

ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВА С ПОЗИЦИЙ СОЦИАЛЬНЫХ И ГУМАНИТАРНЫХ (НЕЮРИДИЧЕСКИХ) НАУК

УДК 346.9; 347.9

Критерии медиабельности конфликтов в юридической практике

Б. И. Хасан, Ю. О. Полещук

Сибирский федеральный университет,
Российская Федерация, 660041, Красноярск, пр. Свободный, 79

Для цитирования: Хасан, Борис И., Юлия О. Полещук. 2020. «Критерии медиабельности конфликтов в юридической практике». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 1: 207–222. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2020.115>

В статье рассматриваются критерии медиабельности конфликтных ситуаций в юридической практике. Практика обращения к медиации только формируется в российской действительности, и очень важен вопрос ее имиджа в глазах и органов правосудия, и общественности. Положительный образ медиации необходим для повышения доверия к этому прогрессивному методу разрешения конфликтов у российских граждан. Для формирования такого образа необходима разработка критериев, позволяющих отделить медиабельные конфликтные ситуации от тех, в которых медиация неприменима и будет безуспешна. В статье предлагаются критерии определения переговорности и медиабельности конфликта. Они основаны на анализе современных источников, а также практики обращения к институту медиации. По мнению авторов, система критериев медиабельности должна основываться на критериях переговорности и последовательно складываться из показаний к медиации и препятствий для нее. К показаниям для медиации следует, кроме признания случая переговорным, относить невладение сторонами технологиями переговорных процессов и допустимый «порог» межличностных отношений сторон конфликта. Препятствием для медиации могут быть: высокая степень эскалации конфликта; критерии, связанные с личностными особенностями сторон; контекстные критерии. Чрезмерно высокой степенью эскалации конфликта (когда возможен вывод о немедиабельности случая) следует считать пороговое значение, превышающее 6-ю ступень по Ф. Глазлу. К критериям-препятствиям, связанным с личностными особенностями сторон, нужно отнести установку на решение вопросов вины, неспособность рационально интерпретировать конфликт с перспективой его разрешения. К контекстным критериям относятся обстоятельства,

не связанные с самой конфликтной ситуацией и личностными характеристиками сторон, имеющие внешний объективный характер (прямые запреты, некоторые ограничения субкультурного типа).

Ключевые слова: медиация, медиабельность, медиатор, переговоры, переговорность, конфликт, посредничество.

1. Введение

На обложке книги Христофа Бесемера «Медиация. Посредничество в конфликтах» (Бесемер 2004) воспроизведено сделанное Уте Касперс фото бронзовой статуэтки, расположенной в городской галерее Дублина (скульптор — Михаэль Айртон) и носящей название «Столкновение». Статуэтка представляет собой разделенный по вертикали толстым стеклом квадрат, в противоположных углах которого противостоят друг другу вздыбившийся минотавр и человек в угрожающей позе. По мнению автора вступительной статьи Н. Банзелюка, которое мы полностью разделяем, «эта скульптурная сцена — хорошая метафора, чтобы понять суть медиации и роль медиатора при работе с конфликтом» (Бесемер 2004, 10).

Из всех возможных медиаформ, имеющих сложную и богатую историю и культурные прототипы, посредничество в конфликте, т.е. в специально устроенных для его разрешения переговорах, предполагает минимизацию субъектности посредника. Ему в этой институции всегда было отведено обеспечение особенного взаимодействия конфликтующих сторон в особом («по правилам») устройстве конфликта — в переговорах. В точном соответствии с мыслью автора вышеописанной статуэтки, он выполняет работу и по разделению сторон, и по обеспечению им видимости друг друга, оставаясь прозрачным. Мы уже отмечали определенный парадокс медиапроцесса, который в своей идеальной форме должен всего лишь обеспечивать функцию связи, абсолютно нивелируя собственно канал связи как таковой (Хасан 2012). Иными словами, при хорошем (идеальном) медиапроцессе должно создаваться впечатление непосредственного контакта сторон. Предполагается, что функция и назначение медиатора состоят в обеспечении канала, в идеале не искажающего информацию, т.е. минимизирующего невозможность или какие-то ограничения, препятствия непосредственного контактирования. Таким образом, медиатор — только средство для организации переговоров, для удержания конфликта в процессе поисков путей его решения в рамках правил, не позволяющих сторонам двинуться по пути эскалации конфликта.

Подобное понимание сути посредничества, на наш взгляд, предполагает специальное обсуждение того, когда, при каких условиях уместно/неуместно прибегать к использованию этого института.

Кроме того, в настоящий момент, когда в России еще только формируется практика медиации, очень важен вопрос имиджа данного института и в органах правосудия, и в глазах населения. Важен позитивный образ медиации, тогда у российских граждан появится доверие к этому прогрессивному способу разрешения конфликтов, который давно и успешно практикуется за рубежом. Для этого, среди прочего, необходимо наличие системы четких критериев медиабельности конфликтов, чтобы заведомо провальные медиации были своевременно исключены из деятельности медиаторов.

2. Основное исследование

2.1. Понятие медиабельности. Обсуждение пригодности конкретного случая спора для его разрешения с помощью процедуры медиации имеет очевидно практический смысл, так как само принятие решения об обращении к переговорам как альтернативе судебного процесса может привести и к оптимизации в решении спора, и к затягиванию и даже отягощению процесса дополнительными конфликтами.

