

Автономная некоммерческая организация
«Научно-методический центр медиации и права»

СУД. АРС. МЕДИАЦИЯ



Издательство
ООО «Межрегиональный центр управленческого
и политического консультирования»
Москва, 2017

Автономная некоммерческая организация
«Научно-методический центр медиации и права»

СУД. АРС. МЕДИАЦИЯ



МЕЖРЕГИОНАЛЬНЫЙ
ЦЕНТР УПРАВЛЕНЧЕСКОГО
и ПОЛИТИЧЕСКОГО
КОНСУЛЬТИРОВАНИЯ

Москва, 2017

УДК 347.4
ББК 67.410.1
С19

С19 Суд. АРС. Медиация : Сборник статей /Составитель Ц.А. Шамликашвили. — М.: Издательство ООО «Межрегиональный центр управленческого и политического консультирования», 2017. — 140 с.

ISBN 978-5-98872-037

Статьи сборника являются отражением трех важных этапов развития идей альтернативного разрешения споров на протяжении последних ста лет и помогают понять причины, по которым эти методы оказались востребованными, а также путь их эволюционирования и те проблемы, которые предстоит в будущем решать медиаторам.

Для практикующих медиаторов, студентов вузов и слушателей курсов, изучающих медиацию, всех интересующихся проблемами альтернативного разрешения споров.



УДК 347.4
ББК 67.410.1

© Ц.А. Шамликашвили, 2017.
© Издательство ООО «Международный центр управленческого и политического консультирования», 2017.

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие составителя.....5

Роско Паунд

Причины распространенной неудовлетворенности
отправлением правосудия.....10

Фрэнк Э. А. Сандер

О различных способах рассмотрения споров.....40

Ребекка Холландер-Блюмофф, Том Р. Тайлер

Верховенство права вне суда
(Процессуальная справедливость и верховенство права:
развивая правомочность альтернативного разрешения
споров).....77

Цисана Шамликашвили

Две стороны одной медали: медиация и суд.....117

Цисана Шамликашвили

Адвокат уходит из суда. Что такое collaborative law?.....133

Предисловие составителя

Тексты, которые мы предлагаем Вашему вниманию, являются, по-существу, отражением трех важных этапов развития идей альтернативного разрешения споров на протяжении последних ста лет и помогают понять причины, по которым эти методы оказались востребованными, а также путь их эволюционирования и те проблемы, которые предстоит в будущем решать нам с вами.

Первая и вторая статьи – это впервые опубликованные на русском языке (перевод осуществлен при содействии Центра медиации и права) в журнале «Медиация и право»¹ (и любезно предоставленные для публикации в данном сборнике) тексты двух знаменитых выступлений американских юристов о необходимости реформ в судебной системе. Каждая из этих речей стала в своем роде поворотной точкой и оказала огромное воздействие на эволюцию правосудия в США и во всем мире, стимулировала появление и развитие методов АРС. Эти речи стали классикой, их изучают студенты в юридических школах, на них постоянно ссылаются современные авторы. И, как нам кажется, затронутые в этих выступлениях проблемы не только актуальны по сей день, но в них можно увидеть и будущие тенденции трансформации способов удовлетворения потребности в доступе к правосудию и справедливости.

Первый текст — это речь, произнесенная в 1906 г. на конференции Американской ассоциации юристов в Сент-Пол, штат Миннесота, на тот момент никому не известным молодым юристом по имени Роско Паунд из провинциальной Небраски. Заявленная им тема казалась провокационной: «Причины распространенной неудовлетворенности отправление правосудия». В

¹ Медиация и право. Посредничество и примирение. 2016. № 1 (39). С. 12–51.

зале присутствовало почти четыреста юристов, и конечно, многие выказали удивление такой постановкой вопроса. «С чего вы взяли, что кто-то недоволен? И чего ж тогда они хотят?!» – вот вопрос, который, по воспоминаниям современников, витал в тот вечер в зале собрания. Неудобная речь Паунда, однако, содержала очень точный и очень неутешительный анализ того, почему американское общество того времени было недовольно судебной властью, и содержала некоторые важные рецепты, каким образом юридическому сообществу следует отреагировать, чтобы исправить ситуацию. Дискуссия, инициированная Паундом, послужила основой для существенных реформ в американской судебной системе и способствовала ее развороту к интересам общества, а само имя Паунда с годами стало для американских юристов символом этих перемен, и после его смерти возникла традиция проведения Паундовских конференций, посвященных актуальным проблемам правосудия.

В апреле 1976 г. (спустя 70 лет после знаменитого выступления Паунда) профессор Гарвардской школы права Фрэнк Сандер, выступая на Паундовской конференции, сделал не менее эпохальный доклад «О различных способах рассмотрения споров», в котором предложил оригинальную концепцию «суда со множеством дверей», ориентированного на потребности пользователей и предлагающего им различные способы урегулирования спора. Выступление Сандера часто считают днем рождения альтернативного разрешения споров как юридической дисциплины и практической сферы деятельности.

Третий текст, также впервые опубликованный на русском языке в журнале «Медиация и право»², — это статья наших современников, известного американского юриста Ребекки Холландер-Блюмофф и психолога Тома Р. Тайлера, посвященная проблеме достижения справедливого решения вне суда. Ведь вопрос, не противоречит ли медиация и другие методы АРС идее верховенства права, психологически стоит очень остро не только перед представителями юридического сообщества, но и перед потенциальными пользователями медиации. Вопросы соотношения доступа к правосудию с достижением справедливости,

² Медиация и право. Посредничество и примирение. 2016. № 2 (40). С. 20–41.

в том числе, путем процедурной и процессуальной справедливости все больше занимают ученых. Действительно, медиация – процедура, которая происходит не в жестких рамках закона, но «под сенью закона». Авторы статьи наглядно доказывают, что понятие процессуальной справедливости здесь не менее важно.

Четвертая статья составителя сборника «Две стороны одной медали: медиация и суд»³ посвящена рассмотрению современных тенденций интеграции медиации в систему, обеспечивающую доступ к правосудию и справедливости, возможные формы использования медиации в повседневной практике судов, ее роли в совершенствовании доступа к справедливости в целом⁴.

Другими словами, методы АРС, и в частности медиация, являются органичным дополнением судебной системы. Они, по существу, дают сегодня ответ именно на те вопросы, которые были заданы когда-то в речи Роско Паунда, и приближают нас к осуществлению выдвинутой Франком Сандером идеи «суда со множеством дверей».

Недаром в последние годы аббревиатура АРС все чаще расшифровывается как адекватные способы урегулирования споров вместо «альтернативные».

В современном мире все больше говорят об АРС как способе обеспечения доступа к правосудию. Так ли это? Что больше нужно современному обществу — доступ к правосудию посредством правоприменения или доступ к справедливости, который возможен и за пределами судебного разбирательства? Что означает доступ к справедливости? Любое решение, которое будет принято на условиях равноправного участия и свободного волеизъявления сторон, когда каждый имеет равное право голоса, а значит, — право быть услышанным?

Наверное, нет однозначного ответа, но есть запрос на изменения — развитие медиации в последние десятилетия все обнов-

3 Впервые опубликована в: Медиация и право. Посредничество и примирение. 2013. № 4 (30). С. 12–23.

4 В продолжение этой темы см. Интеграция медиации в работу судов // Бюллетень Федерального института медиации. 2014 год. I том. М.: МЦУПК, 2015. С. 22–152. — Также доступно на сайте ФИМ: http://fedim.ru/wp-content/uploads/2014/10/Fim2014-1new_FINAL.pdf.

ленной, содержательно модернизированной форме. Медиация, ориентированная на интересы сторон, при этом оставляющая за ними право на все решения и наделяющая их силой и властью влияния, является одним из ответов на вызовы, которые требуют ответа в мире, где количество разногласий и споров стремительно растет, а цена за неразрешенные конфликты оказывается очень высокой. Современная юридическая практика в целом, хоть и медленно, но тоже претерпевает изменения. Все более устойчивой становится тенденция развития сотрудничающего (взаимопомогающего права), которому посвящена завершающая статья сборника «Адвокат уходит из суда. Что такое collaborative law?»⁵, также написанная составителем.

Юридическая помощь постепенно все больше использует право как рамку, систему координат, с которой соотносят решения, а не как жесткую основу для принятия решений.

Более того, разрешение споров уже давно перестало быть монополией юристов. С развитием информационных технологий, интернета, электронной коммерции, увеличением количества транзакций и пропорциональным увеличением количества дел, требующих оперативного урегулирования, разрешение споров стало ежеминутной обыденной практикой.

Онлайн-разрешение споров становится все более распространенной практикой в самых различных сферах деятельности человека. Одновременно с этим, вслед за активным внедрением цифровых технологий в рабочее пространство представителей всех без исключения юридических специальностей, сегодня происходит не просто дигитализация судов, а активно создаются платформы для онлайн-разрешения дел в судах. Искусственный интеллект играет все большую роль, в том числе в государственной системе защиты прав граждан.

Вместе с этим, в обществе растет запрос не просто на АРС, а именно на современную медиацию, наделяющую стороны властью, влиянием на значимые для них процессы принятия решений. Медиация постепенно становится все более востребованным цветом в палитре способов достижения споров, давая сторонам надежду на возможность достижения справедливо-

⁵ Впервые опубликована в: Медиация и право. Посредничество и примирение. 2009. № 3 (13). С. 10–13.

сти на основе их свободного волеизъявления и одновременно сохраняющего баланс между индивидуальными и публичными интересами.

Мы надеемся, что знакомство с материалами данного сборника поможет читателю проследить эволюцию взглядов западной цивилизации на систему разрешения споров за последнее столетие и распознать новые тенденции.

***Цисана Шамликашвили,
научный руководитель ФГБУ «ФИМ»,
заведующая кафедрой
медиации в социальной сфере
факультета юридической психологии
Московского государственного
психолого-педагогического университета***

Роско Паунд¹

ПРИЧИНЫ РАСПРОСТРАНЕННОЙ НЕУДОВЛЕТВОРЕННОСТИ ОТПРАВЛЕНИЕМ ПРАВОСУДИЯ²

Роско Паунд (1870–1964) – американский юрист, один из крупнейших представителей социологии права. Будучи по образованию биологом и получив степень PhD за работы по ботанике, Паунд в течение многих лет возглавлял сначала юридический факультет Университета Небраски, а позднее – Гарвардскую школу права. Взгляды Паунда сформировались под влиянием философии прагматизма – право он понимал как одну из систем социального контроля (наряду с религией, моралью, обычаями, воспитанием и др). Поэтому он призывал изучать, как право реально функционирует и влияет на поведение людей в качестве социального регулятора, противопоставляя «право в книгах» и «право в действии». Подлинным же назначением права, в понимании Паунда, является разрешение возникающих в обществе конфликтов и развитие цивилизованных отношений между людьми. Право не должно служить средством подавления, должно не разъединять членов общества, а, наоборот, способствовать укреплению согласия и развитию сотрудничества между

¹ Лекция The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, прочитанная Роско Паундом перед Американской судебной ассоциацией в 1906 году, опубликована в American Bar Association Reports, 29, Part I, P. 395–417, 1906.

² © Перевод, МЦУПК, 2017.

ними. Идеи Роско Паунда вошли в золотой фонд юридической мысли и до сих пор вдохновляют тех, кто стремится к созданию более справедливой и живой правовой системы, обращенной к людям и служащей интересам каждого.

Неудовлетворенность отправлением правосудия столь же стара, как сам закон. Даже если не выходить за пределы нашей собственной правовой системы, можно проследить древнюю и непрерывающуюся родословную этой неудовлетворенности. В англо-саксонских законах постоянно провозглашается, что правосудие должно осуществляться одинаково по отношению к богатым и бедным, и Король призывает поддерживать мир еще крепче, чем это было в обычае, и провозглашает, чтобы «люди из каждого сословия с готовностью подчинялись ... каждый тому закону, который ему пролагается»³. Автор апокрифического «Зеркала судей» приводит список из ста пятидесяти пяти злоупотреблений в отправлении правосудия и называет в качестве одного из главных злоупотреблений того вырожденного времени, в котором он жил, то, что прекратились казни судей за мздоимство или неправосудные приговоры. Уиклиф сетует, что «юристы ведут процесс гражданского права, погружаясь в мелочи и крюкотворствуя, что превращает человеческий закон в языческий, и не принимают за образец Евангелие, как будто Евангелие не столь хорошо, как языческое право». Старки, в царствование Генриха VIII, говорит: «Каждый, кто стремится извратить разум, пре-

³ Имеется в виду король Англии Этельред II Неблагоразумный (968-1016). Его законы опубликованы в: Thorpe B., Eyre G., Spottiswoode A. Ancient Laws and Institutes of England: Comprising Laws Enacted Under the Anglo-Saxon Kings from Æthelbirht to Cnut, with an English Translation of the Saxon; the Laws Called Edward the Confessor's; the Laws of William the Conqueror, and Those Ascribed to Henry the First; Also, Monumenta Ecclesiastica Anglicana, from the Seventh to the Tenth Century; and the Ancient Latin Version of the Anglo-Saxon Laws. With a Compendious Glossary. V. 1. Printers to the Queen's Most Excellent Majesty, 1840. P. 129. – *здесь и далее прим. пер.*

пятствует наилучшему закону, созданному в древние времена». Яков I напомнил судьям, что закон был основан на разуме, и что он и другие имеют разум так же, как и судьи. В восемнадцатом веке раздавались жалобы, что судебная скамья была захвачена «юридическими монахами, крайне невежественными относительно человеческой природы и человеческих дел». Яростную критику в период реформаторского движения девятнадцатого века достаточно лишь упомянуть. Другими словами, с тех пор, как существуют законы и юристы, добросовестные и благонамеренные люди верили, что законы являются только произвольно установленными формальностями, и что попытки регулировать отношения людей в соответствии с ними приводили в основном к несправедливости. Но мы не должны быть введены в заблуждение этой безобидной и неизбежной неудовлетворенностью всеми законами и просмотреть или недооценить реальную и серьезную неудовлетворенность судами и отсутствие уважения к закону, которые существуют в Соединенных Штатах сегодня.

Несмотря на яростное сопротивление, с которым сначала столкнулась доктрина о контроле судебной власти над законодательной в случаях принятия неконституционных законов, до недавнего времени проявлялась весьма значительная тенденция широко применять доктрину общего права о верховенстве закона и подчинить отправление закона общему праву и судебному надзору. Сегодня не менее заметна обратная тенденция. Судам перестали доверять, и в моду вошли исполнительные органы и комиссии с высшими полномочиями, освобожденные, насколько это позволяют конституции, от судебного надзора. В таком случае, можно констатировать, что неудовлетворенность нынешним отправлением правосудия в Америке проявляется в большей степени, чем обычно. Исходя из этого, прежде всего нам следует поставить диагноз, и диагностика будет единственной целью этой статьи. Мы лишь попыта-

емся выявить распространившуюся ныне неудовлетворенность и указать на ее причины. Кроме того, это исследование будет ограничено гражданским правом. Ибо, в то время как уголовное право привлекает больше внимания и наказание, по-видимому, представляет больший интерес для умов обычных людей, нежели гражданские средства профилактики и компенсации, истинный интерес для современного общества представляет именно гражданское отправление правосудия. Месть и ее современный отпрыск, наказание, относятся к прошлому правовой истории. Правила, которые определяют те невидимые границы, в которых каждый может действовать, не вступая в конфликт с деятельностью своих собратьев в нашем оживленном и многолюдном мире, и на которые инвестор, рекламист, покупатель, продавец, работодатель и работник должны полагаться, сознательно или неосознанно, в своих повседневных взаимодействиях, являются условиями, предваряющими современную социальную и производственную организацию.

Если ограничиваться такими рамками исследования, причины неудовлетворенности отправлением правосудия могут быть разделены на четыре основные группы: (1) причины неудовлетворенности любой правовой системой, (2) причины, заключающиеся в особенностях нашей англо-американской правовой системы, (3) причины, заключающиеся в нашей американской судебной организации и процедуре, (4) причины, заключающиеся в обстоятельствах, в которых существует наше отправление суда.

Достаточно поверхностного знакомства с литературой, чтобы показать, что все правовые системы всех народов вызывали схожие жалобы. Даже о замечательном механизме отправления современного немецкого правосудия говорят, что он утратил доверие людей на том высказываемом издревле основании, что существует один закон для богатых, а другой для бедных. Поэтому очевидно, что долж-

на быть некая причина или причины, присущие всякому праву и во всех правовых системах, которые порождали бы универсальный и неизменный результат. Я полагаю, что причины неудовлетворенности любой системой права следующие: (1) неизбежно механическое действие правил и, следовательно, законов, (2) неизбежное различие в степени, с какой прогрессируют закон и общественное мнение, (3) общее для всех людей предположение, что отправление правосудия является простой задачей, для решения которой каждый человек обладает достаточной компетентностью, (4) распространенное неприятие ограничений.

Самую важную и наиболее устойчивую причину неудовлетворенности любым правом во все времена можно обнаружить в неизбежно механическом действии правовых норм. Это та цена, которую мы платим за единообразие. Правовая история демонстрирует колебание между широтой свободы действия судей, с одной стороны, и строгим ограничением судьи детальными и подробными правилами, с другой. Время от времени становится необходимым возвращение, в большей или меньшей степени, к правосудию вне закона для того, чтобы привести публичное отправление правосудия в согласие с изменившимися моральными, социальными или политическими условиями. Но такие периоды возвращения приводят только к появлению новых или изменению старых правил. Со временем осуществление свободы действий регламентируется, порядок судебных действий становится устойчивым и единообразным, а новые элементы (будь то элементы обычаев, правосудия или естественного права) становятся столь же жесткими и механическими, как и прежние. То есть механическое действие закона может быть при определенных обстоятельствах сведено к минимуму, но его невозможно избежать. Законы являются общими правилами, и процесс придания им всеобщности включает в себя устранение акцентирования на несущественных элементах конкретных

тяжб. Если бы все тяжбы были одинаковыми (или если бы степень, с которой фактические тяжбы приближаются к общепризнанным типам, могла быть рассчитана с точностью), это бы не имело значения. Но проблема состоит в том, что на практике они приближаются к этим типам с бесконечными градациями. Когда мы устраняем несущественные факторы во имя осуществления общего правила, мы не можем полностью избежать устранения факторов, которые будут более или менее важны в случае определенной тяжбы. Если, для того чтобы решить эту неустранимую проблему в осуществлении правосудия в соответствии с законом, мы введем право судей производить изъятия из действия статутов (*judicial dispensing power*), результатом станет неопределенность и неверный масштаб для поправки на личные особенности судей. Если мы обратимся к другой крайности и будем накапливать исключения, уточнения и оговорки, то правовая система станет громоздкой и неработоспособной. Следовательно, закон всегда венчается компромиссом, обнаруживаемом на среднем пути между широкой свободой действий и чересчур подробным законодательством. Во имя достижения этой золотой середины неизбежны некоторые жертвы гибкостью применения в конкретных случаях. В результате урегулирование отношений между людьми в соответствии с этими правилами неизбежно является более или менее произвольным и входит, более или менее, в конфликт с этическими представлениями людей.

В те периоды, когда приняты абсолютные или универсальные моральные системы, контраст между правовыми решениями и строгими этическими требованиями будет волновать только отдельных индивидуумов. В периоды свободного индивидуального мышления в сфере морали и этики, а особенно в эпоху социального и промышленного перехода, этот контраст значительно усиливается и охватывает крупные классы общества. Правосудие, кото-

рое является целью закона, – это в принципе идеальный компромисс между действиями всех людей, живущих в переполненном мире. Закон направлен на согласование этих действий и регулирование отношений каждого человека с его собратьями таким образом, чтобы они согласовывались с моральным чувством сообщества. Когда сообщество едино в своих идеях относительно правосудия, это возможно. Но когда сообщество разделено и разрозненно, а группы, классы и люди, имеющие различные интересы, понимают друг друга не слишком хорошо, обладая противоречащими идеями о правосудии, эта задача становится чрезвычайно трудновыполнимой. Невозможно, чтобы в таком обществе царил всеобщее согласие относительно правовых и этических идей. Непрофессионал рассматривает случаи в единичности и оценивает их согласно своему индивидуальному пониманию добра и зла. Юрист должен рассматривать случаи в целом и оценивать их по стандартам, в значительной степени искусственным. Он должен применять этику сообщества, а не свою собственную. Если ему дается свобода действия, то его взгляд будет таким, как у класса, из которого он происходит. Если его руки связаны законом, он должен применить этику прошлого, как она сформулирована в общем праве и законодательстве. В любом случае, судебные и индивидуальные этические нормы будут расходиться. И это расхождение между этическим и правовым, которое замечает каждый человек, вынуждает воскликнуть вместе с Лютером: «хороший юрист, плохой христианин».

Причину неудовлетворенности отправление правосудия в соответствии с законом можно обнаружить и в том, как по-разному прогрессируют закон и общественное мнение. Для того чтобы исключить коррупцию, чтобы исключить личные предубеждения судей и свести к минимуму индивидуальную некомпетентность, закон выражает нравственные чувства сообщества при помощи пра-

вил, которым должны соответствовать решения судов. Эти правила, будучи выражениями общественного мнения, не могут существовать до тех пор, пока общественное мнение не закрепится и укоренится, и не могут измениться, пока не произойдет полного изменения общественного мнения. Отсюда следует, что эта трудность в судебном отправлении правосудия в принципе не может быть устранена окончательно. В грубый век тевтонцев могли происходить собрания граждан, в которых принимал участие каждый свободный человек. Но такие судилища разрушились под давлением истории и превратились в обычные суды, отправляемые постоянными судьями. Афиняне полагали, что люди сами должны выносить решение в каждом деле. Но афинский дикастерий⁴, в котором тяжбы были представлены перед группами из нескольких сотен граждан во имя достижения воли демократии, оказался способным воплощать лишь сиюминутные капризы демократии, а не постоянство ее воли. Современный опыт судебной практики, особенно в коммерческих делах, обнадеживает нас не более чем любая другая форма судебного референдума. Общественное мнение должно влиять на отправление правосудия посредством правил, по которым отправляется правосудие, а не путем прямого отправления. Все вмешательства в единообразное и автоматическое применение этих правил, когда возникают реальные тяжбы, вводят в их разрешение неприемлемый антиправовой элемент. Но, поскольку общественное мнение оказывает влияние на суды посредством правил, по которым они выносят решения, и эти правила некогда были установлены и сохраняются до их отмены или изменения, любая система права будет состоять из последовательных слоев правил и доктрин, отражающих последовательные и часто сильно расходящиеся периоды развития общественного мнения. В этом смысле, закон зачастую в самом деле оказывается владычеством

⁴ Δικαστήριον, суд присяжных в Древней Греции.

мертвых над живыми⁵. Неосознаваемые изменения в судебном правотворчестве и прямые изменения законодательства и кодификаций направлены на то, чтобы сделать это владычество мертвых в разумной мере терпимым. Но здесь вновь мы должны заплатить за точность и единообразие. Закон не может быстро реагировать на новые условия. Он не изменится до тех пор, пока не осознаются вредные последствия; зачастую до тех пор, пока они не осознаются остро. Прежде всего, должны произойти моральные, интеллектуальные или экономические перемены. И в то время как они происходят (и пока они еще не произошли в столь полной мере, чтобы повлиять на право и выразить себя в нем), неизбежно будут случаться различные трения. В эпоху быстрых моральных, интеллектуальных и экономических перемен, часто пересекающихся друг с другом и производящих многочисленные мелкие результирующие, такие трения будут происходить в избытке.

Третий постоянный источник распространенной неудовлетворенности отправлением правосудия в соответствии с законом может быть найден в расхожем предположении, что отправление правосудия является простой задачей, для решения которой каждый обладает достаточной компетентностью. Законы можно сравнить с формулами инженеров. Законы обобщают опыт множества судов, рассмотревших множество дел, и позволяют судье применять этот опыт неосознанно. Таким же образом формулы позволяют инженеру воспользоваться накопленным опытом прошлых строителей, даже если он не смог совершить некий шаг в своем развитии самостоятельно. Непрофесси-

⁵ Имеется в виду знаменитое высказывание Томаса Джефферсона, который выступал за то, чтобы каждое живущее поколение не зависело от предшествующего, как одна независимая страна от другой, и имело «право само выбирать ту форму правления, которая, по его мнению, больше всего содействует его счастью». См. *Джефферсон Т. Письма // Американские просветители: Избранные произведения в 2 тт. Т. 2. М.: Мысль, 1969. С. 122.*

онал не более компетентен, чтобы создать или применять некую формулу. Каждому требуются специальные знания и подготовка. Тем не менее, представление, что кто-то достаточно компетентен для того, чтобы судить о сложных противоречиях современного сообщества, способствует неудовлетворенности отправлением правосудия во многих частях Соединенных Штатов. В большинстве более древних государств люди в основной своей массе давно переросли такое представление. Но оно проявляется в непомерных полномочиях присяжных, народных заседателей в вопросах наследства и в законодательном или судебном правотворчестве, направленном против *stare decisis*⁶, в большинстве штатов Юга и Запада США. Обычные люди редко понимают, насколько важно сохранение высокого научного стандарта при отправлении правосудия. Не существует более надежной защиты против коррупции, предубежденности, классовой пристрастности или некомпетентности. Публичность приносит некую пользу. Но повседневная критика, осуществляемая подготовленными умами, и знание того, что ничто, не соответствующее принципам и не воспринявшее доктрину научной юриспруденции, не избежит критического внимания, делает для эффективности правосудия больше, чем любые другие действия, направленные на сохранение повседневной чистоты и эффективности судебных органов.

Еще один неизбежный источник неудовлетворенности судебным отправлением правосудия можно найти в распроstrаненном неприятии ограничений. Закон предполагает ограничения и регулирование, и для его обеспечения за ним стоит шериф со своим отрядом. Но сколь бы необходимыми и благотворными ни были эти ограничения, люди никогда не примирятся с ними полностью. Сам факт, что

⁶ «Стоять на решенном» (лат.), правовой принцип, по которому судьи обязаны уважать прецеденты, созданные предшествующими решениями.

существует компромисс между индивидом и его сотоварищами, долженствующий ограничивать некоторую часть деятельности индивида в интересах его собратьев, в большей или меньшей степени вызывает у человека сопротивление. В эпоху любых абсолютных теорий, от монархических до демократических, такое сопротивление особо остро. Красноречивый пример можно увидеть в соперничестве между королем и судом общего права в семнадцатом веке. Не менее яркий пример виден в отношении колониста к законности, установленной государством. Оуэн Уистер писал: «Беспечные сыновья полны плохо переносят все то, что стоит за дисциплину, порядок и послушание, а человека, который позволяет другому командовать им, они презирают. Я думаю, нашей демократии, этому прекрасному делу больных и извращенных, не грозит большего зла, чем утрата этого духа независимости»⁷. Это крайний случай. Однако то же самое (хоть и испытываемое в меньшей степени) чувство, что каждый человек, как орган суверенной демократии, выше закона, который он помогает установить, повсеместно способствует неуважению к методам и учреждениям закона и духу сопротивления к ним. Как говорит Гоббс, «закон устанавливается ... разумом и приказанием нашего искусственного человека – государства»⁸. Однако этот человек является абстрактным. Конкретный человек на улице или конкретная толпа намного более очевидны, и неудивительно, что индивиды и даже классы индивидов не в состоянии провести различие между ними.

Значительную часть нынешней неудовлетворенности отправлением правосудия следует отнести к универсальным причинам, которые были рассмотрены выше. Но, рас-

⁷ Оуэн Уистер (1860–1938) – американский писатель, автор романа «Виргинец», который считается первым образцом жанра вестерн. Цитата из рассказа «A pilgrim on the Gilia», *The West of Owen Wister: Selected Short Stories*. Lincoln: University of Nebraska Press, 1972. P. 167.

⁸ Приводим пер. А Гутермана. Гоббс. Левиафан. // Соч. в 2-х тт. Т. 2. М.: Мысль, 1991. С. 209.

смотря на них, мы должны далее признать, что существуют важные причины совершенно иного характера.

В рамках второй основной группы, я должен перечислить пять причин, лежащих в нашей особой правовой системе: (1) индивидуалистический дух нашего общего права, который плохо согласуется с коллективистской эпохой, (2) доктрина общего права о состязательном порядке, которая превращает судебный процесс в игру, (3) политическая подозрительность, появляющаяся из-за напряжения, возникающего в нашей правовой системе из-за доктрины верховенства права, (4) отсутствие общих идей или философии права, столь характерное для англо-американского права, порождающее мелкую возню там, где необходима комплексная реформа, (5) недостатки, присущие форме закона, из-за того обстоятельства, что большая часть нашей правовой системы все еще представляет собой прецедентный закон.

Первая из этих причин, конфликт между индивидуалистическим духом общего права и коллективистской сущностью нынешней эпохи, была исследована ранее. Нет нужды повторять то, что уже сказано. Достаточно указать на два примера. С самого начала главной основой нашей системы общего права была частная инициатива. Основой безопасности, поддерживающей мир, в общем праве является частное преследование правонарушителей. Безопасность в отношении эффективности и честности государственных служащих обеспечивается посредством *mandamus*⁹ или запретов, вводимых налогоплательщиками, предотвращающих растрату доходов, получаемых от налогообложения. Требование, чтобы предприятия общественного обслуживания придерживались своих обязанностей, предполагающих равное обращение со всеми по разумной цене, – это действие, направленное на предотвращение убытков. Кро-

⁹ От лат. *mandamus* – «мы приказываем», судебное предписание должностному лицу о выполнении требования истца.

