR'S RESPONSIBILITY: ADVISE AND OPINION BY THE MEDIATOR, 311- 349 (2012) (Изр.).

⁴⁵ Такой подход, как уже отмечалось ранее, отличается от иных традиционных форм медиации, в которых адвокат считается второстепенным по отношению к процессу. См. Welsh, *сноска выше* 29, стр. 874-75; но см. Menkel-Meadow, *сноска выше* 29. Медиация на авторитете направляет стороны сквозь процесс реализации правовой реальности в противовес их первоначальным ожиданиям, а также, возможно, и правовому исходу дела, как он был представлен каждой стороне ее адвокатом. Таким образом, адвокаты стали эффективными, неотъемлемыми сторонами этого процесса, который тесно связан с правовым миром, что требует постоянного присутствия адвоката.

материалами дела, было их внедрение в открытый, рациональный интеллектуальный⁴⁶ дискурс и повышение их веры в то, что такой дискурс может привести к исходу, который полностью отличается от того, что они сами ожидали в начале судебного процесса. Проницательность, которая может возникнуть в результате такой реализации, превращает адвокатов в «руку власти» медиатора, и он даже определяет их как таковых перед сторонами. Таким образом, как только адвокат убедится в том, что оценка и предложение медиатора основаны на глубоком понимании закона и фактов дела, он может отзеркалить своему клиенту авторитет медиатора, повышая тем самым его собственное доверие к медиации и медиатору. Мы должны подчеркнуть, что этот метод требует от медиатора большого уровня деликатности, с тем, чтобы он не нанес ущерб доверию сторон к своим адвокатам, которые могли рисовать для них иную правовую реальность, нежели он сам. В связи с этим, если медиатор находил, что адвокат представил стороне правовую реальность, которая резко отличалась от оценки дела медиатором, или, если медиатор обнаруживал ошибки в работе адвокатов, он обозначал такие вопросы перед адвокатом, а не перед сторонами, что позволяло адвокату выбрать способ, как преподнести такие вопросы своему клиенту.

Из анализа данных по делам, рассмотренным в медиации в течение трех лет (в основном это были дела магистратских судов) мы находим, что в 90 % случаев соглашение было достигнуто уже после одной медиативной сессии. Как только соглашение достигнуто, медиатор излагает его в письменном виде. Затем стороны немедленно подписывают его, и оно передается в суд для утверждения и придания соглашению юридической силы. Стороны и их адвокаты осознали, что первая медиативная сессия как правило является и последней. Поэтому они прибывают подготовленными к этой сессии, чтобы быть в состоянии наилучшим образом представить свои аргументы и интересы, и убедиться, что на ней присутствуют лица, уполномоченные подписать соглашение.

С годами этот процесс создал четкую и предсказуемую практику для тех, кто был заинтересован в участии в медиации, тесно связанной с законом и приводящей к результатам, которые соответствуют предполагаемым целям или расходам судебного процесса. Правовая альтернатива стала неотъемлемой частью разработки соглашения, а также главным фактором в готовности сторон принять условия такого соглашения. Соответствующие правовые нормы, которые применялись к каждому делу, не только не были забыты в комнате медиации, но были фактически подчеркнуты и тщательно изучены как часть интересов сторон в урегулировании спора.

С. Модель на практике

Быстрое развитие модели медиации на авторитете и ее включение в работу судов по причине как ее характеристик⁴⁷, так и результатов, которые она дала, подготовили почву для передачи в медиацию более сложных дел, которые рассматриваются в окружных судах, а также уникальных апелляций Верховного суда. Судьи осознали, что дела, которые ранее воспринимались как не медиабельные, или как те, которые требуют судебного решения, поскольку поднимают фундаментальные правовые и социальные вопросы, фактически заканчиваются соглашением по истечении всего одной медиативной сессии⁴⁸. Это открытие побудило судей активно рекомендовать

⁴⁶ Мы используем термин «рациональный» дискурс для описания процесса, в котором разум используется как инструмент для исследования стремлений и ожиданий. Одним из основных инструментов медиации на авторитете является разум, поскольку разум может существенно изменить сознание сторон и создать общий язык между сторонами и медиатором.

⁴⁷ Дело №59007-01-12 DC (TA) *Shmueli v. Ellectra Constructions Ltd.* (07.01.16), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.).

⁴⁸ Даже если рассматривать практику рассмотрения сложных дел в окружных судах и Верховном суде, процент дел, заканчивающихся мировым соглашением, не был значительным и даже уменьшался. В то время как

медиацию на авторитете и сотрудничать с ней.

Тот факт, что эта уникальная модель была погружена в правовой опыт, который во многом отражает то, как сами судьи пытаются продвигать решение, основанное на согласии сторон, в зале суда, и то, что медиатор говорил на том же языке, что и суд (как было видно из соглашений, представленных в суд на утверждение) - все это сделало сотрудничество и диалог между медиатором и судьей еще более активными и эффективными. Это выразалось в следующем: суд стал сторонником этой уникальной модели медиации, что повысило ожидания сторон о приходе в медиации к соглашению. Судьи объясняли свой выбор передавать конкретные дела именно в медиацию на авторитете (по сравнению с иными видами медиации), основываясь на сложности дела, отсутствии прецедента или возможности того, что судебное решение не положит конец спору между сторонами и даже может привести к обострению ситуации⁴⁹. Кроме того, суд смог рассказать сторонам об уникальных экспертных навыках медиатора в конкретных правовых областях, таких как вопросы интеллектуальной собственности, которые еще не были урегулированы в прецедентном праве⁵⁰. Наконец, судьи согласились откладывать слушания по делу на продолжительное время (иногда на десять месяцев или более), поскольку они осознали, что период ожидания первой медиативной сессии медиации на авторитете превышал период ожидания таких сессий к другим медиаторам⁵¹. Готовность судей подстроить график суда к возможным датам медиации и то, как они относились к процессу, способствовало установлению авторитета медиатора и позиционированию этой модели медиации как отличающейся от других альтернативных механизмов разрешения споров⁵². Между медиатором и

согласно данным за три года, более 80 % медиаций завершилось соглашением уже после одной медиативной сессии.

⁴⁹ См. Дело №65143-12-15 СС (ТА), *Alias v. Verint Systems Ltd.* (16.11.2016) (неопубликованная стенограмма) (копия находится у авторов) (Изра.); Дело № 9033/14 СА, *Churi v. Castodia di Tara Santa* (19.05.16), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.).

⁵⁰ См. Протокол судебного заседания по делу 25360-11-11 СС (ТА) *Sendako v. Dasa* (03.04.2016) (неопубликованная стенограмма) (Изра.): «Следует упомянуть, что процедуры медиации, проводимые адвокатом Габриэли, хорошо известны своей эффективностью, что мы видим и в данном деле. В связи с тем, что сторонам ясен путь к решению, я предлагаю им вернуться к медиатору ... чтобы завершить формулировки соглашения». См. также ААМ 4471/13 СА, *Elad Israel Residence Ltd. v. Appeals Sub-Committee of the Israeli Planning Institute* (11.1.16), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.) («В духе того, что было сказано в ходе этого судебного заседания, в последней попытке достичь соглашения по такому сложному делу, процедура медиации будет продолжена на предстоящей сессии, дату которой назначит медиатор»); СА 8145/13 *Korem v. Anana Ltd.* (02.10.2014), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.) («Стороны приняли предложение суда о передаче дела в медиацию с участием адвоката Габриэли»).

⁵¹ См., например: Дело 14712-08-14 DC (ТА), *Shmuel v. Gindi Ltd.* (01.12.2015), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.): «Мне известно, что у медиатора очень плотный график. Тем не менее, учитывая уникальные обстоятельства данного дела, я буду признателен, если вы сможете пригласить стороны на медиативную сессию как можно скорее [...] Я приостанавливаю судебное разбирательство по всем связанным делам на 4 месяца»; дело 35053-09-11 СС (ТА), *Yaakov and Elazar Avrahami Construction Co. Ltd. et al. V. Mendelson* (29.12.2011) Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.): «Адвокаты сторон свяжутся с медиатором для назначения даты медиативной сессии. До тех пор, пока я не получу уведомление медиатора о состоявшейся медиации, с заключением соглашения или без него, вынесения решения не будет»; дело 3699-01-14 СС суд малых исков (ТА), *Municipality of Tel Aviv-Jaffa v. Hayun* (26.04.2015) Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.): «Я считаю, было бы разумно направить стороны к медиатору. В этом случае я бы рекомендовал передать дело адвокату Амосу Габриэли [...] Очевидно, если медиация будет успешной, будет не только сэкономлено драгоценное судебное время, но и сами стороны смогут положить конец своим конфликтам в гораздо более короткий период времени».

⁵² Простое использование термина «альтернатива» позиционирует медиацию как процесс низкого качества и подчиненный юридическим процедурам. Похоже, что медиация на авторитете несколько изменила эту давнюю точку зрения. См.: Susan S. Silbey, *Making a Place for Cultural Analyses of Law*, 17 LAW & SOC. INQUIRY 39, 46 (1992); Peter Fitzpatrick, *The Impossibility of Popular Justice*, 1 SOC. & LEGAL STUD. 199, 202-203 (1992); Martha Fineman, *Dominant Discourse, Professional Language and Legal Change in Child Custody Decision Making*, 101 HARV. L. REV. 727, 754, 757 (1998).

судом возник диалог, основанный на взаимном доверии, возникшем из общего языка⁵³. Таким образом, медиация превратилась из альтернативной модели разрешения споров в параллельный процесс, который предлагает различные решения одних и тех же споров, находящихся на рассмотрении суда⁵⁴.

Модель была хорошо применима в отношении дел, которые находились на стадии апелляции⁵⁵; дел, в которых участвовало много сторон, где любое решение может привести к дополнительным искам к новым сторонам⁵⁶; дел, которые велись в судах в течение многих лет, но окончательное решение по ним еще не было принято⁵⁷; дел, поднимающих вопросы права и принципов, стороны которых были заинтересованы не в правовом прецеденте, а скорее в решении конкретного спора; дел, в которых не может быть применен четкий прецедент, или когда требовались обширные исследования во внесудебных областях, таких как споры в патентном праве.

