**Понятие медиации**

Тема 1. Понятие медиации

**Что такое медиация?**

 Это старинная форма разрешения спора, предполагающая участие нейтральной незаинтересованной стороны, авторитетной для всех участников - медиатора. Понятие «медиация» происходит от латинского «mediare» - посредничать. Медиация, основными принципами которой являются проявление уважения друг к другу, принятие друг друга, умение слушать и слышать, обязательное соблюдение конфиденциальности - это возможность для всех участников спора выйти из него победителями при отсутствии побежденных.
 Медиация - это процесс, в котором стороны встречаются с совместно избранным, беспристрастным, нейтральным специалистом-медиатором(посредником), который помогает им вести переговоры, с целью выработки взаимоприемлемого жизнеспособного решения в условиях существующих между ними различий интересов. Медиация - это междисциплинарная область, находящаяся на стыке юриспруденции, психологии, социологии, конфликтологии и т.д.

Медиация позволяет экономить время, финансы и, что самое главное, - эмоциональные ресурсы. В отличие от судебного процесса, процесс медиации работает в полной мере и с эмоциональной составляющей возникшего несогласия сторон, что, с одной стороны, необходимо и полезно для выработки участниками взаимоприемлемого соглашения, а с другой - может предотвратить тяжелые последствия психологической травмы и обеспечить жизнеспособность соглашения. При этом сам процесс достижения соглашения всегда остаётся скрытым от посторонних глаз и не предаётся огласке.

Человек, как существо общественное, постоянно вступает в коммуникацию с другими индивидами. В процессе этой коммуникации непременно возникают ситуации, при которых интересы индивидов вступают в противоречие друг с другом, что, в свою очередь, может перерасти в спор, то есть в открытую форму проявления конфликта. В этом случае одной из главных задач социума становиться урегулировать конфликт между своими членами. Одним из способов урегулирования социального конфликта и является медиация. В этой связи, важнейшим вопросом является вопрос о генезисе медиации, то есть вопрос о том историческом моменте, в котором медиация возникла. Можно выделить три гипотезы о моменте становления (генезиса) медиации: архаичную, государственную, постмодернистскую.

**Архаичная теория генезиса медиации** основана на предположении о том, что признаки медиационных процедур существовали уже в момент становления человеческого социума. Можно предположить, что впервые посреднические процедуры были применены тогда, когда стороны для разрешения своего конфликта привлекли третью, нейтральную сторону. И здесь же произошло первое разветвление посредничества на две ветви на посредничество силовое и посредничество медиационное. В случае силового посредничества конфликт разрешался обязательным для сторон решением посредника. При силовом посредничестве посредник может как избираться сторонами, так и назначаться независимо от воли конфликтующих сторон.

В случае с медиационным посредничеством, стороны, под руководством протомедиатора, сами проходили по пути к разрешению конфликта. Протомедиатор выбирался исключительно обеими спорящими сторонами. Протомедиатор не выносил обязательного решения, каждая сторона сама решала выполнять ли достигнутое соглашение.

Очевидно, что и в роли силовых и медиационных посредников выступали наделенные интеллектом и особенными компетенциями индивиды: вожди, жрецы, лекари, пожилые люди и т.п. При этом, в случае с силовым посредничеством интеллект и специальные компетенции были менее важны, чем в посредничестве медиационном.

В контексте архаичной теории генезиса и развития институтов по разрешению социальных конфликтов, со времен архаичного периода, в человеческой цивилизации параллельно существуют два посреднических способа разрешения конфликтов: силовой и медиационный. Сложно сказать, какой из этих способов являлся в определенный исторический период доминирующим, так как огромное количество конфликтов и способов, которые были применены к их разрешению, весьма сложно поддается оценке. Можно только с уверенностью утверждать, что с момента возникновения государственного устройства организации общества и до сегодняшнего дня официальным, является силовой способ посредничества (судебная система).

**Государственная теория генезиса медиации**  рассматривает такое социальное образование, как государство в качестве механизма обуздания социального конфликта. Государство является силовым посредником при разрешении социальных конфликтов. Вооружившись таким институтом как право, государство в принудительном порядке стремится пресечь все социальные конфликты.

При историческом анализе видно, что Русское государство появилось как механизм урегулирования социальных конфликтов между славянскими племенами. Так, например, в Повести временных лет описывается призвание варягов во главе с Рюриком в 862 году и появления Руси: «*…Въ лето 6370. Изъгнаша варягы за море. и не даша имъ дани. и почаша сами в собе аладети. и не бе въ нихъ правьды. ивъста родъ на родъ. и быша усобице въ нихъ. и воевати сами на ся почаша. и реша сами в себе поищемъ собе князя иже бы владелъ нами и рядилъ по ряду и по праву».*Интерпретируем этот текст с позиции конфликтологии. Новгородцы сами захотели управлять своим обществом. Изгнали управленцев — варягов. Однако сами не смогли урегулировать возникший между собой конфликт. Решили призвать князя для урегулирования внутреннего конфликта. Появилось государство как внешняя к социуму сила (судья — властный посредник) для урегулирования социальных конфликтов. Государство пришло на смену архаичному способу разрешения конфликтов — посредничеству, основанному на сочетании силового и медиационного посредничества.

Нельзя категорически утверждать, что медиационное посредничество было полностью вытеснено посредничеством силовым. Вне правового поля конфликты разрешались как при помощи силового, так и медиационного посредничества. В некоторых случаях, медиационное посредничество проникало даже в поле правовое. В государственный период развития медиации наиболее «чисто» медиация применялась при разрешении международных правовых споров. Дело в том, что государство, являясь силовым посредником по отношению к своему населению, могло осуществлять подобный подход при разрешении международных споров только в формате вооруженного вмешательства. Когда вооруженное вмешательство было опасным для самого государства-посредника, оно обращалось к медиационным процедурам. Подобные процедуры получили наименование: «ходатайство», «посредничество», «предложение добрых услуг».

В России***альтернативные способы*** (альтернативные государственному) разрешения конфликтов продолжали существовать даже после появления государства. К этим альтернативным способам прибегали с целью разрешения конфликтов и среди крестьянства, и среди других слоев общества, например, при помощи института дуэли.

Некоторые формы альтернативных способов разрешения конфликтов получили правовое закрепление, например, в состав судебных учреждений входил «совестный суд», От посредников совестного суда требовалось пытаться произвести примирение сторон.

**Постмодернистская теория генезиса медиации**. Дальнейшая история показала, что государство как конструкция для урегулирования конфликтов в формате силового посредничества не без издержек, конечно (внешние войны, социальная несправедливость и т.п.), но все же оказалась довольно удачной конструкцией. Однако эта система урегулирования конфликтов постепенно стала давать сбои, что подвигло общество к поиску новых способов разрешения социальных конфликтов. Поиску новых форм разрешения социальных конфликтов способствовало и появление в начале XX века постмодерна: «Постмодернизм — это ответ модернизму: раз уж прошлое невозможно уничтожить, ибо его уничтожение ведет к немоте, его нужно переосмыслить, иронично, без наивности».