ме того, предполагается, что индивид, согласно общему праву, имеет возможность постоять за себя и не нуждается в административной защите. Если он получил рану из-за небрежности, ни одна теория сравнительной небрежности¹⁰ не придет ему на помощь; если он нанимает работника, он принимает на себя риск от последствий этого найма; если он покупает товар, то правилом будет *caveat emptor*¹¹. В нашем современном индустриальном обществе вся эта схема индивидуальной инициативы разрушается. Частное судебное преследование устарело. *Mandamus* и налоговые запреты не смогли предотвратить разграбление государственных средств криминальными группами и боссами. Частные иски из-за ущерба, наносимого перевозчиками, не предотвратили установление дискриминационных и грабительских ставок. Доктрина о допущении риска становится слишком жестокой в современных условиях занятости. Иск об ответственности не утешит нас в случае продажи зараженной говядины или отравленных консервов. Во всех этих случаях, а они являются точками повседневного контакта с наиболее важными общественными интересами, методы общего права не смогли нам помочь. Суды не в состоянии выполнять ту работу, которую доктрина общего права о верховенстве закона возложила на них. Естественным результатом стало широко распространенное мнение, что суды являются неэффективными. Но, наряду с этим, еще одна сторона индивидуализма, заложенного в общем праве, послужила увеличению общественного раздражения. В то же время, как суды оказались бессильными, чтобы нам помочь, они, как казалось, препятствовали общественным усилиям решить проблемы посредством законодательства. Главной заботой общего права является

¹⁰ Сравнительная небрежность – принцип в гражданском праве, согласно которому оценка меры небрежности каждой из сторон, пострадавших в несчастном случае, основывается на оценке степени виновности каждой из сторон.

¹¹ «Да будет бдителен покупатель» (лат.).

обеспечение и защита прав личности. Как отметил Блэкстоун, «Общественное благо в настоящее время ничем не заинтересовано более существенно, чем защитой частных прав каждого индивида». Такая точка зрения, разумеется, не очень популярна сегодня. Сегодня мы ожидаем, что общество будет защищать нас от индивидов, естественных или искусственных, и мы возмущаемся доктринами, которые защищают этих индивидов от общества из-за боязни, что общество будет угнетать нас. Но гарантии общего права относительно частных прав установлены в наших конституциях, государственных и федеральных. Так что, в то время как в Англии эти догматы общего права уступили современному законодательству, в Америке они постоянно встают между народом или большими группами людей и желаемым ими законодательством. В результате суды оказались поставленными в ложное положение, ничего не делая и препятствуя всему, что обычные люди считают правильным.

Не менее сильный источник раздражения лежит в нашем американском преувеличении состязательного порядка общего права. Спортивная теория правосудия, «инстинкт вести честную игру», как это назвал профессор Уигмор, так укоренилась в юридической профессии в Америке, что большинство из нас принимают ее как фундаментальный правовой принцип. Но этот принцип, вероятно, является лишь пережитком тех дней, когда иск был сражением между двумя кланами, когда изменение места рассмотрения дела осуществлялось народным собранием. Будучи далеко не основополагающим фактом юриспруденции, этот принцип свойственен англо-американскому праву и сильно ограничен в современной английской практике. У нас он не просто полностью принят, но и хорошо разработан, а его второстепенные возможности были культивированы в наивысшей степени. Таким образом, в Америке мы принимаем как само собой разумеющееся то, что судья должен

быть только судьей, делать возражения и сообразовываться с правилами игры, и что стороны должны вести борьбу в своей игре своим собственным путем, без вмешательств со стороны суда. Мы возмущаемся такими вмешательствами как несправедливыми, даже если они делаются в интересах правосудия. Идея о том, что процедура должна по необходимости быть полностью состязательной, уродует наше судебное отправление в каждом его моменте. Она заставляет самого добросовестного судью чувствовать, что он всего лишь судит тяжбу, как ее представляет адвокат, в соответствии с правилами игры, и не должен самостоятельно стремиться к правде и правосудию. Она побуждает адвокатов забывать, что они являются сотрудниками суда, и обращаться с правилами закона и процедурами именно так, как профессиональный футбольный тренер обращается с правилами этого вида спорта. Она приводит к стремлению «поймать ошибку в записи», вместо того чтобы избавиться от противоречий окончательно и по существу дела. Она превращает свидетелей, и особенно свидетелей-экспертов, в просто и исключительно сторонников одной из команд. Она приводит к сенсационным перекрестным допросам «для подрыва доверия», что превращает кафедру свидетелей в «бойню за репутацию». Она не позволяет суду первой инстанции препятствовать запугиванию свидетелей и создает общую неприязнь, если не страх, к деятельности свидетеля, что ухудшает правосудие. Она поддерживает жизнь злосчастному правилу казначейства¹², отмершему в стране его происхождения, в соответствии с которым ошибки в приеме или отклонении доказательств, как предполагается, могут нанести ущерб и, следовательно, требуют нового судебного разбирательства. Она приводит к новым судебным испытаниям, потому что в случае отсутствия «прика-

¹² Правило, в соответствии с которым ошибки суда первой инстанции относительно допустимости доказательств требовали нового судебного разбирательства.

за об ошибке»¹³ сторона утрачивает шанс сыграть еще один тайм в игре правосудия. Она превращает защиту безусловных прав, которых не должны лишаться стороны, в поиски ошибок в процедуре. Ставится не вопрос, «чего требуют независимое право и правосудие?», а «были ли строго соблюдены правила игры?». Если было обнаружено какое-либо существенное нарушение, то точно так, как по правилам футбола нарушившую команду отводят на пять, десять или пятнадцать ярдов, в зависимости от обстоятельств, наша спортивная теория правосудия может назначить новые испытания, изменить приговор или поддержать возражения против действий суда ради правильной игры.

Воздействие нашего преувеличенного состязательного порядка сказывается не только в раздражении, возникающем у сторон, свидетелей и присяжных заседателей в отдельных случаях, но и в формировании у сообщества ложного представления о задачах и цели закона. Отсюда происходит, в значительной степени, современное американское стремление переиграть закон. Если закон лишь игра, то ни от игроков, которые принимают в ней участие, ни от общественности, которая наблюдает, нельзя ожидать, чтобы они следовали духу закона, когда их интересы можно обеспечить в обход его. И это вдвойне верно в ту эпоху, которая требует, чтобы все учреждения были экономически эффективны и социально полезны. Мы не должны удивляться тому, что одна часть общества следует клятве, даваемой присяжными, и выносит вердикты относительно вызывающих неприязнь тяжущихся сторон, строго ограничиваясь правом и доказательствами, в то время как другая часть приглашает каждый год юристов, чтобы они советовали, как избежать того, что кажется им неразумными и необоснованными ограничениями, нало-

¹³ Приказ о передаче материалов по делу в апелляционный суд для отмены вынесенного судебного решения на основании ошибки, допущенной при рассмотрении дела.

женными на необходимые способы ведения бизнеса. Таким образом, суды, учрежденные для отправления правосудия в соответствии с законом, осуществляются агентами или пособниками беззакония.

Другой источник раздражения нашими американскими судами – это политическая подозрительность из-за стремления навязать нашей правовой системе доктрину верховенства права. В силу этой доктрины, которая стала основополагающей в нашем государстве, закон ограничивает не только отдельных индивидов, но и весь народ. Вероятно, народ, ограниченный таким образом, станет, в любом случае, подозрительным к тем, кого он рассматривает как создателей этих ограничений. Еще более верно то, что наше конституционное устройство предаст суду широкий спектр вопросов, касающихся экономики, политики и социологии, к которым демократия особенно чувствительна. Эти вопросы не только становятся юридическими, но подвергаются судебному испытанию как инциденты частной судебной тяжбы. Эта сторона доктрины общего права была воспринята как повод для недовольства уже в семнадцатом веке. Бэкон, генеральный прокурор, дебатировав вопрос о прерогативах судей, сказал: «Я говорю вам совершенно откровенно, что это несколько лучше, чем направляться по кривому руслу, разыскивая, имеет ли король право учреждать расследование в судебном разбирательстве между Браунлоу и Мичеллом»¹⁴. Король Демос¹⁵ должен чувствовать то же самое, при виде того, что конституционность Миссурийского компромисса¹⁶ подвергается испытанию исками о причинении вреда, или при виде того, что обо-

¹⁴ Bacon, Francis. *Case de rege inconsulto* // *The Works of Francis Bacon* edited by James Spedding, Robert Leslie Ellis and Douglas Denon Heath. Cambridge University Press. 2011. P. 691.

¹⁵ Ироническое именование народа, провозглашаемого носителем суверенитета и единственным источником власти в республиканских конституциях.

¹⁶ Миссурийский компромисс (1820) – соглашение между членами

снованность правовых тендерных законов подвергается испытанию из-за жалоб по поводу оплаты в частных судебных разбирательствах, или при виде того, что власть федерального правительства осуществлять гражданскую войну подвергается испытанию в судебном порядке в суде по морским делам, или при виде того, что в законопроекте об акционерах подоходный налог отвергается для того, чтобы избежать траты корпоративных активов, или при виде того, что важные политические вопросы в Делах об Островах¹⁷ откладываются ради вопросов о конфискации в малозначимых операциях по импорту... И это не единственная сторона доктрины общего права относительно верховенства права, которая порождает политическое недоверие к судам. Еще в большей степени обычные люди должны быть поражены зрелищем того, как право парализует администрацию, которая так часто представляет наше государство. Трудности с исковыми заявлениями о habeas corpus¹⁸, с которыми федеральное правительство столкнулось во время гражданской войны, и с недавними делами относительно подоходного налога, сразу же приходит всем на ум. В моем собственном штате несколько лет тому назад мы видели, как закон о грузовых тарифах был приостановлен указом суда, и видели, как на сбор налогов у железнодорожных компаний, необходимый для повседневного ведения общественных дел, наложили запрет. Очевидно, что напряжение, возникающее в судебных учреждениях из-за таких тяжб, очень велико.

Недостаток общих идей и отсутствие какой-либо фило-

конгресса США, в соответствии с которым штат Миссури был принят в Союз как рабовладельческий, а штат Мэн как свободный, а в дальнейшем принимались по 2 штата, свободный и рабовладельческий.

¹⁷ Дела об Островах (1901) – серия решений Верховного суда США, относительно статуса территорий, приобретенных в войне между Испанией и Америкой.

¹⁸ Название закона о свободе личности, букв. «ты должен иметь тело» (лат.).

софии права, которые были характерны для нашего закона с самого начала и являлись предметом гордости, по крайней мере, со времен Кока¹⁹, также внесли свою лепту в причины неудовлетворенности судами. С одной стороны, это держит нас в плену фикций. Существует сильная неприязнь к прямому изменению какой-либо важной правовой доктрины. Раздаются крики, что ее следует правильно истолковать. Но такое толкование оказывается ложным. Нам необходима законодательная деятельность. А интерпретировать одиозное правило, опираясь на факт его существования, вместо того, чтобы честно и прямо выступить против него посредством законодательства, является избыточным источником путаницы. Тем не менее, судьи обучаются этому как древней доктрине общего права, и это оказывает большое влияние на публику. Таким образом, если закон не действует хорошо, как замечает Бентам с тонким сарказмом, «то не с самим законом что-то не так, но всегда некий порочный интерпретатор закона повреждает и насилует его»²⁰. Таким образом, в нашей судебной системе возникает еще одно излишнее напряжение, и суды делают то, что должно быть работой законодательной власти.

Недостатки формы, присущей нашей системе прецедентного права, были предметом обсуждения и споров слишком часто, чтобы для них требовалось детальное рассмотрение. Достаточно лишь сказать, что недостаток определенности, путаница и неполнота присуща любому прецедентному праву, и трата энергии, достигшая в нашем праве ужасающих размеров, настоятельно вызывает к логике обычного человека. Компенсирующие преимущества этой системы, которые видны адвокатам и научным исследователям, не очевидны для него. То, что он видит –

¹⁹ Эдвард Кок (1552–1634) – известный английский юрист.

²⁰ *Bentham J. A fragment on government. // The works of Jeremy Bentham, now first collected: under the superintendence of his executor, John Bowring. Edinburgh, 1838. P. 231.*

это лишь еще один тайм большой игры, матч цитат между адвокатами, который они ведут в уверенности, что повсеместно усердием можно обеспечить решение в поддержку любого мыслимого положения.

Переходя к третьей группе причин недовольства правосудием, лежащих в нашей судебной организации и процедуре, мы наталкиваемся на наиболее влиятельные причины неудовлетворенности современным отправлением правосудия в Америке. Ибо я осмелюсь сказать, что наша система судов является архаичной, а наши процедуры устаревшими. Неопределенность, задержки, расходы и, прежде всего, несправедливость в решении дел в местах практики, где правосудие подменяется судебным этикетом, являются прямыми результатами организации наших судов и отсталости нашей процедуры и порождают у любого разумного делового человека глубоко укоренившееся желание держаться подальше от любых судов, и праведных, и неправедных.

Наша система судов является архаичной в трех отношениях: (1) во множественности судов, (2) в сохранении совпадающих юрисдикций, (3) в растрате сил судебной власти, которую это вызывает. Судебные организации различных штатов часто различаются в деталях. Но они сходятся в этих трех отношениях. Множественность судов характерна для архаичного закона. В англо-саксонском праве можно было обратиться в сотню, графство²¹, в совет старейшин или лично к королю. Вплоть до правления Эдварда I существовали личные юрисдикции, были королевские высшие суды права, разъездные судьи, суды графства, местные суды или суды общины и частные суды лордов; а кроме того, можно было бы всегда обратиться к королю или в Большой совет для того, чтобы получить экстраординарную помощь. Когда позднее королевские суды замени-

²¹ Сотня (hundred) и графство (shire) – административные единицы средневековой Англии, обладающие своими судами.

ли все другие, появились совпадающие юрисдикции королевского суда, гражданских дел и казначейства, и все они исполняли ту же работу, в то время как апелляционная юрисдикция была разделена между королевским судом, палатой казначейства и парламентом. В четвертой части «Институтов» Кок перечисляет семьдесят четыре суда²². Из них семнадцать выполняли ту работу, которая сейчас осуществляется тремя: судами графств, Верховным судом Англии и Палатой лордов. Во время реорганизации по Закону о судоустройстве 1873 года пять апелляционных судов и восемь судов первой инстанции были объединены в один Верховный суд. Намерение тех, кто разработал план закона о судоустройстве, заключалось в том, чтобы расширить принцип единства юрисдикции, посредством отделения апелляционной юрисдикции Палаты лордов и включения судов графства в новообразованный Верховный Суд как его филиалов. Рекомендация в отношении судов графства не была принята, а апелляционная юрисдикция Палаты лордов была восстановлена в 1875 году. Таким образом, единство и простота оригинального проекта были нарушены. Но этот план, хотя он и был принят только частично, заслуживает тщательного изучения американскими юристами в качестве модели современной судебной организации. Его главные особенности состояли в (1) учреждении единого суда, обладающего полнотой и охватывающего все высшие суды и юрисдикции, и (2) включении единого апелляционного суда в этот единый суд в качестве филиала. В одной отрасли должны были объединиться суд первой инстанции, все юрисдикции первой инстанции по закону, капиталу, морским делам, случаям банкротства, завещания и развода; в другой отрасли, в апелляционном

²² «Институты законов Англии» – серия трактатов Эдварда Кока, опубликованных между 1628 и 1644 годами, в частности, четвертая часть: *The Fourth Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning the Jurisdiction of Courts*, London: Printed ... by M[iles] Flesher, for W[illiam] Lee, and D[aniel] Pakeman, 1644.

суде, следовало собрать всю юрисдикцию пересмотров. Эта идея объединения, хотя она и не была осуществлена полностью, оказалась наиболее действенной. В самом деле, ее преимущества очевидны. Там, где апелляционный суд и суд первой инстанции являются филиалами одного суда, будут ликвидированы все расходы на передачу записи, стенограммы, списки исключений, судебные приказы об исправлении ошибок и вызовы в суд. Все эти записи являются записями единого суда, и каждый отдельный суд является только его ветвью. Суд и каждая его ветвь признают свои собственные записи, поэтому дублирование и сертификация не требуется. Опять же, будет покончено со всей апелляционной практикой, с сопутствующими ловушками, и со всеми затратами судебного времени на выяснение, как дело было доведено до суда пересмотра (и было ли). Тщетно было бы искать недавнее английское сообщение о деле, в котором апелляция была бы не доведена до реализации. Дела о процедуре обжалования отсутствуют. Таких случаев действительно нет. Все внимание суда и адвоката сосредоточено на деле. С другой стороны, наши американские отчеты изобилуют мелкими пунктами апелляционной процедуры. Более четырех процентов решений суда в последних десяти томах *American Digest* имеют дело с апелляциями и ошибками. В десяти томах *Federal Reporter*, а именно в томах 129–139, охватывающих решения окружного апелляционного суда с 1903 года по настоящее время, обнаруживаются в среднем десять решений по пунктам апелляционной практики на том. По два случая в томе, в среднем, всецело обращены к апелляционной процедуре. В десяти томах обнаруживается шесть гражданских дел, обращающихся к вопросу, была ли ошибка или апелляция надлежащим способом оформлена для пересмотра, а в двух гражданских делах возникает вопрос, был ли окружной апелляционный суд надлежащим судом. Я уже ссылался на эти отчеты, поскольку они представляют

суды, в которых могут быть предъявлены только важные дела. Отчеты из штатов демонстрируют то же положение. В десяти томах *Southwestern Reporter* решения Верховного и Апелляционного судов Миссури показывают, что почти двадцать процентов включают пункты об апелляционной процедуре. В томе 87, из пятидесяти трех решений Верховного суда и девяноста семи решений апелляционных судов двадцать восемь рассмотрены, в целом или в частях, обращаясь к вопросам о технике осуществления пересмотра. Все это пустые затраты, которые современная судебная организация должна прекратить.

Еще более архаична наша система пересекающейся юрисдикции судов штата и федеральных судов в вопросах, связанных с тем, к каким из них относятся различные гражданские дела. Это система, в силу которой дела постоянно висят в воздухе между двумя судами, или, если они остаются в одном суде или другом, завершаются отменой решения, потому что они оказались в неправильном суде. Стоит немного задержаться на статистике по этому вопросу. В десяти томах *Federal Reporter*, к которым мы обратились, решения окружных апелляционных судов по гражданским делам в среднем насчитывают семьдесят шесть на том. Из них, в среднем, от четырех до пяти на том решаются в местах федеральной юрисдикции. В случаях немного больше, чем по одному на каждый том, решения окружных судов отменяются в местах юрисдикции. Те же тома содержат в среднем на каждый том по семьдесят три решения окружных судов в гражданских делах. Из них шесть, в среднем, переходят в суды штатов, а также между восемью и девятью в другие места федеральной юрисдикции. Кроме того, двенадцать случаев в десяти томах были отклонены из-за формы ходатайства о снятии. Другими словами, в девятнадцати и трех десятых процентов от описанных решений окружных судов возникал вопрос, обладают ли вообще эти суды юрисдикцией, и в семи процентах из них

этот вопрос зависел от формы ходатайств. Система, которая допускает это и меняет четыре решения в год, потому что дело было доставлено в неправильный суд или отклонено им, неприемлема для современного делового сообщества. Все юрисдикции первой инстанции должны быть сконцентрированы в одном месте. Не должно так случаться, чтобы дело провалилось из-за того, что оно оказалось в неправильном месте. Должно быть достаточно простого порядка передачи из одного реестра судебных дел к другому в рамках единого суда. Не должно быть необходимости в новых бумагах, записях, передачах обсуждений дел из одного суда в другой в порядке прекращения и отмены, не следует начинать никаких новых процессов.

Судебная власть может растрачивать силы тремя способами: (1) из-за жесткого определения районов, судов или юрисдикций, так что один суд может быть перегружен делами, а судьи в другом простаивать без дела, (2) тратой времени судов на вопросы, посвященные исключительно процедуре, в то время как они должны расследовать существенные противоречия, (3) сведением на нет результатов судебных действий излишними пересмотрами судебных дел. Американским судебным системам присущи недостатки во всех трех отношениях. Федеральные окружные суды и апелляционные окружные суды являются бросающимися в глаза исключениями в отношении первого пункта, представляя модель гибкой судебной организации. Но почти во всех штатах жесткое определение районов и неизменные границы между судами работают на то, чтобы завалить делами один суд, в то время как у судьи в другом остается много свободного времени. Во втором отношении трата судебного времени на вопросы процедуры, тонкостей федеральной юрисдикции и сохранение устаревшей китайской стены между законом и правосудием в отношении процедуры являют собой вопиющие пороки наших федеральных судов. В десяти рассматриваемых то-

мах Federal Reporter, в среднем из семидесяти шести решений окружных апелляционных судов в каждом томе, два обращаются к различию между законом и правосудием в отношении процедуры и около одного решения в каждом томе отменено на основании этого различия. Из в среднем семидесяти трех решений окружных судов на том, более чем три в каждом томе ссылаются на это же различие, и почти два в каждом томе отменяются по этой причине. Но многие штаты, у которых должна быть реформированная процедура, едва ли выказывают лучшие показатели.

Каждый штат имеет свою собственную процедуру, в чем-то отличную от соседей. Но не будет преувеличением сказать, что все они устарели. Мы пережили одно большое потрясение в 1848 году и самодовольно успокоились или ограничивались до сих пор лоскутными поправками. Ведущие идеи Нью-Йоркского гражданского процессуального кодекса знаменовали собой большой шаг вперед. Но эта работа была выполнена слишком торопливо, а план жесткого кода, входящий в мельчайшие детали, было явно неудачен. Современный практический акт устанавливает общие принципы практики и оставляет детали судебным правилам. Нью-Йоркская комиссия по кодексу была назначена в 1847 году и подготовила сообщение в 1848 году. Если мы исключим Коннектикутский акт о практике 1878 года, который демонстрирует английское влияние, американская реформа процедуры по существу остановилась там, где эта комиссия оставила его. В Англии, начиная с 1826 года и заканчивая 1874 годом, пять комиссий сделали девять докладов на эту тему. Вследствие этого, у нас в Америке нет ничего, чтобы мы могли сравнить с радикальным способом обращения с ходатайствами в Английском законе о судоустройстве и в предписаниях, основывающихся на нем. Мы по-прежнему ориентируемся на записи, а не на дела. Мы по-прежнему аннулируем решения из-за непривлечения в качестве стороны по делу или неправильного

соединения нескольких исков в одном процессе. Английская практика объединения сторон, в отношении которых испрашивается альтернативное средство судебной защиты, вынесение решения против любого, на кого доказательства указывают с определенной вероятностью, и исключение остальных, заставляют американских юристов с удивлением протирать глаза. Мы по-прежнему аннулируем решения из-за расхождений показаний. Мы по-прежнему аннулируем их, потому что требование возмещения превышает правомочия ходатайств, хотя оно и поддерживается доказательствами.

Но худшей особенностью американской процедуры является избыточное назначение новых судебных испытаний. В десяти рассмотренных томах *Federal Reporter* в среднем на том обнаруживается двадцать пять исковых ошибок в гражданских делах. Новые испытания назначались в восьми случаях в среднем на том, или почти в двадцати девяти процентах дел. В судах штатов доля новых испытаний в рассмотренных делах, как выяснилось из изучения последних пяти томов каждой серии *National Reporter system*, составляет более сорока процентов. В последних трех томах *New York Reports* (180–182), охватывающих период с 6 декабря 1904 года по 24 октября 1905 года, назначены сорок пять новых испытаний. И это не все. В одном случае в моем собственном штате иск о нанесении телесных повреждений рассматривался шесть раз, а иск за нарушение договора рассматривали трижды и еще четвертый раз в Верховном суде. Когда мы сравниваем это со статистикой Английского апелляционного суда, в которой обнаруживается не более двенадцати новых судебных испытаний в год, или около трех процентов новых испытаний от рассмотренных дел, становится очевидным, что наш способ судебных испытаний и пересмотров устарел.

Сравнение томов с делами, рассмотренными английскими и американскими судами, иллюстрирует затраты

и задержки, вызванные архаичным судоустройством и устаревшей процедурой. В Англии есть двадцать три судьи Верховного суда, которые рассматривают в среднем 56000 спорных дел и сталкиваются, в той или иной форме, примерно с 80000 дел каждый год. В Небраске есть двадцать восемь районных судей, которые не обладают юрисдикцией первой инстанции по наследствам и юрисдикцией относительно банкротства или морских дел, и в их реестрах в прошлом году имелось 4320 дел, из которых они рассмотрели около семидесяти процентов. Англия и Уэльс, с населением, составлявшем в 1900 году 32 000 000 человек, используют для всех своих гражданских дел девяносто пять судей, а именно тридцать семь в Верховном суде и Палате лордов и пятьдесят восемь судей в графствах. Небраска, с населением в 1900 году в 1 066 000 человек, использует для этой же цели сто двадцать девять. Но эти сто двадцать девять судей опираются на устаревшую систему, и их время растрачивается попусту на вопросы о правовом этикете.

Наконец, в рамках четвертой и последней группы причин недовольства правосудием, относящихся к обстоятельствам, в которых существует наше судебное отправление, можно выделить шесть: (1) распространившееся отсутствие интереса к правосудию, которое делает участие в судебном процессе утомительным, а защиту права и закона вторичным по отношению к затраченным заботам и расходам, (2) напряжение, возникающее из-за того, что закон должен сегодня выполнять также и функции морали, (3) влияние перехода к периоду законодательной деятельности, (4) втягивание наших судов в политику, (5) превращение юридической профессии в торговлю, заменившую отношение адвоката и клиента отношением работодателя и работника, (6) невежество общества в отношении реальной деятельности судов из-за невежественных и сенсационных сообщений в прессе. Каждый из этих пунктов заслуживает внимания, но мы можем сказать об этом лишь

кратко. Закон является скелетом общественного порядка. Он должен «облечься в плоть и кровь морали». В настоящее время осуществляется переход в самих основаниях веры и поведения. Абсолютные теории морали и сверхъестественных санкций утратили свою власть. Совесть и индивидуальная ответственность ослабли. Иными словами, закон должен выполнять двойную обязанность, и от него ожидается большее, чем в те времена, когда мораль, как регулирующий орган, являлась более эффективной. Другое напряжение в нашей судебной системе возникает из-за незрелого и неорганизованного характера американского законодательства в тот период, когда развитие законности зависит именно от законодательной деятельности. Когда законы не в состоянии произвести ожидаемые результаты, следствием является то, что вина падает и на судебное отправление. Еще хуже этого – последствия законов, не предназначенных к исполнению. Такие пародии, подобно полагаемому в общем праве обжиганию преступников, когда кусок бекона кладется между раскаленным железом и кожей преступника, порождали неуважение к закону. Втягивание судов в политику и уговоры, чтобы судьи стали политиками, – все это почти разрушило традиционное уважение к суду во многих юрисдикциях. Наконец, невежественные и сенсационные сообщения о судебных разбирательствах, из которых большая часть общественности может судить о повседневной работе судов, венчает впечатление, что отправление правосудия является лишь игрой. Есть достойные уважения исключения, но обычно пресса отвлекает внимание от реального хода дела, обращаясь к мелким ссорам адвокатов, схваткам со свидетелями и сенсационным инцидентам. В Небраске не так много лет назад, федеральный суд предписал выполнение акта по регулированию страховых компаний. В репортажах о процессах в прессе, статья законопроекта о преступном сгово-

ре была приведена *in extenso*²³ под заголовком «Обвинили в сговоре», и это было сделано, чтобы казалось, что основанием судебного запрета был сговор между государственными чиновниками и некоторыми неизвестными лицами. Нельзя ожидать, что общественность может сформировать верную оценку наших судов, исходя из таких сведений.

Анализируя некоторые из причин недовольства отправлением правосудия, о которых выше шла речь, следует заметить, что одни из них присущи всем законам (и мы должны платить за их однородность), другие присущи нашим политическим институтам, и мы платим за местное самоуправление и независимость от бюрократического контроля, третьи присущи обстоятельствам переходного времени, и мы платим за индивидуальную свободу мысли и всеобщее образование. Оставим эти причины за скобками. Однако слишком много существующего сейчас недовольства коренится только в нашей судебной организации и процедуре. На эти причины следует обратить особое внимание. Наше отправление правосудия вовсе не находится в упадке. Она просто отстало от времени. Политизированные судьи были известны в Англии до прошлого столетия. Лорд Кеньон, Мастер Роллса²⁴, заседал в парламенте и принимал активное участие в политических дразгах в Палате общин, подобно нашим государственным судьям, участвующим сегодня в партийных собраниях. Додсон, Фогг и Сарджент Базфаз²⁵ были описаны в атмосфере состязательной процедуры. Бентам сообщает нам, что в 1797 году из пятисот пятидесяти ожидающих решения приказов об ошибке, пятьсот сорок три были мошенничеством или крючкотворными выдумками ради затягивания процесса. Джарндисы²⁶ вели свою утомительную тяжбу в Канцеляр-

23 «Без сокращений» (*лат.*).

24 Rolls – судебный архив на Парк-Лейн.

25 Персонажи «Записок Пиквикского клуба» Чарлза Диккенса.

26 Персонажи романа «Холодный дом» Чарлза Диккенса.

ском суде всего полвека назад. Мы просто находимся на одной из остановок в этом периоде истории права. С юридическими школами, соперничающими с достижениями Болоньи и Бурже, чтобы содействовать научному исследованию закона, с активными ассоциациями адвокатов в каждом штате, стремящимися возродить чувство профессионального достоинства и сбросить иго меркантильности, с принятием доктрины, что политика тоже является лишь версией игры, направленной на собственный выигрыш, мы можем с надеждой ждать избавления от теории спортивного правосудия, мы можем рассчитывать на то, что в ближайшем будущем наши суды станут быстрыми и надежными проводниками правосудия, и их решения будут приниматься и уважаться всеми.

