

Д. В. Князев\*

## ДЕЙСТВИЯ СТОРОН ГРАЖДАНСКОГО СПОРА В СЛУЧАЕ ОБЯЗАТЕЛЬНОСТИ МЕДИАЦИИ: АНАЛИЗ ОПЫТА США<sup>1</sup>

**Аннотация.** В случае учреждения обязательной медиации суд вынужден оценивать действия участников спора до и (или) в ходе медиативной сессии. Опыт США показывает, что выработка единых критериев надлежащего исполнения такой обязанности — трудная задача, судебной системе США пока не удалось ее решить. Требование о добросовестном участии (*good faith participation*) в медиации закреплено в законодательстве США и в локальных правилах судов. Поскольку стороны принимают участие в примирительной процедуре не по собственной воле, данное требование призвано стимулировать их относиться к ней взвешенно, исключить злоупотребления в ходе процедуры. Однако легального определения добросовестности не существует, оно не устоялось на уровне прецедентов, есть разногласия в доктрине. Судебная практика позволяет почти без оговорок признать в качестве признаков добросовестного участия наличие заблаговременно представляемых сторонами медиатору письменных пояснений по существу спора, явку на медиативную сессию и обеспечение участия такого представителя, который имеет достаточно полномочий для обсуждения и заключения соглашения. Такие аспекты, как участие в нескольких медиативных сессиях и продолжительность сессии, по-разному расцениваются судьями. Известны случаи, когда американские судьи квалифицировали односторонний отказ стороны от дальнейшего участия в медиации как основание для наложения санкций. По мнению большинства правоведов, требование о добросовестном участии лишь вредит медиативной процедуре, так как искажаются взаимоотношения между участниками медиации, усиливается состязательное начало, что противоречит природе медиации; наблюдается неявное принуждение сторон к заключению соглашения; появляется возможность для возникновения дополнительного судебного разбирательства — об ответственности за ненадлежащее поведение в ходе медиации; происходит размывание роли медиатора в связи с необходимостью оценивать действия сторон; неизбежен конфликт с принципом конфиденциальности процедуры.

**Ключевые слова:** обязательная медиация, судебное примирение, добросовестность, АРС, досудебный порядок, гражданский процесс США.

**DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.130-145**

**Постановка проблемы.** Медиативные процедуры в сфере гражданских правоотношений в России в настоящий момент осуществляются на основе принципа добровольности<sup>2</sup>. Вместе с тем в российском юридическом сообществе идет дискуссия о возможности учреждения так

<sup>1</sup> Статья подготовлена при поддержке федерального государственного бюджетного учреждения «Российский фонд фундаментальных исследований» (выделен грант, проект № 17-03-50208).

<sup>2</sup> Федеральный закон от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)». Ст. 3 // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4162. Далее — ФЗоМ.

© Князев Д. В., 2018

\* Князев Дмитрий Владимирович, кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой гражданского процессуального права Западно-Сибирского филиала Российского государственного университета правосудия

kdv1979@inbox.ru

634050, Россия, г. Томск, пл. Ленина, д. 2

называемой обязательной медиации. В этом случае до обращения в суд на стороны гражданского спора будет возложена предусмотренная законом обязанность совершить некие действия по участию в медиативной процедуре. За введение обязательной медиации высказываются такие крупные специалисты, как Е. И. Носырева (в качестве эксперимента в ряде регионов страны с уже развитой инфраструктурой медиации)<sup>3</sup>, И. В. Решетникова (по некоторым

категориям дел)<sup>4</sup>, В. Ф. Яковлев<sup>5</sup> и др.<sup>6</sup> Впрочем, не менее представителен и лагерь оппонентов этой идеи<sup>7</sup>. Кроме того, не стоит сбрасывать со счетов и возможность введения в России обязательной судебной медиации на основании дискреции суда, когда судья *sua sponte* направляет дело на примирительную процедуру<sup>8</sup>.

Предусмотренное российским законодательством соглашение о применении процедуры медиации (медиативная оговорка в догово-

<sup>3</sup> «Реальным является проведение эксперимента по внедрению судебной медиации, в том числе на основе обязательности, в ряде регионов страны, где действуют центры по подготовке профессиональных медиаторов и где уже складывается подобная практика» (*Носырева Е. И.* Становление института медиации в России // Развитие медиации в России: теория, практика, образование: сб. ст. / О. В. Аллахвердова, Р. Ю. Банников, О. И. Величкова [и др.]; под ред. Е. И. Носыревой, Д. Г. Фильченко. М.: Инфотропик Медиа; Берлин, 2012. Серия «Библиотека медиатора». Кн. 4. 320 с.).

<sup>4</sup> *Решетникова И. В.* И снова о медиации. Какой ей быть в России? // Закон. 2014. № 1. С. 84—89.

<sup>5</sup> *Яковлев В. Ф.* Перспективы развития медиации в России. Выступление на международной конференции «Использование примирительных процедур (медиации) для урегулирования коммерческих споров в современных экономических условиях» (3—4 декабря 2009 г.) // Третейский суд. 2010. № 1 (67).

<sup>6</sup> См.: *Величкова О. И.* Совершенствование семейного законодательства по вопросам медиации // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 5. С. 50—55; *Головина С. Ю.* Медиация и посредничество в трудовых спорах: сравнительный анализ // Арбитражный и гражданский процесс. 2016. № 11. С. 55—59; *Зверева Н. С.* Взаимодействие альтернативных методов урегулирования споров и гражданского судопроизводства в праве России и Франции / под ред. В. В. Яркова. М.: Статут, 2017. 384 с.; *Ибрагимов А.* Медиация как способ разрешения коммерческих споров // Судебная защита прав инвесторов: сб. научн. ст. СПб.: Юридический центр-Пресс, 2010. С. 145; Коллективные трудовые конфликты: Россия в глобальном контексте: монография / П. В. Бизюков, П. Бирке, А. Ф. Вальковой [и др.]; под ред. Ю. П. Орловского, Е. С. Герасимовой. М.: Контракт, 2016. 320 с. (по коллективным трудовым спорам в организациях, в отношении которых установлен законодательный запрет на проведение забастовок); *Лисицын В.* Мирись, мирись, мирись... // ЭЖ-Юрист. 2013. № 21. С. 1, 3; *Лисицын В. В.* Судебное примирение — вектор совершенствования арбитражно-процессуального законодательства // Российский судья. 2012. № 5. С. 27—33; *Матросов Н. А.* Медиация на стадии подготовки к судебному разбирательству дел о расторжении брака // Российский судья. 2015. № 10. С. 15—17; *Михайлова Е. В.* Медиация как отдельный способ урегулирования правовых конфликтов в частно-правовой сфере // Арбитражный и гражданский процесс. 2012. № 4. С. 2—6; № 5. С. 2—5; Правосудие в современном мире: монография / под ред. Т. Я. Хабриевой, В. М. Лебедева. М.: Норма; Инфра-М, 2018. С. 748 (предлагается обязательная попытка досудебного урегулирования конфликтов, а также право судьи направлять стороны на обязательную информационную встречу с медиатором); *Серго А. Г.* Медиация в спорах об интеллектуальной собственности // ИС. Авторское право и смежные права. 2017. № 1. С. 17—25; *Филипова И. А.* Урегулирование трудового спора посредством медиации: современное состояние законодательства, практика его применения и перспективы развития // Журнал российского права. 2016. № 6. С. 93—99.

<sup>7</sup> См.: *Аболонин В. О.* Коммерческая медиация в России: особый вектор развития // Закон. 2012. № 3. С. 57—67; *Борисова Е. А.* Российская процедура медиации: концепция развития // Вестник гражданского процесса. 2011. № 1. С. 66—78; *Зайцев А. И.* Обязательная медиация: аргументы «за» и «против» // Вестник гражданского процесса. 2012. № 6. С. 57—65; Саморегулирование в медиации: новый этап интегрирования примирительных процедур в российское общество (интервью с Ц. А. Шамликашвили, президентом Научно-методического центра медиации и права) // СПС «КонсультантПлюс»; *Севастьянов Г. В.* Современные тенденции развития АРС в России // Развитие медиации в России: теория, практика, образование: сб. ст. / О. В. Аллахвердова, Р. Ю. Банников, О. И. Величкова [и др.]; под ред. Е. И. Носыревой, Д. Г. Фильченко. М.: Инфотропик Медиа; Берлин, 2012. Серия «Библиотека медиатора». Кн. 4. 320 с.