И передовой в вопросе поиска новых форм разрешения социальных конфликтов, стала доминирующая во второй половине XX веке североамериканская цивилизация. Так, в этот период, в стремительно развивающейся американской экономике возникла новая форма конфликтов: борьба между образовавшимися профсоюзами и работодателями за условия труда и размер заработной платы. Возникала угроза забастовок, массовых увольнений и закрытия предприятий. Возможные последствия эскалации подобных конфликтов в формате СССР отчетливо стояли перед глазами как управляющей элиты, так и всего американского социума. Тогда государство решило создать специальную службу, которая должна была выступать в качестве нейтрального посредника в конфликтах между работниками и работодателями. Так в 1947 г. была создана Федеральная служба посредничества (медиации) и примирения.

Следующим этапом по пути к возникновению медиации стало появление в США в конце 60-х гг. таких организаций, как «Community Mediation» и «Neighborhood Justice Centers». Эти общественные организации были призваны способствовать разрешению конфликтов на уровне семьи, соседских отношений. Главной целью подобной медиации — предоставить альтернативную судебной системе площадку для разрешения социальных конфликтов.

Следующей предпосылкой стали особенности американского гражданского процесса, сложившиеся к 60-м гг. Согласно законодательству США, бремя расходов на услуги адвоката несет каждая из спорящих сторон, независимо от исхода дела. В экономических спорах эти траты достигали значительных сумм, порой превышающих стоимость самого спора.

Медиация стала идентифицироваться с середины 70-х гг. в связи с деятельностью научного сообщества. То есть с момента, когда она стала распознаваться учеными в качестве самостоятельной формы разрешения социальных конфликтов. Моментом научной идентификации такого явления, как медиация стал момент проведения Конференции 1976 г. (Конференция Паунда). Именно с этого года медиация стала самостоятельным объектом научного исследования, что, в свою очередь повлекло ее активное практическое применение в рамках всей цивилизованной части социума.

Итак, можно выделить следующие ***подходы к моменту становления (генезиса) медиации:***

1) **архаичный** — медиация появилась с момента возникновения человеческого социума;

2) **государственный** — медиация появилась с момента ее правового закрепления, то есть с момента возникновения государства;

3) **постмодернистский** — медиация появилась с момента ее научной идентификации, то есть с 1976 года.

***Развитие медиации***

Дальнейшее развитие медиации неразрывно связано с развитием науки и образования. Причина такой прочной связи в том, что медиационная деятельность — это деятельность высокоинтеллектуальная. Предшествующее медиационному принудительное посредничество значительных интеллектуальных усилий не требует, так как в этом случае конфликтующих сторон к, например, судье приведут, решение судьи будет для сторон обязательно, а если они ему воспротивятся, это решение будет исполнено принудительно. Для медиационного посредника требуются уже специальные познания и компетенции, которые могут ему дать только наука и образование.

Первой научной гипотезой в контексте науки медиация стало различение понятий «позиция» и «интерес» (Р.Фишер и У.Ури). Так в ходе коммуникации стороны озвучивают свои позиции, которые, вне контекста говорящего, могут вводить в заблуждение относительно его целей. Было выдвинуто предположение о том, что в ходе конфликтной коммуникации необходимо «докопаться» до целей сторон, которые обычно не озвучиваются. В качестве кейса приводится ситуация «мать, дочери и апельсин». Каждая из дочерей заявляет матери свою позицию: «Я желаю весь этот апельсин». Позиции несогласуемы. Если мать, основываясь на позициях сторон, в целях разрешения конфликта разрежет апельсин пополам, это не приведет к разрешению конфликта, так как каждая из сестер согласна исключительно на целый апельсин. Если же мать (медиатор) с помощью вопросов могла, например, обнаружить, что одна из дочерей заинтересована в соке из апельсина, а другая желала бы получить цедру апельсина, то она бы разрешила конфликт к удовольствию всех сторон. Согласно гарвардской концепции, задача медиатора состоит в том, чтобы сконцентрировать внимание сторон на их реальных интересах, а не на проговариваемых позициях.

Практика применения медиации показала, что в ряде случаев этот метод более конкурентоспособен по сравнению с судопроизводством. Медиация гибка, она не требует от конфликтующих сторон выработки однозначной позиции, она допускает наличие различий в точках зрения сторон.

**Медиация** как инновационный способ разрешения конфликта стал развиваться в России с середины 90-х гг., когда стала поступать информация о положительном опыте в разрешении социальных конфликтов со стороны зарубежной медиации. Иностранные медиаторы стали делиться своим опытом применения медиации в США и Европе, проводить обучение специалистов.

Чуть позже обнаружилось, что традиционные судебные формы разрешения споров перестали удовлетворять потребности российского общества. Значительное усложнение судебной системы, выросшая на порядок, по сравнению с 90 годами, штатная численность судейского корпуса и обслуживающего его персонала основной своей задачей предполагали «гашение» набирающих силу социальных конфликтов. Однако даже передовое на начало XXI века в России арбитражное производство, со сравнительно высоким профессионализмом судей, наведенным порядком в управлении, активным использованием передовых электронных технологий, еще далеко от того, что хотело бы видеть общество.

Еще одним маркером неэффективности судебной системы являлось функционирование альтернативно-криминальных способов разрешения конфликтов, например, в бизнес-среде. Ни для кого не секрет, что значительная часть бизнес-конфликтов разрешается с использованием неформальных приемов, так называемых «разборок». Отдавая должное скорости и результативности этого подхода к разрешению конфликтов, хочется отметить его особую травмоопасность и незначительную интеллектуальную составляющую. Подобный метод ближе к архаичной, чем к современной медиации.

С начала XXI века в России ведется массированная работа по поляризации медиации и ее приемов. В России повторилась тенденция «научного» продвижения медиации. Так в России были созданы специализированные центры — Научно-методический центр медиации и права (г. Москва), Уральский центр медиации (г. Екатеринбург), Лига медиаторов (г. Санкт-Петербург) и некоторые другие, которые занимались и занимаются просветительской и учебной деятельностью в плане подготовки медиаторов посредством системы тренингов и семинаров. Кроме того, представители этих организаций, имеющие право осуществлять посредническую деятельность, принимают активное участие в оказании медиативных услуг.

С 2006 г. выходит журнал «Медиация и право». Это первое в России специализированное издание о медиации. Журнал ориентирован на широкую читательскую аудиторию, в первую очередь на юристов, адвокатов, бизнесменов, политиков, государственных чиновников, социальных работников, и всех, в чьей повседневной деятельности часто приходится иметь дело со столкновением интересов, разрешать конфликты и споры.

Несмотря на появление медиации, де-юре, правовое регулирование медиации фактически отсутствовало до 2010 года. Исключением являлся Арбитражно-процессуальный кодекс РФ (далее — АПК РФ), который упоминал о такой процедуре. В соответствии с ч. 1 подп. 2 ст. 135 АПК РФ судья разъясняет сторонам их право обратиться на любой стадии арбитражного процесса в целях урегулирования спора за содействием к посреднику, в том числе к медиатору, в порядке, установленном федеральным законом. Статья 138 АПК РФ устанавливает, что арбитражный суд принимает меры для примирения сторон, содействует им в урегулировании спора, в частности, стороны могут урегулировать спор, заключив мировое соглашение или применяя другие примирительные процедуры, в том числе процедуру медиации, если это не противоречит федеральному закону.