Фрэнк Э. А. Сандер

О РАЗЛИЧНЫХ СПОСОБАХ РАССМОТРЕНИЯ СПОРОВ¹

Доклад Фрэнка Сандера (род. 1927) «О различных способах рассмотрения споров», сделанный в апреле 1976 г. на Паундовской конференции в Миннесоте, часто называют днем рождения альтернативного разрешения споров, а самого Сандера – отцом-основателем этой дисциплины. Вскоре после конференции 1976 года в Американской ассоциации юристов был учрежден особый комитет по разрешению споров (позднее он трансформировался в Секцию по разрешению споров). С 1959 г. и до выхода на пенсию в 2006 г. профессор Фрэнк Сандер преподавал в Гарвардской школе права. Он является автором ряда книг по юриспруденции и альтернативному разрешению споров, в том числе популярного учебника «Разрешение споров: переговоры, медиация и другие процедуры».

В прошлом году в статье под названием «По ту сторону взрывного распространения права», опубликованной в *Stanford Law Review*², профессор Джон Бартон предположил, что если количество дел, рассматриваемых федеральными апелляционными судами будет продолжать расти в течение следующих 40 лет с той же скоростью, с которой

¹ Доклад *The Varieties of Dispute Processing* опубликован West Publishing Company, 1976.

© Перевод, МЦУПК, 2017.

² *Barton J. Behind the Legal Explosion // Stan. L. Rev. 1975. No. 27. P. 567.*

они выросли за последнее десятилетие, то мы можем ожидать, что к 2010 г. федеральными апелляционными судами каждый год будет рассматриваться более миллиона дел, и для их рассмотрения потребуется пять тысяч судей этих судов и тысяча новых томов *Federal Reporter* каждый год для публикации решений. Так как число дел, возбуждаемых каждый год в рамках федеральной системы примерно в десять раз превышает количество рассмотренных апелляций, можно легко экстраполировать прогнозы профессора Бартона на уровень судов. А если иметь в виду, что только в штате Калифорния открывается такое количество дел, которое примерно в четыре раза превышает количество дел, открытых во всей федеральной системе, можно получить некоторое начальное представление об общем масштабе проблемы³.

Но я считаю, что нужно воспринимать эти мрачные прогнозы со здоровым скептицизмом. Нельзя предполагать, что количество судебных дел, как и численность населения, будет неизбежно возрастать, независимо от различных социальных факторов⁴. Не следует считать, что не может произойти никакого вмешательства со стороны людей, которое могло бы существенно повлиять на достоверность прогнозов профессора Бартона.

Таким образом, мы должны обратиться здесь к вопросу о том, как мы смогли бы избежать дурных знамений, возникающих в прогнозах профессора Бартона. Этого можно достичь различными способами. Во-первых, мы можем попытаться предотвратить споры⁵, возникающие в первую

³ Федеральные данные см. в: *Annual Report, Administrative Office of the U. S. Courts*; данные по Калифорнии в: *Annual Report of the Administrative Office, 1975, p. 82.*

⁴ См. например: *Sarat A. & Grossman J. Litigation in The Federal Courts: A Comparative Perspective // Law & Soc. 1975. No. 9. P. 321; Sarat, A. & Grossman, J. Courts and Conflict Resolution: Problems in the Mobilization of Adjudication // Am. Pol. Sci. Rev. 1975. No. 689. P. 1200.*

⁵ Для поставленных здесь целей я использую слово «спор», чтобы

очередь из-за внесения соответствующих изменений в основной закон, таких, как принятие принципа страхования «без вины» при травмах в автомобильных авариях⁶ или отмену уголовного наказания за определенные действия⁷. Менее очевидно положение материального права, которое может иметь отношение к тому, насколько широки рамки судебного рассмотрения, в зависимости от того, установим ли мы правила, предполагающие личное усмотрение судьи или же нацеленные на исправление, в большей или меньшей степени, последствий определенных фактов. Например, если норма права гласит, что семейное имущество при разводе будет разделено по усмотрению суда, вероятно, возникнет гораздо больше тяжб, чем в случае, если нормой будет, как в штатах, признающих совместную собственность супругов, раздел такого имущества, как правило, в пропорции 50/50. Интересно, достаточно осведомлены об этом аспекте своей работы законодательные комиссии и комиссии по пересмотру законов?

Другой способ минимизации споров заключается в том, чтобы сделать больший акцент на превентивное право⁸. Конечно, юристы традиционно посвящают большую часть своего времени тому, чтобы предвидеть возможные ситуации и иски, занимаясь изощренным прогнозированием

описать зрелые противоречия, в отличие, например, от «обид», которые могут быть в зачаточном и невыраженном состоянии.

⁶ Система страховой компенсации, предусматривающая выплату страхового возмещения страхователю его собственной страховой компанией, а не страховщиком виновного в совершении происшествия водителя, без предъявления обвинения нарушителю. – *Примеч. пер.*

⁷ См., для общего обзора: *Johnson E. & Kantor V. Outside the Courts: A Survey of Diversion Alternatives in Civil Cases*, to be published by the National Center for State Courts; *Rosenberg M. Devising Procedures that are Civil to Promote Justice that is Civilized* // *Mich. L. Rev.* 1971. No. 69. P. 797.

⁸ См.: *Brown L. & Dauer E. Preventive Law – A Synopsis of Practice and Theo in The Lawyer's Handbook* (rev. ed. 1975 *Am. Bar. Assn.*); также см. книгу тех же авторов, исследующую случаи превентивного права.

и планированием, чтобы подготовиться к ним заранее. Но до сих пор к этому подходу прибегали в первую очередь состоятельные люди. Я подозреваю, что с появлением предоплаченных юридических услуг этот вид практики будет использоваться более широко, в результате чего возможно уменьшение количества судебных разбирательств.

Еще один способ уменьшить количество судебной нагрузки – исследовать альтернативные способы разрешения споров вне судов, и это та тема, которой я хочу посвятить особое внимание. По большому счету мы, юристы и преподаватели юридических дисциплин, мыслим слишком узко, когда дело доходит до разрешения споров. Конечно, как отмечалось ранее, хорошие юристы всегда старались предотвращать возникновение споров, но когда это не удастся, мы склонны считать, что суды являются естественными и очевидными способами разрешить спор. На самом деле существует богатый выбор различных процедур, которые, как я полагаю, по отдельности или в комбинации могут обеспечить гораздо более «эффективное» разрешение конфликта⁹.

Теперь позвольте мне обратиться к двум вопросам, которые мне хотелось бы здесь затронуть:

1) Каковы существенные характеристики различных альтернативных механизмов разрешения споров (например, решения спора в судах, арбитража, медиации, переговоров и различных комбинаций этих и других инструментов)?

2) Как эти характеристики можно использовать таким образом, учитывая разнообразие споров, возникающих в настоящее время, мы могли бы приступить к разработке некоторых рациональных критериев распределе-

⁹ Я хотел бы предложить следующие критерии для определения эффективности механизма разрешения споров: стоимость, скорость, точность, достоверность (для общественности и сторон) и работоспособность. В некоторых случаях, но не во всех, также может быть важна предсказуемость.

ния различных видов споров по различным процессам по разрешению споров?

Одним из следствий ответа на эти вопросы будет то, что у нас появится лучшее представление о том, какие случаи следует оставить для разрешения суду, а какие должны решаться в рамках какого-либо иного процесса¹⁰. Но так как это исследование по существу обращается к разработке наиболее эффективного метода разрешения споров, следует отметить попутно, что побочным продуктом может быть не только то, что некоторые задачи, которые в настоящее время решаются в судах, будут переданы другим инстанциям, но также то, что эти методы помогут рассматривать жалобы, которые в настоящее время не рассматриваются вообще.

Мы очень мало знаем о том, почему одни люди подают иски, а другие нет, или о социальных и психологических издержках тех, кто сохранил молчание¹¹. Однако важно осознавать, что, учреждая новые механизмы разрешения споров или совершенствуя существующие, мы, возможно, побуждаем к обсуждению жалоб, которые в настоящее время остаются под спудом. Станет ли это благом (в плане предоставления конструктивного выхода для сдерживаемого гнева и разочарования) или только растратой скудных социальных ресурсов (из-за проверки жалоб, которые можно было бы оставить без внимания), мы не знаем. Важно отметить, что существует очевидный компромисс: ценой улучшения схемы разрешения споров также может стать резкое увеличение числа споров.

¹⁰ Использование понятия «dispute processing» (процесс спора) вместо «dispute settlement» (улаживание спора) я заимствую у: *Felstiner W. Influence of Social Organization on Dispute Processing // Law & Soc. Rev. 1974. No. 9. P.63, n. 1.*

¹¹ Проект в Беркли по улаживанию исков под руководством профессора Лауры Надер в настоящее время изучает некоторые из этих вопросов; идет работа над книгой под названием «Как американцы подают иски». Аналогичное исследование ведется Центром по изучению ответственного применения закона в Вашингтоне, округ Колумбия.

Диапазон имеющихся альтернатив

По-видимому, осталось мало сомнений в том, что мы постоянно все больше и больше требуем, чтобы суды решали споры, которые обычно решались другими общественными учреждениями¹².

Как от полиции ожидают, чтобы она «улаживала» расовые, школьные и соседские споры, так и от судов ожидают, чтобы они заполнили пустоту, образовавшуюся в результате упадка церкви и семьи. Не только произошло ослабление традиционных механизмов разрешения споров, но, с возрастанием сложности современного общества, появились многие новые потенциальные источники разногласий в результате огромного роста власти на всех уровнях¹³ и возрастания созданных тем самым ожиданий.

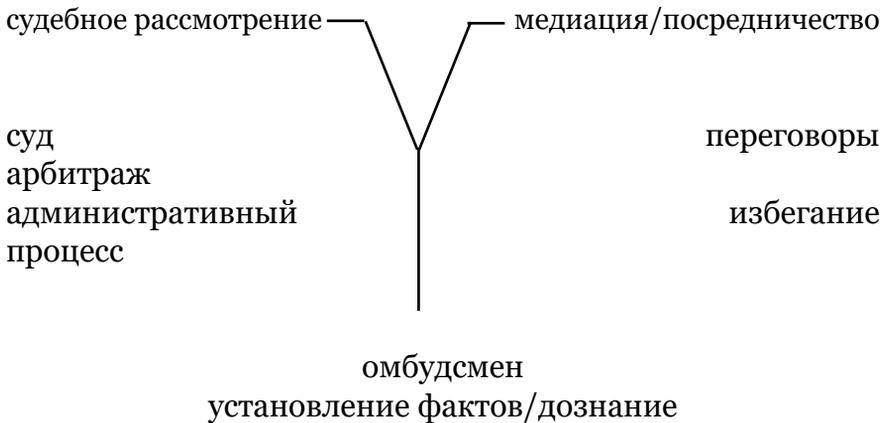
Совершенно очевидно, что суды не могут продолжать эффективно реагировать на эти быстро возрастающие требования. Поэтому становится необходимым рассмотреть другие альтернативы.

На приводимом ниже графике мы попытались изобразить спектр некоторых из доступных процессов, расположенных по шкале убывания внешнего участия¹⁴.

¹² См. например: *Stone A. Mental Health and Law – A System in Transition.* Dept. H. E. W., 1975.

¹³ В гражданском судопроизводстве федеральной системы наиболее разрослась та сфера, которая включает в себя недавно расширенные права иска в силу закона (например, дела по гражданскому праву, требования социального страхования и т. д.). См. например: *Annual Report, Administrative Office of the U. S. Courts.* 1974. P. 390.

¹⁴ Я выбрал этот фактор как тот, который кажется мне наиболее критичным, но есть, очевидно, другие аспекты существования различных процессов, которые следует внимательно рассмотреть (например, способ и стоимость выбора третьей стороны, квалификация и срок пребывания в должности третьей стороны, формальности разбирательства, роль адвокатов, количество спорящих и т.д.). Некоторые из них будут затронуты при случае в ходе дальнейшего обсуждения. Другой фактор, о котором часто говорят, что он играет отличительную роль в различных процессах, это релевантность норм. См. *Eisenberg M. Private Ordering Through Negotiation: Dispute Settlement and Rulemaking // Harv. L. Rev.*



Крайнее слева – судебное рассмотрение, процесс, который настолько инстинктивно соответствует правовому мышлению, что я подозреваю, что, если мы спросим случайную группу студентов-юристов, как можно решить конкретный спор, они непременно ответят «подать жалобу в соответствующий суд». Профессор Лон Фуллер, один из немногих ученых, уделивших внимание анализу процесса судебного рассмотрения, определил его как «социальный процесс принятия решения, который обеспечивает пострадавшей стороне особую форму участия, так что представление доказательств и аргументы для принятия решения обращаются в ее пользу»¹⁵. Хотя он ставит основной акцент на процессе, я хотел бы, для поставленной мною цели, подчеркнуть ряд других аспектов: использование третьей сто-

1976. No. 89. P. 637, где предполагается, что переговоры по урегулированию споров напоминают судебное рассмотрение частым обращением к нормам. См. также: *Sarat A. & Grossman J. Courts and Conflict Resolution: Problems in the Mobilization of Adjudication // Am. Pol. Sci. Rev. 1975. No. 69. P. 1200.*

¹⁵ *Fuller L. Collective Bargaining and the Arbitrator // Wis. L. Rev. 1963. No. 1. P. 19.* См. также: *Fuller L. The Forms and Limits of Adjudication* (неопубликованная статья, изданная mimeографическим способом). (Часть этой статьи опубликована в: *American Court Systems 42 / S. Goldman and A. Sarat, Eds. 1978.* – Примеч. амер. изд.)

роны, обладающей принудительной властью, то, что обычно природа решения заключается в принципе «выиграй или проиграй», и ту тенденцию, что рассмотрение сосредотачивается исключительно на непосредственном вопросе и не учитывает базовых отношений между сторонами. Несмотря на то, что медиация или посредничество также включает в себя использование третьей стороны, ведущий (наличие которого отличает этот процесс от чистых переговоров), медиатор или посредник¹⁶, как правило, не обладает принудительной властью, и процесс, в котором он участвует, также отличается от судебного решения в двух других отношениях, о которых я говорил выше. Профессор Фуллер хорошо осознает этот пункт, когда он обращается к «центральному свойству медиации, а именно, ее способности изменить отношения сторон друг с другом, не навязывая им правила, но помогая им в достижении нового и общего для них восприятия их отношений, восприятия, которое будет менять их отношение и расположенность друг к другу»¹⁷.

Конечно, понятие «судебного рассмотрения» охватывает довольно разнообразные процедуры. Помимо привычной судебной модели существуют арбитраж и административный процесс. И в каждой из этих моделей есть существенные различия. Очевидно, что есть существенные различия между Судом малых исков и Верховным судом. Также и в случае арбитража: хотя тот тип, который используется в трудовых отношениях, как правило, очень похож

¹⁶ Для наших целей понятия медиация и посредничество (mediation and conciliation) будут использоваться как синонимы, хотя в некоторых ситуациях посредничество относится к менее структурированному процессу улучшения общения между сторонами, в то время как термин «медиация» зарезервирован для более формального процесса встречи в первую очередь с обеими сторонами, а затем с каждой с из них в отдельности и т.д.

¹⁷ Fuller, L. Mediation – Its Forms and Functions // So. Cal. L. Rev. 1971. No. 44. P. 305, 325.

на судебное разбирательство в том отношении, что составляется письменное заключение и осуществляется попытка рационализировать результат, отсылая к общим принципам, однако в некоторых формах коммерческого арбитража вердикт напоминает Соломоново решение, и письменные заключения часто не составляются. Еще один важный тип можно выделить на основании того, есть ли у сторон возможность выбора арбитра, как это, как правило, происходит в случае арбитража. Обычно решение, вынесенное лицом, в выборе которого сыграла определенную роль воля сторон, при всех равных условиях, будет в меньшей степени подвергаться последующей критике сторонами.

Также существуют важные различия относительно того, каким образом дело дошло до арбитража. Может существовать устав (как в Нью-Йорке и в Пенсильвании), выделяющий определенные типы случаев, которые могут быть первично представлены в арбитраже (так называемый принудительный арбитраж). Чаше арбитраж в качестве эксклюзивного механизма разрешения споров предусмотрен в контракте, заключенном сторонами (как это имеет место в типичном коллективном договоре и некоторых современных соглашениях относительно медицинской помощи). В этой ситуации основные правовые нормы, как правило, также изложены в соглашении сторон, таким образом, предоставляя сторонам контроль не только над процессом и судьей, но и над руководящими принципами.

Как отмечено на графике, если мы рассматриваем указанные различия между вынесением судебного решения и медиацией, то возникает ряд близких гибридных процессов. Дознание, например, во многих отношениях напоминает типичное судебное решение, но дознаватель (или установитель фактов, как его иногда называют) обычно не обладает принудительной силой; действительно, в соответствии с определением профессора Фуллера, многие дознания не являются судебными рассмотрениями вообще,

так как стороны не имеют права на какую-либо согласованную форму представления и участия.

Но процесс установления фактов может быть мощным инструментом для стимулирования урегулирования. Особенно если установитель фактов пользуется уважением сторон, то от его независимой оценки их позиций часто будет трудно отказаться. Это особенно верно в отношении омбудсмена, который обычно получает власть исключительно от силы своей позиции¹⁸. Эти соображения особенно применимы к тем случаям, где существует неравенство переговорных сил между спорящими (например, гражданами и правительством, потребителем и производителем, студентами и университетом). Хотя часто в таких ситуациях может проявляться нежелание дать третьему человеку власть выносить обязательное решение, слабая сторона может часто получить тот же результат за счет использования квалифицированного установителя фактов.

Конечно, можно было бы рассмотреть ряд других механизмов разрешения споров. Большинство из них (например, голосование, подбрасывание монеты, самопомощь), не являются здесь центральным предметом рассмотрения по причине их ограниченной полезности или применимости. Но один механизм заслуживает краткого упоминания. Профессор Уильям Фельстинер недавно отметил, что в «технологически сложном богатом обществе» все более

¹⁸ См.: *Gellhorn W. When Americans Complain. 1966; Verkuil P. The Ombudsman and the Limits of the Adversary System // Col. L. Rev. 1975. No. 75. P. 84; Frank B. Ombudsman Survey (A. B. A. Sec. Ad. Law). В Нью-Джерси недавно был создан обширный Департамент публичных адвокатов, содержащий Отдел юрисконсультов по тарифам, Отдел адвокатов по психическому здоровью, Отдел адвокатов по публичным интересам и Отдел гражданских жалоб и урегулирования споров. (N. J. Stat. Ann. § 52: 27E (Suppl. 1975)). В дополнение к этим общественным органам, осуществляющим расследования, существует, конечно, множество частных расследователей исков, нанимаемых отдельными компаниями, торговыми организациями или средствами массовой информации.*

распространенным способом решения споров становится избегание. Он описывает избегание как «уход от отношений, порождающих спор, или ограничение их» (например, ребенок уходит из дома, арендатор переезжает в другую квартиру или бизнесмен разрывает коммерческие отношения). Он утверждает, что такое поведение является гораздо более приемлемым в современном обществе, чем в «технологически простом бедном обществе», потому что в первом положении спорящих лиц гораздо меньше взаимозависимы¹⁹. Но, как было отмечено в убедительном ответе, данном профессорами Данцигом и Лоуи, при таком методе решения конфликтов возникают значительные личные и социальные издержки²⁰, и это сильный аргумент за развитие некоторого эффективного альтернативного механизма. Более того, даже если мы не учитывали бы вовсе споры, которые в настоящее время решаются при помощи избегания (явно нежелательного подхода по указанным причинам), мы должны еще вступить в борьбу с ростом числа случаев, в связи с которыми в настоящее время обращаются в суд, и рассмотреть, не могут ли быть разработаны более эффективные способы разрешения некоторых из этих споров.

Предыдущая краткая оценка различных первичных процессов в их простоте вводит в заблуждение, ибо в конечном счете эти процессы редко осуществляются в изоляции. Часто судебное решение включает в себя элемент посредничества. Профессор Стюарт Маколей описыва-

¹⁹ См. *Felstiner W.*, примеч. 9 выше. Конечно, как отмечает Фельстинер, существуют исключения из этого обобщения. Например, в рамках сложного общества могут быть анклавов, имеющие характеристики простого общества, а иногда преимущественно личные факторы определяют то, следует ли использовать избегание в конкретных ситуациях.

²⁰ См. *Danzig R. and Lowy M.* *Everyday Disputes and Mediation in the United States: A Reply to Professor Felstiner* // *Law & Soc. Rev.* 1975. No. 9. P. 675. См. также *Nader L.* *Powerlessness in Zapotec and U. S. Societies* (мимеограф).

ет интересный пример такой ситуации в своем анализе деятельности Департамента транспортных средств Висконсина по контролю отношений между автомобильными франчайзерами и франчайзи. Хотя Департамент был только формально ответственным за то, проводить ли слушания с целью возможного отзыва франшизы, на самом деле вмешательство Департамента сыграло медиативную роль, убеждая каждую сторону серьезно рассмотреть точку зрения другой стороны, и, следовательно, привело к улаживанию большого числа дел²¹. Аналогично, как уже отмечалось, установление фактов может весьма напоминать судебное решение. Кроме того, рассматривая то, как различные процессы протекают в отдельных учреждениях, мы часто видим, что происходит сложное взаимодействие отдельных механизмов. Например, в случае существования коллективного соглашения о переговорах обычно сначала стремятся к переговорам относительно поданной жалобы. Если стороны не могут уладить дело, они идут в арбитраж, но арбитр может сначала попытаться выступить медиатором в этом деле. Наконец, можно попытаться пересмотреть решение арбитра в суде.

Критерии

Давайте теперь рассмотрим некоторые критерии, которые могут помочь нам определить, как могут быть лучше решены конкретные виды споров.

1. Природа споров

Лон Фуллер достаточно подробно написал о «полицентрических» проблемах, которые не очень хорошо решаются при арбитражном подходе, поскольку их невозможно решить по принципу «все или ничего». Он приводит в пример наследодателя, который оставляет коллекцию картин

²¹ См.: *Macaulay S. Law and the Balance of Power*. 1966.

в равных частях двум музеям²². Очевидно, что здесь переговоры или рассмотрение, проводимое медиаторами, которые стремятся согласовать желания двух музеев, гораздо лучше, чем любое решение, навязанное извне. Аналогичные соображения могут применяться к другим распределенным задачам, где не предусмотрено никаких четких руководящих принципов.

На другом полюсе находятся часто повторяющиеся и рутинные задачи, предполагающие применение установленных принципов для большого числа отдельных случаев. Здесь может быть целесообразным судебное решение, но в форме, более эффективной, чем судебное разбирательство (например, вынесенное административным учреждением). Как только суды установили основные принципы в таких областях, должны быть использованы более быстрые и менее громоздкие процедуры, чем судебное разбирательство.

Например, мы постепенно становимся все ближе и ближе к этой реальности в области бракоразводных процессов, хотя мы все еще цепляемся за миф, что развод по согласию сторон является неприемлемым. Согласно нормам, основанным на принципе «без вины», как правило, ставится вопрос, жили ли стороны отдельно друг от друга в течение оговоренного срока или имело ли место нарушение супружеской верности. Первый вопрос явно такой, который может решить правительственный чиновник. И хотя вопрос, как нарушение произошло впервые, как правило, решается в судебном порядке, очевидно, что само тщательное исследование брачных отношений (помимо ведения самого процесса) таково, что требует очень много времени и, скорее всего, вступает в конфликт с нашим представлением о надлежащих пределах права государства на вмешательство в частную жизнь супругов, поэтому

²² Fuller L. Collective Bargaining and the Arbitrator // Wis. Law Review. 1963. P. 32–33.

нет подходящей альтернативы, кроме как дать слово главным участникам этого брака. В самом деле, если стороны расходятся во мнениях, был ли брак нарушен, то это само по себе является подлинным доказательством нарушения²³. Таким образом, существует некая сфера судебного разбирательства, которая могла бы быть легко передана в ведение правительственным чиновникам, как уже давно принято в Японии. Совсем недавно некоторые подобные шаги были предприняты в Англии.

В отношении множества проблем существует потребность в разработке гибкого механизма, который служил бы для того, чтобы отделять большие общие вопросы от повторяющегося применения основных принципов. Я не верю, что суд является наиболее эффективным способом решения такого рода задач. В Швеции в области потребительских отношений существует общественный Совет по жалобам, который принимает индивидуальные потребительские жалобы. Первоначально этот Совет просто выполнял функцию медиации, используя стандарты, установленные соответствующими торговыми организациями. Если начальное урегулирование невозможно, Совет вырабатывал необязывающие рекомендации для обеих сторон, что часто приводило к последующему урегулированию. В противном случае истец мог подать в суд в рамках недавно созданного Суда малых тяжб. Но другой аспект деятельности Совета заключается в стремлении отделять определенные текущие вопросы и проблемы, которые должны решаться путем законодательства или регулирования²⁴.

Возможно, следует немного сказать о судах, решающих некоторые из сложных и неординарных задач, которые недавно на них возложили. Не вдаваясь в вопросы о леги-

²³ См.: Foote C., Levy R. & Sander F. *Cases and Materials on Family Law*. 2d ed. 1976. P. 1101-1109.

²⁴ См.: King D. *Consumer Protection Experiments in Sweden*. 1974. Ср. Steele E. *The Dilemma of Consumer Fraud: Prosecute or Mediate* // A. B. A. J. 1975. No. 61. P. 1230. Шведский общественный совет по жало-

тимности, я не убежден, что суды обладают достаточной компетенцией, ресурсами или исправительной властью, чтобы управлять психиатрическими больницами, школами или отделами социального обеспечения. Тем не менее, там, где под вопросом серьезные конституционные отклонения, они вряд ли могут отказаться от юрисдикции. Это мне представляется тем полем, где никто не может проделать путь без обсуждения конкретных случаев и подробного изучения альтернативных механизмов разрешения споров. Очевидно, необходимо провести дополнительные исследования, чтобы решить эту проблему²⁵.

2. Отношения между спорящими

Когда ведутся споры между людьми, которые находятся в долгосрочных отношениях, возникает иная ситуация, чем в случае относительно изолированного спора. В первом случае, для занимающих различные стороны еще есть возможность, по крайней мере первоначально, попытаться выработать свое собственное решение, поскольку такое решение, скорее всего, будет гораздо более приемлемым (и, следовательно, прочным). Таким образом, переговоры,

бам является одним из пяти инновационных механизмов разрешения споров, которые в настоящее время изучаются Проектом по доступу к правосудию, основанным в Центре по изучению сравнительных процедур в Университете Флоренции, Италия, под совместным руководством профессора Мауро Капеллетти из этого университета и профессора Эрла Джонсона из юридического центра Университета Южной Калифорнии в Лос-Анджелесе. Проект доступа к правосудию скоро опубликует ряд документов, детально рассматривающих механизмы разрешения споров в ряде стран (в том числе в Соединенных Штатах), а также различные теоретические исследования.

²⁵ См. статью профессора Абрама Чайеса о новой модели судебного разбирательства в публичном праве: *Chayes A. The Role of the Judge in Public Law Litigation* // *Harv. L. Rev.* 1976. No. 89. P. 1281. Одним из возможных решений для суда является использование вспомогательных механизмов, чтобы помочь разрешению спора. Однако см.: *Rizzo v. Goode*, 423 U. S. 362, 96 S. Ct. 598, 46 L. Ed. 2d 561 (1976), где такое решение отвергается.

или, если необходимо, медиация, по-видимому, являются более предпочтительным подходом в первой инстанции. Еще одним преимуществом такого подхода является то, что он способствует обнаружению конфликтов, лежащих в основе этих отношений, а не просто имеет дело с изучением каждого симптома как изолированного события.

Рассмотрим, например, случай, с которым можно было ознакомиться в недавно проведенной сессии медиации в Дорчестерском окружном суде (штат Массачусетс). Белая женщина (миссис У.) подала уголовный иск за нападение против ее черной соседки (миссис Б.). Факты, как они выявились на сессии медиации, состояли в том, что миссис У. в течение некоторого времени безвозмездно заботилась о двух малолетних детях миссис Б., так что миссис Б. могла ходить на работу. В рассматриваемый день один из детей Б., во второй раз подряд, сломал дорогие очки одного из детей У., и в целом вышел из-под контроля. Миссис У., взяв веревку за один конец, ударила ей ребенка. Когда миссис Б. услышала об этом, она прошла к миссис У. и ударила ее. Затем миссис У. подала уголовный иск.