<sup>8</sup> Цель настоящего исследования не состоит в изучении вопроса возможности введения обязательной медиации в России, вместе с тем автор поддерживает идею Е. И. Носыревой о проведении прежде экс-

ре) в силу ч. 1 ст. 4 и ч. 3 ст. 7 ФЗОМ в настоящий момент фактически не носит обязывающий характер<sup>9</sup>. Вместе с тем некоторые зарубежные правовые порядки уже сейчас признают ее обязательной для сторон<sup>10</sup>. Российские правоведы, критикуя нормы ФЗОМ, также полагают возможным придать ей обязывающий характер. Так, В. В. Ярков предлагает признавать обязательным выполнение соглашения «в оговоренные сроки, если они не превышают, например, два или три месяца с запретом на обращение в суд в течение этого срока»<sup>11</sup>. В. О. Аболонин рекомендует гибкий подход: суду следует проверить исполнение сторонами своих обязательств в рамках соглашения о применении процедуры медиации и принимать решение в зависимости от того, какие действия предпринимались сторонами для исполнения такого соглашения<sup>12</sup>. Замминистра юстиции РФ Д. Новак на площадке Петербургского международного юридического форума 2018 г. высказался за обязательность медиативной оговорки в договоре: если одна из сторон возражает против рассмотрения

дела, при наличии такой оговорки суд оставляет исковое заявление без рассмотрения, если возражения нет, то дело рассматривается по существу<sup>13</sup>.

Как при введении обязательной медиации, так и в случае придания силы медиативной оговорке у сторон возникнет обязанность совершить некие действия, направленные на реализацию медиативной процедуры. Следовательно, суд столкнется с необходимостью установления и оценки тех шагов, которые были сделаны сторонами конфликта при выполнении этой обязанности. Вопрос состоит в том, при каких обстоятельствах можно говорить о надлежащем или ненадлежащем исполнении обязанности по участию в медиативной процедуре, какое поведение признавать в качестве надлежащего исполнения такой обязанности.

**Конструкция «добросовестного участия» в медиативной процедуре в США.** Известно, что США являются лидерами по внедрению альтернативных способов разрешения гражданских споров. Получила здесь широкое рас-

перимента по внедрению обязательных медиативных процедур в тех регионах страны, где уже нарабатан большой опыт в применении медиации, есть значительный штат профессиональных медиаторов, имеются ресурсы для профессионального обучения новичков. Кроме того, зарубежный опыт показывает, что медиативная процедура показана далеко не любому гражданскому спору. В качестве наиболее подходящих объектов видятся семейные и трудовые споры.

<sup>9</sup> Здесь Россия имплементировала положения ст. 13 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре (2002 г.) (URL: [https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955_Ebook.pdf) (дата обращения: 05.06.2018)).

<sup>10</sup> В частности, Высокий суд Лондона впервые по делу «Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd» поддержал силу (исполнимость) ADR-оговорки, хотя стороны не определили конкретный метод разрешения спора. Суд указал, что достаточно ссылки на обязательность (binding) и безальтернативность (non-optional) ADR-процедуры (URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2002/2059.html> (дата обращения: 05.06.2018)).

В Германии закон не содержит однозначного указания на признание и исполнение каких-либо соглашений о применении ADR. Однако Федеральный верховный суд Германии дал понять, что примирительная оговорка должна быть исполнена в том случае, когда она ясно выражает намерение сторон разрешить спор до суда с помощью этой формы ADR. См.: *Piers M. Europe's Role in Alternative Dispute Resolution: Off to a Good Start?* // *Journal of Dispute Resolution*. 2014. № 2. P. 288.

Во Франции, если в договоре имеется условие, устанавливающее обязательную процедуру консилиации, наличие данного условия составляет основание для прекращения производства по делу по формальным основаниям, несоблюдение сторонами условия о предварительной обязательной консилиации не может быть восполнено попыткой консилиации сторон в ходе производства по делу (см.: *Зверева Н. С. Взаимодействие альтернативных методов урегулирования споров и гражданского судопроизводства в праве России и Франции* / под ред. В. В. Яркова. М.: Статут, 2017. П. 96).

<sup>11</sup> Ярков В. В. Минимальные стандарты досудебного урегулирования и примирительных процедур (постановка вопроса) // *Закон*. 2012. № 3. С. 45—50.

<sup>12</sup> Аболонин В. О. Соглашение о применении процедуры медиации и односторонний отказ от его исполнения // *Арбитражный и гражданский процесс*. 2017. № 4. С. 43—49.

<sup>13</sup> Предложение прозвучало в рамках панели «Альтернативные способы разрешения споров и цифровое правосудие» (URL: <https://pravo.ru/lf/story/202654/> (дата обращения: 05.06.2018)).

пространение и обязательная медиация (на основании прямого указания закона или по указанию суда) — как в федеральных судах, так и на уровне штатов<sup>14</sup>. Введению обязательных медиативных процедур сопутствуют специфические трудности, связанные с поведением участников медиативной процедуры. Фактор, который оказывает максимальное влияние на поведение стороны до и (или) в ходе медиации, — это необходимость участия стороны (или чаще одной из сторон) **против собственной воли**. В отличие от полностью добровольной медиативной процедуры, при обязательной медиации участники далеко не всегда настроены на медиацию. В таком случае они объяснимо участвуют с неохотой, воспринимая медиацию как еще одно препятствие перед судебным разбирательством.

Поведение участников спора в медиативных процедурах в США не регламентируется на уровне закона. Однако основой является Правило 16 Федеральных правил гражданского процесса (далее — ФПГП)<sup>15</sup>, которое регулирует подготовительную стадию процесса, в том числе участие сторон в различных досудебных заседаниях<sup>16</sup>. Оно допускает значительную гибкость для суда в вопросах контроля поведения сторон на досудебной стадии, наделяет судью правом требовать от сторон явиться на досудебное заседание для того, чтобы «улучшить качество судебного разбирательства и содействовать заключению соглашения»<sup>17</sup>. Закре-

пляется возможность применения к стороне санкций за то, что она «по существу, не готова участвовать в заседании или **не участвует добросовестно**»<sup>18</sup> (does not participate in good faith). Несмотря на то, что медиация, а особенно медиация, проводимая частным медиатором, не является «досудебным заседанием» по смыслу приведенной нормы, суды толкуют ее таким образом, что она позволяет накладывать на стороны санкции за ненадлежащее поведение в рамках любой медиации, проводимой по спору, находящемуся на рассмотрении суда. Так, по делу «Nick v. Morgan's Foods, Inc.»<sup>19</sup> апелляционный суд указал, что Правило 16 позволяет окружному судье приказать сторонам провести медиацию добросовестно, а также наложить санкции за неисполнение этого приказа. Ответчик, ad vocem, был наказан за то, что не направил на медиацию представителя, наделенного полномочиями по заключению соглашения, а также не представил до начала процедуры медиатору пояснения относительно своей позиции в споре, как того требовал приказ суда. В таких случаях суды (с точки зрения своей власти приказать участвовать в медиации, в том числе несудебной) не видят различия между досудебным совещанием по урегулированию спора<sup>20</sup>, которое прямо предусмотрено Правилом 16, и медиацией<sup>21</sup>.

Концепция добросовестного участия в медиативной процедуре получила широкое распространение на уровне локальных правил окруж-

<sup>14</sup> См. подробнее: Князев Д. В. Обязательные примирительные процедуры в гражданском судопроизводстве федеральных окружных судов США // Третейский суд. 2017. № 4. С. 127—141.

<sup>15</sup> Судебная система США, по существу, состоит из системы федеральных судов и судов штатов при едином Верховном суде США. ФПГП напрямую регулируют деятельность лишь федеральных судов. При этом федеральные суды вправе принимать собственные локальные правила судопроизводства (отражающие особенности округа), которые однако не должны противоречить ФПГП. Отдельные штаты самостоятельно устанавливают порядок судопроизводства. Однако зачастую правила отдельных штатов принципиально не отличаются от федеральных, а иногда просто копируют их.

<sup>16</sup> См. подробно: Князев Д. В. Урегулирование спора при посредничестве судьи в гражданском судопроизводстве США: генезис // Вестник гражданского процесса. 2015. № 2. С. 237; Он же. Изменения 1983 г. в Федеральных правилах гражданского процесса США как поворотный этап трансформации роли судьи в подготовительной стадии гражданского судопроизводства // Третейский суд. 2018. № 1.