В упомянутой выше работе Христофа Бесемера (2004, 21–22) утверждается, что медиация не заменяет другие формы разрешения конфликта и целесообразна в ограниченном числе случаев:

- неудовлетворительные попытки непосредственных переговоров;
- заинтересованность в перспективе взаимоотношений;
- стремление всех участников конфликта к соглашению;
- ситуация, когда представленные в конфликте интересы не касаются принципиальных ценностей;
- относительное равенство сторон в вопросах власти;
- достаточный ресурс времени для выработки соглашения;
- отсутствие ярко выраженных препятствий психологического или правового характера.

Нетрудно заметить, что уже в этом ряду «сняты» как показания, так и противопоказания к участию посредника в переговорном процессе. Кроме того, предложенный Бесемером список — очевидное обобщение определенной культурной практики, характерной для западного образа поведения в конфликте, т.е. автор опирается на известную традицию. В отечественной практике обращение к переговорным формам урегулирования конфликтных отношений пока трудно признать традицией. Поэтому не случайна попытка С. И. Калашниковой использовать для представления медиабельности аналогию с определением подведомственности или даже арбитрабельности. Автор опирается на то, что в науке гражданского процессуального права вопросы, связанные с распределением дел между компетентными органами (проблема относимости юридических дел к ведению того или иного органа), рассматриваются в рамках института подведомственности. С. И. Калашникова отмечает, что, поскольку медиаторы не входят в систему юрисдикционных органов, применение правил подведомственности и арбитрабельности весьма затруднительно. Как следствие, возникает необходимость формирования иного механизма, позволяющего выделить категорию споров, урегулирование которых возможно в процедуре медиации. В качестве такого механизма предлагается рассматривать медиабельность правового спора (Калашникова 2011, 93–97). По мнению автора, юристы склонны рассуждать о медиабельности примерно так же, как они рассуждают о подведомственности, хотя (что немаловажно) подчеркивается различие медиаторов и юрисдикционных органов. Иными словами, рассуждение выглядит примерно так: «С этим делом только в суд, а с этим можно и к медиатору». Для юриста ход мысли вполне логичный и даже необходимый, ведь медиация на сегодняшний день тесно связана с судебным разбирательством (по крайней мере, она так зачастую позиционируется). Отсюда возникает практическая необходимость различения, где реально есть показания к медиации, а где она неуместна.

В таком полагании можно усмотреть известный риск — видеть медиатора рядом с судебным процессом или в оппозиции ему если не как юрисдикционный орган, то по крайней мере как фигуру, сравнимую с ним. Такой подход определенно противоречит одному из базовых принципов медиации — принципу нейтральности, нивелирует идею прозрачности, наделяет медиатора свойством субъектности, искушает его на то, чтобы забыть о роли «средства» и начать действовать как фигура, разрабатывающая и принимающая решение.

Особую важность предварительной оценки перспектив процедуры медиации подчеркивает Н. Н. Тарасов, напоминая, что содержательная оценка целесообразности и перспектив проведения медиации предваряется юридическим анализом правовой природы спора на предмет допустимости и ограничений применения процедуры медиации, установленных действующим законодательством (ст. 1 Федерального закона от 27.07.2010 № 193 «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (здесь и далее все ссылки на российские нормативно-правовые акты и судебную практику приводятся по СПС «КонсультантПлюс». Дата обращения 10 марта, 2019. <http://www.consultant.ru>)). По мнению автора, «необходимо помнить, что далеко не каждый спор может быть решен путем переговоров» (Тарасов 2012, 82–83). На наш взгляд, это замечание имеет принципиальное значение для оценки материалов при принятии решения об обращении к тому или иному институту разрешения конфликта.

Авторы первого в Российской Федерации фундаментального учебника по медиации предлагают для ее дефиниции обращаться к двум показателям: «во-первых, это свойство конфликта, определяющее возможность работы с ним посредством медиации; во-вторых, это критерий эффективности результата медиации, определяющий отсутствие постконфликта и исполнимость достигнутых договоренностей» (Карпенко, Осинский 2016, 171).

Переводя рассуждения о медиабельности от определения к технологии применения, заметим, что последовательность рассмотрения возможности и перспективы обращения к этому институту должна идти *не от альтернативы судебному разбирательству, а от альтернативы переговорам без медиатора*. Сейчас логика выглядит примерно так: «если не в суд, то к медиатору» или «если не к медиатору, то в суд». А она должна выглядеть так: «если ситуация переговорная, но не получается без посредника, то к медиатору, а если там не получится, то в суд». Тогда медиатор действительно выступает как функция, а не как субъект со своим взглядом на ситуацию и своим решением. Иными словами, рассматривая медиабельность как совокупность признаков конфликта, содержащих показания для обращения к посреднику (не содержащие противопоказаний), следует предварить это рассмотрение определением переговорности.

Резюмируем положения о понятии медиабельности:

- сущностный признак медиации — ее прозрачность; медиатор — лишь средство для организации переговоров, медиация — разновидность переговоров и уместна только в случае, признанном переговорным;
- цепочка рассуждений о признании случая медиабельным должна начинаться не с альтернативы судебному разбирательству, а с альтернативы переговорам без медиатора.

В свою очередь, альтернативой судебному разбирательству может выступать не институт медиации, а институт переговоров.