Кроме того, и исходя из результатов, модель была признана подходящей и для административных дел. В течение многих лет правительственные органы воздерживались от использования альтернативных процедур разрешения споров. Принято считать, что дела с участием государства требуют публично открытого обсуждения по существу, как части требования прозрачности и равенства, так как в них часто поднимаются вопросы принципов и социальных ценностей или они связаны со значительным дисбалансом власти между сторонами. Кроме того, казалось, что степень доверия к медиаторам, которые не были судьями в отставке, была не очень высокой⁵⁸.

Однако со временем у правительственных органов возникла необходимость обратиться к альтернативному механизму разрешения споров, и они познакомились с этой уникальной моделью медиации, которая подчеркивает правовой дискурс как неотъемлемую часть медиации. Тенденция государственных адвокатов обращаться к медиации на авторитете росла, и в некоторых случаях они обращались к медиации, чтобы получить независимую экспертную оценку третьей стороной

⁵³ Возможно из-за отсутствия подробных знаний о методах, которые медиатор использует для урегулирования таких сложных дел, медиация на авторитете воспринимается судами как новый тип арбитража - процедуры, которая более понятна судьям, и которая ассоциировалась с соглашениями, представляемыми на утверждение суда. Указанное может объяснить высокий уровень доверия к этой модели медиации, имеющей общий юридический язык. См.: *Nolan Haley*, сноска выше 28, стр.63-73.

⁵⁴ См., например, пример судебного решения по делу CA 9748/05 *Yahalomi Liel v. Mizrahi Bank* (15.10.2012) Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.); см. также дело CA 7139/11 *Liovin v. Sagiv* (14.01.2015), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.), в которых суд, по своей инициативе, просит медиатора постараться назначить медиацию на более раннюю дату, принимая во внимание возраст сторон.

⁵⁵ Дело №8145/13 CA, *Korem v. Anana Ltd.* (2 октября 2014), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.).

⁵⁶ См., например, Дело №48277-01-12 CC (Hi) *Cohen v. Mekorot Nat'l Water Co.* (8 декабря 2016) (неопубликованная стенограмма) (Изра.).

⁵⁷ Дело №13-04-3316 CC (TA), *TA (Tel-Aviv District Court) Israel v. Credit Lines Israel Ltd.* (11 мая 2016), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.).

⁵⁸ Несмотря на увеличение случаев использования государством медиации и других альтернативных механизмов разрешения споров, на практике по-прежнему существует множество барьеров, препятствующих широкому использованию этих механизмов административными и правительственными структурами. См. *Mediating Cases that Involve the State as a Party, Attorney General Guidelines* 6.1203 (2011) (Изра.); *Zamir, сноска выше* 34 (где обсуждаются руководящие принципы использования медиации в делах с участием государства). Подобное отношение характерно и для правительственных и административных органов в Великобритании. В исследовании, проведенном в Великобритании среди 145 юристов, представляющих административные органы, было названо пять основных объяснений в поддержку того, что административные дела не подходят для медиации: жесткие временные рамки, которые требуются в таких случаях; тот факт, что такие дела часто связаны с публичными нормами или политикой, и особенно с вопросами прав человека; когда государство убеждено в силе собственных аргументов и нет смысла в урегулировании спора; высокая стоимость медиации и типичный дисбаланс власти между сторонами. См. *Varda Bondy et al., MEDIATION AND JUDICIAL REVIEW: AN EMPIRICAL RESEARCH STUDY* 38 (2009).

фактической правовой позиции государственного органа⁵⁹. Административные органы, которые проявляли особую осторожность в трате государственных средств, почувствовали большее доверие к этой процедуре, когда осознали, что с ними обращаются не как с «толстым кошельком», а предлагаемое решение является результатом обоснованного юридического обсуждения относительно надлежащего административного поведения. Как следствие, медиация на авторитете стала адекватным и общепринятым плацдармом для медиации с участием государственных или административных органов, а ответственные представители властей обычно одобряли рекомендации медиатора по разрешению споров⁶⁰.

В связи с этим мы должны отметить, что описываемая модель медиации, требующая присутствия в медиации лиц, уполномоченных заключать соглашение, была принята государственными органами. Уполномоченные лица лично участвуют в медиации, и по заключению медиативного соглашения они обязуются рекомендовать утверждающим органам (обычно министерству финансов) утвердить соглашение «как есть» без изменений. Таким образом, утверждение соглашений государственными и муниципальными бухгалтерами стало намного проще. Простое приглашение и согласие принять участие в процедуре такого типа уже создает ожидание достижения соглашения, ожидание, которое обычно выполняется само по себе.

Тот факт, что административные органы одобряют соглашения, заключенные в процедуре медиации на авторитете, и обязаны их исполнять, порождает желание у частных лиц участвовать в медиации с государством, которая долгие годы считалась бесполезной. В прошлом частные организации знали, что государство или его административные органы не идут в медиацию, поскольку им было легче принять судебные решения, даже если их результаты были хуже, чем то, что можно было бы достичь при посредничестве. Медиация на авторитете в своем требовании участия в ней только уполномоченных высокопоставленных лиц создает ожидание, основанное на прошлых делах, достижения соглашения уже после одной сессии, таким образом, восстанавливает веру частных лиц в способность достижения соглашения с административным органом, отличного от судебного решения⁶¹.

⁵⁹ Это требование основано на растущем числе дел с участием государства, которые были переданы в медиацию, а также на позиции соответствующих государственных должностных лиц, которые обращаются к медиатору. Кроме того, главный бухгалтер утверждает смету по более высоким ставкам, по сравнению с теми, что уплачивались в других посреднических процедурах. См., например, решение в Деле № 21014-02-11 СС (СГ) Karni Ltd. v. Israel (19 сентября 2017) (неопубликованная стенограмма) (Изр.), в котором судья согласился отложить проверку доказательств по делу, стороной которого выступало государство, в связи с просьбой сторон о проведении медиации с участием адвоката Габриэли: «Суд также считает, что желательно попытаться разрешить спор с помощью медиации, даже за счет отсрочки судебных процедур, особенно с учетом того, что медиацию будет проводить адвокат Габриэли, чей успех в этом отношении бесспорен». Еще один пример случая, когда государство уже участвовало в одной сессии медиации, но неуспешно, и согласилось повторно провести медиацию на авторитете, так как данный вид медиации на практике существенно помогает суду в рассмотрении такого рода дел, можно найти в CA Magistrate Court (Ashkelon), 6/09 Local Planning Institute Ashkelon v. A.C.H.A. Millennium Constructions Ltd. (2 февраля 2012) (неопубликованная стенограмма) (Изр.).

⁶⁰ В период с 2012 по 2017 медиатор рассмотрел 132 дела, в которых участвовало государство, местный муниципалитет, или другой административный орган. В 110 из этих дел стороны пришли к соглашению, 15 дел все еще рассматриваются (с экспертами и т.д.), и только 7 дел были возвращены в суд в отсутствие соглашения между сторонами.

⁶¹ Отметим, что существует распространенное мнение, что слово «публичный» не подходит для конфиденциальности, которая характеризует медиацию и ее проведение в частной сфере. Одной из характеристик медиации, которая тесно связана с юридической реальностью (как медиация на авторитете), является размывание границ между публичной и частной сферами. В данном контексте мы можем показать, что соглашения, заключенные по результатам медиации с участием публичных субъектов, послужили стандартом для разрешения будущих конфликтов с участием тех же субъектов. Кроме того, публикация условий урегулирования споров между местными муниципалитетами и их работниками, или даже их применение в каком-либо государственном учреждении придает соглашению общественный аспект, хотя и ограниченный, в рамках деятельности таких органов управления. Когда соглашение утверждается судом и решение публикуется, стороны могут рассчитывать,

Таким образом, медиация на авторитете возникла как оценочная процедура в арбитраже, и развивалась как посредничество в делах, передаваемых судами мелких тяжб, достигла успеха в сложных делах, передаваемых окружным и верховным судом, и в конечном итоге получила уникальную репутацию как посредничество в публичных делах, включающих правительственные и административные органы. Этот процесс развития сопровождался интенсивным диалогом с судами и их постоянной поддержкой и доверием, что демонстрировалось в передаче дел, готовности корректировать график работы суда и, наконец, утверждению соглашений, которые были достигнуты посредством медиации.

IV. МЕДИАЦИЯ НА АВТОРИТЕТЕ: ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ВЫВОДЫ

В этой главе мы предложим предварительные результаты наблюдений за медиацией на авторитете, которые мы провели, в сочетании с некоторыми интервью с медиатором. Мы будем ссылаться на элементы данной процедуры, которые, по-видимому, отличают ее от других моделей посредничества - как они описаны в литературе или основываясь на нашем собственном знакомстве с такими моделями⁶². Во время наших наблюдений мы пытались ответить на наш исследовательский вопрос, который проистекает из двух явлений, которые мы упомянули выше - все более широкое использование медиации наряду с ее ограниченным успехом и феномен «сокращения судебных решений», заключающийся в уменьшении числа судебных дел, которые завершаются вынесением оспариваемого судебного решения. Что уникально в этой модели медиации, которая развивается как часть отношений между вынесением судебного решения и медиацией, и какова роль авторитета в ней?

В проведенных нами наблюдениях мы определили несколько повторяющихся тезисов, которые дают частичный ответ на эти вопросы. Мы представим эти тезисы вместе с результатами наших бесед с медиатором, а также юридическими документами, которые относятся к этому уникальному процессу⁶³.

А. Ожидание медиации и репутация медиатора

Значительная часть успеха медиации на авторитете может объясняться ожиданиями, которыми стороны «живут» в ожидании медиативной сессии. Среднее время ожидания составляет более десяти месяцев, но стороны соглашаются на этот длительный период, чтобы поучаствовать в процедуре,

что схожие решения будут применяться в аналогичных случаях. Кроме того, прецедентные соглашения часто хорошо известны в группах, имеющих аналогичные конфликты с государством, и само государство часто ставит свое согласие под условие публикации соглашения и его применения к аналогичным делам.