<sup>17</sup> Fed. R. Civ. P. 16(a)(4)-(5).

<sup>18</sup> Fed. R. Civ. P. 16(f)(1)(b).

<sup>19</sup> Nick v. Morgan's Foods, Inc. 270 F.3d 590 (8th Cir. 2001) // URL: <http://caselaw.findlaw.com/us-8th-circuit/1402417.html> (дата обращения: 05.06.2018).

<sup>20</sup> Settlement conference.

<sup>21</sup> Thompson P. N. Good Faith Mediation in the Federal Courts // Ohio State Journal on Dispute Resolution. 2011. 26 (2—3). P. 382.

<sup>22</sup> Например, в Южном округе Алабамы (SD ALA. LR 16.6. URL: <http://www.federaldefender.org/Courts/locrule.pdf>); Южном округе штата Калифорния (S. D. CAL. L. R. 16.1 (b). URL: <https://www.casd.uscourts>).

ных судов<sup>22</sup>, в федеральном законодательстве и законодательстве отдельных штатов<sup>23</sup>, а также в локальных правилах судов штатов. Стоит отметить, что требование о добросовестном участии находит поддержку и в доктрине. Сторонники концепции добросовестного участия считают, что это требование заставляет участников медиации вести переговоры искренне. Появление в законодательстве требования о добросовестном участии, по мнению поборников этого требования, должно, во-первых, стимулировать стороны воспринимать ее и относиться к ней серьезнее<sup>24</sup>, иными словами, избежать участия сторон в медиации *pro forma*. Во-вторых, необходимость установления требования о добросовестном участии зачастую объясняется потребностью исключения злоупотреблений сторон в ходе процедуры медиации<sup>25</sup>, когда она воспринимается адвокатами как часть состязательного процесса. Более опытные участники медиации научились применять тактики, с помощью которых они получают преимущества по сравнению с новичками. В частности, используются следующие приемы: так называемые *fishing expeditions* — это «выуживание» нужной информации из противника, прощупывание сильных и слабых сторон оппонента;

умышленное искажение фактов с целью склонения противника к невыгодному соглашению; «изматывание» более слабой финансово стороны. С подобным поведением тяжело бороться даже юристу, для лица, самостоятельно представляющего свои интересы, это может быть особенно опасно. Таким образом, требование о добросовестном участии, как считают его приверженцы, направлено на то, чтобы исключить искажение сторонами медиативной процедуры превращение ее в лишь еще одно препятствие перед судебным разбирательством.

#### **Определение добросовестного участия.**

Итак, ключевое обстоятельство, подлежащее оценке судом при анализе исполнения сторонами обязанности по участию в медиативной процедуре, это добросовестность участия. Несмотря на то, что такое требование закреплено на законодательном уровне, в локальных правилах многих судов определение понятия добросовестного участия вызывает большие трудности. Невозможно уяснить его содержание ни из законодательных актов — ни один нормативный правовой акт не содержит понятия добросовестного участия, ни из судебной практики — единый подход не сформировался<sup>26</sup>, нет его и в теории<sup>27</sup>, что само по себе является

gov/Rules/SiteAssets/SitePages/LocalRules/Local%20Rules%202018.pdf); Северном округе Индианы (N. D. IND. L. R. 16.6 (c). URL: <http://www.innd.uscourts.gov/sites/innd/files/CurrentLocalRules.pdf>); Южном округе Индианы (S.D.IND. Local A. D. R. Rule 2.1. URL: <http://www.insd.uscourts.gov/sites/insd/files/ADR%20Rules.pdf>); Округе Канзаса (D. KAN. RULE 16.3 (c) (5). URL: [http://www.ksd.uscourts.gov/wp-content/uploads/local\\_rules/local\\_rules.pdf](http://www.ksd.uscourts.gov/wp-content/uploads/local_rules/local_rules.pdf)); Восточном округе Миссури (E. D. Mo. L.R. 16-6.02 (B) (1). URL: <http://www.moed.uscourts.gov/sites/moed/files/documents/forms/moed-0031.pdf>); Округе Орегона (LR 16-4 (F)5(A). URL: <https://ord.uscourts.gov/index.php/rules-orders-and-notices/local-rules/civil-procedure/1202-2014-lr-16>); Северном округе Нью-Йорка (LR 83-8 (I). URL: [http://www.nynd.uscourts.gov/sites/nynd/files/local\\_rules/2018\\_ADR\\_X.pdf](http://www.nynd.uscourts.gov/sites/nynd/files/local_rules/2018_ADR_X.pdf)) (дата обращения: 05.06.2018).

<sup>23</sup> Например, в штатах Аляска (медиация по спорам в сфере медицинского страхования) (URL: <http://www.touchngo.com/iglcnt/akstats/Statutes/Title21/Chapter07/Section010.html>); Аризона (в семенных спорах) (URL: <https://law.justia.com/codes/arizona/2011/title8/section8-11601/>); Калифорния (страховые споры) (URL: <http://codes.findlaw.com/ca/insurance-code/ins-sect-10089-81.html>); Колорадо (в медиации по направлению суда по всем делам) (URL: <https://law.justia.com/codes/colorado/2016/title-13/contracts-and-agreements/article-22/part-3/section-13-22-311/>); Коннектикут (в медиации по семейным спорам) (URL: <https://law.justia.com/codes/connecticut/2012/title-17a/chapter-319a/section-17a-112/>) (дата обращения: 05.06.2018).

<sup>24</sup> См.: *Zylstra A.* The Road from Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled // *Journal of American Academy of Matrimonial Law.* 2001. № 17. P. 81.

<sup>25</sup> См.: *Kovach K. K.* Good Faith in Mediation-Requested, Recommended, or Required? A New Ethic // *South Texas Law Review.* 1997. № 38. P. 604 ; *Weston M. A.* Checks on Participant Conduct in Compulsory ADR: Reconciling the Tension in the Need for Good Faith Participation, Autonomy, and Confidentiality // *Indiana Law Journal.* 2001. № 3 (76). P. 643.

<sup>26</sup> Попытки такие предпринимались. По одному делу судья указал, что «добросовестность» есть нечто нематериальное и абстрактное, без точного значения и законодательного определения, она включает в себя честную веру, отсутствие злого умысла, намерения обмануть и получить неосознанное преимуще-

большой проблемой для правоприменителей США (о чем будет сказано ниже). Вместе с тем вполне возможно назвать некоторые признаки, аспекты добросовестного участия, выработанные судебной практикой.

1. Обязанности сторон добросовестно участвовать в медиативной процедуре возникают еще до начала самой медиации. Наиболее распространенным является требование о подготовке каждой стороной до начала медиативной процедуры письменных пояснений (меморандума), в которых они излагают свои позиции по существу спора. Такое требование может быть выражено в приказе суда, которым стороны направляются на медиацию<sup>28</sup>, в локальных правилах окружных судов<sup>29</sup>. Заблаговременное предоставление сторонами подобных меморандумов закладывает основы для продуктивного обсуждения спорных вопросов в самой процедуре медиации. В частности, в пояснениях стороны отражают:

- 1) спорные вопросы факта и права;
  - 2) свою позицию по этим вопросам;
  - 3) требование истца, способ защиты права;
  - 4) ранее сделанные предложения и контрпредложения<sup>30</sup>. Направление подобных меморандумов до медиации является распространенной практикой<sup>31</sup>.
2. Стороны обязаны явиться. Явка на медиативную процедуру является важнейшим аспектом добросовестного участия стороны. В большинстве случаев суды рассматривают неявку на медиативную процедуру как злоупотребление (*bad faith*) и накладывают на сторону санкции в том или ином виде<sup>32</sup>. Участие в медиации возможно по телефону. Согласно ФППП судья может потребовать, чтобы стороны или представитель были «достаточно доступны каким-либо иным способом» (кроме личной явки)<sup>33</sup>. Поэтому некоторые судьи допускают «явку» на сессию по телефону<sup>34</sup>. При этом имеется обширная практика, ког-

щество (см.: *Lande J. Using dispute system design methods to promote good-faith participation in court-connected mediation programs // UCLA Law Review* 69. 2002. № 50. P. 77 (дата обращения: 05.06.2018)). В другом знаменитом деле судья сравнил невыполнение требования о добросовестном участии с непристойностью и заявил: «Мы узнаем его, когда увидим» (*Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964) URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/184/case.html> (дата обращения: 05.06.2018)).