2.2. Отечественная практика медиации. Предположение о пригодности и уместности медиации в переговорах для разрешения гражданско-правового конфликта относится к предварительной стадии принятия решения об обращении к альтернативной процедуре и должно рассматриваться и учитываться судьями при рекомендации сторонам и собственно медиаторами при так называемом принятии дела к производству.

Поэтому анализ различных теоретических источников, в которых предлагаются способы работы в этой стадии процесса, важно дополнить материалами собственно практики принятия решений. За такими материалами мы решили обратиться не в столичные центры (Санкт-Петербург и Москву), которые первыми в стране развернули работу соответствующих институтов, а в структуры следующей волны внедрения медиации, причем еще до принятия указанного выше Федерального закона от 27.07.2010 № 193 «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)».

Мы проинтервьюировали 10 практикующих медиаторов из Центра медиации Уральского государственного юридического университета и Центра медиации Сибирского федерального университета. В интервью мы выясняли (кроме интенсивности, т. е. рабочей нагрузки на одного медиатора, и соотношения количества обращений и медиативных соглашений), на какие обстоятельства спора в действительности обращает внимание медиатор при решении об участии в качестве посредника, есть ли некоторая устойчивость (технологичность) в последовательности рассматриваемых обстоятельств и связаны ли они с успехом/неуспехом медиации. Сам список важных обстоятельств для принятия решения об открытии процедуры формировался также путем предварительного опроса 20 медиаторов указанных центров и их коллег, проходящих профессиональную подготовку.

В итоге были выделены 20 следующих характеристик в статусе возможных критериев (список сформирован без учета приоритетов, простым перечислением):

- 1) для сторон важна конфиденциальность;
- 2) для сторон желателен результат, отличный от судебного решения;
- 3) каждая из сторон имеет собственный интерес в переговорах (взаимозависимость участников спора);
- 4) нет ограничений субкультурного типа, которые препятствуют конкретным переговорам;
- 5) отношения сторон эмоционально напряжены, что препятствует продуктивному непосредственному взаимодействию;
- 6) предмет спора не содержит рисков нарушения запретов, предусмотренных законом;
- 7) спор имеет такие характеристики, которые позволяют рассматривать медиацию как предпочтительную суду форму;
- 8) стороны имеют добрую волю к соглашению (желание сторон вступить в диалог и вести переговоры);
- 9) стороны имеют ресурс для выполнения договоренностей и совместных решений;

- 10) стороны не владеют техниками ведения переговоров, что препятствует продуктивному непосредственному взаимодействию;
- 11) стороны способны вести равноправные переговоры (не существует резких различий относительно власти);
- 12) стороны хотят разрешить ситуацию быстрее и с меньшими затратами, чем в суде;
- 13) судебная практика по спору противоречива, неизвестны перспективы в суде;
- 14) у конкретного медиатора имеется соответствующий ресурс (достаточно профессиональных и личностных компетентностей, чтобы взяться за дело данной категории сложности);
- 15) у сторон имеется заинтересованность в хороших отношениях друг с другом в будущем, их отношения имеют длительный характер;
- 16) у сторон нет установки на затягивание судебного разбирательства, стороны добросовестны;
- 17) у сторон нет установки на решение вопросов вины, которая мешает рационально интерпретировать конфликт;
- 18) у сторон отсутствуют признаки психических аномалий;
- 19) характер спора допускает позиционную вариабельность в рамках интересов сторон (возможно несколько вариантов решения проблемы, удовлетворяющих интересы сторон);
- 20) эскалация конфликта не перешла определенный порог.

В итоге ранжирования участниками исследования предложенных признаков с точки зрения их важности для принятия решения о процедуре медиации, а в дальнейшем и с точки зрения их успеха (достижение медиативного соглашения) выяснилось, что представлений об определенной (технологически целесообразной) последовательности определения значимых факторов нет ни у кого. При этом участники ссылались на то, что они не получили соответствующих рекомендаций при подготовке. При анализе и различении приведенных обстоятельств к сюжетам переговоров в целом и переговоров с участием посредника опрошенные достаточно уверенно отнесли признаки № 3, 8, 9, 11, 19 к переговорным, остальные с большим или меньшим значением — к показаниям для участия посредника.

Вместе с тем все опрошенные соглашались, что приведенный перечень содержит указание и на пригодность предполагаемого конфликта к разрешению в непосредственных переговорах, и на препятствия в целом к переговорам и к участию в них посредника.

На важность различения признаков перспективы непосредственных переговоров и переговоров с участием посредника опрошенные указывали в обсуждении проблем применения критерия медиабельности не только в предварительной стадии, но и при изменении переговорного процесса в его динамике, когда процедура начинается с посредником, а затем переходит к непосредственным переговорам, в которых к посреднику обращаются только за оформлением медиативного соглашения. Вот фрагмент интервью с одним из участников: «Бывают и споры частично медиабельные, когда стороны имеют длительную историю соперничества, обмениваются большим количеством исков, например по корпоративным спорам. До этого (имеются в виду переговоры с участием медиатора) им просто нравилось “вое-

вать». А тут, увидев, что можно договориться и удовлетворить свои интересы, не нарушая интересов другой стороны, они очень быстро находят варианты решений и переходят к непосредственным переговорам».

Кроме того, все практикующие медиаторы отметили, что среди приведенных обстоятельств есть как принципиальные — обязательные для установления в предварительной стадии подготовки к процедуре, так и факультативные, которые либо не актуализируются в ряде случаев, либо представляют собой контекстные обстоятельства, важные, но обнаруживаемые в следующих стадиях уже реализуемых переговоров.