В этот период принимались неоднократные попытки разработать специальный закон о медиации, однако многочисленные проекты не получали достаточной поддержки. 27 июля 2010 г. он был принят Государственной Думой Российской Федерации. Так Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» легализировал медиацию в России (далее — Закон «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)».

Оценить значение этого нормативно-правового акта в истории медиации России еще предстоит. Очевидно, что это попытка государства поставить под контроль медиационную деятельность, что претит самой ее сущности. С другой стороны этот закон запустил процесс появления специальных курсов по подготовке профессиональных медиаторов. Так в октябре 2012 года «Международный центр подготовки кадров» при Волгоградской торгово-промышленной палате первый в Волгоградской области приступил к реализации программы повышения квалификации по направлению «Медиация. Базовый курс». Через некоторое время образовалась и профессиональная группа тренеров медиаторов. Для того чтобы стать профессиональным медиатором, необходимо не только высшее базовое образование, но и специальные знания и компетенции, которые и получают слушатели курсов. В программу подготовки, которая составляет 120 часов, входят: юридические основы медиации, изучение ее процедур, организация и маркетинг медиационной деятельности, а так же большой психологический блок. Вокруг этих курсов стали складываться различные научные направления в медиационной сфере.

Сегодня можно констатировать следующий факт, в России идет первый, научный период развития медиации. Этот период характеризуется появлением научного интереса к вопросам медиации, становлением научных медиационных школ, возникновением обучающих программ по подготовке профессиональных медиаторов.

 **1.2. Разнообразие пониманий медиации**

Медиация, будучи объектом с высоким интеллектуальным наполнением, может быть понята при кропотливом исследовании в различных своих проявлениях. Представим несколько пониманий этого социального явления: этимологическое, деятельностное, юридическое.

***Этимологическое понимание*** — это исследование происхождения самого слова медиация. Медиация — от лат. *mediare* и англ. *mediation* — посредничество. Этот термин заимствован, то есть произошло добавление к латинскому термину «mediare» дополнительного смысла. Это достаточно распространенное явление, когда после идентификации какого-либо явления встает вопрос о его наименовании. И здесь перед лицом, дающим Имя, встает дилемма — или придумать открытому им явлению «чистое имя», или взять уже известный термин. Очевидно, что исследователи нового способа разрешения социальных конфликтов пошли по второму пути и взяли, как это часто бывает, термин из латинского языка. При этом в слове остались его первоначальные смыслы, но так же появились и новые.

Первоначальный смысл слова медиация— *mediare — посредничество* — занимать середину между двумя точками зрения или сторонами, предлагать средний путь, держаться нейтрально. В современном русском языке есть множество слов с корнем медиа, помимо слова медиация (способ разрешения конфликтов).

**Медиатор (плектр)** — тонкая пластинка из различного материала (кость, пластмасса, металл), площадью около двух квадратных сантиметров, обычно в форме треугольника со скругленными углами. Заостренным концом медиатора зацепляют струны при игре на некоторых щипковых инструментах (гитаре, мандолине, балалайке).

**Масс-медиа** — (лат. massa — масса + medius — средний, нейтральный) — бытовое обозначение средств массовой информации (коммуникации): печатная пресса, телевидение, информационные сайты сети Интернет.

**Химический медиатор** — это химическое вещество, передающее сигналы от одного нейрона к другому.

В приведенных случаях использования корня media мы видим общее в том, что в предметах и явлениях, которые обозначает слово с этим корнем, присутствует посредник. В случае с медиатором как приспособлением для игры — это посредник между исполнителем и инструментом, в случае с масс-медиа — это посредник между информацией и потребителем информацией, в химическом медиаторе — это посредник между нейронами. Общее между подобными посредниками то, что они обеспечивают коммуникацию в необходимый для коммуницируемых субъектов момент. Потребность в медиации возникает тогда, когда прямая коммуникация или невозможна (в случае с химическим медиатором) или затруднена (болезненные ощущения игры пальцами без использования музыкального медиатора или невозможности находиться на месте событий и получение о них информации посредством масс-медиа).

Согласно этимологическому подходу медиация*—*это посредничество между двумя взаимодействующими субъектами.

***Деятельностное определение медиации*** дает ее определение посредством социальной деятельности. То есть медиация, наряду с другими видами социальной деятельности — экономической, юридической, политической, является разновидностью деятельности социальной. Рассмотрим несколько определений медиации, данных в рамках подобного подхода.

В.Ф. Яковлев дает следующее определение понятию «медиация»: «**Медиация** — это один из видов посредничества, она представляет собой деятельность специалиста по урегулированию спора в рамках переговоров спорящих сторон в целях заключения между ними мирового соглашения».

Г. Хесль под ***медиацией*** понимает «содействие посредничающего внешнего третьего, медиатора… в выработке совместно всеми участниками конфликта, готовыми принять на себя ответственность…».

Ценность деятельностного понимания медиации заключается в том, что последняя идентифицируется в качестве динамического образования и в том, что этой динамики, осуществляющейся во времени, свойственна определенная процедура. Разновидность деятельностного понимания медиации — это понимание медиации как процесса, определенной процедуры.

Еще одной ценностью деятельностного подхода в определении медиации является возможность провести ***систематизацию*** всех видов социальной деятельности и определить место медиационной деятельности в этой системе. Для этого воспользуемся таким приемом, как диарезис. Социальная деятельность делится на две части: направленная к созданию конфликта и направленная к урегулированию конфликта.

К деятельности, направленной к созданию конфликта, можно отнести: войны, заключение брака, дружба, ведение бизнеса и т.п.

К деятельности, направленной к прекращению конфликта, можно отнести: судебную деятельность, переговоры и т.п.

Очевидно, что медиационная деятельность относится ко второму виду социальной деятельности. В свою очередь, деятельность, направленную к урегулированию конфликта, можно разделить на две части: деятельность по принудительному урегулированию конфликта и деятельность по добровольному урегулированию конфликта.

Признаком деятельности по принудительному прекращению конфликта является элемент принуждения на любой стадии этой деятельности. Принудительно — значит, стороны не могут в определенный момент отказаться от этой процедуры. К деятельности по принудительному прекращению конфликта относится: суд, третейский суд, комиссия по разрешению трудовых споров.

Судебная система наиболее «принудительная» система по прекращению социальных споров, но и она неоднородна в степени наполненности принуждением. Самым принудительным является уголовное судопроизводство. Практически тотальное принуждение при начале уголовного судопроизводства для обеих спорящих сторон, и еще более строго принуждение в основной стадии уголовного процесса и в стадии исполнительного производства.

Гражданское судопроизводство дает определенную свободу одной стороне (истцу), но жестко принуждает другую сторону — ответчика.