<sup>27</sup> Сторонница требования о добросовестном участии К. Ковач (K. Kovach) предлагает значительный список правил, при выполнении которых можно говорить о выполнении требования (см.: *Kovach K. K. Op. cit.* P. 671.)

<sup>28</sup> См., например, уже упомянутое дело «*Nick v. Morgan's Foods, Inc.*».

<sup>29</sup> В частности, такая обязанность предусмотрена в Центральном округе Калифорнии. Стороны обязаны передать судье конфиденциальные пояснения, в которых должны быть отражены видение дела стороной и условия для примирения, включая последнее предложение (требование), сделанное стороной, и предложение (требование), которое сторона готова сделать в ходе судебного урегулирования спора (см.: *L. R. 16-15.5(a) // URL: https://www.cacd.uscourts.gov/sites/default/files/documents/2017\_December\_LRs\_Chap\_1.pdf* (дата обращения: 05.06.2018)). В Восточном округе того же штата представление деклараций перед примирительной процедурой не обязательно, но желательно, так как они могут действовать достижению соглашения (см.: *Rule 270(c) // URL: http://www.caed.uscourts.gov/caednew/assets/File/EDCA%20Local%20Rules%20Effective%204-1-2017.pdf* (дата обращения: 05.06.2018)).

<sup>30</sup> См.: *Sherman E. F. Court-Mandated Alternative Dispute Resolution: What Form of Participation Should Be Required // SMU Law Review*. 1993. № 46. P. 2095.

<sup>31</sup> См., например, Международные правила медиации, утвержденные Американской арбитражной ассоциацией («медиатор может запросить у сторон меморандумы по спорным вопросам, с описанием подлинных интересов стороны, истории взаимоотношений сторон») (URL: [https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR%20Rules\\_0.pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR%20Rules_0.pdf) (дата обращения: 05.06.2018)).

<sup>32</sup> *Pueblo of San Ildefonso v. Ridlon ; Scaife v. Associated Air Ctr. Inc. ; Gen. Conference Corp. of Seventh-Day Adventists v. McGill ; Pucci v. 19th Dist. Ct.* (Finde Law. URL: <http://lp.findlaw.com/> (дата обращения: 05.06.2018)).

<sup>33</sup> *FED. R. Civ. P. 16 (c) (1)*.

<sup>34</sup> См.: *Lienemann v. Glock, Inc., No. 08-2484 // URL: https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-ksd-2\_08-cv-02484/content-detail.html* (дата обращения: 05.06.2018) (суд отклонил возмещение расходов на проезд, так как сторона имела возможность участвовать в медиации по телефону) ; *United States v. Lake*

да судьи не признают участие в медиации по телефону<sup>35</sup>.

3. Явка лиц, имеющих полномочия на ведение переговоров и заключение соглашения. Суды требуют не только явку стороны, но обеспечение участия такого представителя, который имеет достаточно полномочий для обсуждения и заключения соглашения. Это требование касается в основном организаций корпоративного типа. Л. Рискин (L. Riskin) предлагает несколько атрибутов достаточности полномочий: полномочие принимать соответствующее решение в организации, достаточное знание интересов и потребностей организации, достаточное влияние внутри организации, чтобы принятое решение возымело силу, возможность обсуждать условия, которые, вероятно, будут приняты организацией<sup>36</sup>. В деле «A. T. Reynolds & Sons, Inc.»<sup>37</sup> суд посчитал злоупотреблением со стороны банка то, что предложение об урегулировании спора было сделано вице-президентом лишь после консультации по телефону. Распространенным является мнение судов, согласно которому представитель организации корпоративного типа должен занимать в ней такую позицию, которая позволяла бы ему самостоятельно совершать необходимые действия от ее имени, это должно быть лицо, которому не требуется согласовывать свои действия с кем-то еще.

Стоит отметить, что приведенная практика вызывает критику: во-первых, указанное требование фокусирует внимание участников медиации на финансовой стороне спора, в то время

как медиация может быть полезна при обсуждении неденежных аспектов спора; во-вторых, это требование подразумевает однократную медиативную сессию, однако зачастую требуется множество встреч для выработки приемлемого результата<sup>38</sup>. Наконец, явка подобного лица может быть вообще невыполнима, так как порядок распределения функций и реализации управленческих решений в организации корпоративного типа не позволяют соединить все эти полномочия в руках одного лица.

4. Участие в нескольких медиативных сессиях, продолжительность сессии. Вопрос состоит в том, насколько долго должна продолжаться медиация, в скольких сессиях должна участвовать сторона. Во многих локальных правилах закреплено, что продолжительность и количество медиационных сессий определяет конкретный медиатор. Так, типично правило о том, что медиатор определяет момент, когда дальнейшее проведение медиации нецелесообразно<sup>39</sup>. При этом в значительном количестве округов этот вопрос вообще не урегулирован. В деле «Atlantic Pipe Corp.»<sup>40</sup> суд указал, что приказ суда участвовать стороне в неограниченном количестве медиационных сессий нарушает принцип процессуальной справедливости. Несмотря на то, что стандарты медиации, как правило, предусматривают возможность сторон в любой момент отказаться от участия в медиации<sup>41</sup>, в ряде случаев американские судьи расценивают односторонний отказ стороны от дальнейшего участия в медиации как основание для наложения санкций<sup>42</sup>. В месте с тем в деле «Longo v. Чао»<sup>43</sup> несмотря на воз-

County Bd. of Comm'rs // URL: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914b5caadd7b04934774f1a> (дата обращения: 05.06.2018) (участие в медиации по телефону не создает препятствий для ее продуктивного проведения).

<sup>35</sup> Thompson, P. N. Op. cit. P. 398.

<sup>36</sup> Riskin L. L. The Represented Client in a Settlement Conference: The Lessons of G. Heileman Brewing Co. v. Joseph Oat Corp. // Washington University Law Quarterly. 1991. № 69. P. 1110.

<sup>37</sup> URL: <https://www.courtlistener.com/opinion/1851120/in-re-at-reynolds-sons-inc/> (дата обращения: 05.06.2018).

<sup>38</sup> Lande J. Op. cit. P. 98.

<sup>39</sup> Так закреплено, например, в Центральном и Южном округах Флориды, Северном округе Иллинойса, Восточном, Северном, Южном округах Нью-Йорка, Северном округе Огайо, Центральном и Восточном округах Пенсильвании.

<sup>40</sup> At. Pipe Corp., 304 F.3d 135, 147 (1st Cir. 2002) (URL: <https://www.leagle.com/decision/2002439304f3d1351427>) (дата обращения: 05.06.2018).

<sup>41</sup> См.: ФЗОМ. П. 4 ст. 14 ; Европейский кодекс поведения для медиаторов. П. 3.3 ; Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре (2002 г.). Ст. 11.

<sup>42</sup> Thompson P. N. Op. cit. P. 403.

ражения истца о том, что ответчик участвовал в медиации менее одного часа, суд не стал штрафовать ответчика, пояснив, что требовалась лишь явка стороны и нет оснований для наказания лица за слишком короткую медиативную сессию.

5. Должна ли сторона сделать какое-либо предложение противнику в отношении спора? Расценивается ли отсутствие предложения стороны об урегулировании спора на каких-либо условиях или *vice versa* отказ в принятии предложения противника как злоупотребление? Судебная практика свидетельствует о том, что попытки признать такое поведение неправомерным предпринимаются участниками спора, однако суды не рассматривают отсутствие предложения о примирении как злоупотребление<sup>44</sup>. Также и в отношении отказа в принятии предложения противника: «сам по себе отказ заключить соглашение не составляет злоупотребления»<sup>45</sup>.

**Проблемы, которые вызывает требование о добросовестном участии.** Неопределенность конструкции, трудность доказывания добросовестного участия (как и отступление от этого правила) вполне резонно позволяют специалистам критиковать само наличие такого требования<sup>46</sup>. Так, У. Брейзил (W. D. Brazil) указывает, что неопределенность концепции добросовестного участия наносит только вред,

так как стороны процедуры медиации должны достаточно определенно понимать, что от них требует правовая норма, за что может последовать наказание<sup>47</sup>. Имеет смысл назвать те проблемы, которые вызывает требование о добросовестном участии.