К счастью, Дорчестерский окружной суд, как и ряд других судов по всей стране²⁶, практикует программу, согласно которой в случае, если чиновник или судья сочтет уместным и обе стороны согласятся, дело можно рассмотреть на собрании трех обученных медиаторов, происходящих из местного сообщества. Это собрание старается позволить каждому из спорящих полностью изложить свою версию

²⁶ См. охватывающий обзор этих усилий в: *Aaronson D., Hoff B., Jaszi P., Kithrie N. & Saari D. The New Justice – Alternatives to Conventional Criminal Adjudication. Institute for Advanced Studies in Justice, American University, Dec. 1975.* См. также: *Stulberg A. A Civil Alternative to Criminal Prosecution // Albany L. Rev. 1975. No. 39. P. 359, 367*, для описания и оценки проекта Американской ассоциации по арбитражу, сопоставимой с проектом 4А («Арбитраж как альтернатива»), и *Nimmer R. Diversion: The Search for Alternative Forms of Prosecution. Am. Bar. Found, 1974.*

истории, а затем, проведя тщательное расследование, стремится выявить точки напряженности в основных отношениях (в данном случае возрастающее ощущение эксплуатации, переживаемое миссис У., по мере того, как уход за детьми, считавшийся временным, стал долгосрочным). Наконец, медиаторы стремятся выработать соглашение, которое призвано снизить долговременную напряженность, а также решить непосредственный спор (например, предложив миссис Б. согласиться сотрудничать с компонентом социального обслуживания проекта медиации, чтобы попытаться найти альтернативный способ ухода за детьми, и платить пять долларов в месяц, чтобы возместить миссис У. ущерб за сломанные очки). Такое решение (в отличие от несостоявшегося уголовного судебного решения), вероятно, будет приемлемым для обеих сторон; более значительно то, что это будет иметь терапевтическое воздействие на долгосрочную взаимосвязь между этими двумя лицами, потому что это позволило им облегчить их чувства, а затем помогло перестроить их будущие отношения таким образом, чтобы они оправдывали ожидания обеих сторон. Кроме того, это научит их тому, как они могли бы сами решать будущие конфликты. Таким образом, существует большая вероятность того, что можно будет избежать будущих споров, или, по крайней мере, свести их к минимуму.

Конечно, можно предположить, что суд может также индуцировать подобное урегулирование. Но отвлекаясь от невероятности того, что занятый суд в состоянии создать атмосферу, которая поощряет спорщиков обсудить их основные обиды, есть огромная разница между принудительным или полупринудительным урегулированием того рода, которое так часто осуществляется в суде, и добровольным соглашением, к которому пришли стороны.

Аналогичный подход, по-видимому, возможен в ряде других областей. Процедура жалобы, согласно типовому коллективному переговорному соглашению, основана на

аналогичной установке: она, как правило, осуществляет в первую очередь попытку урегулировать спор на более низких уровнях, и только потом, в самом конце, обращается к арбитражной процедуре, если предыдущие шаги не приводят к урегулированию. Однако трудность заключается в том, что там (возможно, по экономическим причинам) обычно нет медиатора на более низких уровнях. Следовательно, если стороны слишком утвердились в своих позициях, их коммуникация будет малоэффективной, и ранние стадии процедуры жалобы пока часто оказываются просто рутинными шагами, которые следует сделать, прежде чем обращаться в арбитраж. И в то время как арбитр может пытаться играть роль медиатора (как это делают некоторые арбитры при условии, что стороны дают свое согласие²⁷), возникает очевидная трудность, если медиатор-арбитр неудачно проявит себя в роли медиатора, а затем попытается взять на себя роль беспристрастного судьи²⁸. Ведь эффективная медиация может потребовать получения конфиденциальной информации от сторон, которую они могут давать неохотно, если они знают, что это может быть использовано против них на стадии арбитража. А если даже они дают ее, тогда может подвернуться опасности объективность арбитра. Кроме того, ему будет трудно принять незаинтересованную точку зрения на дело (и даже сделать вид, что он делает так) после того, как он выразил свое мнение относительно разумного урегулирования.

Другими долгосрочными (по крайней мере, иногда) отношениями, которые могут подходить для данного механизма разрешения споров, являются семейные. Япония

²⁷ См. например, *Stulberg A. A Civil Alternative to Criminal Prosecution // Albany L. Rev.* 1975. No. 39. P. 359, 367; *Exploring Alternatives to the Strike, Monthly Labor Rev.*, Sept. 1973, p. 33 (дискуссия о медиации-арбитраже).

²⁸ См.: *Fuller L. Collective Bargaining and the Arbitrator // Wis. L. Rev.* 1963. P. 2330. См. также: *Code of Professional Responsibility for Arbitrators of Labor Management Disputes § 2F.*

уже давно создала успешную систему семейных согласительных судов, и хотя надо обязательно с большой осторожностью рассматривать совершенно иную культуру, вполне может быть, что и наши суды начнут играть все меньшую роль при разводах, и в результате принятия законов с принципом «без вины» возникает необходимость в некоторых новых гибких инструментах (явно не в судах), которые будут заниматься разрешением семейных конфликтов.

Конечно, мы чувствуем традиционное отвращение к судебному участию в делах семьи, за исключением случаев, вынуждаемых по соображениям здоровья или безопасности²⁹. Но мне интересно, не является ли такая установка следствием не столько принудительности типичного судебного вмешательства, сколько мнения, что семью следует непременно оставить бороться с собственными внутренними конфликтами. Конечно, в некотором смысле, мы разработали медиативное решение для большинства семейных конфликтов, в виде социальной работы и семейной терапии. Тем не менее, там, где происходит распад семьи в результате смерти или развода, привлекаются обычно суды, и именно в таких случаях необходимо дальнейшее изучение альтернативных инструментов разрешения споров, особенно медиации³⁰.

В исправительной сфере, в тюрьме Карла Холтона в Стоктоне, Калифорния, была недавно начата интересная

²⁹ См. *Foot C., Levy R. & Sander F. Cases and Materials on Family Law, Ch. 1A and 6B (2d ed. 1976).*

³⁰ См., например: *Roberts S. A Family Matter // Mod. L. Rev. 1975. No. 38. P. 700*, где обсуждается дело в Англии: неким человеком, его братом и родителями были внесены различные суммы для покупки общего хозяйства. После того как они прожили там 13 лет, мать умерла, оставив свое имущество своим сыновьям в равных долях. Возник спор двух братьев относительно причитающейся им доли. Автор предполагает, что формальное судебное расследование представляется не самым лучшим способом решить такой вид спора.

новая программа Калифорнийского отделения ювенальной юстиции в сотрудничестве с Центром исправительной юстиции и Институтом медиации и урегулирования конфликтов. Вместо использования обычной процедуры жалоб, в рамках которой доминировала власть, составители законопроекта выступили за то, что они называют «подходом медиации»³¹. Его первый уровень включает пять членов комитета, один из которых (чиновник управления среднего уровня) выступает в качестве председателя, остальные четыре являются членами с правом голоса, причем двое из них – заключенные, а двое – сотрудники. Затем предусмотрено рассмотрение решения (или противостоящих позиций в случае ничьей) директором тюрьмы или его представителем, и, наконец, можно обратиться к внешнему независимому наблюдательному совету из трех членов, созданному под эгидой Американской арбитражной ассоциации. Решение этой комиссии носит лишь рекомендательный характер, но директор тюрьмы должен своевременно указать, будет ли он соблюдать его, и если нет, объяснить свои причины этого не делать. Таким образом, в то время как окончательная власть вынести решение остается на ответственном лице, потерпевшие имеют максимальную возможность в первую очередь свободно обсудить свою точку зрения в контексте медиации, а затем, если это не удастся, представить свою точку зрения для оценки незаинтересованным внешним лицом.

³¹ См. *Keating J.M. Arbitration of Inmate Grievances // Arb. J. 1975. No. 30. P. 177. Обсуждение некоторых других моделей в этой сфере см. в: Note, Bargaining in Correctional Institutions: Restructuring the Relation Between the Inmate and the Prison Authority // Yale L. J. 1972. No. 81. P. 726. См. также: Keating J. M., McArthur V., Lewis M., Sebelius K. and Singer L. Toward a Greater Measure of Justice Grievance Mechanisms in Correctional Institutions. Washington, D. C.: Center for Correctional Justice, 1975; Seen But Not Heard: A Survey of Grievance Mechanisms in Juvenile Correctional Institutions. Washington, D. C.: Center for Correctional Justice.*

Первые опыты в рамках этого процесса стали показательными. Вопреки ожиданиям, что на начальном этапе может возникнуть поляризация, когда двое заключенных окажутся против двух должностных лиц, только в 10 из первых 212 случаев первый шаг комиссии по жалобам завершился ничейным результатом 2 x 2. Во всех остальных случаях было принято решение большинством голосов. Кроме того, последние исследования показывают, что наличие жизнеспособного механизма рассмотрения жалоб является важным фактором в предотвращении тюремных бунтов³².

Такая внутренняя процедура обжалования с ограничением обращения к сторонним организациям лишь в крайних случаях, кажется весьма перспективной для многих споров в постоянных учреждениях, такие как школы, отделы социального обеспечения или жилищного строительства. Ввиду многогранности этого типа процесса рассмотрения жалоб, можно было бы надеяться, что если дело, рассматриваемое, согласно такой процедуре, впоследствии дошло до суда, предварительное определение будет иметь для суда большой, если не решающий, вес³³.

3. Количество спорных случаев

Хотя, вообще говоря, мы действовали до сегодняшнего дня довольно случайным способом в определении того, какие проблемы должны быть решены с помощью конкретного механизма разрешения споров, необходимо последовательно рассмотреть общее количество спорных случаев и определить, какое количество процессов «до-

³² См.: *Wilsnack R. Explaining Collective Violence in Prisons: Problems and Possibilities // Cohen A., Cole G. and Bailey R. Prison Violence. Lexington Books, 1976.*

³³ См.: *United Steel Workers v. American Mfg. Co., 363 U.S. 564, 80 S. Ct. 1343, 4 L. Ed. 2d 1403 (1960); United Steelworkers v. Warrior a Gulf Nav. Go., 363 U.S. 574, 80 S. Ct. 1347, 4 L. Ed. 2d 1409 (1960); United Steelworkers v. Enterprise Wheel a Car Corp., 363 U.S. 593, 80 S. Ct. 1358, 4 L. Ed. 2d 1424 (1960).*

стигло цели». Движение Судов малых исков приняло в качестве предпосылки, что малые дела являются простыми и, следовательно, необходимо сокращение судебной процедуры. Кроме суда по делам несовершеннолетних, вероятно, не было такого правового института, который был бы более разрекламирован как значительная правовая инновация. Тем не менее, свидетельства, имеющиеся теперь в изобилии, показывают, что Суд мелких исков не достиг своей первоначальной цели, и что люди, для которых он был разработан, стали его жертвами³⁴. Это неудивительно, если учесть отсутствие разумного соотношения между количеством спорных случаев и процессов, прошедших надлежащим образом. Совершенно очевидно, что малые дела могут быть сложными, так же, как большие могут быть простыми. Необходимо, в соответствии с убедительным недавним исследованием, ввести предварительный согласительный этап расследования, который вполне может вести непрофессионал или парапрофессионал, с обращением в суд на конечном этапе. Этот человек может легко отсеивать те случаи, которые не должны отнимать время у суда (например, там, где нет спора об ответственности, но ответчик не имеет средств), и сохранить судебный процесс для тех случаев, когда вопросы поставлены должным образом и возник подлинный спор о факте или о праве. Очевидно, что польза такого отсеивающего механизма не ограничивается лишь малыми исками³⁵.

4. Затраты

Нам недостает надежных данных для сравнения затрат на различные процессы урегулирования споров. Несомненно, это отчасти связано с трудностью определения того, каковы соответствующие ингредиенты такого рас-

³⁴ *Ingvesson B. & Hennessey P.* Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature // *Law & Soc. Rev.* 1975. No. 9. P. 219.

³⁵ Подобная функция выполняется студентами-юристами в рамках

чета. Можно относительно легко определить затраты арбитража *ad hoc*³⁶ (хотя даже там приходится иметь дело с такими трудноопределимыми факторами, как затраты, связанные с выбором арбитра(-ов)). Но определение сопоставимой стоимости судебной процедуры, по-видимому, ставит очень сложные вопросы подсчета затрат³⁷. Еще более трудно подсчитать непрямые «затраты» вследствие несоответствующего (в смысле неполноты и неудовлетворительности) рассмотрения спора. Тем не менее, до появления лучших данных, вероятно, можно безопасно исходить из предположения, что затраты растут по мере того, как увеличиваются процедурные формальности.

Отсутствие адекватных данных о затратах вызывает особое сожаление в отношении по существу сопоставимых процессов, таких, как судебные и арбитражные разбирательства. Если предположить, что в данный момент арбитраж сможет дать результаты столь же приемлемые, как и судебное разбирательство (предположение, которое еще более трудно проверить), будут ли соображения о затратах³⁸ оправдывать передачу (по крайней мере в первой

Программы «Ночной прокурор» в Колумбусе, штат Огайо. См.: Citizen Dispute Settlement (LEAA 1975).

36 Арбитраж, который устраивается сторонами для рассмотрения конкретного случая. – *Примеч. пер.*

37 В самой начальной фазе сравнение затрат было представлено в докладе об оценке филиладельфийского проекта 4А («Арбитраж как альтернатива»). Те, кто производил оценку, вычислили «прямые» затраты в 83.60 \$ на каждое дело, рассматриваемое в рамках проекта, по сравнению с «прямыми» затратами в 141 доллар за каждое дело, рассматриваемое в суде. Однако они отмечают, что такое сравнение порождает множество вопросов. Начнем с того, что цифры зависят от объема дел, а в отношении судебных дел принимаются средние, а не маргинальные распределения затрат. Также не было попытки проконтролировать возможное различие в сложности двух классов случаев. См.: *Anno B., and Hoff B.* Refunding Evaluation Report on the Municipal Court of Philadelphia's 4A Project, Blackstone Associates. Washington, D. C., Feb. 25, 1975.

38 Другие возможные возражения против такого предложения (на-

инстанции) целых категорий гражданских споров в арбитраж, как это сделано в некоторых юрисдикциях для дел, связанных с суммой, не превышающей определенного предела? В этой связи возникает одна трудность, заключающаяся в том, что мы всегда считали доступ к судам в числе основных прав гражданина, за реализацию которого не должна браться большая плата, в то время как стороны обычно оплачивают стоимость арбитража. Таким образом (хотя я верю, на основе моего собственного арбитражного опыта, что этот процесс является, по большому счету, как более эффективным, так и более дешевым, чем судебное разбирательство), адвокаты, как правило, не используют его широко (за пределами специальных областей, таких, как трудовое и коммерческое право), отчасти потому, что их клиентам всегда дешевле использовать общественные блага³⁹. Возможно, если арбитраж станет обязательным в некоторых видах дел (поскольку мы верим, что это будет более эффективным), то общество осознает, что оно должно взять на себя расходы, если только это не будет способствовать тому, чтобы затраты использовались как препятствие апелляции⁴⁰. Ниже я выскажу еще несколько соображений по этому поводу.

5. Скорость

У нас отсутствуют подробные данные не только о стоимости различных процессов разрешения споров, но и

пример, отказ в праве на суд присяжных) рассматриваются ниже.

³⁹ Несколько бостонских адвокатов сказали мне это, когда я спросил их, почему они не используют арбитраж шире в случаях соглашений о разделении имущества.

⁴⁰ Это, по-видимому, практикуется в Пенсильвании. См.: National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice Resource Materials, pp. 9193. [Эта отсылка к *Compulsory Arbitration in Pennsylvania // Chadbourn J. et al. Cases and Materials on Civil Procedure 1006 (2d ed. 1974)*, перепечатанной в материалах для участников конференции. – Примеч. амер. изд.]

относительно фактора скорости. Хотя принято считать⁴¹ (и справедливо, как я полагаю), что арбитраж происходит быстрее, чем судебное разбирательство, я не знаю каких-либо исследований, которые делали бы такой вывод на основе контролируемого эксперимента, учитывающего такие факторы, как вероятные отличия в сложности двух классов дел, а тем более отличия «судей» в арбитражной группе, и, возможно, более тесное сотрудничество тяжущихся в условиях арбитражного рассмотрения.

Последствия

1. Возможно, в определенное время суды стали основным процессом разрешения общественных споров. Но это время давно прошло. С развитием административного права передача определенных проблем в специализированные органы для начального разрешения стала обычным явлением. В судебной сфере мы тоже разработали специализированные суды для рассмотрения, среди прочего, семейных и налоговых проблем.

Это были, по существу, отклонения от общей тенденции, связанные с особым предметом рассмотрения, когда прибегали к инстанциям, имеющим особый опыт в определенной сфере. Возможно, сейчас настало самое время для того, чтобы больше прибегать к альтернативным первичным процессам. Как я уже отмечал ранее, такой шаг будет особенно уместен в ситуациях, связанных с несогласием лиц, которые состоят в долгосрочных отношениях. Процесс должен состоять из первичной фазы медиации, а затем, при необходимости, судебной фазы⁴². Проблемы,

⁴¹ См. например, The Blackstone Associates report, примеч. 37 выше, зафиксировавший, что рассмотрение 88% случаев в рамках проекта происходит в среднем за 49 дней, в то время как это было кратчайшее время, в которое суд рассматривал какой-либо случай. См. также Resource Materials, примеч. 40 выше.

⁴² В некоторых недавних экспериментах, таких, как проект 4А, начальной фазой является назначенный арбитраж. Но в этой проце-

которые представляются особенно поддающимися разрешению в таком процессе из двух стадий, – это споры между соседями, членами семьи, поставщиками и дистрибьюторами, владельцами земли и арендаторами⁴³. Там, где наличествуют властные отношения между сторонами (такие же, как, например, между заключенным и надзирателем или школой и учащимся), могут возникнуть особые проблемы, но, как отмечалось ранее, такие отношения тоже, с некоторыми изменениями, поддаются рассмотрению, состоящему из двух последовательных фаз, медиационной и судебной⁴⁴.

Принятие такого альтернативного первичного процесса наложит особые обязательства на юристов. Хотя мы знаем относительно мало об участии юристов в процессах посредничества, вполне возможно, что в этом новом мире их роль уменьшится. Возможно, это просто приведет к бо-

дуре всегда важную начальную стадию представляет посредничество (см. напр., *Stulberg*, Op. cit. в примеч. 26 выше), и тогда возникает вопрос, следует ли осуществлять медиацию и арбитраж одному лицу. Я высказывал ранее мои сомнения относительно такого слияния функций. Кроме того, хотя использование разных лиц, возможно, дороже и отнимает больше времени, это делает возможным использование в этих двух процессах лиц с различным уровнем подготовки и различной специализацией.

43 Некоторые другие примеры см. в: *Nader L. and Singer L. Law in the Future – What Are the Choice?*, докладе, подготовленном для конференции, организованной Калифорнийской коллегией адвокатов 12 сентября 1975 г.

44 И наоборот, когда отношение ограничивается исключительно рамками переговоров, но желательно, чтобы были ограничены судебные вмешательства в дела, соглашения в которых не может быть достигнуто, иногда в сфере государственной службы может использоваться в качестве инструмента вынесение окончательного решения арбитром. См. напр. *Massachusetts Acts, 1973, ch. 1078*. В рамках этого процесса арбитр ограничивается в своем решении выбором между последними предложениями двух сторон. Очевидной целью этого является создание доверительных переговоров. См. напр. ряд статей, стремящихся оценить эту практику, в: *Industrial Relations, Oct. 1975*.

лее разнообразному обучению в юридических школах, но и в первую очередь это также будет проверкой способности юристов поддерживать инновационные эксперименты, несмотря на временные неблагоприятные экономические последствия для этой профессии⁴⁵.

Что касается характера судебных комиссий, мы должны пристальней рассмотреть более широкое использование арбитража, особенно там, где мы имеем дело со специализированными вопросами или проблемами, чьи границы были достаточно хорошо очерчены, благодаря договору между сторонами посредством регулирующего законодательства или судебного решения⁴⁶.

2. Пусть другие, более компетентные исследователи обратятся непосредственно к уголовным судебным рассмотрениям, я же нахожусь под впечатлением экспериментальной работы, которая была проведена под эгидой Администрации содействия правоприменительной деятельности (АСПД), отбирающей определенные типы незначительных уголовных преступлений (например, подобные описанному ранее делу миссис Б. и У.) для процесса медиации. Такой процесс легко подходит под общую рубрику, описанную в предыдущем разделе, но он также может быть рассмотрен в более широком контексте движения к общественному «вече» (moot), предлагающему неформальные услуги, поддержки-

45 Это утверждение основано на предположении, что некоторые из этих новых практик медиации будут вытеснять практики, ранее осуществлявшиеся юристами. Но, как отмечалось выше, большая их часть может просто стать заменой в тех случаях, в которых в настоящее время проблемы решаются путем избегания.

46 Ср. статью *Edwards H. Arbitration of Employment Discrimination Cases: An Empirical Study*, которая опубликована в the 28th Proceeding of the National Academy of Arbitrators by V.N.A., предлагающую, чтобы арбитры по трудовым отношениям имели некие широкие полномочия в рамках федерального закона о дискриминации в сфере занятости. См. также *Feller D. The Impact of External Law Upon Labor Arbitration*, доклад, подготовленный к Национальной конференции «Будущее трудового арбитража» в Америке, и опубликованный Американской ассоциацией арбитража.

вающие членов сообщества⁴⁷. Конечно, такие учреждения наследуют богатым антропологическим традициям⁴⁸. Являются ли эти учреждения совершенно неуместными в нашем отчужденном и разделенном обществе или представляют последнюю надежду на возрождение смысла сообщества, еще предстоит рассмотреть⁴⁹.

3. Помимо ранее упомянутой модели «медиация – арбитраж», являющейся полезным форматом для решения определенных типов споров, существует и другой инструмент, который можно было бы широко использовать и который можно назвать моделью «отбора – судебного рассмотрения». Я уже упомянул об этом в связи с обсуждением Судов малых исков, и в некотором смысле можно утверждать, что описываемое мною есть лишь другое название для досудебного рассмотрения. Но, как отмечалось ранее, существует значительная разница между судебным указанием, что дело должно быть улажено за X долларов, и быстрым предварительным «оцениванием» или «отсеиванием», производимым специальным органом⁵⁰.

47 См.: *Danzig R. Toward the Creation of a Complementary, Decentralized System of Criminal Justice // Stanf. L. Rev. 1973. No. 26. P. 1; Comment, Community Courts: An Alternative to Conventional Criminal Adjudication // Am. L. Rev. 1975. No. 24. P. 1253; Jaffe J. So Sue Me! The Story of a Community Court. 1972.*

48 См. например: *Law in Culture and Society / L. Nader, Ed. 1969; Gibbs J. The Kpelle Moot: A Therapeutic Model for the Informal Settlement of Disputes // Africa. 1963. No. 33. P. 1, републикация в: Rough Justice: Perspectives on Lower Criminal Courts / J. Robertson, Ed. 1974.*

49 Оптимистичный ответ на этот вопрос см. в: *Smith D. Book Review // Harv. L. Rev. 1974. No. 87. P. 1874.* Интересно отметить, что за исключением Еврейского общественного совета (чья работа является предметом упомянутого обзора) и некоторых других учреждений, большинство из экспериментов на сегодняшний день создали различные альтернативы уголовным судам. Является ли это результатом некоторого общего концептуального понимания, или, как я подозреваю, эта ситуация напоминает известный ответ Вилли Саттона, знаменитого грабителя банков, на вопрос, почему он грабил банки: «Потому что там деньги?»

50 См.: *Aubert V. Courts and Conflict Resolution // J. Conflict*

Интересным примером этого является недавно принятый устав Массачусетса, касающийся случаев злоупотребления в медицине⁵¹, согласно которому истец должен сначала предстать перед комиссией из трех человек: врача, адвоката и судьи первой инстанции. Если комиссия находит, что дело не имеет достаточно серьезных оснований, истец должен внести залог за ответчика, прежде чем дело отправится в суд. Приведет ли этот устав к желаемому эффекту, вполне может зависеть от соответствующего размера залога, который обычно составляет цифру в 2000 долларов⁵². Может быть, мы должны уделить гораздо более серьезное внимание тому, не следует ли нам пойти гораздо дальше и взимать с проигравшего полную стоимость процесса, в том числе и гонорара адвокатов⁵³. Конечно,

Resolutionю 1967. Vol. 11. P. 40, 44, где предполагается, что неспособность реально оценить правовую претензию является одной из основных причин для принятия ее в суд, а не разрешения спора иными способами. В качестве других доводов приводятся иррациональное поведение со стороны истцов (например, непомерная гордость или упрямство) или неделимость рассматриваемого иска (например, опеки над ребенком).

⁵¹ Massachusetts Laws, 1975, ch. 362.

⁵² Можно также поставить серьезный вопрос о конституционности этого положения, из-за участия непрофессионалов в по сути судебной функции и из-за возможного ущерба, который может возникнуть в результате предварительного рассмотрения, представляющегося весьма неформальным и сокращенным. Смотрите также обсуждение права на суд присяжных ниже.

⁵³ Вдумчивые и осторожные предложения по этим направлениям см. в: *Mause P. Winner Takes All: A Reexamination of the Indemnity System // Iowa L. Rev. 1967. No. 56. P. 26.* Если судебное рассмотрение предполагает для проигравшего значительные экономические издержки, то можно создать эффективные стимулы для урегулирования дел. Такая система в настоящее время действует в Англии. Она позволяет ответчику в любое время «оплатить в суде» предлагаемую сумму возмещения; если истец отказался от предложения и не смог получить больше после суда, он оплачивает издержки с момента обращения в суд. См.: *Zander M. Payment Into Court // New. Law Journal, July 1975, p. 63.* Некоторые американские штаты имеют аналогичные положе-

это сложный вопрос, и нужно быть осторожным, чтобы избежать как возможности бесплатного использования этой системы тяжущимися, так и неисполнения законных притязаний по финансовым соображениям. Но, похоже, совершенно ясно, что мы еще не нашли оптимальную точку, в которой эта система стала бы наиболее адекватной по стоимости, чтобы истец тщательно взвешивал, следует ли ему переходить к следующей фазе разрешения споров.

Еще одним интересным экспериментом в этом направлении является так называемая Мичиганская система медиации⁵⁴. Это комиссия из трех человек – члена коллегии адвокатов со стороны истца (выбранного коллегией адвокатов), члена коллегии адвокатов со стороны обвиняемого и судьи – заседающих вместе в течение двух недель, чтобы предварительно рассмотреть случаи гражданского правонарушения, в которых признается ответственность, но существует несогласие относительно размера ущерба. Комиссия сначала рассматривает имеющиеся документальные доказательства, а затем обсуждает каждый случай с адвокатами сторон в течение примерно получаса; никакие устные свидетельства не допускаются. Затем комиссия высказывает свое мнение относительно размеров возмещения ущерба в этом деле. Если дело не улаживается этой суммой, то истец должен получить по меньшей мере 110 % от этой суммы, чтобы избежать обложения налогом по расходам на расследование (на оговоренную сумму, установленную таким образом, чтобы включать в себя гонорар адвокатов); ответчик должен заплатить такую же плату, если он не уладил дело и возмещение составит более чем 90% от суммы, установленной комиссией по медиации.

ния, но издержки не включают гонорар адвокатов, поэтому они не слишком кусаются. Английскую систему самооценки, осуществляемой ответчиком, можно сравнить с Мичиганской системой медиации, рассматриваемой в тексте ниже. Мичиганская система кажется более справедливой, но и более дорогой, так как она требует независимой оценки претензии истца.

⁵⁴ *Miller S. Mediation in Michigan // Judicature. 1973. No. 56. P. 290.*

Этот подход, несмотря на его перспективность, подвергся критике со стороны председателя недавно созданного Комитета по судебному управлению и экономике Секции судебных процессов Американской ассоциации адвокатов, по той причине, что он слишком поздно вступает в процесс, после того, как «уже понесены значительные расходы на досудебное расследование». Он предлагает вместо этого программу обязательного арбитража для некоторых типов случаев, таких, как предполагающие претензии на 25 000 долларов или меньше. Чтобы избежать чрезмерно жесткого применения арбитража в тех случаях, для которых может быть более подходящим другой механизм разрешения споров, он предполагает, что арбитраж перестанет быть обязательным после демонстрации того, что другой процесс предлагает более «справедливое и эффективное судебное решение по спору». «Наоборот, арбитраж может потребоваться в тех случаях, которые превышают предел юрисдикции обязательного арбитража, если будет показано, что этот арбитраж будет более справедливым и эффективным методом разрешения споров»⁵⁵. Это инновационное и перспективное предположение, заслуживающее внимательного изучения.

4. Таким образом, я выступаю за гибкий и разнообразный арсенал процессов разрешения споров, когда конкретные типы случаев разрешаются при помощи различных процессов (или комбинации процессов), согласно

⁵⁵ См.: *Olson R. An Examination of the Judicial Process: A Discussion of Modifications and Alternatives to Our System of Dispute Resolution*, статья опубликована в 1976 г. в журнале Отдела судебного разбирательства ААА “Litigation”. Понятие «более справедливого и эффективного судебного решения спора» заимствовано из Федерального закона 23 (b).

Комитет мистера Олсона в настоящее время проводит общенациональное исследование, проводя интервью с судьями, судебными администраторами и опытными практиками по поводу инновационных подходов к сокращению времени и средств на судебный процесс, а также перспективных альтернативных механизмов разрешения споров.

некоторым из критериев, указанных ранее. Предположительно такое распределение в отношении определенного класса случаев может осуществить законодательный орган в самом начале (это весьма результативно было сделано в законодательном органе Массачусетса в отношении дел о злоупотреблении служебным положением). В качестве альтернативы можно было бы представить к 2000 году не просто дом правосудия, а центр разрешения споров, где истец сначала попадает к клерку, осуществляющему распределение, который затем направляет его на процесс (или последовательность процессов), наиболее целесообразный для дела его типа. Список залов в лобби такого центра мог бы выглядеть следующим образом:

Зал 1. Распределение;

Зал 2. Медиация;

Зал 3. Арбитраж;

Зал 4. Установление фактов;

Зал 5. Комиссия по препятствованию злоупотреблениям;

Зал 6. Вышестоящий суд;

Зал 7. Омбудсмен.

