

УДК 34

Фарои Татьяна Валерьевна,

кандидат юридических наук,

доцент кафедры теории и истории государства и права,

Кубанский государственный университет

**К вопросу о неэффективности альтернативных способов
разрешения споров (медиации) в современной российской правовой
системе: междисциплинарный подход к проблеме**

To the question of the inefficiency of alternative methods for
disputes resolution (mediation) in the modern Russian legal system:
interdisciplinary approach to the problem

Аннотация: В статье рассмотрена проблема неэффективности альтернативных способов разрешения споров (медиации) в современной российской правовой системе. Автором предложено обратиться к междисциплинарному изучению данного вопроса, так как достижения различных наук позволяют шире и глубже посмотреть на изучаемые государственно-правовые явления, в том числе и на медиацию.

© Фарои Т.В. 2019.

Неэффективность медиации видится в низком уровне доверия в современном российском обществе и нежелании граждан договариваться друг с другом, что свидетельствует о недостаточно высоком уровне развития социального капитала.

Ключевые слова: медиация, судебная медиация, междисциплинарный подход, позитивизм, историко-правовой подход, аксиологический подход, менталитет, ценности в праве, человеческий капитал, социальный капитал, доверие, личные общественные отношения.

Abstract: The article considers the problem of inefficiency of alternative methods of dispute resolution (mediation) in the modern Russian legal system. The author suggested turning to an interdisciplinary study of this issue, since the achievements of various sciences allow a broader and deeper look at the studied state-legal phenomena, including mediation. The inefficiency of mediation is seen in the low level of trust in modern Russian society and the unwillingness of citizens to negotiate with each other, which indicates an insufficiently high level of development of social capital.

Keywords: mediation, judicial mediation, interdisciplinary approach, positivism, historical-legal approach, axiological approach, mentality, values in law, human capital, social capital, trust, personal social relations.

Прежде чем обратиться к рассматриваемой проблеме необходимо определиться с содержанием понятия «медиация», так как оно носит междисциплинарный характер и изучается различными науками: юриспруденцией, психологией, философией, историей, социологией, политологией и т.д. Одной из особенностей постнеклассического периода развития науки является ее междисциплинарный (межотраслевой) характер, поэтому вопрос о категориях и понятиях становится краеугольным, так как используя одни и те же термины ученые иногда вкладывают в них различное значение, что может приводить к некорректности некоторых научных выводов для иных наук. Это происходит и с понятием медиации. Как отмечают

Башмакова Н.И., Рыжова Н.И. и Кузнецова О.А.: «Острый научный интерес к медиации в последние годы представляется вполне закономерным, поскольку, во первых, содержание категории медиации как особого социального явления сложно и многоаспектно; во-вторых, его проявление в юридической действительности является весьма важным, но не исчерпывает феномена медиации как такового...»¹. Исследователи обычного права народов Северного Кавказа используют понятие «медиаторский суд», определяя его как «традиционный горский суд с очень широким кругом компетенции, разрешавший споры между горцами»². Вследствие того, что традиционные суды горцев носили разное название у различных народов, то для исследовательских целей ученые стали использовать понятие медиаторский суд как собирательное, имея ввиду что это посреднические суды целью которых являлось рассмотрение споров на основе норм шариата и адата. В частности Абазов А.Х. в своей статье говорит: «В ходе интеграции Кабарды в правовое пространство Российской империи власти пытались сохранить основные элементы традиционной соционормативной культуры кабардинцев и вырабатывали определенные модели их функционирования в судах, создаваемых по российскому образцу. В этой системе значимое место занимали медиаторские (посреднические) суды кабардинцев³». Автор данного исследования также отмечает, что «некоторые аспекты функционирования медиаторских судов кабардинцев рассматривались в трудах Н.Ф. Грабовского, В.К. Гарданова, И.Л.Бабич, Х.М. Думанова, Ю.М. Кетова, Д.Н. Прасолова и др.»⁴. Это свидетельствует об устоявшейся традиции использования данного понятия в обозначенном контексте, что не вполне приемлемо для юридической науки, так как в юриспруденции мы говорим о медиации как о

¹ Башмакова Н.И., Рыжова Н.И. и Кузнецова О.А. Историческая ретроспектива медиации как интегративного понятия: парадигмы изучения и междисциплинарность // Управленческое консультирование. 2015. № 6. С. 160.