⁶² Как часть процесса исследования медиации на авторитете, двое из авторов настоящей статьи присутствовали в качестве наблюдателей в медиативной комнате в течение четырех дней и наблюдали процедуру медиации в четырех различных случаях. В одном из случаев государство было непосредственным участником медиации, в другом - административный орган, а в третьем и четвертом делах рассматривались сложные споры с участием частного бизнеса на существенные денежные суммы. В трех процедурах, которые мы наблюдали, стороны пришли к соглашению в тот же день. В четвертом случае по истечении первого дня медиации стороны договорились о следующей сессии и подписали соглашение относительно будущих процедур, включая присоединение к медиации иных сторон в смежных делах, включая крупный коллективный иск. Хотя наше наблюдение за медиацией было одобрено сторонами, мы решили, в целях ненанесения ущерба их частной жизни и конфиденциальности самой процедуры, что мы не будем описывать детали самих дел, а сосредоточимся на действиях медиатора. Касательно общего рассуждения по поводу инструмента наблюдений, см.: MICHAEL ANGROSINO, DOING ETHNOGRAPHIC AND OBSERVATIONAL RESEARCH (2007).

⁶³ Наш метод частично основан на предыдущих исследованиях, проведенных в Соединенных Штатах, в которых изучалась работа различных посредников, чтобы выяснить, основана ли их практика на уникальных методах, и можно ли эти методы определить как модели с четкими характеристиками, которые могут быть применены и другими посредниками. Смотрите, например, Kolb, *статья выше* 21, стр. 417-18; Daniel M. Klerman & Lisa Klerman, *Inside the Caucus: An Empirical Analysis of Mediation from Within*, 12 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 686 (2015).

пользующейся очень высокой репутацией. Растущее ожидание сторон прийти к соглашению увеличивает их стремление в действительности заключить соглашение, раз уж они так долго ждут процедуры, основой которой является убеждение и согласие. Медиативная встреча, следовательно, является окончанием длительного периода ожидания, который начался, как только стороны выбрали этот путь. Как упоминалось выше, этот выбор в значительной степени основан на уникальной репутации медиативного процесса, которая проявляется в следующем: во-первых, в юридическом сообществе медиация на авторитете пользуется большим признанием и отмечается высоким уровнем сотрудничества со стороны адвокатов. Во-вторых, она пользуется признанием со стороны суда – суд направляет дело в медиацию, соглашается отложить судебный процесс на такой длительный период в ожидании медиации, а также во многих судебных решениях суд ссылается на медиатора и его успех. Например, в одном решении суд пишет: «медиатор приобрел известность как миротворец»⁶⁴. А в другом решении суд пишет, что медиатор, похоже, обладает «магическими способностями»⁶⁵. Во время наблюдения, которое мы провели в мировом суде (в отношении другого исследования) мы встретились с судьей, который сказал сторонам:

«Нам нужен хороший медиатор, здесь много эмоций, это классический случай для медиации ... может быть, мы должны отправить вас к волшебнику?».

Адвокаты спрашивают судью, имеет ли она в виду Амоса Габриэли, и она подтверждает. Позже она говорит: «Мы превратили Габриэли в бога медиации. Я думаю, он использует хороший подход»⁶⁶.

В дополнение к ссылкам во многих других судебных решениях, можно найти более чем несколько статей о методе и успехах медиатора⁶⁷. Похоже, указанные статьи хорошо известны сторонам, прибывшим на встречу с медиатором. В одной из медиаций мы наблюдали, как стороны буквально ссылались на тот факт, что до того, как обратиться к медиатору, они читали о нем, и упомянули его оценку как «волшебника»⁶⁸. На второй сессии мы заметили, как одна из сторон сказала медиатору: «Все, что о вас говорят – правда, вы действительно особенный человек».

В. Обстановка при проведении медиации

Медиативная комната расположена в скромном офисном здании в периферийном городе

⁶⁴ Дело №41605-03-11 DC (ТА) Eizenberg Property Group v. Haaretz (9 ноября 2011), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.).

⁶⁵ Дело №11736-07-10 DC (ТА) Ellectra Constr. Ltd. v. Assuta Health Servs. (25 декабря 2011), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.).

⁶⁶ Данное наблюдение было проведено 1 января 2017 года в суде Хашалом в Тель-Авиве в рамках исследования, посвященному судебной системе посредничества (файл имеется у авторов). См. в общем JCR Collaboratory, www.jcrlab.com (последнее посещение – 17 ноября 2018).

⁶⁷ См., например: Yaffa Glik, *The National Mediator*, Haaretz Magazine, 17 сентября 2015 (Изра.); Hadas Magen, *Head to Mediation*, Globes, 6 февраля 2014 (Изра.); Lee-Or Averbach, *A Compromise Between Uvda and Yoram Levy, Regarding the Prinyan Brothers' Investigation*, Globes (30 мая 2011), www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000650147 (Изра.); Einav Shiff, *A Mediation Agreement Reached Between Arik Ainshtein and Michael Tapuach*, Walla Culture, 5 июня 2009 (Изра.).

⁶⁸ См., например, Дело №11736-07-10 DC (ТА), Ellectra Constrs. Ltd. v. Assuta Health Servs. (25 декабря 2011), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.); Дело №26951-01-11 DC (ТА), Arbel v. Spirocor Ltd. (18 апреля 2012), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.). В связи с этим мы можем говорить о некоем мифическом восприятии медиатора, формирующего определенный авторитет, основанный на личной харизме, как описывает Макс Вебер. В данной статье мы пытаемся представить структуру, которая может объяснить «магию», и в этом отношении статья является частью «развенчания» данного процесса. См.: MAX WEBER, ON CHARISMA AND INSTITUTION BUILDING (Shmuel Noah Eisenstadt ed., 1968); MAX WEBER, THE THEORY OF SOCIAL AND ECONOMICAL ORGANIZATION (Talcott Parsons ed., A.M. Henderson & Talcott Parsons trans., 1947); Peter N. Thompson, *Enforcing Rights Generated in Court-Connected Mediation - Tension between the Aspirations of a Private Facilitative Process and the Reality of Public Adversarial Justice*, 19 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 509, 514 (2004) («Посредник вправе свободно использовать свою «магию» на участников, устанавливая правила процесса, а затем использовать эти правила для обсуждения условий соглашения»; John W. Cooley, *Mediation Magic: Its Use and Abuse*, 29 LOY. U. CHI. L.J. 1, 7 (1997).

Израиля. На первом этаже находится полупустая кофейня, где иногда встречаются стороны до начала медиации. Ощущение отдаленного маленького городка (по сравнению с офисами в центре Тель-Авива). Сама медиативная комната не очень большая. Широкий овальный стол с глубокими линиями, направленными на медиатора, занимает большую часть комнаты. Жалюзи закрыты, и окружающей среды не видно. Это похоже на замкнутое пространство. Стороны сидят по обе стороны стола. Во главе стола сидит медиатор, а рядом с ним адвокаты. За медиатором стоит большой книжный шкаф. Книга «Как думают судьи»⁶⁹ представлена на боковом столике. Во время медиации подаются напитки и легкие закуски. Заказ напитков, выбор закусок, подача их на стол - решение всех этих вопросов помогает создать приятную и непринужденную атмосферу в начале встречи. Позже мы узнаем, что обед не подается, а медиация длится в течение многих часов (одна сессия, которую мы наблюдали, завершилась после 21:00), без перерывов. Длительное пребывание в закрытом помещении (в одной комнате или в отдельных комнатах), с одной стороны, может способствовать возникновению ожиданий, а с другой - развитию прагматической, деловой, ориентированной на соглашение атмосфере, которую можно даже назвать немного спешной⁷⁰. На одной из сессий медиатор пошутил: «Мы подаем плохой кофе и создаем невыносимую температуру в комнате, чтобы поскорее закончить процедуру».

Также в этом контексте интересно отметить, что после достижения соглашения медиатор вместе с командой формирует детальный документ за очень короткое время (20-30 минут). Затем юристы получают этот документ, просматривают его и предлагают изменения и дополнения. После этого стороны и их адвокаты подписывают соглашение. В одной из процедур медиации, которую мы наблюдали, мы увидели, что с момента достижения соглашения прошло менее часа, прежде чем стороны подписали соглашение, после того, как оно было рассмотрено и уточнено их адвокатами, с учетом времени, затраченного на консультации с бухгалтером относительно налоговых последствий такого соглашения. Эта процедура завершилась поздно ночью после очень долгой сессии медиации. Соглашение было отправлено в суд для утверждения в ту же ночь.

С. Вступительное заявление

Начало медиативной сессии медиатором является особенно значимым моментом, и в некоторых случаях может длиться до получаса. В своем вступительном заявлении медиатор формирует процесс медиации, определяет его правила, создает предварительные связи с участниками и задает желаемый тон для разговора. В медиации, которую мы наблюдали, можно отметить некоторые сходства во вступительных заявлениях, и особенно в тех посылах, которые они содержали. Медиатор определил дискурс в рамках медиации как открытый, свободный от ограничений:

«Мы говорим открыто и честно, мы называем вещи своими именами, нет смысла притворяться. В медиации нет места неправдивым заявлениям. [...] В этой процедуре правда имеет решающее значение. [...] Правда важна как для меня, так и для вас самих, и именно она создаст основу для правовой дискуссии».

⁶⁹ См. RICHARD A. POSNER, *HOW JUDGES THINK* (2010).

⁷⁰ В этой связи интересно отметить, что ввиду растущего числа просьб сторон аннулировать медиативные соглашения по причине давления или неправильного понимания их содержания и, с другой стороны, просьб о принудительном исполнении медиативных соглашений, которые не исполняются сторонами, существует предложение, согласно которому сторонам будет предоставлен «период обдумывания» в несколько дней (по законодательству), в течение которого они могут отказаться от соглашения после того, как свободно пересмотрят его условия. 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).

Цель процесса - достижение соглашения - четко представлена:

«Я заинтересован в соглашении. И я надеюсь, что вы тоже. Я предпочитаю закончить все за одну встречу и пойти домой».

Затем медиатор продолжает описывать уникальные характеристики медиации. Он ссылается на стандартные элементы посредничества, такие как передача решения в руки сторон. Но особенно важно, что он отделяет медиацию от судебной процедуры. Посредничество представляется как «временное перемирие», сфера для открытого разговора и творческих решений. Например:

«Посредничество не сводится к максимизации ваших требований. [...] Посредничество может закончиться любым возможным исходом. Это интеллектуальный, рациональный процесс, когда люди говорят обо всем, слушают друг друга и достигают решения. [...] Вы можете думать обо всем и о чем угодно.»