1. Искажение взаимоотношений участников медиации. Требование о добросовестном участии парадоксально порождает нечестность, обман в ходе медиативной процедуры<sup>48</sup>: неопределенность добросовестного участия, использование судами категории злоупотребления правом при оценке поведения сторон приводит к тому, что стороны процедуры испытывают страх перед медиатором и друг перед другом. Более слабая сторона, столкнувшись с агрессией противника, боясь санкций со стороны суда, скорее сдастся, согласится на невыгодные для нее условия<sup>49</sup>. Из-за того, что медиатор впоследствии может сообщить судье о поведении сторон в ходе медиации (что в итоге может привести к санкциям), сторонам приходится вести переговоры для вида, притворяясь. Боясь привлечения к ответственности за злоупотребление в процедуре медиации, сторона в ходе переговоров предлагает невыгодное условие примирения, изначально зная, что противник не согласится на него. Далее следует процесс обсуждения, отказ другой стороны. Затем лицо снова делает подоб-

<sup>43</sup> Longo v. Chao, No. E. P-06-CV-00307-KC, 2008 // URL: <https://www.leagle.com/decision/20081265536fsupp2d72911197> (дата обращения: 05.06.2018).

<sup>44</sup> Thompson P. N. Op. cit. P. 416.

<sup>45</sup> Апелляционный суд заключил, что суд первой инстанции не вправе был наказывать ответчика за то, что тот отказался заключить соглашение и настаивал на проведении судебного разбирательства, даже несмотря на то, что ответчик при этом руководствовался некими неясными и предположительно недолжными целями. См.: Triplett v. Farmers Ins. Exch. // URL: <https://www.courtlistener.com/opinion/2263705/triplett-v-farmers-ins-exchange/> (дата обращения: 05.06.2018).

<sup>46</sup> Sherman E. F. Good Faith Participation in Mediation: Aspirational, Not Mandatory // *Dispute Resolution Magazine*. Winter 1997. P. 31 ; Nelle A. Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework // *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 1992. № 7. P. 304-05 ; Winston D. S. Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: «You Can Lead a Horse to Water...» // *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 1996. № 11. P. 197—98 ; Society of Professionals in Dispute Resolution, *Dispute Resolution as It Relates to the Courts: Mandated Participation and Settlement Coercion* // *ARB. J.* No. 1. 1991. № 46. P. 46 ; Sternlight J. R. Lawyers' Representation of Clients in Mediation: Using Economics and Psychology to Structure Advocacy in a Nonadversarial Setting // *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 1999. № 14. P. 296 ; Crowne C. H. The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: Implementing a New Paradigm of Justice // *New York University Law Review*. 2001. № 76. P. 1803.

<sup>47</sup> Brazil W. D. Continuing the Conversation About the Current Status and the Future of ADR: A View from the Courts // *Journal of Dispute Resolution*. 2000. № 1. P. 31.

<sup>48</sup> Lande J. Op. cit. P. 99.

<sup>49</sup> Lande J. Op. cit. P. 99.

- ное предложение, и так продолжается до тех пор, пока медиатор не объявит дальнейшую процедуру бесперспективной. Если стороны чувствуют, что медиатор оценивает их поведение, они пытаются им манипулировать. У стороны появляется соблазн подать заявление о привлечении противника к процессуальной ответственности в целях получения неких преимуществ в ходе судебного процесса. Страх того, что противник впоследствии, возможно, заявит о недобросовестности (злоупотреблении) в ходе медиации, разрушает доверие между сторонами, что, очевидно, не идет на пользу всему процессу. В итоге стороны менее открыты, чувствуют себя некомфортно, не верят в медиативную процедуру и медиатору. Таким образом, требование о добросовестном участии искажает взаимоотношения между всеми участниками медиации, усиливает состязательное начало в медиативной процедуре, что разлагает дух медиации, делает невозможным достижение поставленной перед ней цели<sup>50</sup>.
2. Разрушение автономии сторон процесса, неявное принуждение к заключению соглашения<sup>51</sup>. В случае с обязательной медиацией у сторон есть обязанность сесть за стол переговоров с участием медиатора, не более того. *Ad notanda* существует мнение<sup>52</sup>, что уже сам факт понуждения к участию в медиативной сессии (обязательная медиация) подспудно влияет на волю ее участников в ходе обсуждения спорных вопросов, как бы «заставляет мириться». Однако требование о добросовестном участии существенно и до неопределенных пределов расширяет такую обязанность. По мнению американских правоведов, подобное расширение обязанности искажает начало автономии сторон (то, что российские процессуалисты называют принципом диспозитивности) — базовое право стороны самостоятельно решать, как представить и аргументировать свое дело, какую информацию раскрывать, предлагать ли условия для примирения<sup>53</sup>. И здесь, по существу, речь идет о неявном принуждении к заключению соглашения, так как стороны понимают, что от них требуется нечто большее, чем простое участие в медиативной сессии, требование о добросовестном участии «стимулирует едва уловимые формы принуждения, что грозит разрушением целостности медиативной процедуры»<sup>54</sup>.
  3. Возможность возникновения сателитного судебного процесса. Неопределенность с тем, что именно требуется от сторон для того, чтобы участие в медиации соответствовало требованию о добросовестности, приводит к тому, что участники медиации (в том числе медиатор) по-разному его понимают. Если одной из сторон кажется, что другая была недостаточно добросовестна в ходе медиативной сессии, она обращается к суду с жалобой на действия противника, что приводит к дополнительному судебному разбирательству. Мало того, что неразрешенным оказывается основной спор, возникает еще один, который еще сильнее обостряет отношения сторон<sup>55</sup>.
  4. Отсюда следует опасность, которую таит в себе правило о добросовестном участии, — размывание роли медиатора<sup>56</sup>. Требование предоставляет медиатору слишком большие полномочия в отношении участников медиации, так как позволяет ему под угрозой доклада судье о возможном злоупотреблении принуждать стороны к согла-

<sup>50</sup> *Brazil W. D.* Op. cit. P. 34.

<sup>51</sup> *Nelle A.* Op. cit. P. 304—05 (1992) (выражаются опасения относительно того, что требование о добросовестном участии разрушит конфиденциальность, вызовет давление на стороны, подрвет добровольность соглашений).

<sup>52</sup> *Князев Д. В.* Обязательные примирительные процедуры... С. 131.

<sup>53</sup> *Sherman E. F.* Good Faith Participation in Mediation... P. 14.

<sup>54</sup> *Alfini J. J., McCabe C. G.* Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law // *Arkansas Law Review*. 2001. № 54. P. 205—06.

<sup>55</sup> *Hricik D.* Reflections of a Trial Lawyer on the Symposium: Dialogue with the Devil in Me // *South Texas Law Review*. 1997. № 38. P. 749—52 ; *Bullock S. G., Gallagher L. R.* Surveying the State of the Mediative Art: A Guide to Institutionalizing Mediation in Louisiana // *Louisiana Law Review*. 1997. № 57. P. 970 ; *Lomax L. A.* Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy: Rule 9019 and Bankruptcy Mediation Programs // *American Bankruptcy Law Journal*. 1994. № 68. P. 81.

<sup>56</sup> См.: *Bullock S. G., Gallagher L. R.* Op. cit. P. 970 ; *Lomax L. A.* Op. cit. P. 81.

шению<sup>57</sup>. Медиатор невольно превращается в судью, он должен оценивать действия сторон в ходе процедуры, взвешивать их с точки зрения соответствия требованиям о добросовестном участии. Медиатор вынужден опасаться того, что ему придется столкнуться с давлением суда (или стороны) в ходе рассмотрения вопроса о поведении участника спора в процедуре медиации, что ему придется выступить в качестве своеобразного свидетеля, когда судом будет решаться вопрос о привлечении участника медиации к ответственности. Обнаруживается глубокое противоречие между обязанностью медиатора оценивать поведение сторон и необходимостью выстраивания отношений между сторонами, что является основной функцией медиатора<sup>58</sup>.