2.3. Критерии переговорности и медиабельности. Итак, мы предлагаем разграничить переговорность и медиабельность, определив критерии того и другого для их использования при принятии решений относительно форм регулирования спорных отношений.

К критериям (принципиальным) переговорности обычно относят следующие:

- стороны должны иметь добрую волю к достижению соглашения; когда хотя бы одна из сторон не понимает, зачем ей нужны переговоры, или не хочет их вести, это означает, что попытки организовать переговорный процесс обречены на провал; в качестве особого случая нужно рассматривать ситуацию принуждения к переговорам, в которой всегда должно быть место предпочтению обеими сторонами (хотя бы временно) переговорного процесса силовому решению конфликта (Хасан, Сергоманов, Юстус 2007, 66);
- каждая из сторон должна иметь собственный интерес в переговорах; именно интерес (точнее, его удовлетворенность) является мерой эффективности переговоров; интересы сторон могут быть сосредоточены как на самом переговорном процессе, так и на том соглашении, которого стороны надеются достичь в результате переговоров; важно, чтобы интересы сторон не были антагонистичны;
- стороны должны иметь ресурс для выполнения договоренностей; если переговоры не заканчиваются соглашением, а достигнутые соглашения не выполняются со ссылкой на отсутствие ресурсов, то вести речь о собственной переговорности бессмысленно; именно ресурсы определяют серьезность намерений сторон (Хасан, Сергоманов, Юстус 2007, 66);
- на наш взгляд, есть еще четвертое условие (иногда определяемое как факультативное, в отличие от принципиальных); Н. Н. Тарасов называет его «позиционной вариабельностью спора в рамках интересов сторон» (интересам отвечает не один, а несколько вариантов решения спора) (Тарасов 2012, 82); к этому же критерию можно отнести предложенное М. Пель «наличие определенного пространства для переговоров», если иметь в виду содержательную неоднозначность позиций участников конфликта (Пель 2008).

Отсутствие признаков позиционной вариабельности спора часто бывает лишь кажущимся, мнимым. На деле стороны нередко просто не могут сформулировать собственные интересы и определенно говорят о целях. Именно разворачивающийся переговорный процесс способствует артикуляции интересов и, соответственно, обнаружению их позиционной вариабельности. Поэтому данный критерий должен применяться с некоторой осторожностью. Если принципиальные критерии могут

быть ясны уже на начальных стадиях определения взаимодействия как перспективно переговорного, то с этим критерием торопиться не стоит, особенно с учетом того, что стороны часто имеют установку на переговоры не по интересам, а «по позициям»¹.

Переговоры возможны и без участия посредника. Довольно распространены ситуации, когда стороны в состоянии вступить в непосредственное взаимодействие; более того, в современной российской действительности предложение об обращении к помощи медиатора воспринимается как ненужное осложнение и появление дополнительных рисков. В хорошем случае непосредственные переговоры вполне уместны тогда, когда стороны достаточно компетентны в области соответствующих технологий.

После анализа конфликтной ситуации (спора) на предмет ее переговорности и при положительном заключении можно обратиться к критериям медиабельности, т.е. к определению уместности и перспективности обращения к переговорам с участием посредника (медиатора). И здесь, как мы уже отмечали, важны и критерии показателя к процедуре медиации, и критерии, при которых медиация неперспективна.

Признавая важность оценки пригодности спора для его разрешения в альтернативном судебному разбирательству процессе, многие авторы не различают переговоры непосредственные и с посредником, а также включают в этот альтернативный вариант и примирительные процедуры.

Так, с точки зрения Л. Боуля, проведение соответствующей (примирительной) процедуры возможно в следующих случаях: конфликт является сдержанным (существует возможность преодолеть эмоциональность и наладить коммуникацию между сторонами); обе стороны нацелены на достижение соглашения; участники спора состоят в делящихся отношениях и желают их сохранить; стороны обладают дееспособностью, могут адекватно оценивать значение своих действий и их последствия; участники обладают достаточными полномочиями на заключение соглашения; они способны вести равноправные переговоры; спор носит комплексный характер и включает несколько проблемных аспектов; желателен результат, отличный от судебного решения; имеется достаточное количество ресурсов (временных, финансовых, информационных) для урегулирования спора и распределения между сторонами; отсутствуют императивные предписания относительно порядка урегулирования подобного рода споров; затраты на судебное разбирательство непропорционально высоки по сравнению с ценой иска; важна конфиденциальность процедуры урегулирования спора (Boulle, Nesic 2001). Л. Боуль называет и противопоказания, отмечая, что медиация неприменима, если спор затрагивает вопросы национальной безопасности, государственной политики или прав человека; стороны желают установить общеобязательный прецедент для аналогичных дел; спор возник относительно толкования и применения закона; существуют обоснованные опасения, что медиация может использоваться недобросовестно в целях сбора информации или затягивания разрешения спора; одна или обе стороны находятся в таком эмоциональном состоянии, которое не позволяет вести конструктивные

¹ Различие между переговорами «по интересам» и «по позициям» проводят Р. Фишер и У. Юри. Они сравнивают переговоры «по позициям» с торгом продавца и покупателя. Позиционный спор, по описанию авторов, превращается в состязание воли (Фишер, Юри 1992).