Третейский суд условно представляет альтернативную форму разрешения гражданско-правовых споров. Третейское судопроизводство основано на ряде принципов: добровольное волеизъявлении сторон, возможность выбора третейского судьи, конфиденциальности третейского процесса. На стадии самого третейского процесса стороны обладают возможностью устанавливать третейскую процедуру, однако стороны уже принуждены участвовать в самом процессе. Тотальное принуждение присутствует на стадии вынесения третейским судом своего решения и его исполнение. Так в законодательстве закреплено обязательство сторон исполнить решение третейского суда, которое обеспечивается государственным принуждением.

***Комиссия по разрешению трудовых споров*** — способ рассмотрения трудовых споров. В этой процедуре принимают участие работники, руководители предприятия, юристы и, в случае договоренности, третье независимое лицо. До начала заседания комиссии по разрешению трудовых споров стороны обязаны обменяться информацией (формат претензионного порядка), что позволяет уточнить актуальные интересы сторон. Комиссия состоит из представителей сторон, обладающих полномочиями для прекращения спора. В случае, если в деле принимает участие нейтральный юрисконсульт, то он может выступать в роли посредника или консультанта.

К ***деятельности по добровольному прекращению конфликта*** относится деятельность, в ходе которой каждая сторона может выйти из этой деятельности. Очевидно, что к этому виду деятельности относится и медиационная деятельность. Продолжим диарезис этого вида социальной деятельности. Деятельность по добровольному прекращению конфликта делиться на два вида: без посредника и с посредником.

**К** ***деятельности по добровольному прекращению конфликта без посредника*** можно отнести переговоры.

**Переговоры** — это форма коммуникации между сторонами для достижения своих целей, при которой каждая из сторон имеет равные возможности в контроле ситуации и принятии решения. Необходимо выделить следующие ***функции переговоров:***

* поиск совместного решения проблемы;
* информационная функция;
* коммуникативная функция;
* регулятивная функция;
* пропагандистская функция;
* маскировочная функция.

В переговорах отсутствует принуждение. Стороны в любой момент могут выйти из этого социального процесса. К сожалению, переговоры не всегда заканчиваются прекращением спора, так как этому могут препятствовать явления, представленные следующими концептами:

* «завышение требований»;
* «расстановка ложных акцентов в собственной позиции»;
* «выжидание»;
* «салями»;
* «палочные доводы»;
* «преднамеренный обман»;
* «выдвижение требований по возрастающей»;
* «выдвижение требований в последнюю минуту»;
* «двойное толкование»;
* «оказание давления на оппонента»;
* «разделение ролей».

Именно поэтому возникает потребность в посреднике.

**В*****деятельности по добровольному прекращению конфликта с посредником****,* помимо спорящих сторон, присутствует третье лицо. Степень вовлеченности третей стороны в этот процесс может быть различной. По степени этой вовлеченности выделим следующие виды социальной деятельности по добровольному прекращению конфликта с посредником: примирение, предварительная оценка нейтральной стороной, независимое экспертное заключение, модерация, медиация.

**Примирение***—*способ прекращения спора с участием третьего лица. Это третье лицо наделено правами самостоятельно разрабатывать и рекомендовать условия прекращения спора между сторонами. Эти рекомендации не обязательны для спорящих сторон, но они призваны добросовестно рассмотреть взаимные предложения и предложения третьего лица.

**Предварительная оценка нейтральной стороной —**способ разрешения спора с участием третьего лица. В этом формате разрешения конфликта стороны обращаются к нейтральной стороне за устной или письменной оценкой положения дела. Эта оценка не имеет юридической силы.

**Независимое экспертное заключение** — это форма разрешения спора с участием третьего лица (эксперта). Эксперт обладает специальными познаниями в области предмета спора. Эксперт, после изучения материалов спора, дает свое заключение, на которое стороны могут опереться при урегулировании спора.

**Модерация** — создание атмосферы переговоров: предоставление каждой стороне слова, устранение конфликтных ситуаций и т.п.

Проведя диарезис социальной деятельности, можно дать понятие медиации как вида социальной деятельности.

Медиация*—*это вид социальной деятельности по добровольному прекращению конфликта с участием посредника.

***Субъектный подход*** ***в определении медиации*** делает акцент на тех субъектов, которые принимают в ней участие. Этих субъектов три: две стороны и, связывающая эти стороны, третья сторона — медиатор. Рассмотрим определения с преобладающим субъективным подходом.

О.В. Александрова дает следующее определение медиации: «**Медиация**— это переговоры с участием третьей нейтральной стороны, которая является заинтересованной только лишь в том, чтобы стороны разрешили свой спор (конфликт) максимально выгодно для обеих сторон».

Е.И. Носырева: «**Медиация** — процесс урегулирования разногласий самими сторонами при помощи третьего независимого участника — посредника».

Основной акцент в субъектном подходе делается на третью сторону — медиатора. В субъектном подходе медиатор — это лицо, обладающее компетенцией к разрешению конфликта. В этом случае необходимо различать два понимания термина «компетенция»: широкий и узкий.

Согласно широкому пониманию ***компетенция*** (от лат. *сompetere —*соответствовать, подходить) — способность применять знания, умения, успешно действовать на основе практического опыта при решении задач общего рода в определенной области. Под ***компетенцией*** ***в узком смысле*** понимается наделение субъекта определенным статусом, который, в свою очередь, состоит из совокупности прав и обязанностей.

Субъектный подход основывается на широком понимании компетенции, как признака третей стороны в медиации — медиатора. Медиатор — это не тот, кто обладает юридически закрепленными правами и обязанностями (юридический подход), а тот, кто обладает специальными знаниями и умениями в области медиации, успешно осуществляющий деятельность по добровольному урегулированию конфликта.

***Юридический подход в определении медиации*** основан на концепте «альтернативные процедуры урегулирования споров». То есть существуют основные процедуры урегулирования споров, под этими процедурами подразумевается судебные процедуры и альтернативный — это все остальные способы разрешения конфликтов. Такой подход видится нам бесперспективным. Понятие «альтернативные процедуры урегулирования споров» не наполнено содержанием. Даже если мы определим содержание понятия «основные процедуры урегулирования споров», мы не приблизимся к пониманию процедур альтернативных. Это все равно, что давать следующее определение понятию «человек» — это не карандаш.

Юридическим определением понятия «медиация» с полным основанием можно считать его понимание, закрепленное в Законе «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», которое дано через правоотношения: «отношения, связанные с применением процедуры медиации к спорам, возникающим из гражданских правоотношений, в том числе в связи с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, а также спорам, возникающим из трудовых правоотношений и семейных правоотношений». Под процедурой медиации закон понимает способ урегулирования споров при содействии медиатора на основе добровольного согласия сторон в целях достижения ими взаимоприемлемого решения.

Юридическое определение медиации нелегитимно. Дело в том, что если поместить медиацию в контекст юриспруденции, она перестанет быть медиацией, так как юриспруденция предполагает принуждение. Так в Законе «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» закреплены следующие формы принуждения:

1) ограничение сферы применения медиации гражданской, трудовой и семейной сферой, в этих разрешенных сферах медиация запрещена:

* в случае возникновения коллективных трудовых споров;
* при разрешении споров, затрагивающих права и интересы третьих лиц, не участвующих в медиации;
* при разрешении споров, где одной из сторон является государство;
* в случае возникновения уголовно-правовых конфликтов;

2) сегрегация медиаторов на два вида: профессиональные и иные медиаторы;

3) обязательная юридическая сила медиативного соглашения;

4) обязательная организационная структура работы профессиональных медиаторов.