5. Разрушение конфиденциальности. Конфиденциальность медиации — краеугольный камень этой процедуры, является одним из основных и нормообразующих принципов не только медиации, но и других форм альтернативного разрешения спора (АРС) и в целом частного процессуального права<sup>59</sup>. Сохранение конфиденциальности, столь необходимое при урегулировании некоторых споров, является одним из преимуществ медиации в сравнении с основанным на гласности судебным процессом<sup>60</sup>. Это служит особой гарантией того, что при возможной передаче спора на рассмотрение в суд положение сторон не станет хуже, чем оно было до медиации, т.е. информация, переданная или озвученная стороной спора в ходе процедуры медиации, не будет направлена против нее в судебном процессе<sup>61</sup>. Здесь имеет значение само чувство защищенности, когда лицо, раскрывая некую информацию, важную для противника, знает, что она не выйдет за пределы медиативной процедуры<sup>62</sup>. Медиаторы используют принцип конфиденциальности на начальной стадии процеду-

ры: учитывая, что основная цель медиатора состоит в том, чтобы способствовать переговорам сторон, усилить конструктивное взаимодействие между ними, напоминание сторонам о том, что их переговоры конфиденциальны, дополнительно создает атмосферу доверия, позволяет сторонам быть более открытыми<sup>63</sup>.

Принцип конфиденциальности, вслед за Типовым законом ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре, закреплен и в ФЗоМ (ст. 3, 5, 6). Российский закон предполагает несколько аспектов конфиденциальности медиации: негласность, закрытость самой процедуры; обязанность медиатора не разглашать информацию, относящуюся к процедуре медиации и ставшую ему известной при ее проведении, без согласия сторон; обязанность сторон, медиатора и других лиц, присутствовавших при проведении медиации, не разглашать информацию о предложении одной из сторон о применении процедуры медиации, равно как и о готовности одной из сторон к участию в проведении данной процедуры, о мнениях или предложениях, высказанных одной из сторон в отношении возможности урегулирования спора, признания, сделанных одной из сторон в ходе проведения процедуры медиации, готовности одной из сторон принять предложение медиатора или другой стороны об урегулировании спора (ст. 5 ФЗоМ); наконец, возможность для медиатора раскрыть информацию, относящуюся к процедуре медиации, а другой стороне — только с согласия стороны, предоставившей информацию (ст. 6 ФЗоМ).

В США на уровне федерального законодательства предусмотрено правило об обязательном закреплении в локальных правилах окружных судов конфиденциальности ADR-процедур и запрещении раскрытия конфиденциальных контактов сторон, направленных на урегулирование спора (28 U.S.C. § 652(d) (2003)). На основе этого окружные суды предусматри-

<sup>57</sup> Lande J. Op. cit. P. 106.

<sup>58</sup> Brazil W. D. Op. cit. P. 32.

<sup>59</sup> Севастьянов Г. В. О необходимости формирования собственных концептуальных основ альтернативного разрешения споров // Третейский суд. 2007. № 5. С. 4—5.

<sup>60</sup> Аболонин В. О. Судебная медиация: теория, практика, перспективы. М.: Инфотропик Медиа, 2014. Кн. 6. 408 с.

<sup>61</sup> Аболонин В. О. Судебная медиация...

<sup>62</sup> Johnson P. D. Jr. Confidentiality in Mediation: What can Florida Glean from the Uniform Mediation Act? // Florida State University Law Review. 2003. № 30. P. 489.

<sup>63</sup> См.: Медиация: учебник / под ред. А. Д. Карпенко, А. Д. Осинковского, 2016. С. 209.

вают в своих локальных правилах соответствующие положения: где-то путем простого упоминания конфиденциальности медиативной процедуры<sup>64</sup>, где-то устанавливая комплекс правил о конфиденциальности<sup>65</sup>. При этом большинство локальных правил судов не дают ясного ответа на вопрос о полномочиях судьи по контролю поведения участников процесса в медиативной процедуре. Вместе с тем часто в локальных правилах закрепляется право медиатора заявить рассматриваемому делу судье о нарушениях в ходе медиативной процедуры, в том числе: о нарушении требования о добросовестном участии в медиации<sup>66</sup> или о явке на сессию. Значительное количество локальных правил судов устанавливают обязанность медиатора доложить судье о каких-либо нарушениях в ходе медиативной сессии. В основном это касается неявки на сессию, реже — невыполнения требования участвовать добросовестно. Кроме того, зачастую от медиатора требуется, чтобы он предложил конкретные санкции за невыполнение стороной указанных требований.

Немногочисленные сторонники требования о добросовестном участии в медиативных процедурах указывают, что для целей его выполнения *необходимо* отступление от принципа конфиденциальности переговоров: требование о добросовестном участии ничего не означает, если конфиденциальность не позволяет выявлять нарушения в ходе медиации<sup>67</sup>. Кроме того, указывается, что конфиденциальность вполне может быть защищена простым письменным удостоверением медиатором того факта, что стороны участвовали в процедуре добросовестно.

Суду в целях установления того, насколько поведение сторон в медиативной процедуре

соответствовало стандарту добросовестности, необходимо исследовать такое проведение в деталях, выяснить, что стороны делали, говорили в ходе медиации. Так, по одному из дел<sup>68</sup> после безуспешной медиации истец обратился с ходатайством о наложении на ответчика штрафа за нарушение им обязанности участвовать в медиации добросовестно. Судом было назначено слушание для допроса представителя страховой компании, принимавшего участие в медиации. В частности, суд выяснял степень знакомства представителя с делом, насколько хорошо представитель был готов к медиации, выяснялось содержание телефонных переговоров представителя с вице-президентом компании. В другом знаменитом деле — «Foxgate Homeowners' Ass'n v. Bramalea California, Inc.»<sup>69</sup> — суд констатировал: несмотря на то, что законодательство штата Калифорния содержит серьезные средства защиты конфиденциальности медиации, суд первой инстанции имел право запросить и исследовать доклад медиатора относительно того, что происходило в ходе медиативной процедуры, какие пояснения были даны сторонами в ходе медиации. Такая деятельность суда возможна в той мере, в какой это необходимо для установления, имело ли место нарушение требования о добросовестном участии.

Следовательно, проблема состоит в соотношении, примирении, конфиденциальности и контроле суда над поведением участников медиативной процедуры. Очевидно противоречие между принципом конфиденциальности и требованием о добросовестном участии. В связи с этим многие авторы уверены, что требование о раскрытии содержания переговоров сторон в медиации, особенно в случаях, когда

<sup>64</sup> Например, в Центральном округе Алабамы («медиация это процесс конфиденциальных переговоров...»); Айдахо («информация, полученная в ходе примирения, не должна быть раскрыта назначенному судье»).

<sup>65</sup> Так, в Центральном округе Калифорнии предусматривается, что для суда, сторон, медиатора и любых лиц, присутствующих на медиации, конфиденциальной является информация о содержании письменных сообщений, документов, подготовленных для целей, в ходе или в соответствии с медиацией, все, что случилось или сказано в ходе медиации, любая позиция, занятая любым участником процедуры.

<sup>66</sup> В окружном суде Монтаны предусмотрено право медиатора просить о применении санкций в отношении стороны за нарушение требования о добросовестном участии.

<sup>67</sup> *Weston M. A.* Op. cit. P. 633.

<sup>68</sup> *Acceptance Insurance Co.*, 33 S.W.3d 443 (Tex. Ct. App. 2000) // URL: <https://www.leagle.com/decision/200047633sw3d4431433> (дата обращения: 05.06.2018).

<sup>69</sup> *Foxgate Homeowners' Ass'n v. Bramalea Cal., Inc.*, 78 Cal. App. 4th 653, 665—66, 668—69 (2<sup>nd</sup> Dist. 2000) // URL: <https://caselaw.findlaw.com/summary/opinion/ca-supreme-court/2001/07/09/104418.html> (дата обращения: 05.06.2018).

медиатор принуждается к тому, чтобы раскрыть соответствующую информацию, способно нанести серьезный вред медиации в целом<sup>70</sup>.

**Заключение.** При введении обязательной медиации возникает необходимость оценивать действия участников спора до и (или) в ходе медиативной сессии. В США эти действия не регламентируются непосредственно на уровне закона, однако Правило 16 ФПГП предусматривает возможность применения к стороне санкций за то, что она, «по существу, не готова участвовать в заседании или не участвует добросовестно». Требование о добросовестном участии в медиативной процедуре закреплено в локальных правилах окружных судов, в федеральном законодательстве и в законодательстве отдельных штатов, а также в локальных правилах судов штатов. Такое требование, по мнению его адептов, призвано стимулировать стороны относиться к медиации более взвешенно, а также исключить злоупотребления сторон в ходе процедуры медиации.