² Бабич И.Л. Правовая культура адыгов (история и современность): автореф. дис.... д-ра ист. наук: 07.00.07. – М7, 2000. С.26

³ Абазов А.Х. Интеграция медиаторских судов кабардинцев в правовую систему Российской империи в 19 в. // Вестник СПбГУ. Сер. 2. 2002. Вып. 4. С. 185.

⁴ Там же.

процедуре, альтернативном способе разрешения споров, направленной на примирение сторон. В Федеральном законе от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» в ст.2 дается следующее определение процедуры медиации – это «способ урегулирования споров при содействии медиатора на основе добровольного согласия сторон в целях достижения ими взаимоприемлемого решения». Это позволило Моториной И.С., цитируя В.О. Аболонина, выделить подходы к пониманию медиации: «собираТЕЛЬНЫЙ (включающий варианты примирительных процедур с участием посредника любых форм, начиная от переговоров в политических конфликтах и заканчивая бытовым примирением), рамочный (объединяющий некоторые виды процедур, включая некоторые процедуры примирения) и исключительный (особая процедура, отличная от других видов посредничества)⁵. В любом из этих подходов медиация раскрывается сквозь призму процедуры примирения (т.е. взаимосвязанной последовательности действий, направленных на примирение сторон – Т.Ф.), в том числе и понятие «судебная медиация», под которой правовед предлагает понимать «медиацию, проводимую в здании суда одним из его сотрудников, а именно: процедуру урегулирования конфликтов, направленную на достижение примирения сторон, проводимую специально уполномоченными сотрудниками судебной системы, обладающими профессиональной компетенцией, - судебными медиаторами»⁶. Вышеприведенные различия в понимании медиации свидетельствуют об отсутствии единой точной дефиниции данного термина и ставят перед учеными задачу доктринального ее осмысления.

Институт медиации в нашей стране в современный период показывает свою неэффективность. Специалист по медиации Моторина И. С. в одном из последних номеров журнала Российское правосудие констатирует: «В то

⁵ Моторина И.С. Модель судебной медиации в России // Российское правосудие. 2019. № 7. С.20.

⁶ Моторина И.С. Модель судебной медиации в России // Российское правосудие. 2019. № 7. С.21.

время как в других странах активно развиваются способы урегулирования конфликтов (в том числе медиации), в России после принятия Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» имеет место едва ли не стагнация развития данного института. Такая ситуация вызвана низкими показателями эффективности работы существующего института медиации и, как результат, разочарованием создателей данной модели медиации»⁷.

Казалось бы все необходимое есть и делается для его развития: научно-исследовательский интерес, законодательное регулирование, информированность населения, подготовка медиаторов, но механизм не работает или работает не так как ожидалось. Как показывает статистика, процент обратившихся к медиаторам ничтожно мал, граждане не стремятся к медиаторам, в то время как в странах Западной Европе и Республики Беларусь обратная динамика. Как отмечают исследователи «уровень развития альтернативных способов (АРС) в США, странах Европы, Австралии и ряде других стран на сегодняшний день значительно превышает российский. В 2008 году в ЕС принята Директива «О некоторых аспектах медиации в гражданских и коммерческих делах», наложившая обязанность на страны ЕС разработать и принять в кратчайшие сроки законы о медиации. В 2013 году приняты Директива «Об альтернативном разрешении споров с участием потребителей» и Регламент «Об урегулировании споров с участием потребителей онлайн», вступившие в силу в государствах – членах ЕС в 2015 г.»⁸.