На основании изложенного, можно сделать следующий вывод: в рамках юридического подхода дать определении медиации невозможно, а значит, медиация не является юридическим видом деятельности.

На основании изложенных подходов к пониманию медиации, представим ее признаки:

1)**коммуникация**: медиация — это процесс решения конфликтов путем коммуникации, в которой поддерживаются обе стороны, чтобы в итоге обе чувствовали себя победителями;

2) **добровольность**: медиация — это добровольный на всех своих стадиях процесс. Только от самих сторон зависит, будет ли процесс медиации продолжаться;

3) **активность** конфликтующих сторон в выборе посредника, в обсуждении аргументов и доводов друг друга, в выработке взаимоприемлемого решения, в исполнении решения;

4) **посредничество** — к урегулированию спора призывается третья сторона;

5) **нейтральность** — посредничество может осуществлять лицо, равнодушно относящееся к самому конфликту (отсутствие конфликта интересов);

6) **отсутствие полномочий** — медиатор не обладает полномочиями для принятия решения в целях разрешения конфликта;

7) **самостоятельность поиска** — медиатор не представляет сторонам проект решения проблемы;

8) **компромисс** — медиация является компромиссным способом разрешения споров;

9) **процедурность** — медиация является процессом по урегулированию разногласий, проходящим определенные стадии;

10) **постмодерность** — действие вне рамок стереотипов и вне рамок правового регулирования.

 **1.3. Медиация как междисциплинарная область**

Медиацию следует понимать в трех значениях: как сферу социальной деятельности, как науку и как учебную дисциплину. Выше было представлено многообразие понимания медиации, как сферы социальной деятельности. Понимание медиации как сферы науки не входит в формат настоящего учебного пособия, так как это жанр такого формата, как монография. В этом параграфе остановимся на понимании медиации в качестве учебной дисциплины и ее междисциплинарных связей.

Медиация как учебная дисциплина — это совокупность систематизированного учебного материала, призванного обучить медиационной деятельности. Медиация в качестве учебной дисциплины, представлена на практике в двух форматах: как учебная дисциплина в рамках какой-либо специальности, например, юриспруденции и курсов подготовки медиаторов.

Медиация, как учебная дисциплина в высших учебных заведениях, присутствует в следующих специальностях: юриспруденция, конфликтология и психология. Наименование самой дисциплины может быть различным в различных вузах: медиация, конфликтология и медиация, альтернативные способы разрешения юридических конфликтов и т.п. Очевидно, что эта дисциплина имеет прикладной характер и хорошо вписывается в парадигму практико-ориентированного обучения. Изучение же медиации в рамках трех специальностей, говорит о ее потребности для представителей, соответственно, трех профессий: юристов, конфликтологов и психологов.

Курсы в рамках программы подготовки медиаторов с 2011 года проводятся на основании приказа министерства образования (далее — Приказ). Эти курсы являются дополнительной профессиональной образовательной программой профессиональной переподготовки, то есть к их прохождению допускаются лица, обладающие высшим образованием.

Программа подготовки медиаторов состоит из трех образовательных программ: «Медиация. Базовый курс», «Медиация. Особенности применения медиации» и «Медиация. Курс подготовки тренеров медиаторов». Остановимся на первой ступени подготовки медиаторов «Медиация. Базовый курс», так как именно для этой программы и написано настоящее учебное пособие, а его главы, в основном, соответствуют модулям этой образовательной программы.

«Медиация. Базовый курс» — ключевая образовательная программа. Лица, успешно освоившие эту образовательную программу, вправе вести практическую деятельность в качестве медиатора на профессиональной основе без права преподавания медиации. Прохождение остальных образовательных программ возможно только после освоения именно этой базовой программы. В Приказе дан примерный учебный план этой образовательной программы, из которой можно выяснить те знания и компетенции, которые, по мнению законодателя, необходимы для лица, занимающегося медиационной деятельностью на профессиональной основе. Выделим в этой программе четыре блока: введение в медиацию, инструменты медиации, медиационный процесс, организация медиации, специализация в медиации.

***Введение в медиацию***, это блок, направленный на «первое касание» к медиации. Это касание происходит с помощью нескольких приемов:

*Прикрепление к практике будущего медиатора*. Так, описывается известный всем способ разрешения споров — судебная процедура и указывается на наличие в ней примирительных процедур (мировое соглашение). Затем, медиация дается в качестве альтернативы судебному способу разрешения конфликтов.

*Систематизация.* Выстраивается система альтернативных способов разрешения спора, одним из элементов которых и является медиация. Сама медиация, как учебная дисциплина рассматривается во взаимосвязи с другими учебными дисциплинами.

*Исторический прием.* Предоставляется информация о наличии протомедиационных процедур в различных исторических периодах.

*Формулирование понятия.* Дается определение медиации, которое, в свою очередь раскладывается на признаки.

*Принципы.* Даются принципы медиации, которые в совокупности составляют еще одно понятие медиации.

***Инструменты медиации.*** В этом блоке представлены те приемы, которые помогают медиатору достигать положительных результатов в своей профессиональной деятельности. В этом блоке сильно влияние психологии и разработанных в этой науке понятий и приемов. Вот лишь некоторые понятия из этого блока: коммуникация, картина мира, фильтры восприятия, установки, эмоции.

***Медиационный процесс***, это представление медиации как процедуры, а значит совокупности следующих друг за другом этапов. Исследуется каждый этап медиации. Указывается на возможность привлечения к медиационному процессу третьих лиц.

***Организация медиации*** — этот раздел о том, как устроена организация медиации в социуме. В этом модуле предоставляется информация о статусе медиатора, об организационной структуре медиационного сообщества, об этике медиаторов об организации медиационной деятельности за рубежом, об медиационном маркетинге.

***Специализация в медиации***, это блок-связка между курсом «Медиация. Базовый курс» и курсом второй ступени — «Медиация. Особенности применения медиации». Здесь дается представление о многообразии сфер применения медиационных процедур.

***Междисциплинарные связи дисциплины медиация*.** Используя уже представленный прием систематизации, свяжем такую дисциплину как медиация, с иными учебными дисциплинами. Можно установить междисциплинарные связи дисциплины медиация со следующими дисциплинами: юриспруденция, конфликтология, психология, психиатрия и философия. Однако Приказ уделят значение только трем междисциплинарным связям медиации: с юриспруденцией, с психологией и с психолингвистикой. Остановимся подробнее именно на этих междисциплинарных связях.

*Медиация и юриспруденция.* С того момента, как медиация продемонстрировала свою успешность при разрешении социальных конфликтов и стала в некоторых странах важнейшей для социума процедурой, этим институтом заинтересовалась юриспруденция. Интерес юриспруденции известен — закрепить и урегулировать важнейшие правила социального общежития. Сегодня российская юриспруденция пытается включить медиацию в правовое поле, то есть подвергнуть ее правовой регламентации. Рассмотрим «общие места» медиации и юриспруденции.