Однако понятие добросовестного участия в медиативной процедуре не получило в США закрепления на уровне нормативных актов, нет единого подхода в судебной практике, имеются значительные разногласия и в доктрине. Однако практика признает в качестве признаков добросовестного участия следующие: наличие заблаговременно представляемых медиатору письменных пояснений (меморандума), в котором сторона излагает свою позицию по существу спора; явка на медиативную сессию, неявка расценивается как злоупотребление, за что суды накладывают санкции; суды требуют не только явку стороны (представителя), но и обеспечение участия такого представителя, который имеет достаточно полномочий для обсуждения и заключения соглашения.

Неоднозначный подход судебной практики имеется в отношении требования об участии в нескольких медиативных сессиях, а также продолжительности участия в сессии. Типично правило о том, что медиатор самостоятельно определяет момент, когда дальнейшее проведение медиации нецелесообразно, однако в значительном количестве округов этот вопрос вообще не урегулирован. Известны случаи, когда американские судьи расценивают односторонний отказ стороны от дальнейшего участия в медиации как основание для наложения

санкций. Судебная практика свидетельствует о том, что предпринимаются попытки признать злоупотреблением отсутствие предложения стороны об урегулировании спора на каких-либо условиях или, наоборот, отказ в принятии предложения противника, однако суды не рассматривают подобный образ действий как злоупотребление.

Неопределенность конструкции, трудность доказывания добросовестного участия (как и отступление от этого правила) позволяют юридическому сообществу критиковать само требование о добросовестном участии. Называют следующие проблемы: 1) искажение взаимоотношений между всеми участниками медиации, усиливается состязательное начало, что «разлагает дух» медиации; 2) разрушение автономии воли сторон процесса, неявное принуждение к заключению соглашения, так как стороны понимают, что от них требуется нечто большее, чем простое участие в медиативной сессии; 3) возможность возникновения сателитного судебного процесса по жалобе одной из сторон с целью привлечения противника к ответственности за ненадлежащее поведение в ходе медиации; 4) размывание роли медиатора, он невольно превращается в судью, так как должен оценивать действия сторон в ходе процедуры, взвешивать их с позиции соответствия требованию о добросовестном участии, возникает глубокое противоречие между обязанностью медиатора оценивать поведение сторон и необходимостью выстраивать отношения между сторонами; 5) конфликт требования о добросовестном участии с необходимостью сохранения конфиденциальности процедуры; суду в целях установления того, насколько поведение сторон в медиативной процедуре соответствовало стандарту добросовестности, необходимо исследовать такое проведение в деталях, выяснить что стороны делали, говорили до и в ходе медиации, это прямо противоречит необходимости соблюсти конфиденциальность процедуры.

In summa опыт США показывает, что выработка единых, даже минимальных, критериев надлежащего исполнения обязанности по участию в обязательной медиативной процедуре — трудная задача, судебной системе США пока не удалось ее решить, а установление требования участвовать в медиации *добросовестно* приводит к сильному разладу в практике. В связи

<sup>70</sup> Lande J. Op. cit. P. 69 ; Brazil W. D. Op. cit. P. 26 ; Lomax L. A. Op. cit. P. 81.

с этим наиболее продуктивным представляется установление в законодательстве конкретных обязанностей, которые сторонам надлежит выполнить для того, чтобы попытка примирения с помощью медиативной процедуры была «засчитана» судом. В частности, от сторон, думается, разумно требовать, во-первых, заблаговременного представления медиатору письменных пояснений по существу спора с изложением факты дела. Это позволит сторонам еще раз

осмыслить свою позицию, сформулировать собственные интересы, претензии к противнику, что, по всей видимости, облегчит работу медиатору и ускорит всю процедуру. Во-вторых, обязательной стоит признать явку на медиативную сессию, а явившийся представитель должен обладать полномочиями на заключение соглашения, чтобы не возникало ситуации, когда он заявляет о невозможности обсуждать условия примирения за пределами некоторой суммы.

#### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Аболонин В. О.* Судебная медиация: теория, практика, перспективы. — М. : Инфотропик Медиа, 2014. — Кн. 6. — 408 с.
2. *Борисова Е. А.* Российская процедура медиации: концепция развития // Вестник гражданского процесса. — 2011. — № 1.
3. *Величкова О. И.* Совершенствование семейного законодательства по вопросам медиации // Актуальные проблемы российского права. — 2017. — № 5.
4. *Головина С. Ю.* Медиация и посредничество в трудовых спорах: сравнительный анализ // Арбитражный и гражданский процесс. — 2016. — № 11.
5. *Зайцев А. И.* Обязательная медиация: аргументы «за» и «против» // Вестник гражданского процесса. — 2012. — № 6.
6. *Зверева Н. С.* Взаимодействие альтернативных методов урегулирования споров и гражданского судопроизводства в праве России и Франции / под ред. В. В. Яркова. — М. : Статут, 2017. — 384 с.
7. *Князев Д. В.* Обязательные примирительные процедуры в гражданском судопроизводстве федеральных окружных судов США // Третейский суд. — 2017. — № 4.
8. *Князев Д. В.* Урегулирование спора при посредничестве судьи в гражданском судопроизводстве США: генезис // Вестник гражданского процесса. — 2015. — № 2.
9. *Лисицын В. В.* Судебное примирение — вектор совершенствования арбитражно-процессуального законодательства // Российский судья. — 2012. — № 5.
10. *Михайлова Е. В.* Медиация как отдельный способ урегулирования правовых конфликтов в частно-правовой сфере // Арбитражный и гражданский процесс. — 2012. — № 4, 5.
11. *Носырева Е. И.* Становление института медиации в России // Развитие медиации в России: теория, практика, образование : сб. ст. / О. В. Аллахвердова, Р. Ю. Банников, О. И. Величкова [и др.] ; под ред. Е. И. Носыревой, Д. Г. Фильченко. — М. : Инфотропик Медиа ; Берлин, 2012. — Кн. 4. — 320 с.
12. *Решетникова И. В.* И снова о медиации. Какой ей быть в России? // Закон. — 2014. — № 1. — С. 84—89.
13. *Севастьянов Г. В.* Современные тенденции развития АРС в России // Развитие медиации в России: теория, практика, образование : сб. ст. / О. В. Аллахвердова, Р. Ю. Банников, О. И. Величкова [и др.] ; под ред. Е. И. Носыревой, Д. Г. Фильченко. — М. : Инфотропик Медиа; Берлин, 2012. — Кн. 4. — 320 с.
14. *Филипова И. А.* Урегулирование трудового спора посредством медиации: современное состояние законодательства, практика его применения и перспективы развития // Журнал российского права. — 2016. — № 6.
15. *Ярков В. В.* Минимальные стандарты досудебного урегулирования и примирительных процедур (постановка вопроса) // Закон. — 2012. — № 3.
16. *Alfini J. J., McCabe C. G.* Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law // Arkansas Law Abstract. — 2001. — № 54.
17. *Johnson P. D., Jr.* Confidentiality in Mediation: What can Florida Glean from the Uniform Mediation Act? // Florida State University Law Abstract. — 2003. — № 30.
18. *Kovach K. K.* Good Faith in Mediation-Requested, Recommended, or Required? A New Ethic // South Texas Law Abstract. — 1997. — № 38.
19. *Lande J.* Using dispute system design methods to promote good-faith participation in court-connected mediation programs // UCLA Law Abstract. — 2002. — № 50.

20. *Nelle A.* Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework // Ohio State Journal on Dispute Resolution. — 1992. — № 7.
21. *Riskin L. L.* The Represented Client in a Settlement Conference: The Lessons of G. Heileman Brewing Co. v. Joseph Oat Corp. // Washington University Law Quarterly. — 1991. — № 69.
22. *Sherman E. F.* Good Faith Participation in Mediation: Aspirational, Not Mandatory // Dispute Resolution Magazine. — Winter 1997.
23. *Thompson P. N.* Good Faith Mediation in the Federal Courts // Ohio State Journal on Dispute Resolution. — 2011. — № 26 (2—3).
24. *Weston M. A.* Checks on Participant Conduct in Compulsory ADR: Reconciling the Tension in the Need for Good Faith Participation, Autonomy, and Confidentiality // Indiana Law Journal. — 2001. — № 3 (76).
25. *Winston D. S.* Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: «You Can Lead a Horse to Water... // Ohio State Journal on Dispute Resolution. — 1996. — № 11.

