

МЕДИАЦИЯ, ОСНОВАННАЯ НА АВТОРИТЕТЕ

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

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 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 выразилось 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.

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 (ТА) *Shmueli v. Ellectra Constructions Ltd.* (07.01.16), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изр.).

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

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

⁵⁰ См. Протокол судебного заседания по делу 25360-11-11 CC (ТА) *Sendako v. Dasa* (03.04.2016) (неопубликованная стенограмма) (Изр.): «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 CA, *Elad Israel Residence Ltd. v. Appeals Sub-Committee of the Israeli Planning Institute* (11.1.16), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изр.) («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.* (0 2.10.2014), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изр.) («Стороны приняли предложение суда о передаче дела в медиацию с участием адвоката Габриэли»).

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 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.

⁵¹ См., например: Дело 14712-08-14 DC (TA), *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 CC (TA), *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 CC суд малых исков (TA), *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).

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. Mizrachi 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.).

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 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)

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).

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 (СТ) *Karni Ltd. v. Israel* (19 сентября 2017) (неопубликованная стенограмма) (Изра.), 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) (Изра.).

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.

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.

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, утверждении 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?

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, 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

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 соглашались на этот длительный период, чтобы поучаствовать в процедуре, 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».

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, *сноска 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).

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

⁶⁵ Дело №11736-07-10 DC (TA) 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 (TA), Ellectra Constrs. Ltd. v. Assuta Health Servs. (25 декабря 2011), Nevo Legal Database (по подписке, на иврите) (Изра.); Дело №26951-01-11 DC (TA), 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

В. Обстановка при проведении медиации

Медиативная комната расположена в скромном офисном здании в периферийном городе 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:

восприятию 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 ECONOMIC 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, устанавливать 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).

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*

«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».

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. 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 контролирующий происходящее в медиативной комнате.

I. 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.»

F. 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.

Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?, 6 HARV. NEGOT. L. REV. 1 (2001).

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 мыstalkивались

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 скрытным 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.