В то же время, хотя он и проводит различие между медиацией и судебным процессом, медиатор также подчеркивает, уже в своем вступительном слове, центральное место права в медиации данного типа. Например:

«Вы будете транслировать мне то, чего вы хотите достичь, каковы ваши интересы, а не ваши мечты, а я, в свою очередь, транслирую вам правовую ситуацию.»

В этом контексте и ввиду уникальной роли закона в медиации на авторитете медиатор также проводит отличие этой уникальной модели медиации от других моделей. Вот что он говорит:

«Я полностью открыт и хочу быть убежденным на анализе реальных фактов. Но как только я сосредоточусь на фактах, тогда традиционному посредничеству, при котором медиатор не вмешивается, в данной комнате не место. Здесь вы получите открытую площадку для деликатного и рационального диалога, который приведет вас к решению, отличному от судебного.»

Процесс медиации заранее представлен как оценочный и промежуточный. Что касается авторитета медиатора, включая его полномочия принимать решение, медиатор несет более детальный и сложный посыл. С одной стороны, медиатор подчеркивает, что он не выносит судебное решение: «Я не выношу судебное решение, поэтому нет необходимости убеждать меня ни в чем.» С другой стороны, медиатор продолжает ссылаться на достижение соглашения в рамках медиации как своего рода «решение». Кроме того, с того момента, как медиатор даст сторонам предложение, схему решения, ситуация может развиваться следующим образом: либо процесс завершится согласием сторон с предложением медиатора, либо дело вернется в суд. Иного не дано.

D. Установление авторитета

Наряду с тем, что медиатор подчеркивает ограничение своих полномочий по принятию решения, именно он устанавливает свой авторитет и подтверждает свой богатый опыт и профессионализм. Делается это несколькими различными способами, заслуживающими внимания: неоднократное упоминание о медиациях, проведенных им по значительным и хорошо известным делам с положительным исходом; ссылки на его богатый и обширный опыт (например, он обращается к юристам сторон в начале встречи: «Вы просидели со мной несколько часов, а судебные адвокаты провели со мной сотни часов»); он упоминает публикации об известных личностях, которые сидели за столом в этой медиативной комнате; он рассказывает о судьях и прокурорах как о знакомых, непринужденно. Помимо этого, он полностью осведомлен о фактах дела и соответствующих юридических материалах, в том числе об актуальной судебной практике. Все это помогает установить его профессиональный авторитет и позиционировать медиатора как авторитета в области права.

Ссылки на предыдущие дела, рассказы об армейской службе (общепринятый израильский способ «растопить лед»), шутки и анекдоты, обсуждение культуры, классической музыки, политики, детей, телевизионных программ и многое другое - все это создает легкую, приятную и дружескую атмосферу. Медиатор воспринимается как отеческая фигура, приятная и доброжелательная,

веселая и в то же время как эксперт, полностью контролирующей происходящее в медиативной комнате.

Е. Отношения с судом

Как говорит сам медиатор в начале одной из встреч: «Мы с судом играем в пинг-понг. В настоящее время у нас перемирие, но нельзя игнорировать ни суд, ни правовой дискурс. Вы в паузе, но это будет не легкий разговор, а основательный.»

Взаимоотношения с судом выполняют несколько функций на протяжении всей медиации. Во-первых, следует помнить, как уже говорилось выше, что обращение в суд устанавливает рамки спора в его правовом контексте. Во-вторых, если говорить о суде, то он помогает установить полномочия медиатора, соответствующие полномочиям суда, который передал дело в медиацию. В-третьих, упоминание о судебном процессе делает реальной возможность вернуться в процесс, если медиация не приведет к соглашению. Возвращение в суд, конечно, имеет свои последствия в отношении результата, но может также иметь эмоциональные и другие последствия. На одной из сессий, которые мы наблюдали, медиатор конкретно обсуждал заявления председательствующего судьи относительно шансов сторон на победу в суде. В другом случае медиатор сказал сторонам «на минуту подумать о судьбе», а затем рассказал, каким образом позиция каждой стороны может повлиять на судью, если он должен вынести решение по делу. В еще одной процедуре медиатор описал перед молодой женщиной-истцом, каким образом продолжение дела в суде в течение последующих лет повлияет на ее жизнь. Возвращение в суд также представляется как отказ сторон от возможности реально повлиять на решение по делу, и как выбор вернуться в мир неопределенности относительно результата:

«В мире, в котором каждый считает себя абсолютно правым, судья должен вынести решение. В этой ситуации неопределенности я предлагаю вам последнюю возможность провести интеллектуальную, сдержанную беседу, которая покажет, что не все претензии другой стороны являются необоснованными. Ваши адвокаты могут сказать вам, что даже судья может ошибиться ... Я вижу риски и возможности. Я знаю, как сделать оценку, но я не знаю, как дело закончится в суде.»

Ф. Нормативный дискурс в отношении последствий

Во время одной из наших бесед с медиатором он сказал нам, что, «соглашаясь привлечь меня в медиацию, вы соглашаетесь включить мои ценности в процесс». Действительно, в случаях, которые мы наблюдали, медиатор мог вести стандартный диалог относительно соответствующего юридического результата в смысле толкования и оспаривания правовых ограничений. В отличие от обычного ожидания, что медиатор сосредоточится на личных интересах и будет воздерживаться от вопросов права и справедливости, кажется, что в основе медиации на авторитете (и особенно когда одной из сторон выступает орган власти) лежит обоснованное восприятие лучшего закона, что приводит к стандартному дискурсу о социальных ценностях, лежащих в основе правовых норм (во многом как восприятие Оуэном Фиссом социальных целей судебного решения)⁷¹. В случаях с участием органов власти, которые мы наблюдали, кажется, что стороны сотрудничали с учетом этого понимания и не отступили к состязательному дискурсу или узкому дискурсу, основанному на правах. Таким образом, общераспространённая критика медиации как приватизации правосудия или как его глушителя, основанного на разрешении публичных споров, затрагивающих общественные интересы, исключительно на основе интересов сторон, не совсем верна по отношению к медиации на авторитете⁷².

⁷¹ Owen M. Fiss, *The Supreme Court, 1978 Term - Foreword: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1 (1979); Owen M. Fiss, *Objectivity and Interpretation*, 34 STAN. L. REV. 739 (1982).

⁷² Более подробное обсуждение критики, которая может возникнуть в данном контексте, см. в Части VI ниже.

«Фиссианский» диалог о ценностях, отраженных в законе, кажется неотъемлемым в рамках этого процесса и как часть его публичного значения, особенно в случаях, когда речь идет о государственной власти. В случае, который мы наблюдали с участием двух частных лиц, нормативный дискурс присутствовал посредством использования выражений, таких как «это неправильно» или «это несправедливо», что результат будет таким-то или иным.

Г. Во славу соглашения

Внутри медиативной комнаты достижение соглашения представляется как освобождение сторон от бремени спора и как средство от боли. Например, на одной из встреч медиатор пообещал сторонам, что после достижения соглашения они «выйдя из этой комнаты, будут легче дышать». В наших беседах с медиатором он также использовал такие термины, как «снять бремя со сторон», или даже «избавить их от конфликта». «Каждый раз, когда вы превращаете конфликт в нечто положительное - это святое дело, это трогает», - сказал нам медиатор.

На протяжении всей процедуры медиации соглашение представляется в качестве наиболее важной цели, которая в определенной степени более значима, чем другие ценности, которые обычно определяют посредничество, такие как - принятие сторонами самостоятельных решений или даже трансформация сторон. Другие модели медиации, такие как трансформативная или даже прагматическая модель, представляют различные ценности и цели, такие как улучшение способностей сторон к разрешению споров или новое глубокое понимание конфликта и иногда трансформации, не менее важными, чем сам результат процесса. С другой стороны, что, как правило, недопустимо в сфере медиации, медиация на авторитете сигнализирует о соглашении в бинарной форме, как окончательном признаке успеха процесса. Соглашению присваивается абсолютное значение. Без соглашения, без шансов на консенсус длительная встреча будет восприниматься как провал. В то же время медиатор иногда говорит о расходах и уступках сторон, связанных с соглашением, в сравнении с расходами и рисками в случае продолжения судебного разбирательства. На одной из встреч медиатор сказал следующее:

«Я думаю, что вам нужно остановить это кровопролитие сегодня. Это повлечет затраты! (ударяя по столу) затраты! Существенные финансовые затраты! [...] Я не буду предлагать вам ничего хуже худшего возможного юридического исхода. [...] Нам нужно найти что-то взвешенное и правильное. Будьте сдержанными ... Я не чувствую, что одна из сторон более права, чем другая. Если вы жаждете наживы, я желаю вам успеха в суде... При этом ваш потенциальный риск разоблачения не относящихся к делу элементов превышает вероятный выигрыш в деле. В таком случае, не стоит играть».

В другом случае, после длительных обсуждений с истцами предложения медиатора, которое они не хотели принимать, медиатор сказал: «Вы хотите наказать их [ответчиков]? Я не знаю, как это сделать. Я знаю, как сделать то, что лучше для вас, а не то, что плохо для другой стороны». Затем медиатор продолжил оценивать высокие расходы (финансовые и другие) и риски в случае продолжения судебного процесса, и убедил их, что в свете этих расходов было бы лучше принять предложение, даже если оно значительно ниже того, что они надеялись получить при подаче иска.

Н. Предложение медиатора

В отличие от иных форм посредничества, в которых медиатору запрещается проводить оценки или представлять предложение о прекращении спора⁷³, в основе медиации на авторитете лежит постоянное движение к соглашению, основанному на предложении медиатора о наиболее приемлемом решении для разрешения спора. Медиатор не спешит с заявлениями о правильном способе разрешения спора. Но как только появится цифра (сумма) или другое конкретное решение, что создает определенную психологическую привязку, медиатор не отступит от своего предложения

⁷³ См. Ven-Arzi, сноска выше 44, стр.311-49.