Неэффективность данного института заставляет ученых вновь и вновь обращаться к этой проблеме с тем, чтобы все-таки понять – в чем причина. «Вопрос «почему существующая модель медиации в России не получила ожидаемой популярности», - спрашивает Моторина И.С., -

⁷ Моторина И.С. Модель судебной медиации в России // Российское правосудие. 2019. № 7. С.20.

⁸ Там же. С. 20.

обсуждается разными исследователями регулярно, но конкретные предложения по реанимации данного института или созданию реально работающего института медиации крайне редки»⁹.

Представляется, что такие возможности появились у современной юридической науки. Отход от позитивистского идеала научной рациональности позволяет ученым шире и глубже посмотреть на изучаемые государственно-правовые явления, использовать междисциплинарные подходы и достижения для решения научных задач и целей. А цель нашего исследования такова – что же не так с медиацией, где коренятся проблемы?

Как пишет Валентин Валентинович Ершов в своей замечательной монографии, «юридический позитивизм оставляет без необходимых ответов важнейшие теоретические вопросы¹⁰. Возможно ли в современный период эффективно регулировать общественные отношения посредством реализации только норм права, содержащихся лишь в законодательстве, учитывая все многообразие развивающихся фактических отношений в период глобализации?» - спрашивает ученый и далее резюмирует: «в связи с тем, что данные вопросы являются в основном риторическими, необходимо обратить внимание на то, что в современных научных исследованиях права не следует ограничиваться анализом только «законодательства» (точнее правовых актов)»¹¹. Он также видит и пути решения методологических тупиков: 1. Научно обоснованная концепция интегративного правопонимания представляет возможность реализовывать нетрадиционную, принципиально иную стратегию научных исследований правовых явлений. 2. Научно обоснованная концепция интегративного правопонимания позволяет изучать качественно иные правовые проблемы, в частности, элементы системы права, ее целостность, прямые и обратные связи, а также новые свойства права, не

⁹ Там же. С.20.

¹⁰ Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений. М., 2018. С.58.

¹¹ Там же. С.59.

присущие его отдельным элементам, а главное – выработать конкретные практические ответы на современные теоретические вопросы»¹².

С точки зрения позитивистского подхода, если норма права не работает, правовой институт неэффективен, то значит, что недостаточно нормирования, законодательного регулирования, соответственно вносятся изменения и дополнения в законодательство, что мы и наблюдаем с медиацией. Я не буду подробно останавливаться на всех изменениях и предложениях по усовершенствованию законодательства в части регулирования процедуры медиации, отмечу лишь, что это традиционный путь позитивизма.

В последние годы ученые все чаще и чаще обращаются также к историко-правовому методу изучения правовых институтов, пытаются исторически обосновать те или иные государственно-правовые явления, выделить особенности, обусловленные историческими корнями. В научном обороте, в том числе и юридической науки, категория – менталитет, которая в какой-то мере проливает свет на некоторые проблемные аспекты правовой реальности. То же и с медиацией, институт не работает так как в некоторых зарубежных странах, значит причина в менталитете, в отсутствии прочных традиций данного явления. Упомянутая уже Моторина И.С. цитируя Лисицына В.В. пишет: «Правосознание россиян имеет характеристики, отличные от европейских и американских граждан, и готовность к компромиссу при урегулировании конфликта у нас в стране не столь выражена»¹³.

Вместе с тем изучение исторического материала показывает, что в нашей стране имеются прочные традиции использования альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров. В своей монографии я привожу ряд примеров, свидетельствующие о том, что длительное время и в

¹² Там же. С.68.

¹³ Моторина И.С. Модель судебной медиации в России // Российское правосудие. 2019. № 7. С.23.