переговоры; стороны занимают бескомпромиссные позиции; необходима государственная защита субъективного права; имеется существенный дисбаланс в статусах и полномочиях сторон; отношения носят разовый характер (Boulle, Nesic 2001, 91–97).

Отдавая должное попытке всеобъемлющего описания возможных условий, отметим, что в этом перечне достаточно очевидно представлены не столько критерии медиации, сколько в принципе общие и частные условия альтернативы институту судебного разбирательства. Кроме того, Боуль в списке противопоказаний фактически перечисляет те же условия, что и в списке показаний, только со знаком минус.

Голландская судья-медиатор М. Пель, рассуждая о медиабельности, также обращает внимание не только на собственно признаки (условия, критерии) допустимости/желательности медиации, но и на перспективы ее успешности. В ее списке это выглядит следующим образом:

- желание сторон вступить в диалог;
- пространство для переговоров / возможность маневрировать;
- уровень эскалации конфликта.

К этим ключевым критериям она добавляет, что участники конфликта придут к согласию более чем в 90 % случаев, если:

- хотят контролировать процесс принятия решения;
- стремятся найти решение быстро и с минимальными затратами;
- формальное юридическое решение не способствует устранению причин конфликта (Пель 2009, 256).

Пространство для переговоров М. Пель, как Н. Н. Тарасов, определяет в качестве принципиальной возможности для ведения переговоров, связывая этот показатель с соответствующими перспективами медиации. Вероятные итоги могут значительно отличаться от требований, предъявляемых участниками до начала медиации, а также от позиций, заявленных участниками ранее. Далее М. Пель, обсуждая критерии перспективности медиации, отмечает ряд случаев, когда пространство переговоров не выступает атрибутивным условием:

- прояснение моментов, ставших причиной непонимания между участниками конфликта;
- налаживание общения между ними;
- извинение или выражение искреннего сожаления о сделанном;
- урегулирование жалоб, связанных с невежливым или грубым обращением;
- пояснение применимых правил и оснований принятых решений;
- составление графика погашения долга (Пель 2009, 260).

На наш взгляд, включение этих условий как целевых установок переговорного процесса вообще относится к некоторым тактическим характеристикам взаимодействия и необоснованно расширяет границы понятия медиации. Когда целью сторон выступает не поиск рационального решения конфликта, а налаживание отношений сторон, такое взаимодействие может быть предметом психологического консультирования и носит принципиально иной характер, нежели переговоры с участием посредника.

Здесь, по-видимому, и проходит граница между медиацией для поиска рационального способа урегулирования спора с учетом интересов сторон и примирением.

Полагаем, что медиацию и примирение нужно принципиально различать. Безусловно, примирительные технологии и соответствующие процедуры необходимы обществу не меньше, чем медиация. На основе примирительных процедур строится такой мощный институт, как восстановительное правосудие, широко применяемое за рубежом. Однако это не отменяет необходимости их различения, как минимум в силу того, что для применения этих технологий нужны существенные различные компетенции посредника.

Сегодня научное сообщество несколько обеспокоено тем, что практикующим медиаторам-юристам недостает базовых психологических компетенций, а в тех случаях, когда медиацией заняты психологи или педагоги (социальные работники), — базовых юридических. Если этот недостаток достаточно осущитим в отношении, например, имущественных споров, то в отношении примирения он может быть еще более актуален. Выяснение отношений, решение вопросов вины, извинения и раскаяния — процессы, которые происходят преимущественно на психологическом уровне.

Пренебрежение различием медиации и примирения на практике приводит к тому, что посредник часто воспринимается сторонами «единым в трех лицах» — примиритель, посредник, юрист. Это существенно осложняет реальный рабочий процесс посредничества в переговорах. Перед тем как этот процесс открылся, важно определить, какая из функций в данном конкретном случае, в какой последовательности и с привлечением каких профессиональных фигур уместна.

В связи с обращением к психологическим характеристикам спора следует специально остановиться на критерии эскалации, который в той или иной формулировке предлагают как зарубежные, так и отечественные авторы. В частности, Н. Н. Тарасов, обращаясь к своеобразной периодизации стихийного конфликтного взаимодействия, предложенной Ф. Глазлом (Глазл 2002), отмечает, что эскалация конфликта не должна перейти определенный порог, за которым интересы сторон, связанные с предметом спора, уходят на второй план или просто теряются в силу подмены его рациональных смыслов личностным негативным отношением к другой стороне, когда реальное лицо замещается сформировавшимся образом врага (Тарасов 2012, 85). Другими словами, при данной конфликтной динамике любые действия участников спора начинают определяться не их предметными интересами, а личным противостоянием, основанным на категорически негативном и персонифицированном отношении к другой стороне (Пель 2009, 263).

Такое описание порога медиабельности представляется довольно ясным и убедительным. Н. Н. Тарасов обращает внимание еще на один важный момент стадии подготовки к процедуре медиации: оценка медиабельности может быть только предварительной. Иногда надежный вывод можно сделать и вовсе лишь на стадии обсуждения предложений сторон. Однако и на стадии подготовки можно обнаружить такой отчетливый признак, как активное нежелание одной из сторон участвовать в переговорах при условии, что они понимают суть медиации, ее возможности и преимущества в обеспечении полноты обеспечения их интересов (Тарасов 2012, 85).