ни на дюйм и сделает все, чтобы не менять его⁷⁴. Об этом будет публично заявлено⁷⁵. Эта тактика заставляет нас рассматривать авторитетного медиатора как проводящего конкурентные переговоры со сторонами: переговоры о том, будет ли достигнуто соглашение или дело вернется в суд; успех медиатора проявляется в согласии сторон принять его предложение.

I. Индивидуальные встречи

По словам медиатора, он проводит большинство медиаций в одной комнате, без индивидуальных встреч со сторонами, что распространено в других моделях посредничества. Это похоже на трансформативную медиацию, при которой трансформация происходит внутри комнаты посредством взаимодействия между сторонами, и тенденция состоит в том, чтобы не проводить индивидуальные встречи. В то же время, когда это необходимо и от этого зависит достижение соглашения, и в отличие от трансформативной модели, индивидуальные встречи проводятся с целью доведения сторон до результата, который, по мнению медиатора, правильно отражает приемлемый юридический баланс. Во время индивидуальных встреч медиатор проводит частные беседы со сторонами (в основном в присутствии их адвокатов, но иногда в более закрытой обстановке). В таких частных беседах медиатор создает два типа диалога со сторонами. Во-первых, это эмоциональный и открытый диалог, который позволяет стороне раскрыть свои чувства и стремления в отрыве от юридического осмысления или проверки реальности, которую обычно предлагает медиатор. Такой разговор формирует близость между медиатором и стороной. Во-вторых, индивидуальные встречи позволяют медиатору четко, а иногда даже прямо демонстрировать каждой стороне доказательственные и процессуальные недостатки или пробелы в ее юридических аргументах. Это помогает прояснить понимание сторонами их фактического правового положения и рисков, связанных с судебным процессом, таким образом, что это помогает им отказаться от своих первоначальных стремлений и когнитивных предубеждений, которых они придерживались при подаче иска и, возможно, даже до этого.

J. Адвокаты и стороны

Во время медиативных сессий мы заметили разницу между дискурсом, который медиатор ведет с адвокатами, и дискурсом, который он ведет со сторонами. Как правило, медиация на авторитете в большей степени проводится по отношению к адвокатам. Адвокаты (иногда три-четыре адвоката для каждой стороны) - это те, кто сидит ближе к медиатору. Адвокаты всегда готовы представить свои правовые аргументы. Перед ними на столе лежат большие пачки юридических материалов, и им часто приходится искать документы или находить ответы на вопросы медиаторов. Юридический дискурс, который включает в себя обсуждение соответствующих правовых вопросов, прецедентного права, шансов на победу в суде на основе силы / слабости юридических аргументов, проводится в основном с адвокатами. Сами стороны, очевидно, являются важными наблюдателями таких разговоров, и когда они задают вопросы или, когда медиатор сочтет это необходимым, он останавливается и дает объяснения. Наряду с беседой с адвокатами, медиатор ведет личную беседу со сторонами. Здесь медиатор оставляет сцену самим сторонам, чтобы они могли полностью предоставить свое собственное повествование о споре, их чувствах и потребностях. Интересно отметить, что во время наших наблюдений мы сталкивались

⁷⁴ По словам Шеллинга, обязательство - это тактика, используемая в конкурентных переговорах, которая ограничивает свободу выбора одной из сторон. См.: THOMAS C. SCHELLING, THE STRATEGY OF CONFLICT (1980). Обязательство создается путем заявления о будущих действиях. Это ограничивает свободу лица, сделавшего заявление, и в то же время ограничивает возможности другой стороны. Обязательства должны быть надежными и исполнимыми, иначе они не будут эффективными. Обязательства характеризуются тремя основными элементами: высокая степень окончательности, высокая степень конкретности и четкое обозначение их последствий. См. ROY J. LEWICKI, BRUCE BARRY & DAVID M. SAUNDERS, NEGOTIATION (6th ed. 2010).

⁷⁵ См. Schelling, сноска выше 74; Lewicki et al., сноска выше 74.

с несколькими случаями, когда сами адвокаты просили стороны воздерживаться от выступлений, не задавать вопросов и не мешать беседе. Различие между адвокатами и сторонами является значительным не только в отношении различных типов дискурса, которые проводятся в комнате медиации, но также иногда используется в качестве рычага при продвижении соглашения. Медиатор относится к адвокатам и их профессиональному суждению как к фактору, способствующему продвижению соглашения: «Я полагаюсь на усмотрение адвоката, поскольку они понимают юридический риск». Или, в другой раз, он сказал нам: «Медиатор и адвокаты хотят, чтобы стороны договорились. Продолжение судебного процесса – худший вариант для сторон, так как вы никогда не знаете, что произойдет в суде».

Более скрытым и тонким способом является обращение медиатора к сторонам с заявлением, что обещанное им адвокатами не обязательно является реалистичным или выполнимым. Он делает это путем отражения правовой реальности, а также подчеркивая, что он рассматривает заявления как не что иное, как «чаяния» или «желания» сторон. Чтобы продемонстрировать это, медиатор может, например, спросить адвокатов - в присутствии сторон - сколько им известно судебных дел, в которых решение суда предоставило истцам полную сумму или средства правовой защиты, на которые они первоначально рассчитывали.

К. Эмоции и отношения

В наших наблюдениях мы были свидетелями того, как медиатор налаживает отношения со сторонами. Кроме того, было очевидно, что адвокаты, которые участвуют в процессе, уважают его, и что он поддерживает дружеские отношения с большинством из них, включая старших. В отношениях с юристами доверие, кажется, является доминирующим фактором. При необходимости медиатор будет использовать юмор, чтобы уменьшить их настороженность. Например, когда адвокат заявил ему: «То, что вы только что сказали, уже было сказано судом», он отвечает: «Я знал это, но я должен зарабатывать на жизнь». Медиатору, похоже, не угрожают эмоции в медиативной комнате, и он способен сдерживать и управлять экстремальными эмоциями, в том числе негативными. Например, когда одна сторона обсуждает свою собственную уязвимость, она получает эмпатические реакции от медиатора, который, в свою очередь, вызывает эти чувства в дискуссии и ожидает признания и реакции другой стороны. Когда одна сторона с горечью сказала: «Вы ошибочно думаете, что правительство заботится о нас», медиатор отвечает: «Я неисправимый романтик». Когда медиатор обращается к другой стороне, которая описывает обстоятельства дела, он спрашивает: «Посмотри мне в глаза - ты сдался?» Даже при обсуждении компенсаций медиатор может использовать эмоциональные термины: «Нам нужна компенсация, которая оправдает боль».

Извинения в комнате медиации распространены и приветствуются. Мы обнаружили, что даже представители органов власти выражают сожаление по поводу вреда, причиненного под их ответственностью. Такие выражения, как «я потерял сон из-за этого дела» или «это разбивает мне сердце», звучат в комнате от представителей крупных организаций - как коммерческих, так и административных – которые не были напрямую вовлечены в первоначальную причину конфликта. Так, например, мы слышали, как государственный адвокат сказал: «Мы полностью провалились. Мы сожалеем об этом», в то же время отказываясь выплачивать компенсации на основании юридических аргументов.

В этом контексте государство может «взять на себя ответственность» за свои «действия», что абсолютно юридически бессмысленно, терпеливо выслушивать жалобы и боль отдельных лиц, и даже представители коммерческих организаций чувствуют себя в достаточной безопасности, чтобы делиться своей болью и эмоционально говорить об их ущербе. Например, вот что частное лицо, получившее по результатам медиации меньшую сумму, чем заявленная в иске, пишет медиатору: «Окончательный финансовый результат менее важен. Вдохновение, которое я получил от вас и вашего способа работы, - это то, что я возьму с собой, и для меня это сокровище».

Л. Параллельные сферы

Кажется, что медиация на авторитете одновременно осуществляется на двух параллельных уровнях, каждый из которых имеет свою четкую позицию в отношении юридического процесса. Как сказал нам медиатор на одной из встреч: «здесь есть диалектика между состраданием и юридическим разумом». На первом уровне медиатор проводит глубокий правовой дискурс, который основан на полном знании как деталей дела, так и правовой ситуации (включая прецеденты, актуальную практику Верховного суда, прогнозы решения по делу заседающих судей). Этот разговор в основном проводится в отношении адвокатов, представляющих интересы сторон (как упоминалось ранее, медиация на авторитете проводится только с представителями сторон). В то же время сами стороны являются важными зрителями этого правового расследования, и медиатор следит за тем, чтобы они четко понимали правовую ситуацию в том виде, в каком он ее видит. Правовой дискурс, или, точнее, правовой анализ, предоставленный медиатором, в сочетании с его моральным восприятием, являются наиболее влиятельными факторами в отношении результата процесса медиации, то есть содержания соглашения и его условий.

Наряду с юридическим обсуждением в медиативной комнате есть еще один особый разговор. Этот разговор - открытый, честный и эмоциональный - проводится в основном между медиатором и сторонами. Медиатор выражает реальный интерес к сторонам и призывает их говорить о себе, о деле, своих чувствах и желаниях. В одном из случаев, которые мы наблюдали, медиатор обратился к истцу и спросил ее: «Расскажите мне историю, на языке непрофессионалов, закон сейчас не интересен». Этот неправовой дискурс, как и правовой дискурс, проводится с терпением и сдержанностью. Каждый человек в комнате получает возможность выразить себя и высказать свое мнение. В рамках этого разговора медиатор также обсуждает личные и эмоциональные (и не только в части экономической выгоды) последствия продолжения судебного разбирательства. Он также подчеркивает неотъемлемые преимущества медиативного соглашения, а также преимущества прекращения конфликта. Личный, эмоциональный дискурс - это то, что в конечном итоге заставит стороны принять решение о соглашении, которое было разработано в рамках юридического дискурса. Этот дискурс, который включает в себя авторитет, связанный с принятием соглашения в качестве лучшего варианта, - принятием, созданным уже на стадии ожидания начала медиации, - и представляет новый вид авторитетности, которая и характеризует данную уникальную модель медиации.