среде казачества, и в среде горского населения применение медиации было предпочтительнее перед обращением в судебные органы. В частности, на уровне куреней и станиц осуществлялось общественное правосудие и основой для судебных дел служил правовой обычай. Ф.А. Щербина писал об этом следующее: «Низшие суды были обычными судами. Судопроизводство велось в них по тогдашнему выражению «голословно», то есть не канцелярским способом на бумаге, а устным разбирательством – на словах и при обязательном условии состязательного начала. Это был излюбленный народный способ судопроизводства, и тщетно пыталась войсковая администрация придать ему канцелярский характер». Историк приводит интересные сведения: «В 1834 году земский начальник сотник Яглич, ревизуя куренные управления нашел, что в судебные книги вовсе не вносились ни судебные дела, ни решения по ним – «книги везде чистые», судопроизводство «велось всюду словесно», без письменных записей. Атаман Заводовский предписал куренным управлениям вносить в судебные книги решения и судебные дела. Но и после атаманского циркуляра книги оставались «чистыми». Благодаря этому обстоятельству в войсковом архиве почти не оставалось материалов о деятельности куренных судов». Игнорирование данных требований не противоречило сложившемуся в среде казачества правовому порядку¹⁴. И еще один пример. Для горского населения введение института мировых судей, предусмотренного судебной реформой 1864 года, откладывалось на неопределенный срок, а до этого разбирательство возникших между горцами дел, отнесенных к подсудности мировых судов, осуществляли горские словесные суды. Сфера юрисдикции данных судов определялась Временными правилами для горских словесных судов Кубанской и Терской областей. Согласно ст. 25 Правил, словесным судам были подведомственны уголовные, гражданские, шариатские и опекунские дела. Как отмечает Бабич И.Л., судебная практика словесных судов оказалась

¹⁴ Фарои Т.В. Правовое регулирование системы государственного управления, самоуправления и суда на Кубани в конце 18-начале 20 в.в. Краснодар, 2017. С. 202.

достаточно ограниченной в силу следующих причин. Во-первых, многие дела (например, дела об оскорблении и причинении побоев), попавшие в эти суды, заканчивались еще до начала процесса с помощью медиаторов. Во-вторых, ряд дел (например, о причинении увечий людям и животным) эти суды сами отказывались рассматривать, отсылая потерпевшую сторону в медиаторский суд (то есть традиционный горский суд с очень широким кругом компетенции, разрешавший споры между горцами). Практика показала, что адыги, например, по собственной воле редко обращались в горские словесные суды, поскольку в адыгских общинах доминировало мнение, что такое обращение позорно. К тем людям, которые подавали жалобы в горские словесные суды, общинники относились плохо. Среди адыгов считалось, что хорошие отношения между участниками конфликта, урегулированного с помощью посредника, восстанавливались быстро, тогда как между теми, кто судился в горском суде – никогда не восстанавливались¹⁵.

Данные примеры свидетельствуют о том, что в отечественной истории практически у всех народов существовали традиционные способы разрешения споров, люди договаривались и доверяли друг другу, так как неисполнение решений медиаторских судов приводила к гражданской смерти, что было хуже, чем преследование со стороны государства. Решения таких судов обеспечивались силой общественного мнения и порицания.

Вплоть до судебной реформы 1864 года в сфере гражданского судопроизводства на низовом уровне господствовала медиация. Все дело в том, что действуя на основе обычного права, «традиционная юстиция ставит своей целью не беспристрастное применение формальной законности, а поиск справедливости, понимаемой как наиболее целесообразное, с точки зрения жизнеспособности данного социума, решения конфликта»¹⁶. Государство поощряло такой порядок судопроизводства. В частности, в Положении об

¹⁵ Фарои Т.В. Правовое регулирование системы государственного управления, самоуправления и суда на Кубани в конце 18-начале 20 в.в. Краснодар, 2017. С. 158.

¹⁶ Там же. С.202.

управлении Черноморского войска 1827 года законодатель предусмотрел рассмотрение дел словесным разбирательством «сообразно с обычаями черноморцев и образом их жизни» (п. 51 Положения). При этом, как говорилось в п. 53 Положения 1827 года ни истец, ни ответчик «ни под каким предлогом отказываться от такого разбирательства не могут, кроме тех случаев, когда которая либо сторона имеет в оправдание свое ясные письменные документы». В таких случаях истец мог обратиться в Войсковой суд (п.56)¹⁷. Следовательно, в историческом контексте медиация показала свою эффективность и когда мы говорим о неэффективности медиации в современный период, то дело здесь не в менталитете и особенностях правового сознания.