Материал поступил в редакцию 9 июля 2018 г.

### ACTIONS OF THE PARTIES TO A CIVIL DISPUTE IN CASE OF MANDATORY MEDIATION: ANALYSIS OF THE U.S. EXPERIENCE<sup>71</sup>

**KNYAZEV Dmitry Vladimirovich** — PhD in Law, Associate Professor, Head of the Department of Civil Procedure Law of the Russian State University of Justice, West Siberian Branch (Tomsk)  
kdv1979@inbox.ru  
634050, Russia, Tomsk, pl. Lenina, d. 2

**Abstract.** *In case of compulsory mediation, the court has to assess the actions of the parties before and (or) during the mediation session. The U.S. experience demonstrates the difficulty in setting any common criteria. The USA judicial system has not yet managed to resolve the issue. The requirement of good faith participation in mediation is enshrined in the U.S. legislation and local court rules. The requirement is intended to encourage the parties to exclude abuses during the procedure provided they participate unwillingly. However, since there is no legal definition of good faith, it has not been determined at the level of case law. The doctrine contains different points of view. Jurisprudence sets forth the following prerequisites of good faith participation: the presence of written explanations on the merits of the dispute submitted by the parties to the mediator in advance, the appearance at the mediation session and the participation of a representative who has sufficient authority to discuss and conclude an agreement. The judges assess the participation in several mediation sessions and continuance of the session independently. There are cases when the American judges qualified unilateral refusal of the party to participate in mediation as a basis for imposing sanctions.*

*According to most legal scholars, the requirement of good faith participation inhibits the mediation procedure, as the relationship between the parties to the mediation is distorted. The adversarial principle is strengthened, which contradicts the nature of mediation. There is an implicit coercion of the parties to conclude an agreement. It gives an opportunity for additional judicial proceedings concerning responsibility for improper behavior during mediation. Thus, the conflict with the principle of confidentiality of the procedure is inevitable.*

**Keywords:** *Mandatory mediation, judicial conciliation, good faith, pre-trial order, US civil procedure.*

<sup>71</sup> The article was prepared with the support of the Federal State Budgetary Institution “Russian Foundation for Fundamental Research” (grant project No. 17-03-50208).

## REFERENCES

1. Abolonin V. O. Sudebnaya mediatsiya teoriya praktika perspektivy [Mediation: theory, practice, prospects developments]. *Infotropik Media [Infotropik Media]*, 2014. In. 6. 408 p.
2. Borisova E. A. Rossiyskaya protsedura mediatsii kontseptsiya razvitiya [Russian mediation procedure: the concept of development]. *Vestnik grazhdanskogo protsesssa [Herald of Civil Procedure]*. 2011. № 1.
3. Velichkova O. I. Sovershenstvovanie semeynogo zakonodatelstva po voprosam mediatsii [Improvement of the Family Legislation on Mediation]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava. [Actual Problems of Russian Law]*. 2017. № 5.
4. Golovina S. Yu. Mediatsiya i posrednichestvo v trudovykh sporakh sravnitelnyy analiz [Mediation and In-Labor Disputes: Comparative Analysis]. *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess [Arbitrazh and Civil Procedure]*. 2016. № 11.
5. Zaitsev A. I. Obyazatel'naya mediatsiya argumenty «za» i «protiv» [Mandatory Mediation: Arguments «For» and «Against»]. *Vestnik grazhdanskogo protsesssa [Herald of Civil Procedure]*. 2012. № 6.
6. Zvereva N. S. Vzaimodeystvie alternativnykh metodov uregulirovaniya sporov i grazhdanskogo sudoproizvodstva v prave Rossii i Frantsii [Interaction of alternative methods of dispute settlement and civil proceedings in the law of Russia and France]. Ed. by V. V. Yarkov. Moscow, Statut, 2017. 384 p.
7. Knyazev D. V. Obyazatelnye primiritelnye protsedury v grazhdanskom sudoproizvodstve federalnykh okruzhnykh sudov SShA [Mandatory settlement proceedings in civil procedure of the United States district courts]. *Tretyeskiy sud [Arbitration]*. 2017. No. 4.
8. Knyazev D. V. Uregulirovanie spora pri posrednichestve sudi v grazhdanskom sudoproizvodstve SShA: genezis [Settlement of the Dispute with the Mediation of the Judge in Civil Proceedings of the United States: Genesis]. *Vestnik grazhdanskogo protsesssa [Herald of Civil Procedure]*. 2016. № 2.
9. Lisicyn V. V. Sudebnoe primirenje — vektor sovershenstvovaniya arbitrazhnoptsessualnogo zakonodatelstva [Court conciliation is a vector of improving the arbitration-procedural legislation]. *Rossiyskiy sudya [Russian Judge]*. 2012. No. 5.
10. Mikhajlova E. V. Mediatsiya kak otdelnyy sposob uregulirovaniya pravovykh konfliktov v chastnopravovoy sfere [Mediation as a separate way of settlement of legal conflicts in private law sphere]. *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess [Arbitrazh and Civil Procedure]*. 2012. No. 4, 5.
11. Nosyreva E. I. Stanovlenie instituta mediatsii v Rossii [Formation of Mediation Institute in Russia]. *Razvitie mediatsii v Rossii teoriya, praktika, obrazovanie [Development of mediation in Russia: theory, practice, education : collection of articles]* O. V. Allahverdov, R. Y. Bannikov, O. I. Velichkov [et al.]. Ed. By E. I. Nosyreva, D. G. Filchenko. Infotropic Media; Berlin. Moscow, 2012. In. 4. 320 p.
12. Reshetnikova I. V. I snova o mediatsii kakoy ey byt v Rossii [Again about mediation. What should it be in Russia?]. *Zakon*. 2014. No. 1. P. 84—89.
13. Sevastyanov, G. V. Sovremennyye tendentsii razvitiya ARS v Rossii [Current trends in the development of ADR in Russia]. *Razvitie mediatsii v Rossii teoriya, praktika, obrazovanie sb. st. [Development of mediation in Russia: theory, practice, education : collection of articles]* O. V. Allahverdov, R. Y. Bannikov, O. I. Velichkov [et al.]. Ed. By E. I. Nosyreva, D. G. Filchenko. Infotropic Media; Berlin. Moscow, 2012. In. 4. 320 p.
14. Filipova I. A. Uregulirovanie trudovogo spora posredstvom mediatsii sovremennoe sostoyanie zakonodatelstva praktika ego primeneniya i perspektivy razvitiya [Settlement of Labour Disputes through Mediation: Current Status of Legislation, its Practical Application and Development Perspectives]. *Zhurnal rossiyskogo prava [Journal of Russian Law]*. 2016. No. 6.
15. Yarkov V. V. Minimalnye standarty dosudebnogo uregulirovaniya i primiritelnykh protsedur (postanovka voprosa) [Minimum standards of pre-trial settlement and conciliation procedures (question)]. *Zakon*. 2012. No. 3.
16. Alfini J. J., McCabe C. G. Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law // *Arkansas Law Abstract*. 2001. No. 54.
17. Johnson P. D., Jr. Confidentiality in Mediation: What can Florida Glean from the Uniform Mediation Act? *Florida State University Law Abstract*. 2003. No. 30.
18. Kovach K. K. Good Faith in Mediation-Requested, Recommended, or Required? A New Ethic // *South Texas Law Abstract*. 1997. No. 38.
19. Lande J. Using dispute system design methods to promote good-faith participation in court-connected mediation programs. *UCLA Law Abstract*. 2002 No. 50.



20. *Nelle A.* Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 1992. No. 7.
21. *Riskin L. L.* The Represented Client in a Settlement Conference: The Lessons of *G. Heileman Brewing Co. v. Joseph Oat Corp.* *Washington University Law Quarterly*. 1991. No. 69.
22. *Sherman E. F.* Good Faith Participation in Mediation: Aspirational, Not Mandatory. *Dispute Resolution Magazine*. Winter, 1997.
23. *Thompson P. N.* Good Faith Mediation in the Federal Courts. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 2011. No. 26 (2—3).
24. *Weston M. A.* Checks on Participant Conduct in Compulsory ADR: Reconciling the Tension in the Need for Good Faith Participation, Autonomy, and Confidentiality. *Indiana Law Journal*. 2001. No. 3 (76).
25. *Winston D. S.* Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: «You Can Lead a Horse to Water... // *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 1996. No. 11.