V. РАЗВИТИЕ ЗНАЧЕНИЯ АВТОРИТЕТА: ОТ АВТОНОМНОСТИ К РЕЛЯЦИОННОСТИ

Использование тактики, предполагающей власть или влияние⁷⁶ в медиации, в отличие от руководящего участия авторитета⁷⁷, создает противоречие между авторитетом и соглашением, и возможно, с неосознанным выбором сторон в медиации, и, следовательно, не полностью вписывается в общее представление о медиации⁷⁸. Использование авторитета может дополнительно нанести ущерб ожиданиям сторон и отрицать суть процедуры, основанной на согласии и автономном выборе, а также на отрицании способности третьей стороны доминировать в процедуре, не говоря уже о принятии

⁷⁶ Shapira, сноска выше 21, с. 393-408. Следует отметить, однако, что поддержка этой теории в основном поступает из области поведенческой психологии и науки.

⁷⁷ Нам известно о некоторых исследованиях по изучению природы авторитета и его использования в медиации, но в основном указанные исследования относятся к подразумеваемому или скрытому авторитету, что не является ключевым в медиативном процессе и не воспринимается таковым самим медиатором, сторонами или их адвокатами. См. например, Shapira, сноска выше 21, с.393-408.

⁷⁸ Отсутствие у медиатора полномочий принимать решения и важность принятия сторонами самостоятельного решения являются краеугольными камнями традиционного взгляда на посредничество как на «процедуру, в которой посредник встречается со сторонами для того, чтобы заставить их договориться о разрешении конфликта, при этом он сам не имеет права выносить решение по этому спору», Израильский судебный закон, 5744-1984, §79(C)(1), (Изра.).

решения по ее окончании⁷⁹.

Одним из основных принципов современного посредничества является акцент на продвижение автономии сторон. В то же время одна из учредительных статей в этой области определила эту автономию как «реляционную автономию» - автономию, основанную на развитии отношений между сторонами⁸⁰. Это определение, которое само по себе содержит парадокс⁸¹, повлияло на развитие посредничества на протяжении многих лет, и мы будем утверждать, что оно приобретает новое значение в процессе, который мы наблюдали. Изучение литературы, посвященной определению традиционной медиации, ее развитию и характеристикам, покажет, что использование термина «авторитет» в отношении медиации не является распространенным явлением. Любое использование - прямое или подразумеваемое - тактики влияния и давления подвергается жесткой критике, включая заявления, согласно которым любая форма влияния отрицает медиативный характер процесса. Очевидно, что процедура, которая определяется как та, в которой стороны автономно и свободно решают свой исход, не предполагает каких-либо полномочий от имени нейтральной, беспристрастной третьей стороны⁸².

Соответственно, определение медиации в законодательстве однозначно лишает медиатора права выносить решение по спорам, которые ему переданы. Традиционное определение роли медиатора говорит о нем в значительной степени как о нейтральном наблюдателе с ограниченным диапазоном вмешательства⁸³. По мере того как стороны становятся более активными в достижении

⁷⁹ Более подробный анализ требования к автономии в медиации и условий его развития см.: Jacqueline M. Nolan-Haley, *Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking*, 74 NOTRE DAME L. REV. 775 (1999).

⁸⁰ Там же.

⁸¹ Michal Alberstein, *Mediating Paradoxically: Complementing the Paradox or Relational Autonomy with the Paradox of Rights in Thinking Mediation*, in: PARADOXES AND INCONSISTENCIES IN THE LAW 225 (Oren Perez & Gunther Teubner eds., 2005).

⁸² См., например, обсуждение авторитета, формирующегося в судебной примирительной процедуре, где мы рассматриваем посредника как агента суда. Richard C. Reuben, *Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice*, 47 UCLA L. REV. 949 (2000). Реубен отличает судебную примирительную процедуру от случаев, когда стороны не направлялись судом к медиатору, а выбирали медиацию самостоятельно. Он утверждает, что только медиаторы в судебной примирительной процедуре могут восприниматься как лица, выполняющие общественную роль и как представители государства. См. также: Wayne D. Brazil, *Continuing the Conversation About the Current Status and the Future of ADR: A View from the Courts*, 2000 J. DISP. RESOL. 11, 24 (2000); Wayne D. Brazil, *Hosting Mediations as a Representative of the System of Civil Justice*, 22 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 227 (2006). См. также Scott H. Hughes, *Mediator Immunity: The Misguided and Inequitable Shifting of Risk*, 83 OR. L. REV. 107, 149 (2004), касательно американского законодательства, определяющего медиатора как представителя суда. В израильском законодательстве возможно представить медиативное соглашение на утверждение суда, даже если иск еще не подан в соответствии с § 79(С)(8) Израильского судебного закона, свидетельствует о полуообщественной природе медиации. Аналогично, обязанность медиатора сохранять нейтральность также наделяет его судебной ролью. О правовой ситуации в США см.: Ellen E. Deason, *Procedural Rules for Complementary System of Litigation and Mediation - Worldwide*, 80 NOTRE DAME L. REV. 553 (2005). Кроме того, важно, чтобы посредник авторизовал медиативное соглашение своей подписью: суд не утвердит соглашение без подписи медиатора или без уведомления непосредственно от медиатора (а не от сторон) о заключении соглашения. См. также, CC Magistrate Court (Jer), *ALSTER v. Danva Cebus Holdings 1965 Ltd.* (18 мая 1999), Nevo Legal Database (по подписке на иврите) (Изра.) («Медиатор – это профессионально-нейтральное уполномоченное лицо, и именно медиатор должен информировать суд о заключении медиативного соглашения»). См. также Nancy A. Welsh, *Disputants' Decision Control in Court-Connected Mediation: A Hollow Promise without Procedural Justice*, 2002 J. DISP. RESOL. 179 (2002). И, наконец, тот факт, что зачастую медиация финансируется государством, или тот факт, что судебные издержки (пошлина) подлежат возврату сторонам в случае заключения медиативного соглашения. См. Leonard Wayne Scott, *The Law of Mediation in Texas*, 37 ST. MARY'S L.J. 325 (2006).

⁸³ Термин «посредничество» относится ко многим различным типам процедур урегулирования споров, характер которых часто меняется в зависимости от характера посредника, специальных процедур, которые определяются посредником и сторонами, а также в зависимости от характера спора и его сторон. Всесторонний обзор различных методов посредничества, все из которых характеризуются автономным

соглашения, подчеркивается статус медиатора в качестве объективного и нейтрального наблюдателя⁸⁴. Роль медиатора заключается в том, чтобы поддерживать и стимулировать процесс с использованием четко определенных инструментов, одновременно улучшая и укрепляя способность сторон решать спор самостоятельно⁸⁵. В этих рамках даже оценка медиатором ожидаемого юридического исхода спора, не говоря уже о предлагаемом соглашении, считается проблематичной⁸⁶, и некоторые ученые даже скажут, что процесс, включающий такие действия, не должен определяться как медиация. Профессор Мирони, например, утверждает, что узкая, оценочная процедура, ведущая к соглашению, должна называться примирением, а не медиацией⁸⁷. Большинство авторов согласны с тем, что термин «медиация» следует использовать только в отношении широкого и стимулирующего процесса, а использование авторитета медиатора неприемлемо даже в рамках оценочного посредничества.

И поэтому, в отличие от традиционного восприятия медиации как мягкой процедуры, открытой и не обладающей авторитетом, мы решили представить в этой статье новую модель медиации, которая ближе к правовому миру и характеризуется широким использованием авторитета медиатора. Эта модель является продуктом, который отражает два явления, описанных во введении: сокращающееся число судебных решений, с одной стороны, и относительно ограниченный успех медиации в делах, которые передаются судом⁸⁸. Авторитетный медиатор выполняет действия, которые обычно осуществляют судьи в их попытках содействовать урегулированию спора в зале суда⁸⁹. Тем не менее, медиатор выполняет эти действия, не имея полномочий выносить решение по делу (что определяет судебный способ урегулирования спора), но с использованием другого вида полномочий, как мы уже говорили ранее. Поскольку некоторые из качеств, которые проявляются в этом процессе, происходят из мира медиации, и поскольку данный тип медиации представляется наиболее подходящим в условиях сложных соглашений 21-го века, мы решили оставить термин «медиация», говоря об авторитетной процедуре разрешения споров, а не использовать другие термины, такие как Med-Arb (гибрид медиации и арбитража)⁹⁰.

положением сторон и отсутствием у посредника полномочий выносить решение, можно найти здесь: Kimberlee K. Kovach & Lela P. Love, *Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid*, 3 HARV. NEGOT. L. REV. 71 (1998).

⁸⁴ Jay Folberg & Alison Taylor, *MEDIATION: A COMPREHENSIVE GUIDE TO RESOLVING CONFLICTS WITHOUT LITIGATION* (1984).

⁸⁵ Alberstein, *Theory of Mediation*, сноска выше 20, с.62-63; Fuller, сноска выше 9, с.325 («Основная характеристика медиации, а именно: её способность переориентировать стороны друг на друга, не навязывая им правила, а помогая им получить новое и общее восприятие их отношений, восприятие, которое перенаправит их навстречу друг к другу»).

⁸⁶ См. Israeli Courts Regulation (Mediation), 5753-1993, §5(G) (Изра.) («Посредник не должен консультировать стороны по какому-либо профессиональному вопросу, не относящемуся к его компетенции, и не должен высказывать профессиональное мнение по вопросу, возникшему в ходе посредничества, даже если это относится к сфере его компетенции»). Обсуждение данного правила см.: Ben-Arzi, сноска выше 45, с. 225-256.

⁸⁷ Mironi, сноска выше 25. Мы должны отметить, что порой возникает путаница между схожими процедурами. О сложности различения и определения различных типов процедур и выявления параметров для их описания см. Carrie Menke-Meadow, *Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-Opted or "The Law of ADR,"* 19 FLA. ST. U. L. REV. 1 (1999); Kovach & Love, сноска выше 83.

⁸⁸ См. сноску в Части I.

⁸⁹ В этой связи см. JCR Collaboratory, www.jcrlab.com (последнее посещение 17 ноября 2018) (описывает исследовательский проект университета Бар-Илан по судебному разрешению споров).

⁹⁰ Представляется, что, хотя некоторые характеристики медиации на авторитете и подпадают под определение «примирение» у Мирони, тем не менее у нее имеются и иные важные характеристики, которые подпадают под определение «медиации» даже согласно Мирони. Например, медиация на авторитете использует традиционные медитативные инструменты, такие как мягкий дискурс, фокусировка на интересах и решения, которые иногда предполагают будущее сотрудничество и изменение личных и других отношений сторон. См. Mironi, сноска выше 25, с. 499-500; Carrie Menkel-Meadow, *Remembrance of things Past? The Relationship of Past to Future in Pursuing Justice in Mediation*, 5 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 97, 101-111 (2004).