Итак, вопрос о критериях медиабельности в каждом конкретном случае должен, на наш взгляд, предвращаться вопросом о том, является ли данный случай пере-

говорным. При наличии названных выше условий переговорности можно перейти к предварительному определению того, имеются ли в данном случае показания или противопоказания к медиации, т. е. уместна ли в данном случае позиция медиатора и есть ли перспектива для сторон в обращении к медиации. В самом общем виде, если вопрос может быть разрешен в переговорах, а не в суде, обращение к медиации обусловлено обстоятельствами, при которых непосредственное взаимодействие сторон по каким-то причинам становится затруднительным. Когда «не взаимодействовать невозможно, но и взаимодействовать — тоже, нужен кто-то посредине, между, тот, посредством кого решается эта тупиковая ситуация» (Хасан 2010, 81). Здесь необходимо выяснить, какие еще дополнительные условия, кроме условий переговорности, будут указывать на то, что медиация может быть эффективным способом взаимодействия сторон в конфликтной ситуации.

На наш взгляд, этих условий всего два, причем, в отличие от условий переговорности, для того чтобы считать медиацию уместной или необходимой, достаточно хотя бы одного из них:

- стороны не владеют техниками ведения переговоров;
- отношения отягощены эмоциональной стороной, которая на момент переговоров напряжена настолько, что препятствует их эффективности, но не перешла порога личной вражды.

Теперь обратимся к противопоказаниям. Конечно, можно, пользуясь уже известным образцом в этой части, представить названные условия со знаком минус. Однако есть и иные характеристики, которые имеет смысл обсудить как противопоказания именно к медиации, а не к переговорам (помня, что вопрос о медиабельности мы все время рассматриваем уже после определения случая как принципиально переговорного).

Что касается прямых запретов, то они перечислены в Федеральном законе от 27.07.2010 № 193 «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» и детально проанализированы С. И. Калашниковой в работе «Медиация в сфере гражданской юрисдикции» (Калашникова 2011). Сверх этого перечня интересную группу критериев представляют собой ограничения субкультурного типа. В качестве пояснения обратимся к любопытному примеру, описанному Р. Фишером и У. Юри. В персидском языке слово «компромисс» не обладает позитивным значением, как в английском, но имеет лишь отрицательный смысл. Подобным же образом слово «посредник» в персидском языке означает «непрошенный и назойливый человек», который вмешивается в торг без приглашения. В начале 1980 г. Генеральный секретарь ООН Курт Вальдхайм прилетел в Иран для урегулирования вопроса о заложниках. Его усилия были серьезным образом подорваны, когда Иранское национальное радио и телевидение передали на персидском языке высказывание, которое он якобы сделал по приезду в Тегеран: «Я приехал в качестве посредника для выработки компромисса». Примерно через час после передачи его машину забросали камнями разгневанные иранцы (Фишер, Юри 1992).

Каждая из сторон, участвующих в процедуре медиации, принадлежит к какой-либо субкультуре, которая во многом определяет ее восприятие действительности. Столкновение различных субкультур может стать причиной непонимания и раз-

рыва коммуникации. Поэтому ограничения субкультурного типа должны учитываться при определении медиабельности. Такие противопоказания, по-видимому, следует отнести к контекстным критериям.

К сожалению, нам не удалось обнаружить специальных работ, посвященных влиянию обозначенного фактора на медиабельность. Упоминания о нем содержатся в основном в работах, посвященных международной медиации. Так, британские медиаторы Э. Кэррол и К. Мэки выделяют ряд признаков, на основе которых можно классифицировать этнокультурные различия, влияющие на эффективность медиации:

- стиль мышления и система взглядов (анализ или интуиция, различные представления о должном поведении в конфликте и переговорах, различное восприятие времени, представления об успехе, эффективных решениях, различия в юморе и шутках);
- поведение (в отношении проявления эмоций, молчания, физического контакта или соблюдения дистанции и т. д.);
- модели взаимоотношений и социальные нормы (индивидуализм или коллективизм в принятии решений; культура, ориентированная на консенсус, и авторитарная культура; ценность принципов или ценность социального статуса);
- различия в корпоративных, политических и правовых системах (Кэррол, Мэки 2012, 24–25).

Отдельные авторы упоминают о сложности применения медиации в тех культурах, где необходимость всеобщего одобрения обществом или организацией является культурной нормой. В таких культурах институт суда имеет безусловное преимущество, поскольку сторонам отказано в контроле результата разрешения конфликта. Неблагоприятный исход судебного решения легче оправдать в глазах руководства и существенно сложнее, если бы это решение было результатом переговоров. Легче возложить вину на внешние обстоятельства в виде решения судьи, чем нести персональную ответственность (Кэррол, Мэки 2012, 128).

Г. Пун выделяет пять аспектов межкультурных различий, в связи с которыми могут возникать трудности при проведении процедуры медиации:

- режим общения (более или менее прямой);
- стиль ведения переговоров (более или менее официальный);
- подход к решению вопросов (в зависимости от мотивации — более или менее коллективистский или индивидуалистичный);
- способ принятия решений (персональная или коллективная ответственность);
- ожидаемый итог процесса (более или менее конкретный и детально прописываемый в договоре или задающий только общие контуры договоренностей, воспринимаемый как нечто само собой разумеющееся) (Пун 2012, 122).