Как уже отмечалось выше междисциплинарный подход расширяет возможности для исследований, что характерно для постнеклассической науки. «Социоморфная природа науки предполагает, что задачи для исследователей определяются общественными потребностями. Для современной России необходимость модернизации, в том числе социальной сферы, ставит перед деятелями науки, включая тех, кто изучает область права, новые, отсутствовавшие ранее проблемы. Прежде всего, это касается междисциплинарных исследований, имеющих огромный эвристический потенциал»¹⁸.

Аксиологический подход в юриспруденции обращает нас к понятию ценностей, в том числе и ценностей в праве. основополагающей ценностью, как известно, является человек, так как в конечном счете все делается человеком и во имя человека. Конституции РФ 1993 года в ст. 2 также закрепила, что высшей ценностью нашего государства являются права и свободы человека и гражданина, а их защита главной обязанностью

¹⁷ Там же. С.121.

¹⁸ Мироненко С.В. Междисциплинарный подход к анализу и применению понятия «Механизм процессуального доказывания» // *Universum: экономика и юриспруденция*

государства. Таким образом, человек это и субъект и объект исследования и все аспекты его жизнедеятельности представляют большой научный интерес.

В современной социологической, экономической науках и политологии все чаще обращаются к таким категориям как человеческий и социальный капитал. О человеческом капитале говорят даже представители власти. Так, в ходе послания Федеральному Собранию в 2016 г. Президент РФ В.В. Путин заявил о необходимости «сбережения народа и приумножения человеческого капитала как главного богатства страны».

Однако люди живут в обществе и большую ценность представляют социальные связи и взаимодействия.

Для исследования института медиации необходимо разобраться с понятием социальный капитал, определить его ценность для развития не только экономики, но и права. Социальный капитал, являющийся общественным благом, предполагает необходимость учета характеристик социума, в частности взаимоотношений между людьми, при определении основных факторов, определяющих эффективность действий по достижению общественно значимых целей. Он является групповым ресурсом и не может быть измерен на индивидуальном уровне. Известный исследователь социального капитала Полищук Л.И. дает следующее определение этому понятию: «Социальный капитал – это способность людей к сотрудничеству, кооперации, совместным действиям ради общей цели»¹⁹.

Как определяют некоторые ученые-экономисты, социальный капитал является драйвером экономического развития. Экономическое значение социального капитала состоит в том, что он уменьшает издержки на координацию совместной деятельности, заменяя контракты, формальные правила и бюрократические процедуры отношениями доверия, усвоенными профессиональными стандартами, этикой общения – теми неформальными нормами, которые передаются культурными традициями и образованием. Он

¹⁹ Полищук Л.И. Социальный капитал и развитие. Лекция. 15 апреля 2016 г. Economyfaculty.gaidarfund.ru

определяется как способность людей действовать сообща, умение договариваться для достижения общественных целей. Согласно трехфазной модели Роберта Патнэма, социальный капитал имеет следующую структуру: социальные нормы, социальные связи и доверие, причем доверие – это основной критерий социального капитала. Доверие – это открытые, положительные взаимоотношения между людьми, содержащие уверенность в порядочности и доброжелательности другого человека, с которым доверяющий находится в тех или иных отношениях. Доверие зависит от степени соблюдения оговоренных правил, а также от умения правильно действовать, достигая обозначенной цели для субъектов, даже в случаях, когда некоторые правила не оговорены. Таким образом, одним из показателей доверия является готовность следовать правилам игры (институтам), принятым в обществе, например, отдавать долги, следовать принятым обычаям и т.д. «Доверие, отмечает Полищук Л.И. - это когда люди верят слову друг друга, когда они готовы заключать соглашения друг с другом, и при этом в разумной степени уверены, что данные обязательства будут выполнены. Нормы и ценности – это представления людей о добре и зле, о том, что допустимо, а что нет, что аморально, а что приемлемо, что возможно сделать. Чтобы реализовать договоренности по Коузу, нужны «просоциальные» ценности, когда люди принимают во внимание не только свои собственные интересы, но и интересы окружающих»²⁰.