Медиация и судебные процессы. Элементы медиационных процедур, можно наблюдать в двух отраслях современного российского права: арбитражного и гражданского процесса. В этих процессах содержаться два протомедиационных института: претензионный порядок и мировое соглашение. Кроме того, и в арбитражном и в гражданском процессе предусмотрена отсылка, то есть легализация медиации, как процедуры имеющей юридическое значение. В этой связи при прохождении дисциплины медиация, целесообразно субсидиарно обратиться к двум юридическим дисциплинам: гражданский процесс, арбитражный процесс.

Правовое урегулирование организации медиационной деятельности, закреплено в Законе «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)») и регулирует правовой режим статуса профессионального медиатора, ограничение сферы его деятельности, ограничение приемов в медиации и формы его организационной деятельности. В этой связи при прохождении дисциплины медиация, целесообразно обратиться к такой юридической дисциплине, как гражданское право к такой ее части, как правовое положение саморегулируемых организаций.

Юридическое оформление процедуры и результатов медиации. Здесь при помощи юриспруденции, сама процедура медиации, а так же ее результаты облекаются в гражданско-правовую форму. Это три вида договора: соглашение о применении процедуры медиации, соглашение о проведении процедуры медиации и медиативное соглашение. В этой связи при прохождении дисциплины медиация, целесообразно обратиться к такой юридической дисциплине, как гражданское право к таким ее частям, как: сделки, обязательства, возмездное оказание услуг.

*Медиация и психология* связаны тем, что обе эти дисциплины изучают индивида, как совокупность реакций на свою интеллектуальную деятельность. Можно указать на следующие разделы психологии, темы которых пересекаются с соответствующими разделами дисциплины медиация.

**Когнитивная психология** — раздел дисциплины психология, изучающий познавательные процессы человеческого сознанияИсследования в области когнитивной психологии связаны с изучением чувств, представления информации, памяти, внимания, логического мышления. Все это объекты работы медиатора.

**Психодиагностика** — раздел дисциплины психология, которая изучает, принципы и инструменты оценки и измерения индивидуально-психологических особенностей личности. Именно психологическая оценка клиентов медиаторов, может помочь ему как в налаживании коммуникаций, так и в обеспечении индивидуальных условий, способствующих разрешению конфликта.

**Дифференциальная психология** — раздел дисциплины психология, который изучает психологические различия психологических проявлений у представителей различных социальных, классовых, этнических, возрастных и других групп Интерес медиации к этой части психологии связан с тем обстоятельством, что именно различные психологические установки социальных групп, зачастую приводят к конфликтам. Например, такое направление дифференциальной психологии, как гендерная психология, может помочь в понимании и дальнейшем урегулировании семейных конфликтов.

Помимо указанных разделов, необходимо указать следующие точки соприкосновения таких дисциплин, как медиация и психология:

* различение позиции и цели;
* вовлечение в конфликт;
* модусы (режимы) мышления.

*Медиация и психолингвистика* имеют общий объект изучения — человеческую речь. Психолингвистика — дисциплина, которая находится на стыке между психологией и лингвистикой. Она изучает взаимоотношение языка, мышления и сознания.

Язык, является непременным условием понимание людей друг друга и условием коммуникации. Одновременно язык ограничивает познание мира и делает невозможным полное понимание другого человека. Например, если под словом «конфликт» у индивида сложилась устойчивая негативная коннотация, ему будет непонятно и чуждо понимание слова «конфликт» как точки роста. Можно выделить следующие разделы психолингвистики, относящиеся к медиации.

**Порождение речи** — это процесс, в ходе которого говорящий по определенным правилам переводит свой невербальный (неречевой) замысел в речевые единицы своего языка. То есть существует две речи: внутренняя речь (образы сознания человека) и речь звучащая. Медиатору важно знать об ошибках перевода внутренней речи в речь звучащую. Так, индивид может думать одно, а после проговаривания своей мысли она имеет противоположное значение. Здесь медиатору важно удостовериться, что в речи прозвучала истинная мысль говорящего.

**Восприятие речи** — это процесс извлечения смыслов, находящихся за внешней формой речевых высказываний. Здесь непонимание происходит уже у воспринимающего, то есть расшифрующего речь. Ведь любое слово многозначно, при этом в процессе восприятия слово соотносится с другими словами того же семантического поля. Так, если два индивида имеют одинаковую позицию, но речь одного индивида, в которой он зашифровал в языке свою позицию, расшифрована другой стороной как противоположная позиция — прямой путь к конфликту без конфликта.

**Речевые лакуны** — пробелы в устной речи, которые заполняются носителями определенной культуры. Так человек произносит фразу с пробелом думая, что этот пробел автоматически заполниться реципиентом необходимым смыслом. Но часто реципиент не способен заполнить смыслом лакуну и тогда вся речь кажется ему бессмысленной. Особенно часто подобные проблемы возникают у медиаторов при разрешения конфликтов между представителями различных культур. Элементом владения культурой считается знание прецедентных текстов ее носителями. Прецедентные тексты различны для каждой культуры и своего времени. Встречаясь с конфликтами между представителями различных культур: этнических, гендерных, возрастных, профессиональных, он должен включить у себя такой режим мышления, как непонимание и каждый раз убеждаться, что в фразе нет лакун, а если он их идентифицирует, попросить автора речи заполнить эти лакуны.

**Роль медиатора**

Медиация - это четко структурированный метод посредничества в разрешении спора, где - третья сторона - посредник - медиатор сохраняет нейтральность.
 Роль медиатора состоит, с одной стороны, в том, чтобы следить за общими условиями (регламентом), которые были выработаны до начала процесса медиации (правила и структура), и, с другой стороны, сделать «невысказанное» осознаваемым сторонами и обсуждаемым, за счет своих стараний обнаружить и сделать прозрачными специфические, постоянно встречающиеся дисфункциональные модели коммуникации участников.
Для того, чтобы действовать в качестве медиатора, необходимо уметь принимать и признавать других людей в их проявлениях, при этом медиатор вовсе не обязан ни разделять их мнения, ни одобрять их поведение.

Содействие поиску нестандартных решений - это один из аспектов работы медиатора. С этой целью медиатор находит подход к спорящим сторонам, формируя условия для выявления самого важного в существующем споре, что способствует переводу спора на основе принципов к спору на основе интересов, что возможно только тогда, когда стороны отбросят мелкие претензии и личные обиды.
«Поспорили однажды два человека, стоя под апельсиновым деревом - кому принадлежат эти апельсины по праву. - Тому, кто первый их заметил, - сказал один.
- Тому, кто увидел в них образ солнца, - сказал другой.

Спор был жаркий, но он не принес облегчения ни одному, ни другому. Кулаки сжимались сами собой, глаза источали ненависть. Каждый хотел завладеть апельсинами, во что бы то ни стало. По счастью проходил мимо путник - к нему-то и обратили свои мольбы спорщики:
- Рассуди нас! - Для чего каждому из вас эти апельсины? - это все, о чем спросил путник.
- Мне, - сказал один, нужна их спелая мякоть, чтобы мои гости смогли вдоволь ей

полакомиться на свадьбе дочери. - Мне нужна их сочная кожура, чтобы приготовить из нее цукаты на свадьбу сыну - промолвил другой. Ничего не сказал путник, ничего не сказали два уставших человека... Глаза всех троих прояснились, и светом озарились их лица.»