На наш взгляд, такой подход очень близок нормам современной России и имеет существенное значение при определении медиабельности. Подобные различия становятся все более актуальными не только в рамках международной медиации,

они имеются как у людей из разных стран, так и у граждан одного государства, принадлежащих к различным субкультурам. Фактором различия здесь могут выступать как этнические, так и возрастные, гендерные, образовательные и иные характеристики. Важно, что у сторон, участвующих в переговорах с обращением к медиатору, могут быть существенные различия в перечисленных выше аспектах, и это имеет серьезное значение при определении медиабельности.

3. Выводы

Резюмируя рассмотренные положения, касающиеся определения медиабельности конфликтов в юридической практике, отметим следующее:

- система критериев медиабельности должна основываться на критериях переговорности и последовательно складываться из показаний к медиации и препятствий для нее;
- в числе показаний к медиации, кроме признания случая переговорным, следует выделить невладение сторонами технологиями переговорных процессов и допустимый порог межличностных отношений сторон конфликта;
- препятствием для медиации могут быть следующие факторы: высокая степень эскалации конфликта, критерии, связанные с личностными особенностями сторон, и контекстные критерии;
- чрезмерно высокой степенью эскалации конфликта (когда можно сделать вывод о немедиабельности случая) следует считать пороговое значение, превышающее 6-ю ступень по Ф. Глазлу;
- к критериям-препятствиям, связанным с личностными особенностями сторон, следует отнести установку на решение вопросов вины, неспособность рационально интерпретировать конфликт с перспективой его разрешения;
- к контекстным критериям относятся обстоятельства, не связанные с самой конфликтной ситуацией и личностными характеристиками сторон, имеющие внешний объективный характер (прямые запреты, некоторые ограничения субкультурного типа).

В заключение отметим характерные черты такого явления, которое принято называть «особенностями российской ментальности» в их отношении к сюжетам практического определения медиабельности. На научно-практических конференциях и семинарах, посвященных теме медиации в современной юридической практике, аудитория, у которой пока еще не сформировались серьезные представления о медиации, всегда очень остро обсуждает и переживает вопросы, связанные с исполнением медиативного соглашения. Практикующие юристы обычно несколько раз переспрашивают, как может быть, что исполнение соглашения ничем не обеспечивается. Для них отсутствие принудительных механизмов автоматически означает сомнение в исполнимости. Красиво ответил на этот вопрос один из практикующих медиаторов: «Понимаете, когда молодой человек предлагает девушке выйти замуж, а она говорит “да”, в этом случае даже в сюжете с процедурой венчания нет абсолютных гарантий, — так и с медиацией».

Библиография

- Бесемер, Христоф. 2004. *Медиация. Посредничество в конфликтах*. Пер. с нем. Калуга: Духовное познание.
- Глазл, Фридрих. 2002. *Конфликт-менеджмент: настольная книга руководителя и консультанта*. Пер. с нем. Калуга: Духовное познание.
- Калашникова, Светлана И. 2011. *Медиация в сфере гражданской юрисдикции*. М.: Инфотропик.
- Карпенко, Александр Д., Александр Д. Осинковский (ред.). 2016. *Медиация: учебник*. СПб.: Редакция журнала «Третейский суд»; М.: Статут.
- Кэрролл, Эйлин, Карл Мэки. 2012. *Международная медиация — искусство деловой дипломатии*. Пер. с англ. М.: Межрегиональный центр управленческого и политического консультирования.
- Пель, Махтельд. 2008. «Посредничество в ходе судебного процесса в Нидерландах». *Медиация и право. Посредничество и примирение* 2 (8): 146–153.
- Пель, Махтельд. 2009. *Приглашение к медиации: практическое руководство*. Пер. с нидерл. М.: Межрегиональный центр управленческого и политического консультирования.
- Пун, Гэри. 2012. *Руководство по медиации для корпоративных юристов*. М.: Межрегиональный центр управленческого и политического консультирования.
- Тарасов, Николай Н. 2012. «Медиация: понятие и организация». *Медиация в нотариальной деятельности*. Под ред. С. К. Загайновой, Н. Н. Тарасова, В. В. Яркова, 75–137. М.: Информтропик Медиа.
- Фишер, Роджер, Уилльям Юри. 1992. *Путь к согласию, или переговоры без поражения*. Пер. с англ. М.: Наука.
- Хасан, Борис И. 2012. «Парадоксы медиации и самоопределение медиатора (посредника)». *Массовые коммуникации: интеграция научных парадигм. Международная науч.-практ. конф.*, 34–39. Иркутск: ЦентрНаучСервис.
- Хасан, Борис И. 2010. «Психологические аспекты медиации». *Медиация в условиях кризиса: теоретический и практический аспекты: материалы региональной научно-практической конференции (г. Красноярск, 26 марта 2010 г.)*: 81–86. Красноярск, 2010.
- Хасан, Борис И., Павел А. Сергоманов, Татьяна И. Юстус. 2007. *Конфликт-менеджмент*. Красноярск: Сибирский федеральный университет.
- Boulle, Laurence, Miryana Nestic. 2001. *Mediation: principls, process, practice*. London; Dublin; Edinburgh: Butterworths.

Статья поступила в редакцию 11 марта 2019 г.,
рекомендована в печать 15 ноября 2019 г.