В одном мы можем быть уверены: как только такой эклектичный метод разрешения споров будет принят, все получат возможность сыграть свою роль. Так суд может принять решение самостоятельно, направив дело с определенным типом проблемы в наиболее подходящий судебный орган⁵⁶. Законодательная власть сможет, в рамках определенных основных прав, создавать институции,

⁵⁶ См., например: *Kamm v. California City Dev. Co.*, 509 F. 2d 205 (9th Cir. 1975) (суд по групповому иску относительно земельного мошенничества вынес вердикт об освобождении от иска на основе соглашения, что ответчик будет использовать арбитраж, чтобы решать потенциальные претензии, выдвигаемые против него). Но сравните случай, описанный в: *Rizzo v. Goode*, 42 U.S. 362, 96 S.Ct. 598, 46 L. Ed. 2d 561 (1976) (неподходящий для окружного суда заказ Департаментом полиции города Филадельфия на создание программы для рассмотрения повторяющихся жалоб на должностные преступления полиции).

осуществляющие процессы разрешения споров в соответствующих учреждениях⁵⁷, таких, как тюрьмы, школы или психиатрические больницы, а также может действовать путем установления процедур разрешения споров в локальных сообществах. Здесь в качестве твердого примера успешной модели выступает механизм рассмотрения жалоб, содержащийся в типичном соглашении коллективных переговоров. Наконец, когда эти модели будут приняты, юридические школы тоже должны будут отойти от своей озабоченности судебным процессом и начнут готовить студентов к широкому кругу процессов разрешения споров⁵⁸.

5. Я бы был более чем наивен, если бы я оставил эту идиллическую картину, по крайней мере, без краткого упоминания о некоторых существенных препятствиях для реформ в этой области. Прежде всего всегда наличествует мертвящее сопротивление тех, кто стремится к *status quo*. Но у меня есть указание и на более конкретные проблемы. Во-первых, если неофициальный процесс медиации заменит строгую защиту на состязательном процессе, то несомненно раздадутся крики об «отрицании надлежащего процесса», особенно в уголовной сфере⁵⁹. В ответ на это возражение следует откровенно сказать, что появляются многие вдумчивые комментаторы, согласные в том,

⁵⁷ Рассмотрим, например, положение Акта о гарантии Магнусона-Мосса, которое потребовало от Федеральной торговой комиссии обнародовать правила, устанавливающие процедуры неформальных механизмов урегулирования споров, которые должны быть исчерпаны до того, как иск может быть начат согласно этому Акту. См.: Public Law 9363 88 Stat. 2183 и подзаконные акты, принятые ФТК, 40 Fed. Reg. 60190 (Dec. 31, 1975). Сравните утверждение, что каждый устав создания материальных прав содержит положение о судебном воздействии.

⁵⁸ Это предоставит прекрасную возможность для студентов юридических факультетов, которые стремятся осуществлять творческую деятельность на местах, например, помогая телефонной компании создавать механизм обжалования или изучения работы местного омбудсмена.

⁵⁹ Ср.: *Rubenstein L. Procedural Due Procedural and the Limits of the Adversary System*, 11 Civ. Rights // Civ. Lib. L. Rev. 1976. No. 48.

что мы, возможно, слишком формализуем юридическую систему, что неблагоприятно влияет на ее эффективность, а также на ее доступность для бедных истцов⁶⁰. Здесь не место для изучения этой трудной проблемы, но мы явно должны обратиться более полно к этому вопросу.

Аналогичную озабоченность вызывает та проблема, которую намерен озвучить судья Хиггинботом относительно необходимости сохранения суда в качестве конечной инстанции, способной эффективно защищать права обездоленных. Это законное беспокойство, которое, как я считаю, не противоречит целям, которые я защищаю. Я не утверждаю, что дела в защиту исков, касающихся основных конституционных прав, должны быть направлены на посредничество или арбитраж. Напротив, цель заключается в том, чтобы зарезервировать суды для тех дел, для которых они лучше всего подходят, и избежать того, чтобы они были захлаплены и парализованы теми случаями, которые не требуют их уникальных возможностей.

Наконец, мы утратили столь необходимую гибкость в отношении конституционных требований суда присяжных. В связи с целями настоящего доклада обычно это означает, что случаи, изначально отнесенные к обязательному арбитражу (или какому-либо другому, не судебному процессу) должны получить согласие обеих сторон, или же, что должно быть разрешено рассмотрение *de novo*⁶¹. Очевидно, что мы можем жить с такими ограничениями, и даже добиваться значительных конструктивных изменений, особенно если, как в Пенсильвании, затраты на апелляцию рассмотрения *de novo* в арбитраже состоят в том, чтобы апеллирующий взял на себя расходы по арбитражу. Но нельзя не задаться вопросом первостепенной важности,

⁶⁰ См.: *Johnson E. and Kantor V.* Op. cit. в примеч. 7 выше, Ch. VI. См. также: *Friendly H.* Some Kind of Hearing // U. Pa. L. Rev. 1975. No. 123. P. 1267.

⁶¹ Повторное рассмотрение дела по существу – *Примеч. пер.*

имеет ли все еще смысл требование суда присяжных о запуске механизма гражданского дела, особенно если иметь в виду сопутствующее повышение расхода средств и времени⁶². Ввиду отчаянного состояния некоторых из наших списков гражданских дел, предназначенных к слушанию, мне кажется, что бремя доказательства должно теперь лечь на тех, кто утверждает, что большие затраты оправданы уникальными преимуществами, предоставляемыми судом присяжных. Здесь мы снова должны попытаться избежать бесконечных абстрактных дискуссий о плюсах и минусах, и вместо этого стремиться исследовать, существуют ли особые типы случаев, по отношению к которым суд присяжных имеет некоторый смысл, так что мы могли бы предложить, в конечном счете, конституционную поправку, которая придала бы большую гибкость законодательным органам в этом вопросе.

Заключение

Представляется целесообразным закончить эту фрагментарную оценку на скромной ноте. Не существует панацеи; есть только перспективные направления для изучения. И слишком много того, чего мы еще не знаем. Среди прочего, мы должны получить гораздо более точные, чем имеющиеся в настоящее время во многих штатах, данные о том, что на самом деле происходит в судах, так, чтобы мы могли разработать некоторые сложные представления о том, где главные болевые точки, и какие типы случаев являются первыми кандидатами на альтернативное рассмотрение⁶³. Нам нужно лучше оценить сравнительную эффективность и затраты на различные механизмы урегу-

⁶² См. например: *Redish M. Seventh Amendment Right to Jury Trial: A Study of the Irrationality of Rational Decision Making // Nw. L. Rev.* 1975. No. 70. P. 486.

⁶³ Помимо недостаточности информации по отдельным штатам, крайне затруднено и само сравнение между штатами из-за отсутствия сопоставимых данных.

лирования споров. И нам нужно получить больше данных о той роли, которую играют некоторые из ключевых лиц в этом процессе (например, юристы). Усугубляют ли они противоречивые аспекты дела и затягивают разбирательство (как считают многие клиенты в области семейного права), или же они способствуют вразумлению клиентов, бывающих порой чрезмерно склонными (как часто утверждают сами судебные юристы)? Каковым должно быть оптимальное состояние механизмов рассмотрения исков в нашей стране, чтобы мучительные обиды можно было бы легко обсуждать без чрезмерного отягощения системы и без возникновения необоснованных упований на помощь?

Однако, прежде всего, мы должны накапливать и распространять доступное в настоящее время знание относительно многообещающих альтернативных механизмов разрешения споров, а также поощрять дальнейшие эксперименты и исследования в этой области. В этой связи мы должны продолжать устанавливать связи с теми представителями других дисциплин, которые разделяют нашу озабоченность. То, что они отличаются по своей специализации и профессиональному опыту, часто заставляет их по-новому смотреть на правовую систему.

В заключение, я хотел бы поделиться последним соображением. При подготовке к этой конференции я обнаружил ряд томов, кратко излагающих ход подобных предыдущих встреч. Я был поражен повторяющимся характером многих вопросов, которые мы обсуждаем, и задумался о том, как мы могли бы избежать несчастной судьбы, которая, по-видимому, выпала множеству идей, высказанных на некоторых из предыдущих собраний. Нет сомнений в том, что организаторы этой конференции уверены, что мы настроены все более решительно, чтобы избежать подобной участи, и, глядя на это впечатляющее собрание озабоченных и даровитых граждан, я все более убеждаюсь, что

они правы. Тем не менее, мне кажется, что по завершении этой встречи организаторы конференции могут избрать небольшую группу преданных делу людей, которые возьмут на себя контроль за распространением некоторых перспективных идей, которые здесь будут брошены на волю случая. Возможно, эта группа даже сможет выпускать бюллетень Паундовской конференции через определенные промежутки времени, чтобы напомнить нам о наших достижениях, а также о целях, которые перед нами стоят. Таким образом, мы, возможно, будем в состоянии продолжать вносить свой вклад в решение многих серьезных проблем, которые в настоящее время стоят перед судами и которые, как я полагаю, привели нас сюда.

**Ребекка Холландер-Блюмофф,
Том Р. Тайлер**

**ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ВНЕ СУДА
(Процессуальная справедливость и верховенство
права: развивая правомочность альтернативного
разрешения споров)¹**

Об авторах: Ребекка Холландер-Блюмофф – доцент Юридической школы университета Вашингтона в Сент-Луисе; Том Р. Тайлер – профессор психологии и права Нью-Йоркского университета.

О процессуальной справедливости принято говорить в основном применительно к классическому правосудию, использующему инструментарий судебного разрешения споров. Именно это представляется важным плюсом судебной системы, поскольку альтернативные методы разрешения споров, хотя и приводят к решениям в рамках закона, основаны на менее формальном подходе, где верховенство права и процессуальная справедливость по определению не являются краеугольным камнем. Однако значит ли это, что сами стороны спора, использующие арбитраж, медиацию или переговоры, не воспринимают эти процедуры с точки зрения

¹ Тезисы симпозиума «Нормы права и альтернативное разрешение споров». (Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution / By Rebecca Hollander-Blumoff and Tom R. Tyler // Journal of Dispute Resolution, 2011, no. 1.)

справедливости процесса? Оказывается, воспринимают – и, более того, ощущение справедливости здесь столь же важный фактор, без которого невозможно успешное функционирование методов АРС.

1. Введение²

В глазах правоведов механизмы альтернативного разрешения споров (АРС), как правило, уступают аналогичным судебным инструментам, особенно в том, что касается процессуальной справедливости. Хорошо известно, что против практики урегулирования споров, связанных с основными правами³, при помощи переговоров, выступил Оуэн Фисс. Можно вспомнить и то, как Дебора Хенслер раскритиковала медиацию, на том основании, что выносимые по ее итогам решения не имеют общепринятой нормативной базы и по этой причине могут показаться участникам несправедливыми⁴.

Критики полагают, что система судебного разрешения споров, коррелирующая с принципом верховенства права, имеет фундаментальные расхождения с внесудебными, и соответственно, менее формальными инструментами разрешения споров – такими, как арбитраж, медиация и переговоры⁵. Другие исследователи в ответ заявляют,

² Благодарим участников симпозиума «Нормы права и альтернативное разрешение споров» в университете Миссури, а также Сьюзен Эпплтон, Мэтту Боди, Эмили Хьюз и Лоре Розенбери за ценные советы и замечания. Кроме того, выражаем благодарность Элизабет Чен за блестяще оказанную помощь в проведении исследования.

³ См.: *Fiss O.M. Against Settlement // Yale L. J. 1073. No. 93. P. 1073–75 (1984).*

⁴ *Hensler D. Suppose It's Not True: Challenging Mediation Ideology // J. Disp. Resol. 2002. No. 81. P. 95.*

⁵ См., например: *Edwards H.T. Commentary, Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema? // Harv. L. Rev. 1986. No. 99. P. 668, 675–82.* Автор утверждает, что преимущество судебной процедуры состоит в возможности обеспечить выполнение вынесенного решения и его соответствие общепринятым ценностям, а также, что интерпрета-

что противоречия между правовым урегулированием и АРС не настолько велики, как их представляют критики альтернативных практик разрешения споров, поскольку и то, и другое служит одной цели – достижению справедливости⁶. Такой разрыв между существующими точками зрения поддерживается и даже увеличивается из-за волатильности самого концепта «верховенства права», с которым исследователи пытаются связать такие разные понятия, как «отсутствие обратной силы»⁷, «неисчерпывающий характер»⁸, «определенность»⁹, «защита прав личности»¹⁰, а также недостаток компетентности правительственных органов¹¹.

Здесь мы утверждаем, что нормы права, как бы их ни определяли, не являются ни антагонизмом по отношению к АРС, ни удобно с ним совместимой системой. По нашему мнению, важнейшую перспективу в смысле совместимости механизмов АРС и общепринятых ценностей, как их понимает право, создает такой психологический кон-

ция правовых норм – дело официально уполномоченных должностных лиц, а не специалистов, действующих частным образом); см. *Fiss O.M.* Op. cit, особенно p. 1075 (здесь он говорит о том, что разрешение споров при помощи соглашений во внесудебном порядке приводит к тому, что собственно «мир» подменяется «справедливостью»); *Luban D.* Settlements and the Erosion of the Public Realm // *Geo. L. J.* 1995. No. 83. P. 2619, 2622–23 (последний отмечает, что решения, вынесенные в частном порядке, не в состоянии привести к выработке правил или имеющих силу прецедентов).

⁶ *Sternlight J.R.* Is Alternative Dispute Resolution Consistent with the Rule of Law? Lessons from Abroad // *Depaul L. Rev.* 2007. No. 56. P. 569.

⁷ *Tamanaha B.Z.* A Concise Guide to the Rule of Law, in *Relocating The Rule Of Law* / G. Palombella & N. Walker, Eds. 2009. P. 3-4.

⁸ Там же.

⁹ См.: *Reid J.Ph.* Rule Of Law: The Jurisprudence Of Liberty In The Seventeenth And Eighteenth Centuries. 2004. P. 5-6.

¹⁰ См. например: *Dyzenhaus D.* Recrafting the Rule of Law, in *Recrafting The Rule Of Law* // *The Limits Of Legal Order.* 1999. P. 5, 7.

¹¹ *Tamanaha B.Z.* On The Rule Of Law: History, Politics, Theory. 2004. P. 122-26.

структ, как процессуальная справедливость. Точно так же, как верховенство права в историческом и философском контексте традиционно воспринимались как ключевой компонент легитимности системы власти¹², так и процессуальную справедливость можно считать ключевым компонентом в выстраивании частных представлений людей о степени ее легитимности¹³. Процессуальная справедливость, как и верховенство права, формирует представление о легитимности, и мы по этой причине полагаем, что то, как ее оценивают участники спора в процессе АРС, является краеугольным элементом в построении соответствия между АРС и ценностями, соответствующими принципу верховенства права, даже при том, что сам по себе этот принцип не является определяющим при вынесении решений в рамках альтернативного урегулирования – в силу специфики последнего. Так происходит потому, что обыденные представления о процессуальной справедливости вполне соответствуют многим ключевым элементам верховенства права.

Если бы люди были устроены более примитивно, действовали бы исключительно как субъекты экономической деятельности, и их оценка юридических процедур была ограничена одним только результатом, которого в конечном итоге удалось добиться, то и участники процессов АРС оценивали бы их итог только с точки зрения личной выгоды, а рассуждения о принципе верховенства права были бы лишними. То есть, если бы приемлемость результатов АРС, которое является наименее регулируемой законами и судебными процедурами сферой, оценивалась главным образом с позиций выгоды, принцип верховенства права в этом контексте вообще бы не возникал. Однако в действительности исследования стабильно показывают, что оценки, которые люди дают юридическим процедурам, носящим как официальный, так и неофициальный харак-

¹² См.: *Dyzenhaus D.* Op. cit, p. 1 («О верховенстве права часто говорят как об одном из элементов легитимного правительства...»).

¹³ *Tyler T.R.* Why People Obey The Law. 1990. P. 3–7.

тер, тесно связаны с вопросами процессуальной справедливости – и эти же вопросы являются центральными в контексте исследований принципа верховенства права. В данном случае люди действуют как философы, свободные от какого бы то ни было внешнего влияния, и высказывают оценки, исходя из собственного практического опыта и своих взглядов на работу системы права в целом – в противовес существующим шаблонам о справедливом разбирательстве, среди которых выделяются нейтральность, открытость и уважение прав, то есть понятия, которые также создают основу для верховенства права.

Во второй части этой статьи мы подробно остановимся на психологии процессуальной справедливости и истории этого вопроса. Затем, поскольку понятие верховенства права используется очень широко и в самых разных контекстах, мы попытаемся объяснить эти разные значения и обозначить связи между процессуальной справедливостью и принципом верховенства права, акцентируя внимание на сходствах и различиях между этими двумя явлениями. Далее – мы сформулируем обоснование тезиса о ключевой роли процессуальной справедливости и верховенства права в формировании представлений о легитимности. Третья часть работы посвящена связующим звеньям между процессуальной справедливостью, принципом верховенства права и процессами АРС (с каждым по отдельности). Здесь же мы постараемся выделить наиболее проблемные вопросы, подробное освещение которых должно убедить читателей в том, что АРС и принцип верховенства права могут гармонично сосуществовать.

2. Процессуальная справедливость и верховенство права

А) Психология процессуальной справедливости

В лексиконе юристов процессуальная справедливость

обычно обозначает, что процесс, в результате которого достигается то или иное решение, проходит объективно честно. В психологии, напротив, понятие процессуальной справедливости относится к субъективным оценкам частных лиц¹⁴, их личным представлениям о том, насколько правильно организован процесс принятия решений¹⁵. Представления о процессуальной справедливости отличаются от представлений о справедливом распределении благ (справедливости результатов), так же, как и от представлений о позитивном результате (насколько исход благоприятен для каждой из сторон спора)¹⁶.

Существующий корпус исследований в области социальной психологии показывает, что восприятие процессуальной справедливости имеет важное значение для того, как люди думают и как относятся к тем результатам, которых они достигли в юридических спорах¹⁷. Процессуальная справедливость создает у людей чувство удовлетворенности результатом и создает хороший задел для того, чтобы они соблюдали достигнутые соглашения в будущем¹⁸. В

¹⁴ См.: *Tyler T.R. Social Justice: Outcome and Procedure // Int'l J. Psych. 2000. No. 35. P. 117, 117–118* («Справедливость – это созданный некими общественными представлениями концепт... не имеющий физического воплощения в реальности. Она существует и приносит пользу в той степени, в которой представление о ней разделяется в том или ином сообществе».)

¹⁵ В настоящей статье мы используем термин «процессуальная справедливость» в «психологическом» смысле.

¹⁶ См.: *Tyler T.R., Boeckmann R.J., Smith H.J. & Huo Y.J. Social Justice In A Diverse Society. 1997. P. 75-76* (дискуссия о различиях между процессуальной справедливостью, справедливым распределением благ и позитивным результатом).

¹⁷ *Tyler T.R. Procedural Justice, Legitimacy and the Effective Rule of Law // Crime & Just. 2003. No. 30. P. 283, 286* (где он отмечает, что «представления о процессуальной справедливости являются центральными и определяющими для формирования реакции на пережитый опыт взаимодействия с уполномоченными органами судебной/законодательной власти»).

¹⁸ *Lind E.A. & R. Tyler T.R. The Social Psychology of Procedural Justice*

наиболее ранних исследованиях, посвященных психологическим аспектам процессуальной справедливости, отмечалось, что положительный эффект от нее ощутим в ситуации официального разбирательства с участием третьей, нейтральной стороны в качестве ответственной за принятие решений инстанции¹⁹.

Дальнейшие исследования очень ярко продемонстрировали, что в арбитражных судах и в рамках процедур, предваряющих иные варианты официального разбирательства, представления о процессуальной справедливости очень сильно влияют на то, как люди оценивают достигнутый результат²⁰. Даже если люди терпят поражение, они переживают его гораздо легче, когда ощущают, что с процессуальной точки зрения все было справедливо; и напротив, если это ощущение отсутствует, они не могут почувствовать всю радость победы²¹.

Этот эффект не ограничивается контекстом гражданского судопроизводства. Исследования показывают, что процессуальная справедливость и соответственно вытекающий из нее результат важны даже обвиняемым по уголовным делам²². Так же и с арбитражными разбирательствами, в которых решение вместо судьи выносит арбитр²³.

В последнее время исследователи обратили внимание

63–65 (1988).

¹⁹ *Thibaut J. & Walker L.* Procedural Justice: A Psychological Analysis. 1975. P. 94–95.

²⁰ *Tyler T.R.* Why People Obey the Law, p. 115–24.

²¹ Там же.

²² *Casper J.D., Tyler T. & Fisher B.* Procedural Justice in Felony Cases // *Law & Soc'y Rev.* 1988. No. 22. P. 483, 483. См. также: *MacCoun R.J. & Tyler T.R.* The Basis of Citizens' Perceptions of the Criminal Jury: Procedural Fairness, Accuracy, and Efficiency // *12 Law & Hum. Behav.* 1988. No. 12. P. 333 (там рассматривается проблема восприятия процессуальной справедливости в уголовных процессах).

²³ *Lind E.A., Kulik C.T., Ambrose M. & De Vera Park M.V.* Individual and Corporate Dispute Resolution: Using Procedural Fairness as a Decision Heuristic // *38 Admin. Sci. Q.* 1993. No. 38. P. 224, 235–36.

на другие, менее официальные процедуры, вроде медиации или переговоров, в которых третья сторона не отвечает за принятие решений, а регулирующих правил значительно меньше. Ученые выяснили, что и в той, и в другой сфере процессуальная справедливость является залогом того, чтобы стороны были удовлетворены результатом. К такому выводу пришел, например, Пруитт, со своими коллегами рассматривавший медиативные процессы через призму взгляда обеих сторон и исследовавший, насколько участники спора были довольны итогами, а также, насколько справедливым им виделся сам процесс²⁴. Когда он встретился с участниками спора спустя полгода, главной движущей силой в смысле исполнения медиативных соглашений было именно испытанное участниками ощущение процессуальной справедливости, а отнюдь не благоприятный для той или иной стороны результат²⁵.

В недавних работах мы исследовали явление процессуальной справедливости в контексте переговоров в рамках правовых споров. В этих исследованиях, среди прочего, рассматривалась смоделированная ситуация спора по поводу условий контракта, постановка, организованная силами студентов-юристов. Мы и здесь пришли к выводу, что именно ощущение справедливости процесса и справедливости положения, которое занимает сторона-визави, является главной движущей силой в смысле получения участниками удовлетворения от исхода процесса – настолько, что даже участие третьей, нейтральной стороны оказывается необязательным. И оно же дает основной заряд энтузиазма тем, кому в роли судей или поверенных нужно

²⁴ *Pruitt D.G., Peirce R.S., McGillicuddy N.B., Welton G.L. & Castrianno L.M.* Long-Term Success in Mediation, 17 *Law & Hum. Behav.* 313, 313 (1993). См. также: *Long J.J.* Compliance in Small Claims Court: Exploring the Factors Associated with Defendants' Level of Compliance with Mediated and Adjudicated Outcomes // *Conflict Resol. Q.* 2003. No. 21. P. 139, 140.

²⁵ *Pruitt et al.* Op. cit., p. 321–25.

убедить своих клиентов принять итоги переговоров в том или ином виде – или добиться соблюдения соглашения²⁶. Влияние процессуальной справедливости на принятие соглашений, достигнутых в ходе переговоров, и степень энтузиазма по отношению к ним оказалось сильнее, чем влияние удобоваримости и справедливости самих результатов в восприятии переговорщиков. Это позволяет предположить, что даже без участия третьей, нейтральной стороны и при минимальном наборе правил, регулирующих ход и содержание процедур, их участники в первую очередь озабочены вопросами справедливого к ним отношения.

Тем не менее, это не означает, что главная мысль исследования состоит в том, что людям в принципе не важен равный подход в распределении благ или благоприятный исход процесса²⁷. В действительности его авторы стремились показать только то, что процессуальная справедливость представляет собой отдельный, самостоятельный конструкт, существующий независимо от понятия справедливого или благоприятного исхода, и что влияние, которое она оказывает на рефлексию по поводу достигнутых результатов, не связано с тем, насколько хороши и справедливы сами эти результаты²⁸. При том, что справедливость и благоприятный исход сами по себе имеют очень важное значение, проведенное исследование в полной мере показало, что процессуальная справедливость является самостоятельным фактором, влияющим на степень удовлетворенности соглашениями и на готовность их выполнять, будь то судебный процесс или АРС. Тот факт, что людям важно соблюдение процессуальной справедливости даже

²⁶ *Hollander-Blumoff R. & Tyler T.R. Procedural Justice in Negotiation: Procedural Fairness, Outcome Acceptance, and Integrative Potential // Law & Soc. Inquiry. 2008. No. 33. P. 473, 478-79. См. также: Hollander-Blumoff R.E. Just Negotiation // 88 Wash. U. L. Rev. 2010. No. 88. P. 381, 412-20.*

²⁷ Tyler T.R. *Effective Rule of Law*, p. 292.

²⁸ Lind & Tyler. *Op. cit.*, p. 39.

в том случае, если они «проигрывают» свое дело, имеет особенную ценность с точки зрения правовой системы: те, кто не получает искомого, но при этом чувствуют, что это произошло заслуженно, с гораздо большей вероятностью будут соблюдать окончательные решения – зная, что те были достигнуты благодаря справедливо проведенным процедурам.

То, каким образом у людей формируются суждения о справедливости отношения к ним, составляло отдельный предмет изучения для психологов, и в итоге они договорились выделить четыре ключевых фактора²⁹. Во-первых, это возможность полноценно представить предысторию обсуждаемого вопроса со своих позиций – то, что в литературе обычно называется фактором голоса³⁰. Обычно так бывает, если речь идет о процессе с участием третьей, нейтральной стороны, стороны или представителя сторон излагают свою позицию лицу, уполномоченному выносить решение. Во-вторых, оценивается, насколько этому ответственному за решения лицу удалось сохранить нейтралитет³¹. Имеются в виду такие качества, как беспристрастность (отсутствие предвзятости), способность собирать и оценивать информацию, необходимую для вынесения грамотных решений, открытость (прозрачность) процедуры, твердое следование правилам в течение всего времени процедуры и по отношению ко всем ее участни-

²⁹ Tyler T. & Blader S.L. Justice and Negotiation // The Handbook Of Negotiation And Culture / M.J. Gelfand & J.M. Brett, Eds. 2004. P. 295, 300.

³⁰ См. например: Folger R. Distributive and Procedural Justice: Combined Impact of “Voice” and Improvement on Experienced Inequity // J. Personality & Soc. Psychol. 1977. 35. P. 108, 109; Lind E.A., Kafner R. & Early P.Ch. Voice, Control, and Procedural Justice: Instrumental and Noninstrumental Concerns in Fairness Judgments // J. Personality & Soc. Psychol. 1990. No. 59. P. 952, 957; Tyler T.R., Rasinski K.A. & Spodick N. Influence of Voice on Satisfaction with Leaders: Exploring the Meaning of Process Control // J. Personality & Soc. Psychol. 1985. No. 48. P. 72, 80.

³¹ См. например: Tyler. Op. cit., p. 163–64.

кам³². Третий фактор проистекает из второго и сводится к вопросу, заслуживает ли третья сторона доверия³³.

Доверие – самый сложный аспект в контексте представлений о процессуальной справедливости; основой для него служат мнения участников споров о том, что тот или иной специалист действительно пытался действовать правильно и по-настоящему демонстрировал добрые намерения, и эти мнения формируются на основе того, каким образом действуют уполномоченные специалисты. Если последние производят впечатление людей, которые услышали и приняли во внимание точки зрения сторон, а также учли их при рассмотрении и решении поднятой проблемы, их с большей вероятностью можно оценивать как заслуживающих доверия. Наконец, люди оценивают, насколько любезно и уважительно с ними обращались³⁴. Это подразумевает и следование общепринятым нормам вежливости, и уважение к правам этих людей, как на уровне базовых прав человека (право на достойное обращение), так и на уровне прав, установленных и защищаемых законом (например, право на передачу дела в ведение компетентных органов и его полноценное рассмотрение).

Эти четыре фактора явным образом формируют оценки процессуальной справедливости и представления о справедливом отношении в ситуации с участием третьей стороны. Относительно других ситуаций, в которых принятие

³² Там же.

³³ Там же. Р. 164. Вопросы нейтральности и доверия взаимосвязаны. Разумеется, сложно доверять предвзято настроенному человеку. Однако их следует разделять на уровне следующих базовых для этих понятий идей: нейтральность связана прежде всего с формальным (основанном на четком соблюдении правил) подходом к вынесению решений, в то время как доверие апеллирует к добрым побуждениям как основному мотиву третьей стороны.

³⁴ Tyler T.R. & Bies R.J. Beyond Formal Procedures: The Interpersonal Context of Procedural Justice, in Applied Social Psychology And Organizational Settings / J.S. Carroll, Ed. 1990. P. 77, 78.

решения не является сферой ответственности третьей стороны, авторы исследования пришли к заключению о том, что там совершенно точно принципиальную роль играют факторы голоса и вежливости – уважения; что же касается возможного эффекта от факторов нейтральности и доверия, здесь уже все не так очевидно; исследование продемонстрировало разные результаты на этот счет³⁵.