Эта известная история подтверждает факт, что интересы имеют право на существование и даже могут быть удовлетворены одновременно. Но не всегда участники спора способны самостоятельно это осознать, и именно здесь им на помощь приходит медиатор (посредник), в лице которого они видят авторитетную непредвзятую личность, способную помочь им взглянуть на существо спора со стороны.

**История**Медиация является очень старым инструментом международного права. Если заглянуть в глубь истории, то ее можно встретить там, где без принятия различий дальнейшее движение вперед было невозможно или обязательного к исполнению решения можно было скорее добиться переговорами, нежели через нормы или иерархический порядок. Так, например, конец Тридцатилетней войне был положен благодаря медиации.

Тем не менее, медиация в сегодняшнем виде появилась только во второй половине двадцатого столетия. Сначала она обосновалась в США, Англии и Австралии и позже появилась в Европе - Франции, Бельгии, Нидерландах, Германии, Австрии, Италии, Швейцарии.

С применением медиации стало понятно, что в некоторых случаях возможности этого метода во многом превосходят судопроизводство. Медиация требует не выработки односложной позиции «черное-белое», а допущения принятия различий в точках зрения, в интересах сторон. Придя к осмыслению этого факта, страны Европы, имеющие богатую традициями, хорошо функционирующую систему правосудия, взяли этот метод на вооружение, интегрировав медиацию в правовую систему.

Медиация, в том виде как она применяется сейчас, является продуманным, отточенным методом и структурированным процессом. В тоже время она остается междисциплинарной областью, где объединяются юриспруденция, психология, социология, конфликтология и другие науки.

Востребованность медиации в современном цивилизованном обществе во многом связана с глобализацией, способствующей упразднению иерархии и росту взаимосвязей. Это отражается на всех уровнях общественного устройства - в семье, в мире экономики и труда, в государственной управленческой практике. Процессы происходящие в современном мире порой требуют новых неординарных подходов к разрешению возникающих споров и конфликтов.

В настоящее время в западных странах медиация достигла такого уровня востребованности, что стало целесообразно, а иногда и необходимо ее законодательное регулирование. Так, в США недавно издали Единый закон о медиации ((Uniform Mediation Act), объединивший более 2500 существовавших до этого в США законов регулировавших посредническую деятельность в различных Штатах и сферах ее применения. ООН опубликовала для хозяйственного права Модельный закон о международных коммерческих примирительных процедурах (Model Law on International Commercial Conciliation (UNICITRAL)).

В 2003 году в Австрии был принят Федеральный закон о медиации. Европейская комиссия в 2004 году поддержала Кодекс поведения для медиаторов, разработанный для того, чтобы медиация получила больше доверия в отдельных европейский странах.Той же цели служит проект директивы, имеющий силу закона, который в настоящее время обсуждается европейскими государствами и должен быть опубликован и утвержден в 2006 году. Понимая значимость данного документа мы перевели и опубликовали его для наших читателей в книге "Медиация как метод внесудебного разрешения споров».
В России применение медиации( посредничества) как способа разрешения коммерческих споров впервые закреплено в нормах Арбитражного процессуального кодекса 2002 года.

В настоящее время, в результате привлечения внимания юридического сообщества к проблеме внедрения альтернативных методов разрешения споров, в частности, медиации (посредничества) в Российскую правовую систему, появилось понимание и необходимость формирования законодательной базы. И работа в этом направлении ведется.

 **Области применения**

Медиация (посредничество) применяется во всех областях человеческой деятельности, где присутствует необходимость общения - это семья, бизнес, производство, социум в целом...

Медиация, являясь процедурой, ориентированной на будущее, обеспечивает сторонам сохранение партнерских отношений, возможность продолжать совместную деятельность.

Вот далеко не полный список областей, в которых медиация эффективна:

* Семейные отношения;
* Воспитательно-образовательная сфера;
* Система социального обеспечения и здравоохранения;
* Корпоративные и межкорпоративные споры;
* Экономическая сфера;
* Интеллектуальное право;
* Публичное право;
* Система страхования;
* Финансовая и банковская сфера;
* Индустрия туризма и отдыха;
* Недвижимость, строительство и проектирование;
* Различные отрасли промышленности;
* Инженерия и высокие технологии и т.д.

Мы часто ссылаемся на крылатое выражение: «в споре рождается истина». Конечно, хороший спор, интересная дискуссия могут иметь конструктивный характер. Но нередко бывает по-другому. Зачастую спорящие стороны, будучи эмоционально вовлеченными в конфликт, лишают друг друга возможности быть услышанными и понятыми.

Да, разумеется, конфликты и неизбежны, и необходимы, так как являются толчком к развитию. Однако, чаще конфликт, спор носит деструктивный характер. В подобных случаях стороны, вовлеченные в конфликтную ситуацию, не видя другого выхода, прибегают к помощи правосудия, заведомо занимая позиции по разные стороны баррикад. Создающаяся в результате ситуация противостояния может разрешиться лишь поражением одной из сторон и выигрышем другой, но выигрыш этот далеко не всегда оправдывает все чаяния и надежды победителя.

Вот почему в большинстве случаев, когда предмет спора лежит в плоскости гражданского, административного, частного, корпоративного права, целесообразно применять внесудебные методы разрешения споров и, в частности, медиацию.

Медиация, основными принципами которой являются проявление уважения друг к другу, принятие друг друга, умение слушать и слышать, обязательное соблюдение конфиденциальности – это возможность для всех участников спора выйти из него победителями при отсутствии побежденных. Посредническая деятельность (медиация) за последние десятилетия получила широкое распространение как составная часть процедуры урегулирования конфликтов без обращения в суд – преимущественно в коммерческой сфере. Но посредничество нередко применяется в целях завершения конфликта мировым соглашением также и в процессе судебного разбирательства. Таким образом, посредничество здесь является деятельностью универсального характера. Оно может применяться как вне суда, так и в процессе судебных процедур разрешения коммерческих споров.

Во многих странах мира (и Россия в этом отношении не является исключением) в последние годы наблюдается возрастание интереса к данной форме урегулирования конфликтов. Главной причиной широкого интереса к медиации, и ее популярности во многих странах, является спрос на эту услугу. Ведь возникновение споров, конфликтов в сфере осуществления предпринимательской деятельности практически неизбежно. Они существовали, существуют и будут существовать всегда. Следовательно, имеет место объективная необходимость использования различных способов и форм разрешения споров.

Медиация является наиболее мягкой формой разрешения споров. Посредник – медиатор – не выносит своего решения, он лишь помогает создать условия, приемлемые для переговорного процесса. Он, руководствуясь своим опытом, знаниями, умением разрешать конфликты, помогает спорщикам выработать такую позицию, которая максимально соответствовала бы интересам спорящих сторон. Таким образом, разрешение спора полностью зависит от воли самих спорящих.