Контактная информация:

Хасан Борис Иосифович — канд. юрид. наук, д-р психол. наук, проф.; khbi@ippd.ru
Полещук Юлия Олеговна — магистр психологии; julia23no@rambler.ru

The criteria of mediation procedure applicability in juridical practice

B. I. Khasan, Iu. O. Poleschuk

Siberian Federal University,
79, Svobodny pr., Krasnoyarsk, 660041, Russian Federation

For citation: Khasan, Boris. I., Iuliya O. Poleschuk. 2020. “The criteria of mediation procedure applicability in juridical practice”. *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 207–222.
<https://doi.org/10.21638/spbu14.2020.115>

The goal of the article is to discuss where, when and under which circumstances should the mediation process and procedure be applied. In Russia, this practice is still being developed

and its' reputation is crucial so that it might be well received by both judicial bodies and the general public. A positive image of mediation might help to develop trust in this progressive method of conflict resolution among Russian citizens. To do this, it is necessary to distinguish conflicts that can be solved via mediation from those where mediation is not applicable and, therefore, will fail. We propose criteria to determine, whether a conflict situation is negotiable, and mediation is applicable. Our proposition is based on an analysis of contemporary literature together with the practice of addressing mediation in different situations. Our conclusions find that the system of criteria for the applicability of mediation procedure should be based on the criteria of negotiability. Also, the system of criteria should be consistently developed on "indications" and contraindications for mediation. In addition to acknowledging a case as negotiable, the indications should include the following: conflict parties do not possess negotiation procedure and interpersonal relations between the parties do not exceed the acceptable "threshold level." Obstacles to mediation may include: an extremely high stage (exceeding the 6th stage in Glas's model) of conflict escalation, criteria related to the personal characteristics of the parties, and contextual criteria. The obstacles related to the personal characteristics of the parties include an attitude to interpret conflicts in terms of guilt level, the inability to rationally interpret the conflict while being inclined towards its' successful resolution. The contextual criteria include circumstances that are related neither to the conflict situation itself nor to the personal characteristics of the parties. The said criteria are external and objective such as direct prohibitions, subcultural restrictions, etc.

Keywords: mediation, mediation applicability, mediator, negotiations, negotiability, conflict, intermediary.

References

- Besemer, Christoph. 2004. *Mediation in Conflicts*. Rus. Ed. Kaluga, Dukhovnoe poznanie Publ. (In Russian)
- Boulle Laurence, Miryana Nestic. 2001. *Mediation: principls, process, practice*. London, Dublin, Edinburgh, Butterworths.
- Carroll, Eileen, Karl Mackie. 2012. *International Mediation: The Art of Business Diplomacy*. Rus. Ed. Moscow, Mezhhregional'nyi tsentr upravlencheskogo i politicheskogo konsul'tirovaniia Publ. (In Russian)
- Fisher Roger., William Ury. 1992. *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*. Rus. Ed. Moscow, Nauka Publ. (In Russian)
- Glas, Friedrich. 2002. *Conflict-Management: CEO's and Consultant's Handbook*. Rus. Ed. Kaluga, Dukhovnoe poznanie Publ. (In Russian)
- Kalashnikova, Svetlana I. 2011. *Mediation in Civil Jurisdiction*. Moscow, Infotropik Publ. (In Russian)
- Karpenko, Aleksandr D., Aleksandr D. Osinovsky (eds). 2016. *Mediation*. St. Petersburg, Redaktsiia zhurnala "Treteiskii sud" Publ.; Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Khasan, Boris I. 2010. "Psychological Aspects of Mediation". *Mediatsiia v usloviakh krizisa: teoreticheskii i prakticheskii aspekty: materialy regional'noi nauchno-prakticheskoi konferentsii (g. Krasnoiarsk, 26 marta 2010 g.)*: 81–86. Krasnoyarsk. (In Russian)
- Khasan, Boris I. 2012. "Mediation Paradoxes and a Mediator's Self-determination". *Massovye kommunikatsii: integratsiia nauchnykh paradigm. Mezhdunarodnaia nauch.-prakt. konf.*, 34–39. Irkutsk, TsentriNauch-Servis Publ. (In Russian)
- Khasan, Boris I., Pavel A. Sergomanov, Tatiana I. Yustus. 2007. *Conflict Management*. Krasnoyarsk, Sibirskii federal'nyi universitet Publ. (In Russian)
- Pel, Machteld. 2008. "Mediation in Court in Netherlands". *Mediatsiia i pravo. Posrednichestvo i primirenii* 2 (8): 146–153. (In Russian)
- Pel, Machteld. 2009. *Calling for Mediation: Handbook*. Rus. Ed. Moscow, Mezhhregional'nyi tsentr upravlencheskogo i politicheskogo konsul'tirovaniia Publ. (In Russian)
- Pun, Gary. 2012. *Handbook on Mediation for Corporate Lawyers*. Moscow, Mezhhregional'nyi tsentr upravlencheskogo i politicheskogo konsul'tirovaniia Publ. (In Russian)

Tarasov, Nikolai N. 2012. "Mediation: Concept and Organization". *Mediatsiia v notarial'noi deiatel'nosti*. S. K. Zagainova, N. N. Tarasov, V. V. Iarkov (eds), 75–137. Moscow, Informtropik Media Publ. (In Russian)

Received: March 11, 2019
Accepted: November 15, 2019

Authors' information:

Boris I. Khasan — Dr. Sci. in Psychology, PhD in Law, Professor; khbi@ippd.ru
Iuliya O. Poleshchuk — Master of Psychology; julia23no@rambler.ru