Ведя речь о власти медиатора, следует различать законное использование власти и незаконное использование власти. Следует также дифференцировать власть от влияния (что может объяснить, почему стороны изменили позиции, но не их признание авторитетности медиатора). Для этого мы предлагаем подумать о реализации авторитета в рамках новой модели медиации на авторитете в связи с двумя новыми формами.

Первая касается способности медиатора поставить стороны перед целью достижения соглашения. Эта форма авторитета реализуется главным образом в отношении самого соглашения, а не условий окончательного соглашения, поскольку сам процесс фокусируется на создании «мышления, ориентированного на соглашение». Стороны в этом процессе принимают доводы медиатора о преимуществах соглашения, и затем заменяют свое собственное суждение на мнение медиатора в отношении поиска согласованного решения. В отличие от арбитра, чья авторитетность вытекает из его полномочий принимать решения на основе своего опыта⁹¹, авторитетный медиатор вовлекает стороны в процесс приложения усилий по достижению соглашения в качестве основной цели процедуры медиации. В этом смысле стороны отказываются от своей первоначальной позиции «не соглашаться», участвуют в обсуждении и сосредотачиваются на выработке условий окончательного соглашения. В рамках процедуры медиации на авторитете предложения медиатора по разрешению спора не нарушают автономию сторон, поскольку их предварительный выбор решения легитимизируется посредством заключения соглашения на основе предложения медиатора, которого они считают уникальным юридическим экспертом. Как мы отметили в ходе наших наблюдений, сам медиатор является заинтересованной стороной в процессе достижения соглашения. Он решительно и активно работает над этим и создает предпосылки для достижения определенного результата. Он восхваляет соглашение и заключает со сторонами «поведенческий договор», в силу которого они подчиняются его воле и фактически «соглашаются соглашаться».

Вторая форма - это реляционный авторитет. Этот вид авторитета связан с отношениями между авторитетной фигурой и теми, кто ему «подчиняется», отношениями, которые менее формальны, не структурированы по правилам и развиваются во взаимодействии между ними. Этот тип авторитета проявляется в медиативной комнате двумя способами: первый связан с отношениями между сторонами и медиатором, а второй связан не со сторонами, а скорее со связями между миром правовых нормы и принципами в области разрешения конфликтов.

А. Развивающиеся отношения между медиатором и сторонами

В рамках традиционного посредничества медиатор сохраняет свой нейтралитет, воздерживаясь от непосредственного вмешательства в диалог сторон. Это является неотъемлемой частью процесса медиации и постоянно демонстрируется, поскольку медиатор призывает стороны самостоятельно находить решения и даже улучшать свои отношения. В отличие от традиционной медиации, авторитетный медиатор сосредотачивается на создании отношений со сторонами, а не между ними, и он значительно вовлечен в процесс, стремясь к урегулированию спора, что делает его заинтересованным лицом. Атмосфера в комнате медиации, в отличие от атмосферы в зале суда⁹², позволяет медиатору создавать и поддерживать тесное и интимное взаимодействие со сторонами и их адвокатами. Медиатор устанавливает доверие через свою компетентность и опыт, а также свои личные отношения с юристами и сторонами; стороны выбрали именно этого медиатора и долго ждали встречи с ним; перед началом сессии медиатор встречается со сторонами и их адвокатами в кафе на первом этаже его офиса, и в этой неформальной обстановке он создает предварительное доверие; он сигнализирует сторонам, что у него есть способность сдерживать их истории и чувства, и его рассматривают как благотворную фигуру, которая может избавить их от конфликта; медиатор использует методы убеждения, которые объединяют юридические знания с навыками

⁹¹ JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY (1979).

⁹² Nourit Zimerman, PROCEDURE AS RELATIONSHIP, IN PROCEDURES (ISSI ROZEN-ZVI & TALIA FISHER EDS., 2014) (Изра.).

межличностного общения. Авторитет, который создается в рамках этих разнообразных действий, является сложным результатом мягких эффектов в рамках личных отношений, которые интегрированы в правовой спор. Можно даже сказать, что благодаря активной оценке со стороны медиатора и руководству по выбору между несколькими четкими вариантами, медиация на авторитете представляет собой уникальную форму нейтралитета - такую, которую мы можем назвать «равным фаворитизмом»⁹³. Итак, нейтралитет не создается путем дистанцирования от сторон (эмоционально или иным образом), наоборот, нейтралитет создается через близость, проявление интереса к сторонам, выражение эмоций и мнений – при условии, что все это направлено на обе стороны. Уникальные личные взаимоотношения, создаваемые между медиатором и сторонами, помогают последним в конечном итоге принять предложение медиатора.

В. Отношения между медиацией и правом

Мы выявили, что эволюция взаимодействия медиации и судебного решения в рамках новой практики, описанной в настоящей статье, богаче и сложнее, нежели то, что характеризовало медиацию в начале ее развития: наши наблюдения показали, что правовые нормы актуальны в комнате медиации. Правовые нормы находятся в постоянной полемике в целях достижения соглашения. Закон, применяемый в комнате медиации, порой отражает «фиссианский» дискурс ценностей, но зачастую закон предопределяет ясный и формальный возможный юридический исход. В любом случае правовой дискурс используется не как авторитетная система принуждения, а как инструмент убеждения сторон. Такой авторитет иногда называют в области международного публичного права «убедительным авторитетом»⁹⁴. Мы считаем, что наряду с термином «реляционная автономия», характерным для традиционного посредничества, рассматриваемую форму медиации следует характеризовать «реляционным авторитетом». Этот авторитет проявляется в медиативной комнате наряду с правовыми нормами. Этот авторитет также отражается в отношениях суда и медиатора по отношению к сторонам и их адвокатам: дело передается в медиацию судом, который специально сигнализирует о конкретном медиаторе; в ожидании такой медиации суд приостанавливает рассмотрение спора порой более чем на год, чтобы обеспечить успешную процедуру медиации. В случае достижения сторонами соглашения, последнее передается в суд для утверждения. Эти соглашения иногда упоминаются в судебных решениях и называются «опосредованными решениями»⁹⁵. Проводимая медиатором правовая оценка спора релевантна во взаимодействии с судом и общепризнана. Иногда можно заметить, что суд поддерживает диалог с медиатором в своем решении или в протоколе судебного заседания. Такой диалог свидетельствует о тесной связи между двумя институтами⁹⁶. Отношения медиатора с судом рассматриваются как тесные и значимые, и, таким образом, кажется, что медиатор обладает институциональной легитимностью суда.

Поскольку реляционный авторитет развивается в комнате медиации и находится на стыке правового мира и мира урегулирования споров, взаимоотношения между медиацией и правом

⁹³ Ronit Zamir, *The Mediator's Neutrality Myth: From Non-Bias to Equal Favoritism*, LAW & BUS. 411(2014) (Изра.); см. также ROBIN WEST, *CARING FOR JUSTICE* (1999).

⁹⁴ Chad Flanders, *Toward a Theory of Persuasive Authority*, 62 OKLA. L. REV. 55 (2009); Rebecca R. Zubaty, *Foreign Law and the U.S. Constitution: Delimiting the Range of Persuasive Authority*, 54 UCLA L. REV. 1413 (2006).

⁹⁵ См. Дело №8145/13 СА, *Korem v. Anana Ltd.* (2 октября 2014), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.). Решение по этому делу, включая предшествующие вопросы, касающиеся отношений между артисткой и ее продюсером, было достигнуто путем медиации, затем медиативное соглашение было утверждено судом. Несмотря на этот факт, общепринятым мнением (в обществе) является то, что Верховный суд создал прецедент. См., например, *The Law for Protecting Musician's Rights Steps Up*, NRG-Culture (13 ноября 2014), www.nrg.co.il/online/47/ART2/645/212.html («Только в прошлом месяце Верховный суд своим революционным решением постановил, что невозможно заставить артиста работать с продюсером по долгосрочному и неизбежному контракту. Такое решение вынесено по апелляционной жалобе певицы Аيي Корем на решение районного суда по иску, поданному против нее ее продюсером.»).

⁹⁶ Например, смотри решение суда по Делу №59007-01-12 DC (ТА), *Shmueli v. Ellectra Construction Ltd.* (7 января 2016), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.)

приобретают новый смысл: с первых дней медиации было ясно, что медиация осуществляется в тени возможного юридического решения по делу, по крайней мере, до тех пор, пока медиация тесно связана с правовой системой и пока она поддерживалась правовой системой⁹⁷. Термин «торг в тени закона» наилучшим образом отражает тот факт, что прогноз в отношении правового исхода играет важную роль в любых переговорах как фактор, который стороны должны принимать во внимание, в качестве лучшей альтернативы (BATNA) или худшей альтернативы (WATNA) соглашению. По мере того, как правовая система развивалась и изменялась, стало ясно, что «переговоры в тени закона» не отражают должным образом реальность в мире разрешения конфликтов: во-первых, прогнозирование юридического исхода – это всегда непростая задача⁹⁸. Закон сопровождается «серые зоны», пробелы, двусмысленность, свобода выбора, конфликт интересов и норм, а также процессуальные и доказательственные сложности, которые могут сделать процесс установления правовой истины неопределенным, а порой даже ошибочным. Во-вторых, правовая система во многом управляема соображениями эффективности, побуждающими судей избегать, насколько это возможно, сложных суждений, влекущих существенные издержки для судебной системы. Поэтому сторонам не так просто распознать «тень закона», которая часто становится тенью тени, поскольку суд снова направит их в медиацию, или заставит попытаться достичь соглашения самостоятельно или вообще, предложит отказаться от судебного решения.

В-третьих, с годами уровень сложности судебных дел возрастал, что затрудняло принятие правовой системой четкого и простого решения. По словам Фуллера, дела стали полицентричными⁹⁹, и поэтому решение суда по юридическому вопросу не всегда практично или выполнимо из-за количества сторон (более двух) и предметов спора, что характерно для таких дел. Медиативное соглашение, являющееся результатом переговоров нескольких сторон с разными интересами, может быть лучшим вариантом для таких случаев.