Теоретики предлагают три различных объяснения, почему процессуальная справедливость может быть важна для людей. Изначально была высказана версия, что в ней видят залог правильных и справедливых решений – ее сформулировали Тибо и Уокер³⁶. Эта, инструментальная, теория строится на предположении, что люди ценят справедливость процесса, исходя из ее влияния на конечный результат³⁷. Впоследствии Тайлер и Линд представили «групповую модель», подкрепленную практической базой; благодаря ей стала очевидной ошибочность применения инструментальной теории в определении роли процессуальной справедливости³⁸. Тайлер и Линд доказывали, что справедливость процесса нужна людям, поскольку дает им важную информацию о положении, которое они занимают внутри своей группы³⁹. Наличие справедливого отношения к тому или иному человеку может продемонстрировать, ценят ли его в группе как ее участника, и это, в свою очередь, способно повлиять на его самоуважение, чувство собственной нужности и социальную идентичность. Последним на этот счет высказался Ван ден Бос с коллегами: они предложили теорию, объясняющую важность процессуальной

³⁵ См.: *Hollander-Blumoff R.* Just Negotiation.

³⁶ *Thibaut & Walker.* Op. cit.

³⁷ Там же.

³⁸ *Tyler T.R. & Lind A.A.* A Relational Model of Authority in Groups // *Advances In Experimental Soc. Psych.* 1992. Vol. 25. P. 115, 116-17, 124-37, 144-62; *Tyler T.R.* The Psychology of Procedural Justice: A Test of the Group Value Model // *J. Personality & Soc. Psych.* 1989. No. 57. P. 830, 837.

³⁹ *Tyler & Lind.* Op. cit., p. 158.

справедливости совсем в духе литературы о когнитивных искажениях. Эта «эвристическая теория справедливости» состоит в том, что представления о справедливости позволяют преодолеть неопределенность: в отсутствие информации о справедливом распределении благ или благоприятных результатах процессуальная справедливость становится главным критерием удовлетворенности⁴⁰.

Исследователи процессуальной справедливости обращают внимание не только на то, что людям в большей степени приносит удовлетворение справедливый ход процесса принятия решений, но и на то, что люди гораздо охотнее признают такие решения и оказываются готовы следовать им в долгосрочной перспективе, если они осознают, что эти решения стали результатом справедливого процесса⁴¹. Психологи, рассмотрев истоки этого признания и согласия, пришли к выводу, что так происходит потому, что справедливость процесса принятия решений увеличивает в глазах людей – объектов этих решений легитимность тех, кто эти решения принимал⁴². Ими было уже неоднократно продемонстрировано, что люди следуют правилам только в том случае, если верят в легитимность тех инстанций, которые их ввели⁴³, а она, в свою очередь, определяется тем, насколько последние соблюдали принцип процессу-

⁴⁰ Van den Bos K., Lind A., Vermunt R. & Wilke H. How Do I Judge My Outcome When I Do Not Know the Outcome of Others? The Psychology of the Fair Process Effect // J. Personality & Soc. Psych. 1997. No. 72. P. 1034, 1035–36. Ван ден Бос и его коллеги полагают, что процессуальная справедливость и справедливость в распределении благ имеют большую когнитивную связь, чем считалось ранее.

⁴¹ Tyler T. Why People Obey The Law, p. 115–23.

⁴² Там же, p. 115.

⁴³ Там же, p. 19–57, 115; см. также: Margaret Levi M., Sacks A. & Tyler T. Conceptualizing Legitimacy, Measuring Legitimizing Beliefs // Am. Behav. Scientist. 2009. No. 53. P. 354, 359-60 (там они доказывают, что в случае если правительство действует справедливо в плане соблюдения процедур, то и граждане тем скорее будут рассматривать его как легитимное и достойное доверия).

альной справедливости⁴⁴. В тех случаях, когда люди видят, что выносящая решение инстанция является нейтральной, достойной доверия, дает им возможность высказаться и обращается с ними вежливо и с уважением, то это прибавляет им уверенности в том, что процесс с процедурной точки зрения проходил честно, а значит и в том, что власть ответственного за решения человека легитимна, и соответственно в том, что они действительно должны следовать этим решениям⁴⁵.

К примеру, в одной из своих работ Тайлер рассматривал вопрос: насколько оценка легитимности оператора решений основывается на благоприятных результатах, а насколько – на ощущении процессуальной справедливости⁴⁶. В частности, он изучал проблему роли, которую играет в оценке легитимности отношение и обращение с участниками процесса – то самое, которое способно повлиять на восприятие человеком своего статуса в группе⁴⁷. Полученные результаты свидетельствовали о том, что эти «отношенческие» факторы превалировали над инструментальными: проведенный регрессионный анализ показал, что эффект от первых более чем вдвое превышает эффект от вторых⁴⁸.

Поскольку система «командования – управления», основанная на принципах тотального надзора, принуждения и наказания совершенно невозможна для нашего общества, при его размерах и всей сложности устройства, ключевым фактором, залогом его существования оказывается добровольное сотрудничество общества с властью. В этой

44 *Tyler T. Why People Obey The Law.*

45 Там же, р. 115–34.

46 См. например: *Tyler T.R. The Psychology of Legitimacy: A Relational Perspective on Voluntary Deference to Authorities // Personality & Soc. Psych. Rev. 1997. Nol. I. P. 323, 323–24.*

47 Там же, р. 325.

48 Там же, р. 334 (о том, что разница между их бета-коэффициентами была 0,2 против 0,5).

связи особенно важно отметить, что на возможность такого сотрудничества напрямую влияет степень развития процессуальной справедливости (и соответственно, легитимности) – как ее чувствуют обычные люди. Если последние видят, что власть принимает решения с процессуальной точки зрения справедливо, то они воспринимают ее как более легитимную, чем при ином развитии событий, и оказываются готовы гораздо охотнее исполнять эти решения⁴⁹. Там, где власти действуют с точки зрения процедуры справедливо, уменьшается потребность в контроле и командном управлении, и общество оказывается в большей степени саморегулируемым. Легитимность власти – определяющая для успешной работы правительства вещь, и точно так же вопрос легитимности в сфере разрешения споров является основополагающим и определяющим как в смысле стремления людей к добровольному урегулированию, так и в смысле предотвращения с их стороны каких-либо шагов, способных подорвать социальную стабильность.

Б) Верховенство права и процессуальная справедливость

Термин «верховенство права» используется очень часто и в таком огромном количестве значений, что привести их к общему знаменателю не представляется возможным⁵⁰. В разное время исследователи давали понятию «верховенство права» разные определения, и далеко не всегда эти определения взаимозаменяемы⁵¹. Для большинства

⁴⁹ Tyler T. Why People Obey The Law, p. 115–23.

⁵⁰ См.: *Tamanaha*. Concise Guide, p. 3 («Несмотря на то, что понятие [верховенства права] быстро завоевало репутацию идеала на глобальном уровне – и это невозможно не заметить – его значение продолжает оставаться очень неясным»).

⁵¹ Там же. (Автор отмечает, что теоретики – исследователи политологии и права «часто обладают не очень ясными, а то и остро противоречащими друг другу представлениями о верховенстве права»).

ученых хоть насколько-то подходящей в качестве компромиссной оказалась т. н. «тонкая» характеристика, согласно которой власти и граждане связаны законом и действуют исключительно в соответствии с ним⁵². Приверженцы этого формалистского взгляда исходят из предпосылки, что закон изначально ясен и понятен, что он общий для всех и применим ко всем, и это является постоянной величиной⁵³. Множество ученых-теоретиков, которые придерживаются такого подхода, считают, что все эти вещи способствуют развитию автономии и достоинства личности, однако из соответствующего определения не вытекает, что закон как таковой является источником каких бы то ни было прав личности⁵⁴. Точнее говоря, формалистское объяснение не подразумевает наличия здесь какой-то конкретики. При этом оно хорошо сочетается с заложенной в процессуальную справедливость идеей нейтральности, поскольку предполагает отсутствие ангажированности при принятии решений, а также соблюдение принципа, что механизм их принятия целиком базируется на четком следовании установленным законом правилам и оценке фактов. Кроме того, поскольку в рамках этого подхода важно уважение достоинства личности в процессуальном плане, он перекликается и с таким принципом процессуальной справедливости, как вежливость и уважение.

С другой стороны, некоторые исследователи-теоретики предположили, что принцип верховенства права все же наполнен конкретными содержательными компонентами, в частности, относящимися к правам личности. Например,

⁵² Там же. Р. 3.

⁵³ Там же. См. также: *Waldron J. The Rule of Law and the Importance of Procedure* (New York Univ. Sch. of L. Pub. L. & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper). 2010. No. 10–73. Р. 1-3. Доступно по адресу: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=1688491>.

⁵⁴ *Tamanaha*. On The Rule Of Law, р. 94 (Автор отмечает, что Рас, Фуллер, Унгер и Хайек целиком разделяют такой взгляд на проблему верховенства права).

Дворкин высказал мысль, что верховенство права предполагает обязательное моральное обоснование права и тесно связано с правами личности⁵⁵. Некоторые его коллеги пошли еще дальше, настаивая на том, что принцип верховенства права охватывает и принципы социального благополучия⁵⁶. Эта, содержательная концепция верховенства права не лишена противоречий, например – невозможно представить, чтобы у всех людей были одинаковые взгляды на т. н. «моральные», неписанные права⁵⁷. Процессуальная справедливость никак не связана и со справедливостью в распределении благ, поскольку следует отделять связанные с ней вопросы от вопросов защиты личных материальных прав. Но, тем не менее, содержательная концепция верховенства права имеет с принципом процессуальной справедливости общую центральную идею: права людей и как частных лиц, и как граждан следует признавать.

Исторически понятие верховенства права сформировалось в рамках борьбы с тиранической властью, и одним из важнейших постулатов, декларируемых им, является защита людей от произвола со стороны правительства⁵⁸. Помимо этого, принцип верховенства права рассматривался в качестве формального построения, созданного, чтобы защитить личную свободу, как отмечалось выше⁵⁹. Наконец, некоторые смотрят на него с утилитарной точки зрения, говоря, что базовый для него принцип «правит закон, а не человек» способен ограничить государственные органы в

⁵⁵ *Dworkin R.* Law's Empire. 1986. P. 1–3.

⁵⁶ *Tamanaha B.* On The Rule Of Law, p. 113.

⁵⁷ Там же. (Автор отмечает, что «верховенство права не может относиться ко всему хорошему, чего люди ждут от правительства»); см. также: *Waldron.* Op. cit., с. 2 (там, где он объясняет, что «уже не так критически настроен по отношению к содержательной концепции верховенства права» (ссылка из этой работы опущена).

⁵⁸ *Tamanaha B.* Concise Guide, p. 8.

⁵⁹ *Tamanaha B.* On The Rule Of Law, p. 113.

свободе маневра⁶⁰. Закон позволяет должностным лицам, действующим индивидуально, например, судьям, выносить справедливые решения, не опираясь на собственные критерии их вынесения. Следование установленным законом нормам, как уже было замечено выше, хорошо соотносится с таким критерием процессуальной справедливости, как нейтральность – непредвзятое вынесение решений. Кроме того, хотя в литературе, посвященной процессуальной справедливости, об этом не говорится прямо, ограничение свободы действий наделенных властью структур только увеличивает доверие к ним⁶¹. С учетом целей настоящей работы, здесь нет необходимости в том, чтобы участвовать в дебатах по поводу значений или теоретических основ принципа верховенства права и занимать в них ту или иную сторону; сравнение различных точек зрения и изображение разницы между ними является вполне достаточной задачей.

На первый взгляд, представления в почтенной исторической традиции, в рамках которой верховенство права рассматривается как защита людей от тирании властей, сильно отличается от субъективных представлений людей о справедливости. При более внимательном рассмотрении оказывается, что верховенство права и это психологическое восприятие могут составлять неразрывную симбиотическую связь. В самом деле, наша психологическая склонность оценивать справедливость процесса, и наши суждения о том, какие факторы создают справедливый процесс, могут стать настоящей движущей силой для фор-

⁶⁰ Там же. Р. 123.

⁶¹ Тем не менее, очевидно, что люди смотрят еще и на мотивацию поступков в рамках этой свободы действий. Если они видят, что за действиями стоят благие намерения, о них будут судить как о вполне соответствующих процессуальной справедливости. Соответственно и отход от правил может рассматриваться и как справедливость, и как несправедливость, в зависимости от того, как люди оценивают произошедшее.

мирования принципов верховенства права. В свою очередь, мы, формируя свои психологические представления о том, как должен выглядеть справедливый процесс, процессуальная справедливость, можем опираться на модель, которую предлагает система верховенства права – как система, направленная на защиту людей от тирании; основные постулаты верховенства права позволяют людям сформировать собственное понимание того, какие поступки являются справедливыми.

Между этими конструктами, тем не менее, можно найти и существенную разницу. Если верховенство права предполагает использование принципов, уже заранее заложенных в ту или иную правовую систему, процессуальная справедливость, как было отмечено выше, не связана с использованием каких-то определенных сводов правил. Она касается того, как можно оценить справедливость процесса принятия решений, и здесь опирается на суждения людей о том, были ли они услышаны, отнеслись ли к ним с вежливостью и уважением, о том, нейтрален ли и достоин ли доверия был человек, ответственный за принятие решений. Являясь предметом рассмотрения психологов, процессуальная справедливость не затрагивает вопросов применения материально-правовых норм. Действительно, ее влияние на эту сферу можно проследить лишь по очень небольшому количеству примеров. Один из них освещен в нашем исследовании о переговорах: в данном случае влияние процессуальной справедливости удалось ощутить в том, что касалось принятия условий соглашений, которые были одобрены, даже несмотря на то, что эта сфера не регулируется правилами⁶².

И все же у процессуальной справедливости и верховенства права есть еще один сильный объединяющий момент – это акцентировка на легитимности инстанций, ответственных за принятие решений. В случае с верховенством

⁶² См. *Hollander-Blumoff R. Just Negotiation*, p. 402, 423.

права это выражается в существовании установленным законом норм, перед которыми все равны и которые направлены на защиту прав человека. В случае с процессуальной справедливостью легитимность выражается в возможности найти такую инстанцию, которая будет принимать решения, основываясь на принципах нейтральности, доверия, вежливости и уважения и учитывая «фактор голоса». Некоторые из этих положений прекрасно дополняют друг друга. К примеру – можно ли найти лучший способ действовать нейтрально, чем опираясь на четко прописанные нормы, одинаковые для всех? И опять же – следуя принципу верховенства права путем неангажированного правоприменения, инстанции повышают уровень доверия к себе. Помимо этого, оценка уровня доверия и нейтральности зависит от полноты исследования фактов и доказательств. Поскольку правовая система в США построена на принципах состязательности и успех той или иной стороны зависит от того, как они представят свои позиции, возможность высказаться и быть услышанным напрямую связана с принципом верховенства права. В свою очередь, предоставление слова в разбирательствах юридического характера – хороший способ выразить уважение к правам личности; вежливое и уважительное отношение к участникам процесса – также один из способов продемонстрировать уважение к этим правам.

Исследователи процессуальной справедливости предложили следующую градацию факторов, влияющих на ее оценку: 1) факторы, связанные с принятием решений – нейтральность и фактор голоса; 2) межличностные факторы – доверие и уважение⁶³. Такое разделение дает возможность концептуально по-иному взглянуть на соотношение между процессуальной справедливостью и верховенством права: первая группа связана с формальным пониманием верховенства права, в то время как вторая (факторы отно-

⁶³ Tyler & Bics. *Beyond Formal Procedures*, p. 77–78.

шений) апеллирует к той его части, которая охватывает права личности (хотя и необязательно обеспечивает личность какими-то конкретными материальными правами).

Хотя может сложиться впечатление, что формальная сторона верховенства права подавляет межличностные элементы процессуальной справедливости, взаимосвязь между ними можно проследить на самых разных уровнях. Если смотреть широко, можно заметить, что главная задача верховенства права – обеспечить справедливое отношение к людям внутри общества. Именно в этом смысле людей волнует и проблема тирании: вопрос ее существования или отсутствия это вопрос того, какое обращение они будут испытывать.

В литературе, посвященной психологическим аспектам юридических разбирательств, обращает на себя внимание ранняя работа Тибо и Уокера, которые сконцентрировались на проблеме справедливости принятия решений, т. е. факторах голоса и нейтральности как основных в контексте процессуальной справедливости⁶⁴. По итогам исследования, основанного на экспериментальных результатах, авторы пришли к выводу, что участникам споров было далеко не безразлично, насколько справедлив процесс принятия решений, и что это небезразличие имеет смысл рассматривать отдельно от их реакции на результат⁶⁵. При этом дальнейшие исследования, проведенные уже на реальном материале, а именно на примерах из арбитражной практики и практики альтернативного урегулирования споров, показали, что ожидания людей выходят за рамки и этой, формальной части процессуальной справедливости⁶⁶; их предметом являются элементы межличностного взаимодействия, такие, как вежливое отношение и уваже-

⁶⁴ *Thibaut & Walker. Op. cit., Ch. 9.*

⁶⁵ Там же.

⁶⁶ *Lind & Tyler. Op. cit., p. 107–110.*

ние к их правам⁶⁷. Помимо этого, удалось выяснить, что вопрос, доверяли ли участники спора выносившей решение инстанции, играл важную роль в их реакции на вынесенные решения, а основу этого доверия закладывал как процесс принятия решений, так и межличностное взаимодействие⁶⁸. На основе этих исследований впоследствии была сформулирована общая концепция процессуальной справедливости, включившая в себя понятия, связанные как с механизмом принятия решений, так и с межличностным взаимодействием.

По итогам практических исследований можно говорить о существовании значимой связи между представлениями о верховенстве права и суждениями о процессуальной справедливости. Тайлер и Хуо, рассмотрев проблему взаимоотношений граждан с полицией и судебными органами на примере Калифорнии, пришли к выводу о существовании двухступенчатой модели, в рамках которой элементы, относящиеся к верховенству права, формируют представления о процессуальной справедливости и уровень доверия, а это, в свою очередь, влияет на то, насколько охотно люди готовы сотрудничать с властями⁶⁹. Исследователи вывели важные индикаторы, показывающие, насколько соблюдается принцип верховенства права. Среди них – соответствие механизма принятия решений некому набору правил (дает ли инстанция, разбирающая дело, возможность сторонам изложить свои позиции, принимаются ли решения нейтрально, полностью ли соблюдаются регулирующие процесс нормы, являются ли действия достаточно открытыми и прозрачными), уважительное отношение к

⁶⁷ Там же. P. 109.

⁶⁸ *Tyler & Lind. Op. cit.*, p. 142.

⁶⁹ *Tyler T.R. Does the American Public Accept the Rule of Law? The Findings of Psychological Research on Deference to Authority // Depaul L. Rev. 2007. No. 56. P. 661, 669. (Использован материал работы: Tyler T.R. & Huo Y.J. Trust In The Law: Encouraging Public Cooperation With The Police And Courts. 2002. P. 28.*

правам сторон (насколько принятые решения соответствуют закону, насколько компетентные органы осведомлены о правах и заботятся об их выполнении) и уважительное отношение к людям на личностном уровне (обращаются ли с ними с должным уровнем вежливости, уважения и достоинства)⁷⁰. Из числа людей, имевших опыт взаимоотношений с судами, именно на такие критерии верховенства права обратили внимание 73% опрошенных, рассуждавших о процессуальной справедливости, 79% рассуждавших о доверии и 80% респондентов, говоривших о возможности добровольного сотрудничества с судебными органами⁷¹. В случае с полицией эти показатели составили 75, 83 и 84 процента соответственно⁷². В этих исследованиях как возможный фактор влияния учитывался и результат, которого удалось добиться сторонам, но он, как выяснилось, никакой особенной роли не сыграл⁷³, и это дало основания заявить, что «люди оценивают свой опыт, смотря по большей части на степень соответствия поступков органов власти идеям, лежащим в основе принципа верховенства права»⁷⁴.

В другом исследовании, посвященном оценке жителями Нью-Йорка работы полиции, Тайлер выяснил, что верховенство права стало определяющим критерием в 37% случаев, когда речь шла о представлениях о процессуальной справедливости в действиях полицейских, и в 65 % случаев, когда говорилось о доверии к полиции⁷⁵. В

70 Там же, р. 671–72.

71 Там же, р. 673.

72 Там же.

73 Например, в исследовании, проведенном относительно судов, фактор результата никак не отразился в случае с процессуальной справедливостью и доверием, и его показатели как критерия добровольного сотрудничества составили лишь 1 %. Такие же результаты были показаны и в исследовании взаимоотношений граждан и полиции. (Там же).

74 Там же.

75 Там же; см. также: *Tyler T.R. & Wakslak Ch.J. Profiling and Police*

свою очередь, 22 % респондентов назвали процессуальную справедливость и доверие залогом желания сотрудничать с полицией и поддерживать ее. При этом, когда в опросник добавили такой пункт, как показатели работы полиции, на общей ситуации это практически не сказалось⁷⁶. То есть представления о процессуальной справедливости и доверии оказались значительно более важными факторами в смысле влияния на перспективу сотрудничества с полицией и ее поддержки со стороны людей, чем формальные результаты ее труда. С другой стороны, соблюдение принципа верховенства права в значительной степени было оценено как залог процессуальной справедливости. Фактор верховенства права также оказался важным критерием сотрудничества и поддержки полиции, набрав в этом качестве 27 %⁷⁷. Эти наблюдения показали, что уровень поддержки властей в значительной степени определяется тем, насколько последние, в представлении людей, руководствуются принципом верховенства права.

Из этого следует, что люди воспринимают решения власть имущих как легитимные и готовы охотно выполнять их в том случае, если они чувствуют, что по отношению к ним был соблюден принцип процессуальной справедливости, и что вместе с тем это решение было принято в соответствии с духом верховенства права. Эти конструкты не совсем взаимозаменяемы, но и назвать их противоречащими друг другу тоже нельзя. Авторы настоящего исследования полагают, что представления о верховенстве права играют важную роль в формировании представлений о процессуальной справедливости, а также имеют самостоятельное влияние на готовность людей к сотрудничеству с властью.

Legitimacy: Procedural Justice, Attributions of Motive, and Acceptance of Police Authority // *Criminology*. 2004. No. 42. P. 253, 260–62.

⁷⁶ Там же.

⁷⁷ Там же.

3. Процессуальная справедливость и верховенство права в альтернативном разрешении споров

Как было замечено выше, в профессиональной среде существуют большие сомнения относительно процессов APC и того, действительно ли они способны обеспечить защиту прав личности, а также относительно того, насколько они коррелируют с принципами верховенства права⁷⁸. Под понятие APC подпадают такие совершенно разные процедуры, как арбитраж, медиация и переговоры. Общим моментом для них является то, что они проводятся значительно менее формально, нежели официальное судебное разбирательство. Несмотря на то, что существуют правила, регулирующие каждую из этих процедур, все они гораздо меньше привязаны к каким бы то ни было регламентам, чем суд. Можно говорить о том, что и своей популярности APC обязано именно неформальным характером и своей «незарегламентированностью», возникшим благодаря нацеленности всех этих процессов на достижение максимально эффективного результата – ведь в этом случае приходится жертвовать вопросами правил, обеспечительных мер и надзора⁷⁹.

Однако эти процедуры довольно сильно различаются между собой. Несмотря на то, что все они объединены под зонтичным термином APC, отличий между ними больше, чем сходств, и каждый из этих подходов уникален. Так, арбитраж предполагает вынесение окончательного и обязательного к исполнению решения третьей, нейтральной стороной, его решение может быть пересмотрено только

⁷⁸ См. примеч. 3–5 и соответствующий текст.

⁷⁹ См. например: *Estreicher S. Saturns for Rickshaws: The Stakes in the Debate over Predispute Employment Arbitration Agreements // Ohio St. J. On Disp. Resol. 2001. No. 16. P. 559, 564.*

в суде⁸⁰, а сам процесс проходит после достижения соглашения о его проведении между сторонами. Переговоры не предполагают участия третьей нейтральной стороны, решение, принятое по их итогам, не является предметом пересмотра в ходе судебного разбирательства и может быть как принято, так и отвергнуто участниками⁸¹. Медиация регламентируется правилами в большей степени, чем переговоры, но в меньшей, чем арбитраж. Для нее необходимо участие третьей нейтральной стороны. Решения, принятые в ходе процедуры, не являются обязательными и не могут быть предметом апелляции в суде, однако сам процесс медиации нередко запускается именно благодаря судебному решению, отсылающему к ней спорящие стороны.

В то время как скептики критикуют АРС за то, что подобные процедуры не в состоянии обеспечить защиту прав человека⁸², сторонники методов альтернативного урегулирования замечают, что здесь заложен огромный потенциал, позволяющий удовлетворить потребность участников споров в процессуальной справедливости⁸³. Ее проявления видны в каждой из трех этих процедур, и, как полагают некоторые исследователи, выбор конкретного способа АРС может зависеть именно от того, насколько он соответствует принципу процессуальной справедливости и насколько кажется сторонам более справедливым, нежели судебное разбирательство⁸⁴. Приверженцы этой точки зрения до-

⁸⁰ Причем основания для такого пересмотра очень немногочисленны. См. далее, примеч. 85–87.

⁸¹ См. *Hollander-Blumoff R.* Just Negotiation, p. 406.

⁸² См. *Edwards.* Op. cit., p. 679.

⁸³ См. *Sternlight.* Op. cit., p. 576.

⁸⁴ См.: *Shestowsky D. & Brett J.* Disputants' Preferences for Dispute Resolution Procedures: An Ex Ante and Ex Post Longitudinal Empirical Study // *Conn. L. Rev.* 2008. No. 41. P. 63; *Shestowsky D.* Procedural Preferences in Alternative Dispute Resolution: A Closer, Modern Look at an Old Idea // *Psych. Pub. Pol'y & L.* 2004. No. 10. P. 211; см. также: *Lind A., Yuen Huo & Tom Tyler T.* And Justice for All: Ethnicity, Gender, and Preferences for Dispute Resolution Procedures // *Law & Hum. Behav.* 1994.

казывают, что люди в действительности «голосуют ногами», и, если у них есть потребность в процессуальной справедливости, они отправятся искать ту площадку, где этот спрос будет удовлетворен. Если согласиться с этой точкой зрения и исходить из убеждения, что стороны прибегают к АРС потому, что эти методы кажутся им более справедливыми, чем традиционная судебная система, опыт переживания процессуальной справедливости, испытанный сторонами при участии в этих процедурах, оказывается главным элементом, определяющим их легитимность. А если эти процедуры оказываются легитимными в глазах обычных людей в силу их личных оценок и представлений, можно говорить о том, что они соответствуют если не структурообразующим элементам верховенства права, то, по крайней мере, его целям.

С другой стороны, если рассматривать АРС с точки зрения «голосования ногами», будут упущены важные моменты разницы в силе участников и ограничений, которые возникают перед ними при выборе площадки для разрешения спора. Так, арбитраж в качестве обязательной формы разрешения споров нередко бывает указан в договорах присоединения между крупными, могущественными корпорациями и скромными частниками, которые даже не понимают, какие права они при этом теряют. Опять же, когда суды направляют участников спора на процедуру медиации, может возникнуть ситуация, в которой стороны, находящиеся в тяжелом финансовом положении, оказываются перед лицом необходимости участвовать в этом относительно дорогостоящем альтернативном процессе и могут расценить это как давление: может быть, им хотелось бы разрешить спор именно в суде. Проблема этих ограничений показывает, что в контексте АРС недостаточно говорить только о понимании процессуальной справедливости как о факторе, определяющем желание людей участвовать в этих процессах.

И, тем не менее, если рассматривать проблему АРС через призму процессуальной справедливости, это открывает важную перспективу для критического анализа. Если дело дошло до ситуации выбора между разными способами разрешения споров, и основным мотивом является процессуальная справедливость, каждая из этих процедур может быть оценена участниками как более или менее справедливая. В любом способе разрешения споров можно обнаружить факторы, влияющие на то, насколько справедливо оно проводится. В каждой процедуре АРС можно наладить механизм процессуальной справедливости – даже если речь идет об отсутствии элементов верховенства права как таковых – то это возможно с опорой на личный опыт участников. Эти процедуры – при грамотном и осознанном налаживании соответствующих механизмов – никогда не сравнятся с судебными по степени соответствия решений принципу верховенства права. Однако если элементы каждой процедуры АРС будут максимально направлены на достижение процессуальной справедливости в глазах участников, то возрастет и легитимность этих процедур, и уровень согласия сторон с вынесенными решениями. И эта легитимность, в свою очередь, способна привести процедуры АРС в соответствие с целями принципа верховенства права.

В следующих разделах мы по отдельности рассмотрим каждую процедуру АРС, подробно останавливаясь на роли процессуальной справедливости и верховенства права в каждом случае.

А) Арбитраж

Из всех процедур АРС арбитраж выглядит наиболее близким к традиционному судебному процессу. При этом обычно он проходит быстрее и результативнее, но участвующие стороны утрачивают ряд важных процессуальных преимуществ. Решения арбитража могут быть пересмотрены в суде в соответствии с Федеральным арбитражным

актом США (FAA), однако перечень оснований для пересмотра очень невелик⁸⁵. Суд может отказаться утверждать арбитражное решение, если оно было получено неправомерно, путем подкупа или обмана⁸⁶. Основания для изменения арбитражного решения или внесения в него исправлений включают очевидную ошибку в произведении материальных расчетов, очевидную ошибку в описании или формальные неточности, не повлиявшие на исход дела⁸⁷. В связи с одним недавним делом Верховный Суд США вынес решение, что этот перечень оснований для судебного пересмотра не может быть расширен даже по условиям контракта⁸⁸. В самом деле, некоторые судебные стандарты в этой сфере вызывают большие вопросы в силу неопределенности – чего только стоит такое основание для отмены арбитражного решения, как «открытое пренебрежение законом»⁸⁹.