**Что такое внесудебное разрешение споров?**
Под внесудебным разрешением споров, опираясь на принятое в англо-американском языковом пространстве понятие Alternative Dispute Resolution (ADR), понимают процедуры, в которых конфликты доводятся до решения внесудебно при участии третьей стороны. Методы внесудебного урегулирования споров развивались с 60-х годов в англосаксонских странах, в первую очередь в США, Англии и Австралии. Здесь они неоднократно «изобретались» самими судами. Суды при первой же возможности согласия сторон передавали правовой спор на внесудебное урегулирование. Сегодня такие методы уже давно применяются независимо от судебной отсылки, причем медиация является одним из наиболее успешных и широко применяемых методов ADR, последовательно способствуя возможности достижения взаимоприемлемого урегулирования при поддержке третьей стороны и предоставляя для этого четкую структуру.

Успешное применение медиации как метода урегулирования конфликтов стало сегодня возможным потому, что исследования в различных областях и дисциплинах расширили и углубили возможности структурированного образа действий в конфликтных ситуациях на основе личной ответственности и участия. При этом не нужно путать медиацию с согласительной процедурой. Последняя отличается от медиации тем, что она основывается на предложении, как правило, в интерпретационных рамках закона.

Третья сторона здесь сама оценивает и определяет направление, в котором следует двигаться к соглашению. В медиации третья сторона лишь поддерживает вовлеченные в спор стороны в выработке самостоятельного решения.

Одним из основных требований, делающих возможным использование медиации в разрешении спора, является добрая воля сторон, вовлеченных в конфликт. Медиация может применяться только тогда, когда обе или все стороны (в случаях, когда в спор вовлечено более двух сторон) хотят ее применения или согласны на это.

Также следует выделить критерии, по которым случаи могут быть отнесены к тому или иному способу разрешения споров, в зависимости от его процессуальной компетенции. Это позволит более четко отличать случаи, в которых наивысшей процессуальной компетенцией обладает медиация или другие процедуры ADR, от случаев, которые необходимо или предпочтительнее поручить судам, либо использовать сочетанную процедуру рассмотрения спора.

**Методы ADR, в особенности медиация, наиболее применимы в случаях, когда:**

* главными являются не правовые претензии, связанные с прошлым, а будущие интересы партнеров по конфликту и возможность сохранения нормальных отношений в перспективе (после развода, в бизнесе и т.д.);
* речь идет о длительных, значимых отношениях (например, если при последствиях развода затронуты интересы детей, или при длительных деловых отношениях);
* на ситуацию оказывают сильное влияние личные отношения и эмоциональная сторона конфликта (как, например, при разногласиях между акционерами);
* стороны предпочитают сохранить полную конфиденциальность (судебные процессы, как правило, публичны);
* необходимо выработать всеобъемлющее генеральное решение, а правовой спор охватывает (или может охватить) лишь часть проблемы;
* имеют место сложные случаи, которые не могут быть разрешены в интересах обеих сторон (либо могут быть разрешены неудовлетворительно) с помощью права с его бинарным конструктом «да/нет».

Наряду с определением границ применимости медиации, следует выделить характерные ее черты и основные отличия от судебного разбирательства:

|  |  |
| --- | --- |
| **СУД Процесс формальный** | **МЕДИАЦИЯ Процесс неофициальный** |
| Публичный | Конфиденциальный |
| Контролируется государством | Основан на автономности участников |
| Ориентирован на повод к конфликту.Бремя доказательства (сбор фактов). | Ориентирован на личные убеждения и субъективные интересы сторон. |
| Осуществление правовых позиций | Объединение различных интересов |
| Ориентирован на прошлое | Нацеленность на создание взаимоприемлемого будущего |
| Применение права | Использование права |
| Ориентация на победу одной из точек зрения | Уважение различий, интересов и точек зрения друг друга |
| Использование слабости позиций другой стороны в целях собственного выигрыша | Принятие собственной слабости (и слабости других) как переломной точки в споре, т.к. приходит осознание не- обходимости привлечения помощи со стороны |
| Стратегии в духе «выигрыш – проигрыш» | Решения в духе «выигрыш – выигрыш» |

Итак, из приведенного выше сравнения можно заключить, что медиация – это путь к осмысленному взаимоприемлемому решению. Медиация представляет собой форму посредничества в спорах беспристрастной третьей стороны. Целью процедуры медиации является выработка решения, удовлетворяющего стороны, при котором нет ни победителей, ни побежденных, и могут выиграть все, кто вовлечен в спор.

Процесс медиации характеризуется тем, что стороны в конфликте сами вырабатывают решение проблемы. Медиатор – не третейский судья, он только ведет процесс и ненавязчиво помогает спорящим сторонам в выработке взаимоудовлетворяющего и жизнеспособного, исполняемого решения.

В зависимости от сферы, к которой относится рассматриваемый спор, можно условно выделить следующие разновидности ведения процедуры медиации: • «Оказание услуги», когда главная цель – как можно быстрее достичь согласия. При этой форме процедуры медиации, эмоциональная сторона спора по возможности игнорируется. Но здесь возникает риск, что ради лежащего на поверхности прагматичного соглашения придется отказаться от анализа непосредственных причин конфликта, и тем самым мы ограничиваем возможности сторон для принятия самостоятельного, полностью осознанного решения по разрешению конфликта. • «Доступ к справедливости», когда медиация рассматривается как неофициальная и более доступная процедура (доступная в первую очередь для тех групп населения, которые в силу своего положения часто оказываются обделенными). Благодаря медиации удается преодолеть влияние невыгодного положения более «слабых» участников, возникающее из-за дисбаланса сил, и позволить им защитить свои права. Эта процедура нейтральна по отношению к самоопределению. Именно по этой причине она может привести в случаях неравного распределения власти к результатам в пользу социально более слабой стороны. • «Примирение», когда основная цель – именно примирение сторон. Но в случаях, когда примирение рассматривается как необходимость, стороны испытывают на себе давление, которое может помешать им самостоятельно найти взаимовыгодное решение. Если же примирение означает не примирение любой ценой, а признание точки зрения и аргументов другой стороны, это может особым образом способствовать самоопределению сторон и выработке взаимоприемлемого решения. • «Социальное преобразование» – в том случае, когда мы имеем дело с конкретным конфликтом, вызвавшим общественную дискуссию с последующими изменениями и преобразованиями в обществе. Если привлечение общественного уровня разрешения конфликта предлагается сторонам лишь в качестве стимула к размышлениям, такое предложение может содействовать их самоопределению. • «Индивидуальная автономность», когда основная цель – посредством медиации содействовать конфликтующим сторонам в проявлении большей самостоятельности в поиске путей разрешения конфликта. Эта цель подразумевает осуществление принципа автономности. Наиболее эффективна данная форма в тех случаях, когда противостоящие друг другу стороны равно сильны. Поиск взаимопонимания происходит за счет использования определенных форм коммуникации, позволяющих выявить непосредственные интересы каждой стороны. И здесь, если согласие не достигнуто, особый вес в качестве альтернативы медиации приобретает право