Социальный капитал – это потенциал общества способного без вмешательства государства саморегулироваться и саморазвиваться.

Медиацию также можно рассматривать как социальную ценность, относящуюся к саморазвивающейся и саморегулирующейся системе, так как заставить граждан обращаться к медиации невозможно пока для этого не будет достаточен уровень доверия в обществе и выраженное желание (воля) договариваться и идти на компромиссы. Это объясняет суждение Ершова В.В.

²⁰ Полищук Л.И. Социальный капитал и развитие. Лекция. 15 апреля 2016 г. Economyfaculty.gaidarfund.ru

о том, что «одним из возможных способов «саморегуляции», присущих всем социальным системам, в частности, системе права, и является индивидуальное регулирование общественных отношений»²¹, к которому он также относит медиацию. Ученый справедливо отмечает: «В случае возникновения спора между сторонами сложившихся правоотношений их индивидуальное регулирование может осуществляться в том числе иными управомоченными лицами и (или) органами. Например,...с участием в качестве посредника независимого лица – медиатора (процедуры медиации)²². В связи с этим по субъектам индивидуального регулирования общественных отношений можно, в частности, выделить.....2) индивидуальное медиативное регулирование²³.

Таким образом медиация – это институт гражданского общества, государство должно лишь обеспечить условия для его существования, создать нормативно-правовые основы его развитию, но пока не будет восстановлен уровень доверия, пока люди не будут желать договариваться и приходить к компромиссам данный институт эффективно работать не будет. Поэтому не имеет значение кто конкретно будет медиатором – судья в отставке либо юрист-психолог, какая будет реализована модель медиации, если сами люди не готовы на компромисс и не доверяют друг другу, не доверяют тому, что медиативное решение будет исполнено.

Следовательно – медиация это своего рода лакмусовая бумажка, по которой можно определить уровень развития социального капитала в обществе, без которого невозможно экономическое процветание.

В современной России уровень доверия очень низкий, исследованию причин его падения также посвящены научные статьи как отечественных, так и зарубежных ученых. Считается что уровень доверия сильно упал в 90-е годы 20 века, на развилке исторического развития нашей страны. Вернуть или поднять доверие как социальную ценность – дело не одного дня, поэтому

²¹ Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений. М., 2018. С.421.

²² Там же. С. 134-135.

²³ Там же. С. 135.

востребованность медиации может являться показателем роста уровня доверия в обществе.

Список цитируемой литературы

1. Башмакова Н.И., Рыжова Н.И. и Кузнецова О.А. Историческая ретроспектива медиации как интегративного понятия: парадигмы изучения и междисциплинарность // Управленческое консультирование. 2015. № 6. С. 160.
2. Бабич И.Л. Правовая культура адыгов (история и современность): автореф. дис.... д-ра ист. наук: 07.00.07. – М7, 2000.
3. Абазов А.Х. Интеграция медиаторских судов кабардинцев в правовую систему Российской империи в 19 в. // Вестник СПбГУ. Сер. 2. 2002. Вып. 4. С. 185.
4. Моторина И.С. Модель судебной медиации в России // Российское правосудие. 2019. № 7. С.20.
5. Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений. М., 2018.
6. Фарои Т.В. Правовое регулирование системы государственного управления, самоуправления и суда на Кубани в конце 18-начале 20 в.в. Краснодар, 2017.
7. Мироненко С.В. Междисциплинарный подход к анализу и применению понятия «Механизм процессуального доказывания» // Universum: экономика и юриспруденция
8. Полищук Л.И. Социальный капитал и развитие. Лекция. 15 апреля 2016 г.