Кроме того, благодаря судебным решениям стало ясно, что, действуя в арбитражном порядке, стороны меньше защищены в процессуальном смысле, чем когда они действуют в судебном. Арбитраж – процедура в значительной степени частного, регулируемого контрактом порядка, и суды в основном неохотно вмешивались в этот процесс. Например, в деле «Гилмер против Interstate/Johnson Lane Corp (О возрастной дискриминации при увольнении)» Верховный

⁸⁵ Federal Arbitration Act (FAA), 9 U.S.C §§ 10, 11 (2010) (Перечень оснований, по которым суды могут отказаться утверждать арбитражные решения).

⁸⁶ См. FAA § 10.

⁸⁷ См. FAA § 11.

⁸⁸ Hall St. Assocs., L.L.C. v. Mattel, Inc., 552 U.S. 576 (2008).

⁸⁹ См.: Stolt-Nidlsen S.A. v. Animalfeeds International Corp., 130 S. Ct. 1758, 1768 п. 3 (2010) («Мы не обсуждаем, в каком именно смысле понятие “открытое пренебрежение” было использовано в нашем решении по Hall Street Associates...» - We do not decide whether ‘manifest disregard’ survives our decision in Hall Street Associates . . . (часть цитаты опущена).

суд указал, что разбирательство должно вестись именно в арбитражном суде, как было оговорено заключенным между сторонами договором о найме, и практически не уделил внимания специфическим процессуальным аспектам арбитража⁹⁰. А ведь Гилмер нуждался в юридическом надзоре хотя бы на минимальном уровне, чтобы защитить свои права в ходе процесса, в то время как сам этот процесс не предполагал специальных мер процессуальной защиты⁹¹.

Возможности защищать свои права в арбитражном разбирательстве задают некое общее направление в сторону идеи верховенства права, но значительно уступают в этом смысле судебным процедурам. Апологеты арбитража говорят о том, что в силу превалирования рыночных принципов стороны потенциального конфликта просто не включают в договор пункт об арбитражном разбирательстве, если это покажется им несправедливым⁹². Их противники утверждают: из-за того, что стороны изначально не обладают всей полнотой информации, и из-за того, что их силы обычно неравны, арбитраж является крайне несправедливой процедурой⁹³.

В этой ситуации помочь преодолеть разрыв между процедурой арбитража и принципом верховенства права могли бы положительные оценки процессуальной справедливости со стороны участников процесса. Поскольку по своей структуре арбитраж близок к судебному разбирательству, последние, определяя, был ли процесс справедливым, могут использовать те же ключевые критерии: фактор голоса, уровень доверия, нейтральность и вежливость – уважение. Если с фактором голоса, вежливым и уважительным отно-

⁹⁰ 500 U. S. 20, 31 (1991).

⁹¹ Там же. С. 32.

⁹² См. напр.: *Ware S.J. Consumer Arbitration as Exceptional Consumer Law (With a Contractualist Reply to Carrington & Haagen)* // *McGeorge L. Rev.* 1998. No. 29. P. 195, 201.

⁹³ См.: *Stemlight J.R. Creeping Mandatory Arbitration: Is it Just?* // *Stan. L. Rev.* 2005. No. 57. P. 1631, 1632–34.

шением проблем обычно не возникает, вопросы доверия и нейтральности стоят очень остро. Очень часто арбитры выбираются из перечня, предложенного одной из сторон. И несмотря на то, что при подозрении на ангажированность арбитров в дело вмешивается суд⁹⁴, более пристальный взгляд на арбитраж через призму процессуальной справедливости демонстрирует, что к проблемам нейтральности и доверия, которые успели стать самым традиционно уязвимым местом для критики, необходимо отнестись со всей серьезностью. Если упрочить элементы процессуальной справедливости в арбитражных разбирательствах, можно надеяться на то, что эта процедура будет соответствовать и духу верховенства права.

Б) Медиация

Возникновение медиации относят еще к эпохе древности⁹⁵, а о ее расцвете можно говорить применительно к США рубежа 1970-х–80-х гг., когда эта процедура пережила бурное развитие как популярный способ разгрузить заваленные исками суды⁹⁶. Большинство приверженцев медиации видели в ней в числе прочего возможность увеличить степень участия конфликтующих сторон в процессе урегулирования спора и принятия решений, то есть в том,

⁹⁴ *Hooters of Am. v. Phillips*, 173 F. 3d 933, 940 (4th Cir. 1999).

⁹⁵ *Carnevale P.J. & Pruitt D.G.* Negotiation and Mediation // *Ann. Rev. Psych.* 1992. No. 43. P. 531, 561; см. также: *Luban D.* Some Greek Trials: Order and Justice in Homer, Hesiod Aeschylus and Plato // *Tenn. L. Rev.* 1987. No. 54. P. 279, 280 (здесь описываются способы урегулирования споров и достижения справедливости в древней Греции); *Northrup F.S.C.* The Mediation Approval Theory of Law in American Legal Realism // *Va. L. Rev.* 1958. No. 44. P. 347, 349 (здесь говорится о медиации в контексте китайской философии – как о «наилучшем» способе разрешения споров).

⁹⁶ *Rau A.S., Sherman E.F. & Peppet S.R.* Mediation And Other Nonbinding Adr Processes 7 (3d ed. 2006); см. также: *Sherman E.F.* A Process Model and Agenda for Civil Justice Reforms in the States // *Stan. L. Rev.* 1994. No. 46. P. 1553, 1570.

что составляет ядро процессуальной справедливости⁹⁷. Этот подход подразумевал, в частности, особенно широкие возможности для сторон высказывать свои позиции, и базировался на принципах взаимного уважения между сторонами и медиатором⁹⁸. Медиатор по умолчанию воспринимался как совершенно нейтральная и абсолютно заслуживающая доверия третья сторона, единственная роль которой состояла в том, чтобы облегчить путь, по которому стороны идут к разрешению конфликта⁹⁹. Несмотря на то, что перед медиацией не стояло цели строго соответствовать принципам и нормам права¹⁰⁰, казалось, что такая концептуальная основа, стимулировавшая деятельное участие сторон, способна обеспечить высокий уровень процессуальной справедливости. Это, в свою очередь, придавало медиации легитимности, которая позволяла этой процеду-

⁹⁷ *Shonholtz R. Neighborhood Justice Systems: Work, Structure, and Guiding Principles // Mediation Q. 1984. No. 5. P. 3, 14–16, 18–23.*

⁹⁸ См.: *McEwen C.A. & Maiman R.J. Mediation in Small Claims Court: Achieving Compliance Through Consent // Law & Soc'y Rev. 1984. No. 18. P. 11, 40–47* (в соответствии с приведенными здесь наблюдениями участники споров со значительно большим энтузиазмом были готовы исполнять условия медиативных соглашений, чем соглашений по суду).

⁹⁹ *Posner R. Mediation, American Bar Association Section of Dispute Resolution, 11'h Annual Frank E.A. Sander Program: The 21' Century Lawyer: Problem Solver or Case Processor? (July 8, 2000) // Mediation And Other Non-Binding ADR Processes, p. 49.* Познер характеризует медиатора как «нейтральную, третью сторону, которая, в отличие от арбитра (судьи, действующего в частном порядке), не имеет полномочий выносить решения» (Там же). Далее он утверждает: поскольку медиатор имеет возможность встречаться со сторонами по отдельности и вести с ними диалог конфиденциально, они скорее будут откровенны с ним, чем друг с другом... Таким образом, благодаря ему стороны могут найти взаимовыгодное решение по делу, ставшему предметом судебного разбирательства. (Там же).

¹⁰⁰ См.: *Fuller L. Mediation – Its Forms and Functions // S. Cal. L. Rev. 1971. No. 44. P. 305, 308* («Нет никакой первоначальной структуры, которая определяла бы ход медиации; медиативный процесс сам создает структуру»).

ре существовать в одном русле с верховенством права даже несмотря на то, что творческий характер решений иногда выводил ее за правовые рамки.

Такое радужное отношение разделяли далеко не все; медиация подверглась критике по целому ряду причин. Во-первых, скептики указывали, что далеко не все споры можно удачно разрешить при помощи медиации из-за неравных сил сторон¹⁰¹. К примеру, некоторые исследователи доказывали, что медиация не применима в случаях, касающихся домашнего насилия¹⁰². Обращали внимание и на то, что с ростом популярности медиации изменился также ее механизм. Так, Уэлш заявляет об упадке самобытности медиации¹⁰³, отмечая, что если в начале своего развития эта процедура давала по-настоящему много свободы в заявлении позиций сторон и двигалась по собственному пути, в дальнейшем она стала превращаться в один из видов судебного разбирательства: решения, принятые по ее итогам, хоть формально и не налагали обязательств, все равно были достаточно требовательными по отношению к сторонам¹⁰⁴.

Первый из этих аргументов, апеллирующий к неравенству сторон, базируется на тезисе, что есть ряд ситуаций, когда одна из сторон сталкивается с давлением, и ее права оказывается невозможным защитить без вмешательства третьей стороны с полномочиями принимать обязательные к исполнению решения. Второй аргумент можно рассматривать на контрасте: он не связан с проблемой соответствия медиации верховенству права: акцент здесь,

¹⁰¹ См. например: *Grillo T. The Mediation Alternative: Process Dangers for Women // 100 Yale L. J. 1991. No. 100. P. 1545, 1549* (рассматривая медиацию в таком контексте, автор доказывает, что эта процедура не в состоянии обеспечить процессуальную защиту на должном уровне).

¹⁰² Там же, p. 1584–85.

¹⁰³ *Welsh N.A. The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of institutionalization? // Harv. Negot. L. Rev. 2001. No. 6. P. 1, 5.*

¹⁰⁴ Там же, p. 25–26.

напротив, стоит на том, что механизм принятия решения в медиации стал больше опираться на правила, чем на интересы сторон. По мнению некоторых исследователей-теоретиков, специализирующихся на АРС, это слишком сужает рамки, в которых могла бы работать медиация, и часть преимуществ, связанных с ее свободным духом, таким образом теряется¹⁰⁵. «Конструкция» процессуальной справедливости предполагает, что некоторый отход от строгого регулирования приносит хорошие результаты, так как даже возможное при этом уменьшение нейтральности третьей стороны компенсируется увеличением возможностей для сторон высказываться, а также ростом уважения, вежливости и доверия.

Оба вида медиации, и тот, который существует в качестве сопровождения судебных процедур, и тот, что предполагает большую свободу и участие сторон, способны удовлетворить потребности сторон в процессуальной справедливости. Однако факторы, которые формируют последнюю, при использовании того или иного вида медиации будут проявлять себя в разной степени. Например, если речь идет о медиации как «облегченной» версии судебного разбирательства, может статься, что не оправдаются ожидания сторон относительно фактора голоса – зато сыграют роль другие факторы, определяющие степень справедливости процесса. Дело в том, что эти факторы в определенной степени противоречат друг другу, и, если участники процесса изначально настроены на равномерную реализацию каждого из них, скорее всего по итогам они будут разочарованы. Исследования психологических аспектов процесса показали, что люди в своих оценках склонны опираться на собственные предубеждения, а не на нейтральный взгляд¹⁰⁶ – и их изначальные ожидания могут

¹⁰⁵ Там же.

¹⁰⁶ Daniel Kahneman & Amos Tversky, Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk // *Econometrica*. 1979. No. 47. P. 263, 285–87.

оказаться завышенными и привести к снижению оценки качества процессуальной справедливости. Это означает, что какой-нибудь один ключевой элемент процессуальной справедливости может определить характер всех ожиданий относительно того или иного вида медиации, к которому прибегли участники спора, с самого начала, а значит, способен повлиять на ее соответствие принципу верховенства права.

В) Переговоры

Переговоры являются самым неформальным способом разрешения конфликтов. Стороны вольны договариваться или не договариваться, прийти или не прийти к какому-то решению, ориентироваться в своих соглашениях только на установленные законом нормы или полностью отходить от них. Вопреки высказанному Мнукином и Корнхаузером мнению, что все наши договоренности в любом случае следуют за правом, словно тень, и отражают изложенные в правовых нормах позиции¹⁰⁷, результаты переговорных процессов отличаются широким разнообразием, даже в тех случаях, когда они кажутся соответствующими определенным законам регламентам¹⁰⁸. Участники споров далеко не всегда способны правильно трактовать нормы права, и результаты переговоров для одной, а то и для обеих сторон могут сильно отличаться от гипотетической ситуации, если бы их дело рассматривалось в суде. Помимо этого, переговоры могут вестись в любой форме. Стороны не ограничены рамками какой-то системы; ход процесса опреде-

¹⁰⁷ Mnookin R.H. & Kornhauser L. Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce // 88 Yale L. J. 1979. No. 88. P. 950.

¹⁰⁸ См. напр.: *Hollander-Blumoff & Tyler*. Op. cit., p. 490 (авторы показывают, как при одинаковой нормативной базе и похожей фактологической основе участники разных переговоров приходили к совершенно разным результатам); см. также: *Hollander-Blumoff R. Just Negotiation*, работа, p. 383 (где объясняется, что набор правил, определяющих действия юристов во время переговоров, совсем небольшой).

ляет предмет переговоров¹⁰⁹. Таким образом, переговоры нужно рассматривать отдельно от контекста формальной или содержательной концепции верховенства права.

Тем не менее, в нашем исследовании, посвященном процессуальной справедливости в переговорах, мы пришли к выводу, что и в рамках этой процедуры участникам важен справедливый ход процесса – безотносительно материальных итогов и первоначальных ожиданий, каким должен быть справедливый результат¹¹⁰. Даже несмотря на то, что переговоры не подразумевают регламентов, которым должны следовать участники, и закон дает лишь минимальный набор правил – поскольку урегулирование спора таким образом является сугубо частным делом – наше исследование продемонстрировало, что стороны гораздо охотнее принимают условия соглашения и оказываются готовы им следовать, если чувствуют, что оно было достигнуто справедливым путем¹¹¹. Определяющими в ходе переговоров оказываются взаимоотношения со стороной-оппонентом: оценивается ее готовность выслушать изложенную первой стороной позицию, уровень вежливости и уважения, а также степень доверия, которое она вызывает¹¹².

Итак, хотя на первый взгляд может показаться, что переговоры, являющиеся мало регламентируемой процедурой, проходящей без участия третьей стороны, не могут быть объектом оценки с точки зрения процессуальной справедливости, исследования, основанные на практическом опыте, показывают, что она важна даже здесь. Инте-

¹⁰⁹ Обзор дискуссии по поводу того, что набор регламентирующих переговоры норм минимален, см. в работе: *Hollander-Blumoff R. Just Negotiation*, p. 391.

¹¹⁰ Там же, p. 476.

¹¹¹ Там же, p. 477.

¹¹² Влияние фактора нейтральности вызывает больше вопросов в силу двустороннего характера переговорного процесса. О дискуссии на эту тему подробнее см.: *Hollander-Blumoff R. Just Negotiation*, p. 390–91.

ресно, что люди оценивают через призму таких явлений очень широкий круг вещей в самых разных сферах. Как показывают исследования, даже в рыночной сфере участникам важна не только полученная прибыль, но также и процессуальная справедливость¹¹³.

То обстоятельство, что людям важна процессуальная справедливость даже в переговорах, дает основания не так сильно беспокоиться о соответствии этой процедуры принципу верховенства права. С чисто технической стороны он на нее не распространяется, поскольку здесь нет четких нейтральных шаблонов, которые можно было бы применить, реагируя на факты, и нет модели того, как должен проходить процесс, однако уже само то, что участники оценивают переговоры сквозь призму справедливости процесса, позволяет утверждать, что переговоры, соответствующие духу верховенства права, проходят более успешно, чем не соответствующие ему.

Процессуальная справедливость напрямую влияет и на легитимность – и, поскольку значительная часть споров в нашем обществе разрешается при помощи переговоров, чем справедливее они проводятся, тем более легитимной выглядит наша правовая система в целом. В этом смысле можно вновь говорить о том, что процессуальная справедливость становится основой для ее легитимности. Если справедливо организованный процесс приводит к результатам, желательным для обеих сторон, эти результаты будут признаны легитимными, и с ними будут охотно считаться. Даже если они не проистекают из принципа верховенства права в чистом виде, как это происходит с результатами переговоров, то вполне гармонично могут сочетаться с самой его системой, так как были достигнуты по итогам процессуально справедливых процессов.

Разумеется, принципы процессуальной справедливости соблюдаются в переговорах не всегда. Однако тот факт, что справедливые с процессуальной стороны переговоры ока-

¹¹³ J. Econ. Psych. 2007. No. 79. P. 79.

зываются значительно более удачными, в силу того, что стороны следуют достигнутым в ходе них результатам с удвоенным энтузиазмом, с одной стороны создает важный задел для того, чтобы участники споров и в дальнейшем разрешали их, двигаясь по пути процессуальной справедливости, а с другой – внушает некоторый оптимизм по поводу уже прошедших переговоров, в которых стороны испытали опыт процессуальной справедливости.

4. Заключение

Из всех видов альтернативного разрешения споров арбитраж рассматривается как самая близкая к судебному разбирательству процедура, переговоры – как самая далекая, а медиация – как нечто среднее между ними, это уже успело стать избитым клише. Однако, несмотря на огромные структурные расхождения между этими процедурами, исследования показывают, что в каждом случае участникам спора важна процессуальная справедливость; выбирая тот или иной способ АРС и оценивая его, люди апеллируют в первую очередь к тому, насколько справедливо в его рамках отношение к ним¹¹⁴. Ученые отмечают, что процессуальная справедливость – один из факторов, влияющих на людей в выборе механизмов разрешения споров.

Между принципами верховенства права и процессуальной справедливостью существует сильная концептуальная связь, а помимо этого, и то, и другое оказывает важное влияние на восприятие легитимности процессов, а это значит, что опасения относительно недостатка духа верховенства права в АРС преувеличены: люди не стали бы выбирать альтернативные способы разрешения споров и не приняли бы их результаты, если верховенство права и процессуальная справедливость не были бы обеспечены на должном уровне. А постольку-поскольку АРС удовлет-

¹¹⁴ См. примеч. 84.

воряет потребность участников в процессуальной справедливости, можно, вспомнив слова Мнукина и Корнхаузера, говорить о том, что соответствующие процессы следуют за верховенством права, словно тень¹¹⁵.

Тем не менее, выстраивать здесь четкие иерархические принципы было бы не в полной мере корректно. «Тень» верховенства права не обязательно понимать как главный фактор влияния в процессах АРС; скорее связь здесь в том, что оно содержит в себе какие-то принципы, которые участники споров хотели бы видеть в системах разрешения споров. Даже несмотря на то, что верховенство права относится к категории официальных процедур, а не неофициальных, людям все равно свойственно обращаться к его базовым принципам при разрешении споров, какие бы средства ни были задействованы. Показательно, что даже в рыночной сфере, как было отмечено выше, людям очень важна процессуальная справедливость¹¹⁶. Вот и объяснение кажущемуся противоречию – почему люди предпочитают АРС судебным процедурам. Им хочется одновременно воспользоваться преимуществами, которые, с одной стороны, дает неформальный характер этих процессов, а с другой – проявления верховенства права и процессуальной справедливости. Признание того обстоятельства, что для людей по-настоящему важен справедливый ход этих процедур, может облегчить исследователям, в том числе теоретикам, задачу выстроить мостик между АРС и верховенством права – в таком качестве может рассматриваться процессуальная справедливость, которую вполне можно использовать для налаживания связей между двумя этими идеальными конструктами.

Последнее, впрочем, не означает, что можно игнорировать реальную проблему ограничений в выборе подходящего процесса, которая стоит перед значительным коли-

¹¹⁵ Mnookin & Kornhauser. Op. cit., p. 950.

¹¹⁶ См. Sondak & Tyler. Op.cit., p. 79.

чеством людей. Это могут быть ограничения, вызванные неравным положением, в котором оказываются стороны, разные по масштабу и финансовым возможностям, социокультурные ограничения, ограничения географического характера, ограничения, связанные с уровнем доступа к разным системам¹¹⁷. Очевидно, что утверждать, будто стороны просто не будут участвовать в тех или иных процессах, если не находят их справедливыми, означает сильно упрощать ситуацию. Но в рамках настоящего исследования можно предположить, что и в этих случаях, будь процессуальная справедливость доступна для этих людей, они так же ценили бы ее, и она точно так же придавала бы легитимности принимаемым решениям¹¹⁸. И как раз в отношении этих людей вопросы, связанные с АРС, являются наиболее значимыми. Какими должны быть условия, при которых процедуры АРС удовлетворяют запрос на процессуальную справедливость? Как усовершенствовать каждую из них с этой точки зрения? Что могут сделать законодатели, юристы и другие представители профессионального сообщества, чтобы процессуальная справедливость лучше ощущалась, среди прочего, в тех системах, где не выносятся обязательных к исполнению решений – чтобы содействовать развитию верховенства права и легитимизации власти? В настоящей работе мы только коротко и на самом общем уровне обозначили эти важные вопросы, однако они должны стать предметом самого серьезного рассмотрения со стороны демиургов систем разрешения споров, чтобы поддерживать их легитимность в глазах всех участников соответствующих процедур.

¹¹⁷ См.: *Sternlight J.R. Panacea or Corporate Tool?: Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration // Wash U. L. Q.* 1996. No. 74. P. 637, 682–83.

¹¹⁸ См.: *Tyler T. Why People Obey The Law*, p. 172.

Цисана Шамликашвили¹

ДВЕ СТОРОНЫ ОДНОЙ МЕДАЛИ: МЕДИАЦИЯ И СУД

Цисана Шамликашвили — международный медиатор, сертифицированный эксперт в области АРС, научный руководитель ФГБУ «ФИМ», президент Национальной организации медиаторов, основатель и научный руководитель Центра медиации и права.

В статье очерчиваются линии разграничения, связи и взаимодействия между институтом медиации и традиционной судебной системой. Следует ли противопоставлять медиацию суду? Насколько медиация может заменить суд? Почему медиация нужна современной судебной системе? Что такое «суд со множеством дверей»? Ответы на эти и многие другие вопросы вы найдете на следующих страницах.

Еще во второй половине минувшего столетия во многих странах мира наметилась очевидная тенденция к пересмотру устоявшейся системы разрешения споров, к поиску новых методов урегулирования конфликтов. Сегодня можно без преувеличения сказать, что такой пересмотр не только кажется абсолютно необходимым, но и происходит на наших глазах, причем не в рамках отдельных стран, а во всем мире.

В условиях нарастания процессов глобализации, миграции и взаимозависимости государств и сообществ как

¹ © Ц.А. Шамликашвили, 2017.

в экономической, так и в социокультурной сфере, повсюду возникает необходимость привлечения нового инструментария в сфере урегулирования конфликтов и разногласий. Если до последнего времени разрешение споров в суде на основе правоприменения считалось наиболее цивилизованным способом реагирования на конфликт, то сегодня судебная система – в силу своей консервативности, жесткой привязки к национальному законодательству и ограниченности возможностей вынесения решения по спору лишь на основе права – часто оказывается несостоятельна перед лицом тех вызовов, которые являются естественным продолжением трансформаций, происходящих в обществе. На протяжении последних лет все чаще (как в научной юридической среде, так и среди практикующих юристов) фактически во всех цивилизованных странах обсуждается вопрос о необходимости коренных изменений в области урегулирования споров и, конечно же, реформирования судебной системы как одного из ключевых ее элементов. Часто к этим дискуссиям присоединяются и представители государственной власти, а также различные социальные и профессиональные группы, чьи интересы могут быть затронуты и/или уже затрагиваются происходящими трансформациями.

Сегодня без преувеличения можно говорить о потенциальной заинтересованности каждого гражданина, каждого члена общества в существовании эффективной системы разрешения споров, способной обеспечить реальный, а не декларируемый доступ к справедливости.

В процессе обсуждений иногда ставится вопрос: как будет выглядеть судебная система, к примеру, через 20–25 лет? Или еще острее: будут ли существовать суды через четверть столетия?

Наверное, на столь радикально поставленный вопрос можно уверенно ответить: суд, конечно же, будет существовать, и прежде всего он будет выступать как гарант до-

ступа к правосудию, как последнее пристанище в поисках справедливости.

В то же время на первый вопрос однозначного ответа сегодня нет и быть не может, при том, что, безусловно, судебная система в будущем будет претерпевать существенные изменения. Сегодня уже четко выражена тенденция интеграции в нее так называемых альтернативных способов разрешения споров (АРС) и активное внедрение информационных технологий в работу судов. Это необходимо, чтобы способствовать разворачиванию существующей системы лицом к интересам и потребностям граждан, с целью предоставления им права выбора наиболее адекватных подходов к урегулированию разногласий, содействия максимальной открытости института суда. Такая тенденция должна в результате привести к тому, что суд станет хоть и неотъемлемой (и, вероятнее всего, как сегодня, опорной), но все равно одной из предлагаемых форм разрешения спора в ряду множества других, из которых стороны на основе информированности будут делать выбор в пользу наиболее адекватного способа урегулирования их конкретного спора. Другими словами, обращаясь за защитой своих прав и интересов гражданам будет предоставлена возможность выбрать тот способ урегулирования конфликта, который окажется наиболее эффективен в сложившейся ситуации, поскольку это «обеспечивает более широкий ряд услуг большему количеству тяжущихся и дает им широкий набор процессуальных вариантов»². Таково мнение одного из заслуженных американских судей У. Бразила (которого ни в коем случае нельзя обвинить в отсутствии духа реформаторства, опирающегося на здоровый консерватизм и направленный на сохранение лучших традиций судебной системы как института, лежащего в основе правового государства).

² Бразил У. Суд, который не живет вчерашним днем // Медиация и право. 2012. № 1 (23). С. 46.

Идеи, высказываемые в ходе рассуждений о будущем системы разрешения споров и о роли судов в ней очень многообразны и порой неожиданны. Кто-то всерьез рассматривает превращение судов в центры по разрешению споров, где стороны, подавая не иск, а жалобу могут получить различные услуги по выходу из ситуации – от вынесения вердикта или суждения до самостоятельного поиска решения с привлечением профессиональной помощи медиатора. Эта концепция очень созвучна той, которая прозвучала в программной речи Фрэнка Сандера в 1976 г., когда он выдвинул концепцию multi-door court houses (суда с множеством дверей), ставшую отправной точкой развития системы альтернативного/адекватного разрешения споров при судах в США и во всем мире³. Кто-то и вовсе использует в отношении «суда будущего» метафору высококлассного ресторана, предлагающего с консультацией от вышколенных сомелье и услугами высокопрофессиональных шефов изысканно сформированное меню из относительно небольшого количества блюд, по ассортименту отвечающее потребностям любого взыскательного клиента.

Как бы странно ни звучали подобные рассуждения сегодня, особенно в таких юрисдикциях как российская, где еще два года назад (до принятия законодательства, институционализирующего медиацию) третейские суды (арбитраж) были единственным формально признанным альтернативным суду способом разрешения споров (и то, мало применяющимся), процесс уже давно начался и развивается. Развитие происходит где-то исподволь, а где-то, как например, в США и в некоторых западно- и восточно-европейских странах, вполне осознанно, целенаправленно, при участии заинтересованных сторон. Методом проб и ошибок создаются модели взаимодействия судов и АРС, которые потенциально могут стать прототипом «суда будущего» или центра разрешения споров XXI столетия.

³ См. публикацию речи Ф. Сандера в настоящем сборнике.

Сегодня уже можно с уверенностью говорить о том, что медиация и судебная процедура не только уживаются вместе, но и органично дополняют друг друга, позволяя обращающимся за защитой своих прав и интересов гражданам выбрать тот способ урегулирования конфликта, который будет наиболее эффективен в сложившейся ситуации. Более того, эти два института нуждаются друг в друге. Медиации – сильная, независимая судебная система нужна как оплот, как гарант права в правовом государстве и, вместе с тем, как один из ключевых партнеров в распространении применения медиации гражданами, как помощник при формировании культуры мирного, не состязательного разрешения споров в обществе. Опыт интеграции медиации в различных юрисдикциях подтверждает ключевую роль судейского сообщества в успехе процесса внедрения медиации как института, востребованного обществом.

Для судебной системы, возможно, полезность и необходимость медиации сегодня еще не вполне очевидна – в силу существовавшей до последнего времени самодостаточности судебной системы и, как следствие, ее консервативности и ригидности в отношении любого рода изменений. Однако медиация нужна судебной системе не только для ее разгрузки (первый декларируемый, лежащий на поверхности и чаще всего используемый аргумент, когда говорят о пользе медиации для судов), но в еще большей мере она нужна для совершенствования правосудия, совершенствования доступа к справедливости, повышения и сохранения доверия граждан к правовой системе государства в целом.

И хотя мы говорим о необходимости внедрения различных способов разрешения споров, альтернативных суду и способных обеспечить применение наиболее адекватного подхода к каждой конкретной ситуации, в этой статье предметом обсуждения преимущественно является соотношение суда и медиации. Ведь, в конце концов, на данный момент медиация занимает в мире лидирующие позиции среди существующих форм АРС.

Конечно, в определенном смысле медиация и суд – это два полюса в континууме процедур разрешения споров. Но в то же время, несмотря на то, что в некоторых странах методы АРС насчитывают несколько десятков разновидностей, в нашей стране выбор альтернативных процедур по сей день ограничен третейским разбирательством (арбитражем) и медиацией. Кроме того, последние годы показали, что и в мире медиация выходит на первый план, занимая по праву лидирующее положение, как среди альтернативных, так и адекватных способов разрешения споров. Это, прежде всего, связано с ее наибольшей ориентированностью на интересы сторон. Современная медиация, претерпев за последние тридцать лет колоссальную эволюцию (во многом благодаря европейскому влиянию), стала не декларативно, а в действительности «клиент-центрированным» процессом урегулирования споров. То есть она стала процедурой, в которой стороны действительно наделяются силой и властью влияния на свой собственный конфликт (его динамику и исход). В процессе медиации, сохраняя автономию, стороны оставляют за собой право авторства и «собственности» на решения, которые примут, – включая решение о том, договариваться им или нет. Вот почему мы с большой долей критики относимся к причислению и, тем более, отождествлению медиации с примирительными процедурами в целом. Медиация, безусловно, является мирным способом урегулирования конфликта, основанным на сотрудничестве сторон. Однако в медиации вовсе не обязательно, чтобы стороны в результате примирились. Они могут предпочесть любой итог спора. Более того, целью сторон может быть вовсе не примирение, а цивилизованный «развод, разрыв», прекращение отношений.