Исходя из всего вышесказанного, можно утверждать, что формирование диалектической сферы, где есть место для «мягкого права», норм, которые касаются различных аспектов спора, так же, как и процессуальная и герменевтическая гибкость, формируют преимущество медиации на авторитете. Полагаем, что в условиях «сокращающегося количества судебных решений», рассматриваемая новая модель медиации может рассматриваться как наилучший вариант правового решения, включающий публичные аспекты.

VI. МЕДИАЦИЯ НА АВТОРИТЕТЕ: УЧИТЫВАЯ ВОЗМОЖНУЮ КРИТИКУ

Медиация на авторитете, которую мы рассмотрели в настоящей статье, не свободна от критики. Вот несколько основных проблем, которые могут возникнуть в отношении данной гибридной модели.

Первый пункт критики касается одного из главных тупиков в мире медиации - это вопрос свободы воли сторон и того, ограничивает ли процедура медиации указанную автономию. Процедура медиации на авторитете фактически ограничивает альтернативы, доступные сторонам, таким образом, чтобы это соответствовало оценке спора медиатором. В результате возникает ограниченный выбор. Следовательно, возможно, что сам результат будет менее оптимальным для сторон, что может в ретроспективе вызвать негативные чувства в отношении процесса медиации или

⁹⁷ Начало движения ADR (альтернативные способы урегулирования споров) являлось попыткой решить проблему большой загрузки и других институциональных вопросов судебной системы. Таким образом, наряду с общественной медиацией, не имеющей никакого отношения к судам, большинство дел передается в медиацию именно судами.

⁹⁸ Это особенно верно для систем общего права, где судья может определить закон посредством его толкования и где он может отличить один случай от другого в соответствии с их конкретными обстоятельствами.

⁹⁹ Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 Harv.L.Rev. 353 (1978).

неудовлетворенность, которая может привести к дополнительным спорам¹⁰⁰.

Возможным ответом этому будет тот факт, что принцип доброй воли и автономии не так прост для реализации даже в рамках медиации «по правилам» или в отношении разумных договоренностей¹⁰¹. Зачастую стороны приходят к соглашению на основе неопределенности. В таком случае кажется, что принятие гетерономии и удовлетворение сложных интересов и целей было бы более реалистичным способом осознать сферу правовых соглашений. Если мы рассмотрим вопрос о свободной воле в контексте медиации на авторитете, мы обнаружим, что на практике из тысяч заключенных соглашений, представленных в суд на утверждение, было подано только три петиции вследствие изменения позиции стороны по причине отсутствия свободной воли.

Второй критический момент заключается в том, что если мы примем допущение Оуэна Фисса, согласно которому каждый конфликт содержит элементы, требующие публичного обсуждения¹⁰², то будет ясно, что чем успешнее практика медиации в достижении соглашений, тем больше она работает против общественного блага. Таким образом, высокие показатели успеха медиации на авторитете отражают процесс, который совершенно нежелателен с точки зрения фиссианцев: чем больше урегулированных споров, тем меньше дел возвращается в суды, и в результате происходит «заглушение» публичных вопросов. Именно в этом смысле медиация на авторитете действительно отражает процесс приватизации урегулирования споров, который в противном случае привел бы к социальным изменениям в организации судов.

С другой стороны, можно утверждать в этой связи, что включение правовых норм и широко определенных общественных норм и ценностей в медиацию на авторитете (то есть в том числе в рамках публичных соображений о медиации, которые типичны для правовой сферы и были явно отклонены традиционной медиацией), которое размывает дихотомическое различие между процедурами, фактически позволяет включить нормы и принципы в посредничество таким образом, что может фактически способствовать желаемым социальным изменениям, о которых говорит Фисс. В этой связи мы будем утверждать, что медиация на авторитете имеет реальное значение в публичной сфере, в отличие от традиционного посредничества, которое сосредоточено на частных переговорах и узком представлении интересов, которые должны приниматься во внимание в процессе медиации. По своей природе медиация на авторитете способствует широкому обсуждению общественных ценностей в правовой сфере. Тот факт, что эта модель медиации делает такие публичные ценности и нормы релевантными в рамках медиации, означает, что она обогащает публичную сферу (особенно если сравнивать с прагматической или другими моделями медиации), даже если содержание медиативных сессий не передается гласности¹⁰³.

Третий критический пункт касается более общего утверждения, которое Фисс выдвигает в своей статье¹⁰⁴, в отношении неравенства, характеризующего посреднические процедуры. Указанное неравенство является следствием экономических возможностей, а также восстановления

¹⁰⁰ Jacqueline M. Nolan-Haley, *Judicial Review of Mediated Settlement Agreements: Improving Mediation with Consent*, 5 Y.B. ARB. & MEDIATION 152 (2013). Нолан-Хейли (Nolan-Haley) утверждает, что обязательная медиация с применением санкций в отношении тех, кто необоснованно отказывается от процедуры, наряду со значительным вовлечением судов в медиацию, а также влиятельными медиаторами, которые подталкивают стороны к соглашению, не всегда соответствующему их основным интересам, - все это приводит к тому, что многие стороны не выполняют свои обязательства в соответствии с медиативным соглашением. Вследствие чего возникает множество судебных дел о принудительном исполнении медиативных соглашений. Другими словами, такие соглашения не отражают волю сторон, наносят ущерб их автономии и приводят к тому, что стороны не желают выполнять принятые на себя обязательства.

¹⁰¹ См. GRANT GILMORE, *THE DEATH OF CONTRACT* (1974).

¹⁰² Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 Yale L.J. 1073, 1085-87 (1984).

¹⁰³ См. Дело №8145/13 СА, *Korem v. Anana Ltd.* (2 октября 2014), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.).

¹⁰⁴ Fiss, сноска выше 102, с.1085-87.

существующего дисбаланса сил между слабой и сильной сторонами, в рамках частной процедуры с ограниченным участием третьей стороны. Хотя мы можем согласиться с этой критикой, которая в свое время относилась к традиционной форме посредничества, представляется, что медиация на авторитете решает проблему дисбаланса сил иначе.

Даже если мы допустим, что судебный процесс лучше справляется с дисбалансом сил между сторонами аналогичных традиционному посредничеству¹⁰⁵, медиация на авторитете, в отличие от других моделей посредничества, должна быть направлена на определенные виды споров, и совершенно не понятно, почему одна из ее целей - бороться с неравенством, о чем пишет Фисс. Тем не менее, описываемая модель может по-прежнему смягчать неравенство двумя способами: во-первых, в отношении экономического неравенства стоимость медиации незначительна по сравнению с ожидаемыми затратами при полном рассмотрении дела в суде. Во-вторых, утверждение о восстановлении дисбаланса сил в значительной степени связано с тем фактом, что традиционное посредничество сводит к минимуму роль юристов в нем. Однако, в отличие от других моделей посредничества, медиация на авторитете отводит юристам значительную роль в этом процессе, обеспечивая тем самым сторонам профессиональную защиту и управление процессом аналогично процедуре судебного заседания.

Наконец, еще одна возможная критика может заключаться в том, что уровень использования правовых инструментов в рамках медиации на авторитете может возрасти и тем самым усложнить процесс медиации, но в то же время это стирает различия между медиацией и вынесением судебного решения. Как следствие может возникнуть вопрос, означает ли это, что эффективная медиация невозможна без права, что в свою очередь приводит к выводу, что медиация остается в тени права, а не наоборот.

Мы бы ответили так: гибридная модель медиации, которую мы представили в настоящей статье, может обеспечить лучшие варианты урегулирования различных споров, и поэтому данная модель не использует «право» или идею «правового решения», а скорее использует правовые инструменты. Включение этих инструментов в медиацию не наносит ущерба основным принципам этого процесса - самостоятельному принятию решений и диалогу сторон, который экстерриториален по отношению к праву – а скорее только им благоприятствует. Пока мы говорим о принятии инструмента, а не об утверждении сути юридического процесса (используя полномочия принимать решения по содействию разрешению конфликтов в зале суда), мы все равно можем утверждать, что право находится в тени посредничества.

VII. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Мы начали статью с представления новых явлений в развитии медиации в сопоставлении с судебным процессом. Традиционное посредничество зарождалось, в значительной степени, как альтернатива судебному решению, предлагающая абсолютно иной способ разрешения правовых споров. После десятилетий развития медиации и иных способов урегулирования конфликтов, мы решили изучить медиативную практику, которая, как представляется, получает широкое признание в правовой системе, и которая существенно отличается от традиционного посредничества и первоначальных альтернативных методов разрешения споров.

В результате мы пришли к выводу, что с развитием медиативной практики и параллельным ростом феномена сокращающихся судебных решений, взаимоотношения между медиацией и судебным процессом стали более сложными и продуктивными, чем в прошлом. Вместо дихотомических и противоположных сопоставлений, когда каждый из указанных процессов выделен как отдельный и имеющий свои уникальные особенности, мы обнаружили в медиации на авторитете

¹⁰⁵ Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974).

модель, представляющую собой диалог между правовым и медиативным блоками: во-первых, в комнате медиации на авторитете наравне с правовыми нормами присутствует заинтересованность в разрешении спора, что может привести к вариативным решениям спора. Во-вторых, работа медиатора над отношениями между ним и сторонами (в отличие от отношений сторон друг с другом) создает своего рода авторитет, который сосредоточен на выработке решения практически любой ценой. Правовая оценка тесно связана с движением к соглашению; отношения с медиатором и доверие сторон к нему повышают готовность сторон прийти к соглашению и освободиться от бремени судебного спора. Эта готовность достигается главным образом благодаря признанию сторонами авторитета медиатора до и в течение всего медиативного процесса. Такие новации сближают медиацию с юридическим миром, тем самым делая медиацию более понятной и дружественной для адвокатов и судей, поскольку она говорит на их родном языке. Развитие таких отношений, отражающих прогресс в диалоге «медиация – право» в течение последних десятилетий, имеет важное значение для понимания современного правового мира, который характеризуется постоянным движением к урегулированию спора на фоне возможного судебного решения, которое воспринимается как крайняя и нежелательная мера.

Пер. с англ. Ю.О. Лысаковской и Е.А. Горюновой.