Но эта тема для отдельной статьи. В контексте же данной публикации нам важно, чтобы читатель, понимая суть медиации как метода, способного достойно отвечать на

вызовы современного социально-экономического развития (находящие отражение в особенностях конфликтов, возникающих в разных сферах деятельности, на разных уровнях, от межличностного до межгосударственных и цивилизационных конфликтов), мог увидеть возможные формы взаимодействия ее с институтом судебной власти.

Чтобы говорить о соотношении медиации и суда и целесообразности их одновременного существования в современном спектре процедур разрешения споров, наверное, следует прояснить, чем же отличаются медиация и судебное разбирательство друг от друга?

Самое главное, сущностное отличие – это, как уже было отмечено выше, установка медиации на наделение самих сторон правом разрешить свой конфликт. В суде происходит как раз обратное – человек, подавая исковое заявление, передоверяет право разобраться в ситуации и вынести по ней решение третьему авторитетному лицу, облеченному властью, – судье. Во-первых, авторитет судьи обусловлен знанием закона как некоего универсального, объективного критерия справедливости; во-вторых, судебное решение обеспечивается силой государственного принуждения, что, по идее, гарантирует исполнимость судебного вердикта.

Однако оговорка «по идее» сделана здесь не случайно. На самом деле, даже при всей мощи аппарата публичной власти, далеко не все судебные решения исполняются на деле (и, тем более, без принуждения). Причем так обстоит дело не только в России. Например, согласно исследованию, проведенному группой голландских специалистов под руководством известного судьи-медиатора М.Пель, даже в этой весьма благополучной европейской стране, где, без сомнения, уровень правосознания и правовой культуры достаточно высок, средний показатель добровольного исполнения судебных решений составляет около 30 %⁴.

Почему так происходит? По всей видимости, возмож-

⁴ Пель М. Примирение под сенью Фемиды // Медиация и право.

ность самостоятельно искать решение своей проблемы, принятие во внимание всех субъективно значимых аспектов ситуации, направленность на сотрудничество и прочие отличительные характеристики медиативной процедуры урегулирования спора оказываются во многих случаях убедительнее для сторон, нежели беспристрастная, но сухая и непонятная им юридическая логика, основанная на обезличенном правоприменении. Пусть даже решение основано на праве и выносится самым высокопрофессиональным, уважаемым судьей – судебное решение обязательно оставит одну из сторон неудовлетворенной. А часто и так называемая «выигравшая» сторона не получает желаемого, одерживая Пиррову победу. Ведь судебное решение выносится в парадигме «прав–виноват», исходя из правовых позиций сторон и ни в коем случае не учитывая их истинных интересов и потребностей. В то время как медиация полностью ориентирована на достижение взаимодовлетворяющего решения, отражающего интересы сторон и отвечающего их потребностям.

Как говорят американцы – решения, достигнутые в результате медиации, должны быть основаны на договоренностях, с которыми стороны как минимум могут жить с чувством удовлетворенности. Такие решения и исполняться будут сторонами добровольно. Ведь это их собственные решения. Такое положение дел сполна подтверждается статистикой: согласно данным, полученным в ходе самых разных исследований, добровольное исполнение медиативных соглашений составляет порядка 80 % и более⁵. Не удивительно, что за последнюю четверть столетия медиация уверенно встроилась в правовые системы большинства цивилизованных стран (причем во многом это

2009. № 2 (12). С. 42.

⁵ *Бреннер Б.* Медиация в трудовых спорах // Медиация и право. 2011. № 1 (19). С. 62; *Пель М.* Примирение под сенью Фемиды // Медиация и право. 2009. № 2 (12). С. 42; *Отис Л., Райтер Э.* Медиация в стенах суда // Медиация и право. 2011. № 1 (19). С. 33.

произошло благодаря усилиям представителей судейского сообщества). Сегодня лидирующие позиции по уровню интеграции медиации в некоторые сферы деятельности (общинная, межкультурная медиация, инфраструктурные проекты и так далее) занимают Австралия, Новая Зеландия и, безусловно, США⁶ и Канада⁷. Медиация в значительной степени интегрирована в правовую систему ведущих государств Старого Света, таких как Великобритания⁸, Франция⁹, Голландия¹⁰, Швейцария¹¹, Германия, Италия, а также в странах Восточной Европы – в Хорватии¹², Словении¹³, Словакии, Болгарии и других.

Но как соотносятся между собой эти два института – суд и медиация?

На существующую между ними связь указывает и одна из классификаций форм медиации, согласно которой ме-

⁶ См., например: *Бернар К.* Механизм, отлаженный за 20 лет // Медиация и право. 2010. № 2 (16). С. 48–54; *Лав Л.* Суд со множеством дверей // Медиация и право. 2010. № 1 (15). С. 2–28; *Леви Р.* APC в федеральном суде: взгляд из Бруклина // Медиация и право. 2010. № 2 (16). С. 37–46; *Парселл Ш.* Варианты на выбор // Медиация и право. 2009. № 3 (13). С. 42–49.

⁷ См., например: *Отис Л., Райтер Э.* Медиация в стенах суда // Медиация и право. 2011. № 1 (19). С. 20–38; 2011. № 2 (20). С. 46–59.

⁸ См., например: *Оливер-Джонс С.* Взгляд судьи // Медиация и право. 2008. № 3 (9). С. 32–36.

⁹ См., например: *Бреннер Б.* Медиация в трудовых спорах // Медиация и право. 2011. № 1 (19). С. 60–63; *Каниве Г.* Медиация занимает достойное место в судебной системе Франции // Медиация и право. 2011. № 1 (19). С. 55–59.

¹⁰ См., например: *Крайнц В., Окма С.* Бесспорные выгоды. Медиация в голландской налоговой системе. // Медиация и право. 2009. № 2 (12). С. 44–55; *Пель М.* Примирение под сенью Фемиды // Медиация и право. 2009. № 2 (12). С. 38–43.

¹¹ См., например: *Мириманов Ж.* Медиация и суд могут действовать вместе // Медиация и право. 2010. № 4 (18). С. 68–69.

¹² См., например: *Шимац С.* Юридическое сообщество перед вызовом времени // Медиация и право. 2010. № 3 (17). С. 54–68.

¹³ См., например: *Ристин Г.* Еще не все разрешено... // Медиация и право. 2010. № 4 (18). С. 14–18.

диацию можно разделить по форме на три большие группы: внесудебная, досудебная, внутрисудебная.

Внесудебная медиация происходит по инициативе сторон и может носить абсолютно неформальный характер, хотя стороны по своему усмотрению могут придать медиативному соглашению формальный статус. Часто внесудебную медиацию называют частной медиацией, в том числе и в связи с тем, что стороны выбирают медиатора или провайдера из представленных на открытом рынке медиативных услуг. Внесудебная медиация – это то, к чему нам нужно стремиться. Для востребованности такой формы медиации необходим достаточно высокий уровень правовой культуры, чтобы в общественном сознании естественной реакцией на конфликт было стремление его разрешить и получить действительно нужное и желаемое, а не наказать оппонента, пусть даже ценой саморазрушения, как это часто происходит сегодня повсеместно в нашем обществе.

Но пока общество не достигло такого уровня развития, нам нужно помогать этому развитию, в том числе широко используя внутрисудебную и досудебную медиацию.

Итак, сначала рассмотрим досудебную медиацию.

Досудебная медиация всегда носит формальный характер и применяется в двух видах:

– медиация, предписанная законом по определенным категориям споров, когда до обращения в суд стороны обязаны попытаться урегулировать спор с помощью процедуры медиации;

– медиация как обязательство сторон друг перед другом, которое они приняли на себя и оформили в виде соглашения о применении процедуры медиации (медиативная оговорка).

Нельзя не отметить, что включение в договоры медиативной оговорки свидетельствует о нацеленности сторон на мирное урегулирование разногласий и о более высоком уровне культуры реагирования на конфликт. В мире меди-

ативные, а также многоступенчатые оговорки, предполагающие применение гибридных процедур АРС? – это уже широко распространенная практика. Таким образом, досудебная медиация является своего рода переходной формой от принудительной и/или рекомендованной судом к внесудебной медиации.

А что же такое внутрисудебная медиация? Ее рассмотрение требует особого внимания как с точки зрения терминов (и смыслов, скрывающихся за ними), так и действующих лиц, то есть участников этого процесса и их ролей. Ведь под общим понятием «внутрисудебная медиация» скрывается множество различных форм участия, вовлеченности самого суда и его работников при применении медиативных процедур к делам, поступившим в суд. В англоязычных странах есть такие понятия как court mediation или court-annexed mediation (медиация при суде) и judicial mediation (судебная медиация). Первые два (court mediation или court-annexed mediation) предполагают существование в суде или при суде системы направления на медиацию. Направление на медиацию – это одна из ключевых ролей, которую может играть суд для успешного внедрения медиации в правовую культуру. Существует даже специальная теория (Balanced Relationship Target Number Theory), предполагающая выработку оптимального соотношения между количеством дел, рассматриваемых в рамках судебного разбирательства и направляемых судом на медиацию. В соответствии с этой теорией, например, председателю Коммерческого суда Нью-Йорка было рекомендовано направлять одно из пяти дел, то есть каждое пятое дело на медиацию.

Помимо направления дела на медиацию, суд также может предлагать сторонам информационные сессии о медиации, обязательные или не обязательные, платные или бесплатные, краткосрочные или полномасштабные процедуры медиации — с выбором медиаторов. Суд может, например, предлагать выбор из списка медиаторов, аккредитованных

этим судом, либо медиаторов, состоящих в штате службы медиации при суде. При этом за сторонами остается право выбрать медиатора на открытом рынке медиативных услуг, если они готовы самостоятельно оплачивать процедуру.

В то же время, при введении обязательной досудебной медиации или при обязательном направлении на медиацию в суде, в полный рост встает вопрос о доступе к правосудию, о конституционном праве граждан на защиту своих прав в суде. Именно поэтому сторонам должны быть созданы условия для прохождения процедуры на безвозмездной основе (возможно, речь здесь должна идти о 3-4-часовой сессии, в течении которой сторонам станет понятно, насколько эта процедура пригодна к их случаю, а может быть, они даже достигнут договоренностей). В некоторых странах введение обязательной медиации сопровождается предоставлением малообеспеченным сторонам субсидий на проведение медиации (наподобие бесплатной юридической помощи).

К примеру, так решен этот вопрос в Италии, где с марта 2012 г. медиация стала обязательной по большинству гражданских споров. Правда, принятие итальянского закона о медиации сопровождалось многочисленными забастовками итальянских адвокатов, а в октябре Конституционный суд Италии признал положение об обязательности медиации антиконституционным. Тем не менее, лобби итальянских медиаторов готовит новый закон, который позволит сохранить медиацию как обязательную досудебную процедуру. При этом, на наш взгляд, обязательность применения процедуры (создающая препятствие для прямого обращения в суд) должна быть компенсирована равенством возможностей по использованию медиации для всех сторон, независимо от их материального положения. То есть им должно быть гарантировано проведение хотя бы одной медиативной сессии на безвозмездной основе. Иначе вместо приучения сторон к медиации (что часто является одним из основных аргументов в пользу введения обязательной медиации) наступит ее отторжение.

Предпринимая столь радикальные меры для внедрения медиации, следует помнить, что медиация сама по себе – добровольная процедура, и попытки насильственного ее внедрения могут лишь дискредитировать ее в общественном сознании.

Итак, медиация при суде возможна и даже необходима, но при условии, что не будет нарушаться принцип соразмерности тому, ради чего эта процедура существует. Службы медиации при судах создаются, прежде всего, чтобы информировать, просвещать граждан о существовании такой процедуры, ее возможностях и преимуществах, чтобы приблизить медиацию к ее потенциальным пользователям, сделать ее неотъемлемой частью системы урегулирования споров, используемой людьми не под давлением, а свободно руководствуясь своей собственной выгодой и интересами.

И наконец, существует судебная медиация, или медиация, осуществляемая судьей (judicial mediation). Такой вид медиации развит в некоторых странах, таких как Канада, США (но только в отдельных Штатах и даже судах, так как здесь отношение к медиации внутри суда с участием судьи-медиатора далеко не однозначно – даже на фоне традиционно сложившейся в США непоколебимой уверенности в честности и порядочности представителей судейского сообщества), в Германии, Франции, Бельгии. Но при этом очень показателен результат опроса, проведенного среди практикующих медиаторов разных стран. На вопрос «Какая разница между примирением и медиацией?» большинство медиаторов-судей ответили, что разницы нет. В то же время большинство медиаторов с другими профессиональными корнями, в том числе юристы и адвокаты, различают эти процедуры. А ведь понимание этой разницы очень существенно! В медиации все подчинено достижению согласия между сторонами на условиях их равноправия и доброй воли, включая и недостижение в итоге каких-либо договоренностей относительно существа

спора. Медиатор содействует сторонам в процедуре, всегда прислушиваясь к их потребностям и воле, и идет в ногу с ними, не навязывая свое мнение. Примиритель же может принять на себя роль «знающего, как лучше» или «знающего, что на самом деле нужно» обратившимся к нему сторонам. И так часто происходит, когда в ходе судебного разбирательства сторонам дается оценка перспектив спора исходя из их правовых позиций и предлагается примириться с тем или иным вариантом.

В мире эта практика существует и называется conciliation (примирение), settlement conferences (встреча по заключению договоренностей, по урегулированию). Такого рода мероприятия проводятся судьями в рамках возложенной на них миссии по содействию примирению сторон. На российских судей такая обязанность также возложена (вместе с обязанностью информировать стороны о возможности применения альтернативных суду процедур и медиации). Однако она практически не выполняется – с одной стороны, из-за высокой загруженности судей, а с другой, в силу отсутствия необходимых знаний, чтобы компетентно направлять на процедуры АРС, то есть в силу элементарной нехватки умений и навыков, отсутствия инструментария, чтобы содействовать примирению.

И здесь нужно отметить, что опыт Центра медиации и права (являющегося разработчиком медиативного подхода) показывает, что даже при очень высокой загруженности судей, овладение ими навыков медиативного подхода в несколько раз повышает их профессиональную компетентность и, разумеется, улучшает показатели суда по количеству достигаемых мировых соглашений.

В то же время мировая практика свидетельствует о том, что работа судьи (судьи в отставке) в качестве медиатора возможна лишь после тщательного обучения и применения к нему тех же критериев оценки, которые применяются к медиаторам, вступающим в профессию из других сфер деятельности.

Без всяких сомнений, очень показательно, что именно из уст самих судей прозвучал тезис «должен быть лучший способ разрешения споров, нежели суд»¹⁴. Однако, поддерживая такой взгляд на вещи, важно проявлять осторожность и здравый смысл, чтобы введение судебной медиации не стало подменой столь нужной альтернативы, какой является настоящая медиация. И помнить, что именно надежная, независимая, сильная судебная власть – гарант успешности внедрения и использования медиации.

Не секрет, что такие явления как коррупция, «телефонное право», круговая порука и превратно понимаемое радение о «чести мундира», недостаточное внимание к нуждам граждан, – все еще остаются актуальными для судов в России. В таких условиях не приходится говорить о безупречности судебной системы, а ведь лишь такой уровень ее развития, как и говорилось выше, обеспечивает правильность и успешность применения медиации.

Именно поэтому медиация должна интегрироваться в отечественную правовую и судебную систему иначе, нежели в западных странах, обладающих вековыми демократическими традициями. Мы не можем здесь слепо копировать чужой опыт, нам нужно искать свои подходы, свои оптимальные решения. Но эта непростая работа окупится сторицей, поскольку медиация в России способна стать одним из институтов, способных не только оптимизировать и облегчить разрешение споров, но и вернуть доверие граждан к отечественной правовой системе. Она не только освобождает разрешение спора от коррупционной составляющей (которая, увы, часто примешивается к ходу судебных разбирательств), но и возвращает самим тяжущимся контроль над спором, учит их самостоятельно принимать

¹⁴ Лав Л. Суд со множеством дверей // Медиация и право. 2010. № 1 (15). С. 27. См. также: Пель М. Медиация и суд могут прекрасно дополнять друг друга (Российское агентство правовой и судебной информации, 28 мая 2010) — <http://www.mediacia.com/publications/46.html>.

решения, учит гражданской ответственности, которая сегодня так нужна и обществу, и самому государству. Вот почему, хотя мы делаем лишь первые шаги на пути становления института медиации в России, хочется верить, что этот путь приведет нас к созданию современной, сбалансированной системы разрешения споров, учитывающей интересы людей. Ведь любая система существует ради человека, а совсем не наоборот. И медиация – один из институтов, который не дает об этом забывать в сложном, противоречивом, многополярном мире XXI столетия.

Цисана Шамликашвили¹

АДВОКАТ УХОДИТ ИЗ СУДА Что такое collaborative law?

В статье рассматриваются новые тенденции и подходы в применении альтернативных способов разрешения споров (АРС) и медиации во всей их полноте, поскольку нередко отдельные направления в этой области оказываются востребованными и применяются на практике, наряду с общей концепцией и методикой. Вот почему интересно взглянуть на использование медиации не только как основного метода при разрешении споров, но и в гибридных формах АРС – и как инструмента, помогающего юристам и адвокатам, опираясь на право, не прибегать к судопроизводству.

Одним из направлений, использующих подобный инструментарий, с 80-х годов XX столетия является возникшее в США так называемое collaborative law (дословный перевод – «сотрудничающее право», однако в дальнейшем мы будем использовать термин «взаимопомогающее право», наиболее точно передающий сущность этого направления). В основу этого подхода положено стремление адвокатов обеспечить своим клиентам наиболее эффективную помощь, не доводя дело до суда. Адвокаты, юристы, работающие в парадигме взаимопомогающего права, заключают договор между собой и клиентами о том, что

¹ © Ц.А. Шамликашвили, 2017.

они сделают все необходимое для разрешения спора или разногласий без обращения к суду. При этом, если результат не будет достигнут, они обязуются не выступать по этому делу в качестве адвокатов в судебном процессе.

Данный подход находится в русле современных тенденций развития права в цивилизованных странах, когда альтернативные способы разрешения споров становятся более востребованными, чем судебное разбирательство (по некоторым данным, до 80 % споров разрешается с помощью АРС – методов альтернативного разрешения споров – и, в частности, с помощью медиации). Можно сказать, что методы АРС, не смотря на свою «альтернативность», уже превращаются в традиционные формы разрешения конфликтов, оставляя правоприменительной практике, судопроизводству роль последней наивысшей инстанции (к которой стороны обращаются в поисках справедливости и защиты прав, лишь не найдя путей к согласию или примирению с помощью АРС).

Современная правовая культура все больше уходит от правоприменения, ориентированного на поиск правых и виновных, на прошлые факты, на выявление победителя в состязательном процессе, делая акцент на использовании права, чтобы, опираясь на него, в его рамках, ориентируясь на потребности и интересы сторон, искать выходы из сложных ситуаций. Такой подход позволяет обеспечить будущее взаимовыгодное сотрудничество, основанное на решениях, лежащих в рамках права, но при этом более гибких, способных отражать многоаспектность и сложность проблем, ставших причиной возникших разногласий (и, с точки зрения правоприменения, делавших невозможным достижение взаимовыгодного решения ввиду кажущейся несовместимости интересов сторон).

Именно о такой тенденции рассказывает опубликованная в 2008 г. книга профессора Юлии Макфарлейн «Новый адвокат: Как урегулирование (соглашение) трансформиру-

ет юридическую практику»², основанная на многолетних эмпирических исследованиях. В предисловии к ней отмечается, что достижение 90 % успеха при урегулировании споров с помощью АРС и все увеличивающееся применение переговоров, медиации и сотрудничества в разрешении правовых споров существенно изменили роль юриста. А далее указывается на то, что «значительно нарастает потребность среди клиентов, как индивидуальных, так и корпоративных, в том, чтобы их адвокаты, юристы выступали в качестве лиц, разрешающих конфликты, а не «воинов», ведущих боевые действия. В своей книге проф. Макфарлейн обращается к семейному праву как области, в которой добровольное участие в АРС вместо судопроизводства выросло во много раз, в первую очередь в виде семейной медиации или взаимопомогающей семейной адвокатуры.

Действительно, на начальном этапе своего становления, то есть в шестидесятые и семидесятые годы прошлого столетия, медиация широко использовалась именно при разрешении семейных споров. Причиной тому во многом была очевидная для всех, в том числе и для адвокатов, вредоносность судебных разбирательств при разводах для самих клиентов и их близких. Вот почему в 1990 г. Стюарт Вебб – адвокат, специализирующийся на бракоразводных процессах – в попытке усовершенствовать подходы к разрешению семейных споров разработал сотрудничающий процесс (или процесс, основанный на сотрудничестве) по разрешению споров «collaborative law», который иногда называют «кузеном» медиации.

Несмотря на то, что collaborative law стало развиваться на ниве семейных споров и применяется в этой сфере очень широко по сей день, в настоящее время юристы и адвокаты, убедившись в его эффективности, расширяют этот подход и пророчат ему успешное будущее в самых

² Macfarlane J. The New Lawyer: How Settlement is Transforming the Practice of Law. Univ. of British Columbia Press, 2008.

различных сферах. Collaborative law находит применение при разрешении коммерческих и трудовых споров, споров в отношении интеллектуальной собственности, страховых случаев, споров, связанных со врачебными ошибками и с некачественным предоставлением медицинских услуг, споров в сфере недвижимости, строительства, и так далее. И частные договоры collaborative law, разрешенные для применения в семейных спорах, сегодня уже повсеместно успешно адаптируются для более широкого применения.

Взаимопомогающее право (ВП) использует в качестве инструментария подходы медиации, которыми должны владеть адвокаты (юристы), выступающие на стороне участников спора. При этом адвокаты в данной ситуации являются не столько защитниками своих клиентов, сколько, с одной стороны, юридическими консультантами, обеспечивающими их правовой информацией, а с другой стороны, помощниками в ведении процесса переговоров, направленных на достижение взаимоприемлемого, жизнеспособного соглашения. Причем одним из необходимых элементов этого направления юридической помощи является отказ адвокатов от участия в судебном разбирательстве, если в нем все-таки возникнет необходимость. Это дает сторонам больше уверенности в конфиденциальности всего происходящего в рамках взаимопомогающего права, а, следовательно, создает условия для открытости, для более доверительного отношения и к самой процедуре, и к своим партнерам по переговорам.

Следует отметить, что, в отличие от медиации, collaborative law не может быть обязательной досудебной процедурой, то есть не может быть вменена сторонам как обязательная.

Итак, collaborative law – это добровольный, структурированный, не состязательный подход к разрешению споров, основанный на сотрудничестве, совместной (командной) работе, открытости, честности, личной вовле-

ченности, уважении и цивилизованном взаимодействии сторон. Краеугольным же камнем концепции collaborative law (взаимопомогающего права) является именно отказ сторон от представления дела в суде (при не-достижении соглашения) в этом составе, то есть с теми же юристами, которые участвуют в переговорах. Для формального закрепления этого обязательства подписывается четырехсторонний договор. В результате адвокаты, участвующие в процедуре collaborative law (ВП), не могут представлять стороны в судебном процессе по этому же делу.

Естественно, в первое время подобный подход вызывал неприятие среди многих адвокатов, расценивших его как посягательство на высокие гонорары, которые они получали, участвуя в состязательном судебном процессе. Однако запросы времени, осведомленность и образованность клиентов, и, наконец, настрой на цивилизованное разрешение споров (отнюдь не только исходя из гуманистических соображений, а в большей степени прагматических), привели к тому, что сегодня тенденции в юридической практике повернулись на 180 градусов от состязательности к сотрудничеству, и все больше юристов стали участвовать в разрешении споров с позиций collaborative law, что вызвало потребность в правовом регулировании этого метода.

В настоящее время в США ведется активная разработка Uniform Collaborative Law Act, и работу над этим документом координирует Uniform Law Commission ABA (Американская Ассоциация юристов). Финальные слушания намечены на ежегодной встрече Uniform Law Commission в июле 2009 года, и ожидается, что выносящаяся на обсуждение последняя редакция будет принята Комиссией. Затем весной 2010 года Акт будет представлен для утверждения представителям ABA – и должен вступить в силу в середине 2010 г.

Еще 15 лет назад такой поворот событий трудно было бы предвидеть. Однако армия сторонников collaborative

law, как уже говорилось, растет не только среди клиентов, но и среди юристов, которые сознают, что без владения подобными методами и подходами их профессиональная компетентность не будет соответствовать требованиям, предъявляемым к качеству правовой помощи в современном мире. На протяжении последних 5–7 лет постепенно collaborative law стало проникать в Европу (сначала очень осторожно, несмело, как экзотическое явление, о котором интересно узнать, но при этом, возможно, не стоит принимать всерьез). Одними из первых были немцы и британцы, которые делали попытки познакомить юридическое сообщество с этим странным, на первый взгляд, в корне противоречащим адвокатской деятельности, направлением.

Однако время идет – и сегодня в Европе среди скептически настроенных голосов уже можно услышать уверенные аргументы тех, кто сделал подход, заложенный в collaborative law, частью своей профессии, пытаясь использовать все лучшее, что накоплено заокеанскими коллегами, но при этом адаптируя к особенностям правовой системы своей страны.

Возможно, со временем и у нас, в России, адвокаты, корпоративные юристы начнут применять этот подход, являющийся прагматическим и одновременно гибким, эффективным сочетанием юридической профессии и медиации, в действии. Ведь решение четко поставленной задачи о построении правового государства, устранении правового нигилизма и совершенствовании правовой культуры невозможно без совершенствования уровня профессиональной подготовки юридических кадров.

А использование таких способов разрешения споров, которые ориентированы на ответственность самих сторон, на их осведомленность в процессе выработки решения, является необходимой частью арсенала современного юриста – и, как любой эффективный инструмент, эти способы должны и могут быть востребованы в нашей стране.

Сравнительная таблица

Судебное разбирательство	Collaborative law
– выявляет виновных и опирается на давление, влияние, авторитарность	– ориентируется на разрешение проблемы и осознанное, осведомленное соглашение
– создает атмосферу разобщенности и страха	– предлагает безопасную атмосферу для обмена идеями и вариантами возможного разрешения спора
– пропускает информацию, коммуникацию через фильтр «он сказал, она сказала», опираясь на слухи, домыслы, неверно понятые высказывания	– предлагает использовать встречи лицом к лицу в присутствии всех сторон и их представителей, слышащих одну и ту же информацию, в одно и то же время, с возможностью сразу исправить или прояснить любое недопонимание
– принуждает стороны к перекрестному допросу, доносам, письменным объяснениям	– следует свободно согласованному регламенту без неожиданностей, требований и судебных слушаний
– лишает стороны контроля над затратами и создает другой стороне возможность заставлять оппонента нести дополнительные финансовые расходы на непродуктивные слушания, поиск доказательств и т.д.	– позволяет сторонам добровольно договариваться о том, какие документы и информация необходимы для достижения согласия по содержанию спора
– дает суду контроль над расписанием судебного разбирательства, формализованное судебное заседание с жестким регламентом	– дает сторонам полный контроль над расписанием встреч и сроками разрешения спора
– обеспечивает публичные записи всех судебных слушаний	– использует частный и конфиденциальный формат встреч
– вынуждает юридических представителей готовиться к судебному процессу с момента подачи иска, создавая дополнительные расходы (ненужные, если будет достаточно соглашения)	– дает юристам возможность максимально фокусировать их время и талант, так же, как финансовые средства их клиентов, на выявление оптимальных вариантов решений

<p>– требует от каждой стороны достать хотя бы одного эксперта или свидетеля, который должен быть готов поддержать требования стороны в суде, если для этого потребуются эксперт</p>	<p>– обеспечивает совместно привлеченного эксперта, который никогда не будет давать показания, что экономит деньги, и в то же время расширяет круг экспертов, так как многие из них отказываются работать с делами, слушающимися в суде</p>
<p>– способствует перекалыванию ответственности за разрешение спора на чужие плечи за счет переноса задачи в руки судьи или жюри (присяжных)</p>	<p>– дает в руки сторонам полный контроль над спором и активно ориентирует на его разрешение, обеспечивая наибольшую вероятность соглашения, которое будет удовлетворять стороны</p>
<p>– не ставит в обязанность рассеять недопонимание или исправить фактические ошибки, на которые стороны могут опираться в своих требованиях/претензиях</p>	<p>– требует от сторон или их юристов исчерпать все недопонимания, недоразумения, исправить ошибки</p>
<p>– не требует от сторон раскрытия фактов, документов или информации, если она не была специально затребована другой стороной</p>	<p>– желательно полное раскрытие всех фактов, документов или другой информации, которая может каким-либо образом повлиять или быть связана с разрешением данного спора</p>
<p>– создает дисбаланс сторон, когда одна из сторон имеет больше финансовых ресурсов, чем другие</p>	<p>– выравнивает баланс, давая всем сторонам равные возможности контролировать выбор экспертов или объем финансирования процесса</p>

